

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 4
2005

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 4 - 2005
ISSN 1517-1957

DOUTRINA

São Paulo
Volume 12 número 4 - 2005

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC***

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade, Jorge Fagundes.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial /
Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| MEDIDAS ANTI-EVASÃO DE DIREITOS ANTI-DUMPING NA COMUNIDADE EUROPÉIA | 11 |
| Maurício de Moura Costa | |
| CRITÉRIOS ALTERNATIVOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SUAS IMPLI- CAÇÕES PARA AS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DIFERENCIAÇÃO DE PRODUTOS, EFICIÊNCIA X E CUSTOS DE TRANSAÇÃO | 49 |
| Jorge Fagundes | |
| UMA VISÃO MAIS TÉCNICA DO ALGORÍTMO DE SIMULAÇÕES DE FUSÃO | 77 |
| Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk | |
| AGÊNCIAS REGULADORAS – UMA VISÃO CRÍTICA | 99 |
| Marcos Vinício Chein Feres | |
| A TEORIA ANTITRUSTE NO BRASIL: FUNDAMENTOS E ESTADO DA ARTE | 111 |
| Marina Moreira da Gama | |
| OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO | 135 |
| Marco Aurélio Serau Junior | |
| PARALELISMO DE PREÇOS E O “CARTEL DA PONTE AÉREA” | 155 |
| João Paulo G. Leal | |
| PODER, DIREITO, CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA | 177 |
| Ernst Joachim Mestmäcker | |
| OS CAMINHOS DO DIREITO ECONÔMICO PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS NACIONAIS | 193 |
| Maria Augusta Fonseca Paim | |
| CRESCIMENTO (E VERTICALIZAÇÃO) DA INDÚSTRIA DE CIMENTO NO BRASIL | 215 |
| Edgard Antonio Pereira, João Paulo G. Leal | |
| THE BRAZILIAN ECONOMY UNDER THE FTAA AGREEMENT: IS IT POSSIBLE STOP THE NEGOTIATIONS, WITH BASIS ON THE CONSTITUTION? | 231 |
| Rafael de Castro Spadotto | |
| RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC | 243 |

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| MEDIDAS ANTI-EVASÃO DE DIREITOS ANTI-DUMPING NA COMUNIDADE EUROPEIA | 11 |
| <i>Maurício de Moura Costa</i> | |
| Introdução | 11 |
| I. Regras gerais do dispositivo anti-evasão: a extensão dos direitos anti-dumping (art. 13.1) | 17 |
| II. As regras específicas aplicáveis às operações de montagem (art. 13.2) | 34 |
| CRITÉRIOS ALTERNATIVOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA AS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DIFERENCIAÇÃO DE PRODUTOS, EFICIÊNCIA X E CUSTOS DE TRANSAÇÃO | 49 |
| <i>Jorge Fagundes</i> | |
| I. Introdução | 49 |
| II. Eficiência econômica e diferenciação de produtos | 50 |
| III. Distorções de custos com poder de monopólio: Eficiência “X” e <i>rent-seeking</i> | 57 |
| IV. Eficiências de custos de transação | 63 |
| V. Conclusões | 71 |
| UMA VISÃO MAIS TÉCNICA DO ALGORÍTMO DE SIMULAÇÕES DE FUSÃO | 77 |
| <i>Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk</i> | |
| 1. Introdução | 77 |
| 2. <i>Front end</i> : Estimativa econométrica da demanda | 77 |
| 3. <i>Back end</i> : A simulação propriamente dita | 90 |
| 4. Digressão: Mercados relevantes e o teste da elasticidade crítica | 91 |
| 5. Conclusões: O futuro das simulações de fusão | 96 |
| Referências | 97 |
| AGÊNCIAS REGULADORAS – UMA VISÃO CRÍTICA | 99 |
| <i>Marcos Vinício Chein Feres</i> | |
| 1. Introdução | 100 |
| 2. Regulação e agências | 101 |
| 3. Agências reguladoras e intervenção no domínio econômico | 104 |
| 4. Agências reguladoras e sua atuação normativa | 106 |
| 5. Conclusão | 108 |
| 6. Referências | 108 |
| A TEORIA ANTITRUSTE NO BRASIL: FUNDAMENTOS E ESTADO DA ARTE | 111 |
| <i>Marina Moreira da Gama</i> | |
| Introdução | 111 |

| | |
|--|-----|
| 1. Origens da política antitruste | 112 |
| 2. Objetivos | 119 |
| 3. A política antitruste no Brasil | 123 |
| 4. A atuação do CADE entre 1994 e 2004 | 127 |
| 5. Considerações finais | 132 |
| Referências bibliográficas | 132 |

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Marco Aurélio Serau Junior

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 135 |
| 2. Os princípios constitucionais da ordem econômica. | 136 |
| 3. A globalização e o novo paradigma constitucional. | 140 |
| 4. A globalização e os princípios constitucionais da ordem econômica. | 145 |
| Conclusão | 150 |
| Bibliografia | 152 |

PARALELISMO DE PREÇOS E O “CARTEL DA PONTE AÉREA”

João Paulo G. Leal

| | |
|--|-----|
| Introdução | 155 |
| 1. Breve caracterização econômica da conduta | 156 |
| 2. O “caso da ponte aérea” – SÍNTESE dos fatos | 160 |
| 3. Considerações sobre a decisão | 162 |
| Considerações finais | 174 |
| Referências bibliográficas | 174 |

PODER, DIREITO, CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Ernst Joachim Mestmäcker

| | |
|--|-----|
| I. O Novo iluminismo. | 177 |
| II. O predomínio da política e da economia sobre o direito. | 179 |
| III. O não privado direito privado. | 181 |
| IV. Democracia e economia de mercado. | 182 |
| V. Divisão de poderes. | 184 |
| VI. Livre da escassez e do direito. | 187 |
| VII. Contribuições européias para o trabalho pela paz. | 188 |

OS CAMINHOS DO DIREITO ECONÔMICO PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS NACIONAIS

Maria Augusta Fonseca Paim

| | |
|--|-----|
| Introdução | 193 |
| 1. Soberania e extraterritorialidade | 194 |
| 2. A aplicação do direito econômico além do território | 200 |
| 3. O direito antitruste internacional | 206 |

| | |
|--|-----|
| Conclusão | 212 |
| Bibliografia | 213 |
| CRESCIMENTO (E VERTICALIZAÇÃO) DA INDÚSTRIA DE CIMENTO NO BRASIL | 215 |
| <i>Edgard Antonio Pereira, João Paulo G. Leal</i> | |
| Introdução | 215 |
| 1. Aspectos concorrenciais da verticalização | 215 |
| 2. Fundamentos econômicos da verticalização | 223 |
| 3. Considerações finais | 228 |
| THE BRAZILIAN ECONOMY UNDER THE FTAA AGREEMENT: IS IT POSSIBLE STOP THE NEGOTIATIONS, WITH BASIS ON THE CONSTITUTION? | 231 |
| <i>Rafael de Castro Spadotto</i> | |
| RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC | 243 |

MEDIDAS ANTI-EVASÃO DE DIREITOS ANTI-DUMPING NA COMUNIDADE EUROPÉIA

Mauricio de Moura Costa¹

Introdução

1. A Comunidade Europeia dispõe de um dispositivo anti-evasão de direitos anti-dumping há quase de vinte anos², sendo que o seu formato atual foi adotado há mais de dez anos³. Há cerca de um ano a Comunidade Europeia alterou a sua legislação anti-dumping com o objetivo de tornar ainda mais efetivo o dispositivo anti-evasão. Tal dispositivo permite à Comunidade Europeia estender a aplicação de medidas anti-dumping a importação de produtos diferentes daqueles inicialmente visados, ou provenientes de países diferentes dos inicialmente visados, sempre que se caracterize que a referida importação constitui uma evasão às medidas anti-dumping em vigor.

2. De acordo com as regras do GATT, às quais impõem-se à todos os Membros da Organização Mundial do Comércio, incluindo a Comunidade Europeia, medidas anti-dumping somente podem ser aplicadas nas circunstâncias estabelecidas no Artigo VI do GATT 1994, e de acordo com investigações iniciadas e conduzidas de acordo com as disposições do Acordo para Implementação do Artigo VI do GATT 1994 (o “Acordo Anti-dumping”, ou simplesmente o “Acordo”).

Relativamente às condições materiais, medidas anti-dumping somente podem ser aplicadas se (i) a exportação for objecto de dumping, ou seja, se o produto for introduzido no comércio de um país por um preço inferior ao seu valor

¹ Doutor em Direito (Universidade de Paris II), Mestre em Direito Econômico e Empresarial (Universidade de Paris II) e pós graduado em Direito Comparado (Instituto de Direito Comparado de Paris). Professor de Direito Comunitário e Direito da Integração Europeia na Universidade Independente de Lisboa. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e na Ordem dos Advogados Portugueses.

² Regulamento 1761/87, do Conselho, que alterou o Regulamento 2176/84, tendo sido posteriormente reproduzido no Regulamento 2423/88 do Conselho, o qual já não está em vigor.

³ O regulamento atualmente em vigor (Regulamento (CE) n° 384/96 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1995), reproduziu, no essencial, o modelo adotado pelo Regulamento n. 3283/94, do Conselho, já revogado.

“normal”⁴; (ii) a indústria do país/território importador estiver sofrendo um prejuízo; e (iii) tal prejuízo for resultado do dumping. Tais condições, regulamentadas em grande detalhe pelo Acordo Anti-dumping, devem ser aferidas por uma investigação conduzida de acordo com um procedimento conforme às disposições desse mesmo Acordo. Tais investigações são conduzidas em relação a produtos determinados (o produto em causa), originários de países determinados.

Uma vez determinado um dumping, e que o mesmo causa prejuízos à indústria local, o país importador pode impor as medidas anti-dumping previstas no Acordo. Nos termos do Art. 18 do Acordo, “não poderá ser adoptada nenhuma ação específica contra dumping nas exportações de outro Membro exceto em conformidade com as disposições do GATT 1994, tal como interpretadas por esse Acordo”. As medidas permitidas pelo Acordo são os direitos anti-dumping provisórios ou definitivos, e os compromissos de preço. Qualquer outra medida adotada contra exportações objeto de dumping, de um determinado país membro da OMC, seria contrária às disposições do GATT⁵.

3. Na Comunidade Europeia a normativa fundamental relativa à imposição de medidas anti-dumping encontra-se no Regulamento (CE) n° 384/96 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1995⁶ (o “regulamento anti-dumping de base”), o qual, pelo essencial, reflete as disposições do GATT.

4. Em 11 de junho 1987 a Comissão emitiu uma declaração de imprensa, observando que a cada vez que um inquérito anti-dumping começava, fábricas onde tais produtos poderiam ser montados surgiam em toda a Comunidade⁷. Onze dias depois (22 de Junho) o Conselho alterou o regulamento então em vigor⁸, para estabelecer um dispositivo “anti-evasão”, permitindo,

⁴ “Valor normal” sendo considerado como o preço comparável pelo qual os produtos similares são comercializados no país exportador; caso não exista um preço doméstico, o valor normal será estabelecido seja pelo preço de exportação do produto similar para um terceiro país, seja a partir do custo de produção devidamente acrescido de uma margem de lucros.

⁵ Ficando ressalvada, no entanto, a possibilidade de, nos termos do art. XX(d) do GATT 1994, um país adoptar “medidas excepcionais”, ou seja, medidas não previstas no GATT, para garantir a implementação de medidas que foram, por sua vez, adoptadas de acordo com as disposições do GATT.

⁶ Com as alterações introduzidas pelos Regulamentos n. 2331/96, 905/98, 2238/2000, 1972/2002 e, mais recentemente, 461/2004.

⁷ Paul Torremans, “Anti-circumvention duties after the Screwdriver Panel Report”, in *European Law Review*, Ed. Sweet & Maxwell, Vol. 18, n. 4, 1993, p. 289.

⁸ Regulamento 1761/87, do Conselho, que alterou o Regulamento 2176/84.

sob determinadas condições, a imposição de direitos anti-dumping a produtos montados ou produzidos na Comunidade. Tal disposição foi mantida no regulamento anti-dumping seguinte⁹.

Fundamentalmente, o dispositivo anti-evasão inicialmente adotado previa a imposição de direitos anti-dumping sobre os produtos fabricados na Comunidade (e não sobre a importação dos componentes utilizados na fabricação), quando a montagem ou produção na Comunidade (i) fosse feita por uma empresa ligada ou associada ao exportador não comunitário visado por uma medida anti-dumping; (ii) tivesse começado ou aumentado substancialmente após a imposição dos direitos anti-dumping originais; e (iii) o valor das partes ou materiais utilizados, originários do país visado pela medida anti-dumping, superassem em pelo menos 50% o valor de todas as outras partes ou materiais utilizados.

Com base nesse dispositivo, a Comissão iniciou cinco inquéritos para apurar a existência de práticas de evasão de direitos anti-dumping por operações de montagem na Comunidade, dois deles tendo sido encerrados pela Comissão, por considerar não estarem preenchidas as condições necessárias para a aplicação de medidas anti-evasão¹⁰, e três tendo conduzido o Conselho a aplicar efetivamente tais medidas¹¹.

5. O dispositivo anti-evasão adotado pela Comunidade foi questionado pelo Japão perante o GATT, por o considerar contrário às regras do GATT¹². No entanto, uma vez que as medidas anti-evasão, tal como previstas no regulamento comunitário, aplicavam-se ao produto fabricado na Comunidade (e não à importação dos componentes) a análise do GATT fundamentou-se não nas regras relativas às medidas anti-dumping, mas sim na proibição de discriminação entre produtos em razão da sua origem¹³. Tal discriminação resultava igualmente do fato de a medida anti-evasão aplicar-se a fabricantes instalados na Comu-

⁹ Regulamento 2423/88 do Conselho, o qual já não está em vigor.

¹⁰ Regulamento n. 88/225/CEE da Comissão, de 18 de Abril de 1988 (“escavadoras hidráulicas”), e Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”).

¹¹ Regulamento (CEE) n. 1021/88 do Conselho de 18 de Abril de 1988 (“balanças electrónicas”); Regulamento (CEE) n. 1022/88 do Conselho de 18 de Abril de 1988 (“máquinas de escrever eletrônicas”); e Regulamento (CEE) n. 3205/88 do Conselho de 17 de Outubro de 1988 (“aparelhos fotocopiadores”).

¹² “Relatório do Painel sobre o Regulamento CEE sobre a importação de partes e componentes – “screwdriver case” – de 16 de Maio de 1990”, GATT Document L/6657 de 22 de Março de 1990

¹³ Artigo II, parágrafo 1(b) do GATT

nidade ligados aos exportadores (não comunitários) visados pela medida anti-dumping, enquanto que fabricantes (comunitários) não ligados a tais exportadores poderiam vender seus produtos, mesmo que tivessem utilizado as peças ou componentes oriundos do mesmo exportador. Por último, a exigência, na prática das autoridades comunitárias, de que os fabricantes utilizassem peças ou componentes comunitários, também foi contestada.

Enfim, o Painel considerou que as medidas anti-evasão adotadas não poderiam ser legitimadas pelo Artigo XX(d) do GATT (artigo que autoriza um país a adotar e medidas excepcionais para garantir a implementação de medidas que foram, por sua vez, adotadas de acordo com as disposições do GATT). No caso concreto, considerou-se que tal artigo não se aplicaria, uma vez que o dispositivo anti-evasão (“medida excepcional”) não visava garantir o pagamento do direito anti-dumping existente (“medidas adotadas de acordo com as disposições do GATT”), mas sim a imposição de uma nova medida, autónoma relativamente ao direito anti-dumping existente¹⁴.

6. A interpretação restritiva do Painel para o Artigo XX(d) do GATT foi clara no sentido de considerar ilegais as medidas anti-evasão que visassem o produto industrializado/produzido na Comunidade. A única possibilidade de legitimação, pelo Artigo XX(d), de uma medida anti-evasão (uma vez que se trata de uma medida não prevista expressamente pelo GATT), seria aplicar tais medidas à importação das peças e componentes, e não ao produto acabado¹⁵.

A Comunidade foi extremamente relutante em aceitar o Relatório do Painel. A aplicação das medidas anti-evasão do Regulamento de 1988 foi suspensa, mas não foi adotada nenhuma medida para alterar tais regras. A Comunidade esperava que a Rodada Uruguaia das negociações do GATT viesse a resolver este impasse¹⁶. No entanto, as negociações sobre as disposições anti-evasão na Rodada Uruguaia não foram conclusivas. Na realidade, o assunto foi objecto de amplo debate, tendo sido proposto um texto para regulamentar essa matéria, o qual foi considerado insatisfatório tanto pela CEE quanto pelos EUA e, conseqüentemente, rejeitado¹⁷. O texto adoptado em 1994 ficou assim omissso neste ponto.

¹⁴ Torremans, *op. cit.*, p. 297.

¹⁵ Torremans, *op. cit.*, p. 298.

¹⁶ Torremans, *op. cit.*, p. 298.

¹⁷ Paul Didier, “*Les Principaux Accords de l’OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne*”, vol. I, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 126 e ss.

7. Não obstante o insucesso do GATT, a Comunidade manteve uma medida anti-evasão no novo Regulamento anti-dumping que adotou em Dezembro de 1994¹⁸, ainda que com uma estrutura diferente da medida condenada pelo GATT.

Com efeito, o dispositivo anti-evasão aprovado em 1994 (e que corresponde, no essencial, ao modelo atualmente em vigor) difere do modelo inicialmente previsto, tendo sido aperfeiçoado em vários aspectos. O âmbito de aplicação da medida é substancialmente mais amplo, aplicando-se a qualquer forma de evasão, e não somente às operações de montagem. Relativamente às operações de montagem, estas são visadas não somente quando ocorrem na Comunidade, mas também em países terceiros. Já não há a limitação da medida às operações de montagem realizadas por empresas ligadas. Por fim, de modo a compatibilizar o Regulamento com as conclusões do Painel do GATT sobre as regras anti-evasão, as medidas anti-evasão aprovadas em 1994 permitem, não mais criar um direito anti-dumping sobre o produto fabricado na Comunidade, mas sim estender os direitos anti-dumping existentes, que foram impostos a determinados produtos importados, à importação dos componentes ou peças a serem utilizados na fabricação do produto final, na Comunidade.

O Conselho tomou ainda o cuidado de referir, no considerando n. 20 deste Regulamento, que “o acordo anti-dumping de 1994 não prevê disposições no que se refere à evasão às medidas anti-dumping, embora uma decisão ministerial do GATT separada reconheça que a evasão constitui um problema e tenha remetido a questão para o Comité de práticas anti-dumping para resolução; que, dado o fracasso das negociações multilaterais até o momento e enquanto se aguarda o resultado da análise da questão pelo Comité das práticas anti-dumping, é necessário introduzir novas disposições na legislação comunitária que abranjam práticas como a mera montagem na Comunidade ou num país terceiro, cujo principal objectivo seja a evasão às medidas anti-dumping”.

8. Tal Regulamento foi revogado pelo Regulamento 384/96 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1995, o qual manteve integralmente tanto o considerando acima referido, quanto o próprio dispositivo anti-evasão (art. 13).

Com base no Regulamento 384/96, a Comissão iniciou dezoito inquéritos para apurar a existência de práticas de evasão de direitos anti-dumping, oito estando ainda em curso¹⁹; quatro tendo sido encerrados pela Comissão,

¹⁸ Regulamento n. 3283/94, do Conselho, já revogado.

¹⁹ Regulamento (CE) n. 1264/2003 da Comissão, de 16 de Julho de 2003 (“tubos sem costura”); Regulamento (CE) n. 1347/2003 da Comissão de 29 de Julho de 2003 (“ca-

por considerar não estarem preenchidas as condições necessárias para a aplicação de medidas anti-evasão²⁰ ou por ter sido retirada a denúncia²¹, e seis tendo conduzido o Conselho a aplicar efetivamente tais medidas²²

9. O Regulamento 384/96 foi recentemente alterado pelo Regulamento 461/2004 do Conselho, de 8 de Março de 2004. Dentre as alterações introduzidas, ressalte-se a introdução de um novo parágrafo ao dispositivo anti-evasão, o qual faz uma espécie de enumeração exemplificativa dos tipos de práticas que, a partir da experiência acumulada pelas autoridades comunitárias, podem constituir evasão.

Na exposição de motivos o Conselho expressamente refere que a questão das regras anti-evasão “ainda não foi resolvida pelo Comité das Práticas Anti-dumping da OMC nem foi tratada no âmbito do Órgão de Resolução de Litígios”, mas “seja qual for o risco de um eventual litígio, estas disposições (anti-evasão) têm estado operacionais e, se necessário, serão defendidas pela Comissão com a mesma determinação e convicção que demonstrou no passado”²³. A questão da compatibilidade entre o dispositivo anti-evasão comunitário e as regras da OMC permanece assim em aberto.

bos de aço da Ucrânia”); Regulamento (CE) n. 1733/2003 da Comissão de 30 de Setembro de 2003 (“mecanismos para encadernação”); Regulamento (CE) n. 2212/2003 da Comissão de 17 de Dezembro de 2003 (“acessórios para tubos”); Regulamento (CE) n. 275/2004 da Comissão de 17 de Fevereiro de 2004 (“cabos de aço da China”); Regulamento (CE) n. 284/2004 da Comissão de 18 de Fevereiro de 2004 (“PET”); Regulamento (CE) n. 396/2004 da Comissão de 2 de Março de 2004 (“acessórios para tubos II”); Regulamento (CE) n. 395/2004 da Comissão de 2 de Março de 2004 (“acessórios para tubos III”).

²⁰ Regulamento (CE) n. 1445/96 da Comissão, de 24 de Julho de 1996 (“discos magnéticos I”); Regulamento (CE) n. 984/97 da Comissão, de 30 de Maio de 1997 (“balanças electrónicas II”); Regulamento (CE) n. 799/2000 da Comissão, de 17 de Abril de 2000 (“discos magnéticos II”).

²¹ Decisão da Comissão de 9 de Fevereiro de 1999 (“câmara de televisão”).

²² Regulamento (CE) n. 71/97 do Conselho, de 10 de Janeiro de 1997 (“bicicletas”); Regulamento (CE) n. 2513/97 do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 (“fibras de poliésteres”); Regulamento (CE) n. 192/99 do Conselho, de 25 de Janeiro de 1999 (“isqueiros”); Regulamento (CE) n. 163/2002 do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002 (“glifosato”); Regulamento (CE) n. 1623/2003 do Conselho, de 11 de Setembro de 2003 (“óxidos de zinco”); Regulamento (CE) n. 1023/2003 do Conselho, de 13 de Junho de 2003 (“acessórios roscados”).

²³ Documento COM (2003) 799 final, p. 6.

O dispositivo anti-evasão comunitário vem estabelecido no artigo 13 do regulamento de base, o qual contém 5 números. Os dois primeiros números desse artigo estabelecem as condições materiais para a aplicação da medida; o número 3 estabelece as regras de procedimento; o número 4 estabelece o funcionamento do mecanismo de isenção às medidas anti-evasão; e o número 5 dispõe que as medidas anti-evasão não afastam a aplicação das disposições de âmbito geral em matéria de direitos aduaneiros.

As condições materiais para a aplicação das medidas anti-evasão estão estruturadas nos dois primeiros números do artigo 13. O número 1 do artigo 13 (art. 13.1) estabelece as regras gerais aplicáveis em matéria anti-evasão (I), enquanto o número 2 do artigo 13 (art. 13.2) estabelece regras específicas aplicáveis às operações de montagem (II).

I. Regras gerais do dispositivo anti-evasão: a extensão dos direitos anti-dumping (art.13.1)

O art. 13.1 é, em princípio, completo no que se refere às regras materiais das medidas anti-evasão: Em seu primeiro parágrafo, estabelece, em sua primeira frase, a própria possibilidade da extensão das medidas anti-dumping, quando se verifique uma evasão. Em seguida, o art. 13.1, ainda no primeiro parágrafo, define o que entende por evasão. Por fim, no seu segundo parágrafo, enumera algumas práticas que podem ser consideradas como evasão. Convém analisar, em primeiro lugar, o alcance do dispositivo anti-evasão (A), e em seguida, as condições necessárias para a aplicação do dispositivo (B).

A. Alcance da extensão: país de proveniência e produtos

O art. 13.1, em sua primeira frase, estabelece que:

“a aplicação dos direitos anti-dumping, criados nos termos do presente regulamento, pode ser tornada extensiva às importações provenientes de países terceiros de produtos similares, ligeiramente modificados ou não, assim como às importações de produtos similares ligeiramente modificados, provenientes do país sujeito às medidas, ou de partes desses produtos, sempre que se verifique uma evasão às medidas em vigor”²⁴.

²⁴ Regulamento 384/96, com a redação dada pelo Regulamento 461/2004.

Decorrem desta primeira frase do art. 13.1, primeiro parágrafo, algumas constatações.

Em primeiro lugar, cabe referir que as medidas anti-evasão somente podem ser aplicadas às importações (de produtos ou peças de produtos), e não aos produtos montados na Comunidade²⁵.

Para além disso, importa sublinhar que o alcance dos direitos anti-dumping a serem impostos é definido pelo âmbito de investigação do inquérito inicial, tanto em termos do produto quanto em termos do país visado. A definição do produto em causa e dos países visados constituem assim limites um ao âmbito de aplicação dos direitos anti-dumping impostos. Tal como já declarou o Tribunal de Justiça das Comunidade Europeias “os direitos anti-dumping apenas são aplicáveis aos produtos que sejam objecto de práticas de dumping identificadas durante o inquérito instaurado e conduzido” nos termos do regulamento de base, não sendo assim aplicáveis a outros produtos, mesmo que se trate de produtos objeto da mesma classificação pautal²⁶.

Em princípio, a imposição de medidas anti-dumping aos produtos em causa originários de outros países, ou a outros produtos que não os produtos em causa, ainda que originários dos mesmos países, exigiria a abertura de um novo processo anti-dumping, específico à nova situação (ao novo produto, ou aos novos países).

No entanto, nos termos do regulamento anti-dumping de base, os direitos anti-dumping impostos a um determinado produto, originário de determinados países, podem ser estendidos às importações de produtos similares (e/ou das respectivas partes) provenientes de países terceiros (não abrangidos pelas processo inicial), sempre que tais importações forem consideradas como um meio de evasão às medidas em vigor.

É assim possível estender a aplicação de direitos anti-dumping a produtos diferentes daqueles que foram objeto das medidas originais, e ainda a produtos provenientes de outros países, diferentes dos países inicialmente visados pelas medidas iniciais. Ou seja, a extensão é assim possível em relação aos produtos em causa (2), bem como em relação ao país da proveniência dos produtos (1).

²⁵ Contrariamente ao modelo inicial da regra que, nos casos de “operações de montagem”, permitia a imposição de medidas anti-evasão sobre o produto montado na Comunidade. Como referido, tal mecanismo foi condenado pela OMC.

²⁶ TJCE, acórdão de 24 de Junho de 1993, processo C-90/92, Dr. Tretter GmbH & Co; Col. 1993, p. I-03569.

1. Extensão a importações provenientes de países terceiros

As medidas anti-evasão permitem estender os direitos anti-dumping originais às importações provenientes de países terceiros. Tal possibilidade visa alcançar as operações de transbordo ou triangulação das exportações do país visado por um outro país, não visado, de modo a dissimular a origem dos produtos e evitar a aplicação dos direitos anti-dumping.

Nos termos do regulamento, no entanto, as medidas podem incidir sobre as importações “provenientes” países terceiros sem fazer qualquer referência à “origem” do produto ou das partes. O regulamento atual distingue-se assim do modelo anterior a 1994, onde o dispositivo anti-evasão referia-se às importações “originárias” do país visado pelos direitos anti-dumping. Ainda que a referência expressa à origem tenha sido suprimida, ela permanece como condição necessária à aplicação do dispositivo anti-evasão: as importações provenientes de um país terceiro somente poderão ser objecto de uma medida anti-evasão se o produto for originário do país visado.

Para além da extensão dos direitos anti-dumping às importações provenientes de países terceiros, o regulamento refere ainda a importações provenientes do país visado. À primeira vista, a referência à proveniência do país visado pode parecer desnecessária. No entanto, no caso da extensão das medidas à importação de produtos similares ou peças (vide tópico abaixo), a referência à proveniência do país visado volta a ser relevante, uma vez que a sua omissão poderia ser interpretada no sentido de somente permitir a extensão dos direitos anti-dumping à importação de peças ou produtos similares provenientes de países terceiros. Com efeito, a redação inicial do Regulamento 384/96 estabelecia que as medidas anti-evasão podiam ser aplicadas às importações provenientes de países terceiros (e não mencionava as importações provenientes do país visado). Não obstante esta redação aparentemente restritiva, o Conselho precisou que a expressão “país terceiro” deveria ser entendida, no contexto do art. 13.1, como qualquer país não membro da Comunidade²⁷. De qualquer modo, o Conselho entendeu conveniente alterar a redação do art. 13.1 para incluir, expressamente, as importações do país visado.

A referência do regulamento atual à proveniência, e não à origem, leva a que produtos ou peças originários de países terceiros não visados por nenhuma medida anti-dumping, que simplesmente transitam por um país visado, possam vir a ser afetados pela medida de extensão dos direitos anti-

²⁷ Reg. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”), n. 8.

dumping²⁸, em desconformidade com o carácter acessório que a medida anti-evasão em relação à medida anti-dumping original.

Na aplicação desta condição, a Comissão, e posteriormente o Conselho, consideram que a medida se aplica às peças provenientes dos países visados, salvo se os interessados puderem provar que a *origem* das peças é diversa. Submetida a questão ao Tribunal de Primeira Instância, este confirmou que a medida anti-evasão não pode afetar peças originárias de países não visados. No entanto, cabe aos interessados fazerem a prova da origem²⁹.

Resulta assim que às autoridades comunitárias basta demonstrar que os produtos similares e/ou as respectivas partes são “provenientes” do país em causa. Porém, a medida anti-evasão não pode ser aplicada se os interessados provarem que tais produtos ou partes são originários de outros países.

Não há assim uma verdadeira extensão dos direitos originais em termos de país de origem dos produtos visados, mas sim uma inversão do ónus da prova desta origem, a partir da proveniência dos produtos visados.

2. Extensão a importações de produtos similares e respectivas partes

As medidas anti-evasão permitem estender os direitos anti-dumping originais aos produtos similares àqueles originalmente visados (a), ligeiramente modificados ou não (b) e respectivas partes (c).

a) Produtos Similares

A expressão “produto similar” é utilizada pelo regulamento de base em diversas ocasiões e para diversos fins³⁰, sendo no entanto fornecida uma definição uniforme.

²⁸ Didier chega a sugerir que se trata de um “erro de redação” (“Les principaux...”, op. cit., p. 137).

²⁹ “Uma medida que torne extensivo um direito anti-dumping tem apenas carácter acessório relativamente ao acto inicial que cria esse direito. Seria, por conseguinte, contrário à finalidade e à economia geral do art. 13, já referido, sujeitar um direito anti-dumping, criado inicialmente sobre a importação de um produto originário de determinado país, às importações de peças deste produto provenientes do país sujeito às medidas quando os operadores afetados que efectuem as operações de montagem objecto do inquérito da Comissão façam prova de que essas peças (...) são originárias de outro país” (TPICJ, processo T-80/97, de 26 de Setembro de 2000, “Starway”, n. 85).

³⁰ Para a determinação do “valor normal” (art. 1); para definir os produtos que devem ser

Nos termos do regulamento de base “produto similar” é:

“um produto idêntico, ou seja, análogo em todos os aspectos ao produto considerado, ou, quando não exista tal produto, um outro produto que, embora não sendo análogo em todos os aspectos, apresente características muito semelhantes às do produto considerado” (art. 1.4).

Esta definição é substancialmente idêntica à definição de “produto similar”³¹ constante do artigo 2.6 do Acordo para a Implementação do Artigo VI do GATT 1994.

Consequentemente, o regulamento de base permite, em primeiro lugar, estender os direitos anti-dumping originais aos “produtos similares”. Tal extensão, neste caso, visaria as práticas de evasão por meio de expedição ou transbordo do produto visado (produto similar) via um país terceiro, não visado pelas medidas originais. Na realidade, a imposição das medidas anti-dumping originais a esses produtos não dependeria das regras anti-evasão, bastando a aplicação das regras de origem (tais produtos sendo, na realidade, originários do país visado, não obstante o envio ou transbordo em um terceiro país).

b) Produtos “ligeiramente modificados”

Em segundo lugar, o regulamento permite ainda a extensão das medidas, para além dos produtos similares propriamente ditos, aos produtos “ligeiramente modificados”.

O regulamento 384/96 não fazia referência aos produtos “ligeiramente modificados”, apesar de, no entender do Conselho, estar “implicitamente abrangida” pelo art. 13 em sua redação original³². Tal expressão foi introduzida ao art. 13 pelo regulamento 461/2004, cristalizando, no entanto, uma análise assente das autoridades comunitárias. A expressão “ligeira modificação” foi utilizada pela primeira vez pelo Conselho no caso das fibras de poliésteres, para identificar produtos que possuem “as mesmas características químicas e físicas

considerados para a determinação do “preço normal” do produto sujeito à investigação de dumping (um produto é considerado objecto de dumping se o seu preço de exportação para a Comunidade for inferior ao seu “preço normal”, ou seja, o preço comparável de um produto similar no mercado doméstico do exportador) – e a sua comparação com o “preço de exportação” (art. 2.10a); para estabelecer o prejuízo (art. 3.8).

³¹ “like product” ou “produit similaire”.

³² Exposição de Motivos ao Regulamento 461/2004, pré-citado; p. 7.

de base”, sendo a única diferença resultante de “um simples processo de corte mecânico” e concluir que “diferenças desta natureza, que podem ser criadas ou eliminadas através de alterações menores, não podem pôr em questão o fato de (os produtos) serem essencialmente o mesmo produto”, ou seja, “são similares na acepção do disposto no n. 4 do art. 1 do regulamento de base”³³.

Assim, em consonância com a prática das autoridades comunitárias, a “ligeira modificação” a que se refere o regulamento, normalmente utilizada para possibilitar a classificação do produto em um código aduaneiro não sujeito à medida, é uma alteração que não altera as características essenciais do produto³⁴.

Na realidade, a referência à “ligeira alteração” do produto, no art. 13.1, não significa uma verdadeira extensão, em termos de produto, dos direitos anti-dumping originais, mas sim um esclarecimento, no próprio art. 13.1, de que o termo “produto similar” inclui, tal como definido no artigo 1.4 do regulamento de base, “um outro produto que, embora não sendo análogo em todos os aspectos, apresente características muito semelhantes às do produto considerado”³⁵.

c) Partes

Por fim, a extensão pode afetar as “partes” do produto similar. A referência às partes do produto (provenientes do país visado, ou ainda, mesmo que a redação do regulamento seja dúbia, de países terceiros) destina-se a combater a evasão por operações de montagem na Comunidade Europeia. A importação já não é de um produto similar (ligeiramente alterado ou não), mas sim das partes deste produto.

A compatibilidade da extensão de direitos anti-dumping a peças e componentes às regras do GATT não é clara, uma vez que tais peças não são, de modo algum, “produtos similares” aos produtos finais. De modo a evitar esse debate³⁶, a Comunidade Europeia havia inicialmente desenhado o dispositivo anti-evasão para incidir sobre o produto final fabricado na Comunidade,

³³ Reg. n. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 9. Ver igualmente Reg. n. 192/99 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”), n. 10; Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit. (“glifosato”), n. 19; Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit (“óxidos de zinco”), n. 15 a 17.

³⁴ Regulamento de base, art.13.1, segundo parágrafo, primeira frase.

³⁵ Regulamento de base, art. 1.4.

³⁶ Didier, “Les principaux...”, op. cit., p. 135, e referências à posição americana sobre “produtos similares”.

e não sobre as peças importadas para tal fabricação³⁷. Na sequência do Painel do GATT que condenou essa solução (ver supra), a Comunidade acabou por reformular o dispositivo, que passou assim a incidir sobre as peças, e não mais sobre os produtos fabricados.

Há, aqui, uma verdadeira extensão da medida anti-dumping inicial, que passa a incidir, não unicamente sobre a importação do produto visado, mas igualmente sobre a importação de suas peças.

B. Condições para a extensão: Existência da evasão

Para que a extensão possa ser declarada, é condição necessária que se verifique uma evasão às medidas em vigor.

Nos termos do art. 13.1, segunda parte:

“entende-se por evasão uma alteração dos fluxos comerciais entre os países terceiros e a Comunidade ou entre empresas do país sujeito às medidas e a Comunidade, resultante de práticas, processos ou operações insuficientemente motivada ou sem justificação económica que não seja a instituição do direito, e quando houver elementos que demonstrem que há prejuízo ou que estão a ser neutralizados os efeitos correctores do direito no que se refere aos preços e/ou às quantidades do produto similar; bem como quando houver elementos de prova, se necessário em conformidade com o disposto no artigo 2, da existência de dumping relativamente aos valores normais anteriormente apurados para o produto similar”³⁸.

Resulta do art. 13.1 que cinco condições devem estar preenchidas para a existência da evasão: (1) a mudança nos padrões das trocas comerciais; (2) resultante de práticas, processos ou operações (3) insuficientemente

³⁷ Didier, “Les principaux...”, op. cit., p. 125

³⁸ Reg. 384/96, com redação do Regulamento 461/2004. Nos termos da redação original do art. 13.1, segunda parte *“entende-se por evasão uma alteração dos fluxos comerciais entre os países terceiros e a Comunidade resultante de uma prática, processo ou actividade insuficientemente motivada ou sem justificação económica que não seja a instituição do direito, e quando houver elementos de prova que demonstrem que estão a ser neutralizados os efeitos correctores do direito no que se refere aos preços e/ou às quantidades do produto similar; bem como quando houver elementos de prova de dumping relativamente aos valores normais anteriormente apurados para os produtos similares ou análogos”*.

justificada; deve haver ainda (4) neutralização do efeito corretor das medidas em vigor; e (5) provas de dumping.

1. Mudança nos padrões das trocas comerciais

A alteração dos fluxos comerciais é uma consequência lógica da prática de evasão. Caso a evasão se dê por modificações nas características físicas ou na composição do produto, e a conseqüente alteração da sua classificação pautal, haverá uma redução na importação do produto originalmente visado, correspondente ao aumento da importação do produto alterado. No caso de evasão através da expedição do produto sujeito aos direitos antidumping iniciais por um outro país, haverá na Comunidade uma redução no volume da importação do produto através do país original, o qual corresponderá ao aumento do volume da importação do mesmo produto proveniente do país intermediário. Para que haja a alteração nos padrões, no entanto, “não é necessário demonstrar que a substituição atingiu níveis de importação superiores aos anteriormente registados pelo produto substituído num determinado segmento no período de referência (...) desde que (...) se verifique uma tendência clara e constante de substituição durante um período alargado”³⁹.

A redação anterior do art. 13.1 referia unicamente a uma “alteração dos fluxos comerciais entre os países terceiros e a Comunidade”. O Regulamento 461/2004 veio acrescentar que a alteração dos fluxos comerciais pode também ocorrer entre “empresas do país sujeito às medidas e a Comunidade”. A referência à alteração dos fluxos entre as empresas do país sujeito às medidas e a Comunidade visa esclarecer que essa condição estará atendida não somente nos casos de montagem na Comunidade (onde haveria uma redução das importações do produto em causa, e um correlato aumento da importação das respectivas partes), mas também nos casos de evasão onde os produtos são “exportados para a Comunidade por intermédio de produtores que beneficiem de uma taxa do direito individual inferior à aplicável aos produtos dos fabricante”, como referido no art. 13.1, segundo parágrafo.

A verificação das alterações é feita, relativamente às empresas que colaboram no inquérito, com base nas informações por elas prestadas. No caso de empresas que não colaboram, a análise da Comunidade é feita, de acordo com o art. 18 do regulamento de base, com base nas “melhores informações disponíveis”, as quais, de um modo geral, são os dados do Eurostat.

³⁹ Reg. n. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 12.

A alteração verificada é, habitualmente, bastante significativa, por vezes passando de valores nulos ou quase, para quantidades elevadas de importação. No entanto, um aumento de 50% nos volumes parece ser considerado suficiente pelo Conselho para que a alteração seja qualificada como substancial⁴⁰.

2. Práticas, processos ou operações

A alteração no padrão dos fluxos comerciais deve resultar de “práticas, processos ou operações”.

A definição de evasão constante do art. 13.1 (mesmo antes da alteração introduzida pelo Regulamento 461) tem um âmbito de aplicação suficientemente abrangente (cláusula “catch all”) para compreender todas as “práticas, processos ou operações” conducentes à evasão dos direitos, o que incluiria desde as simples fraudes alfandegárias (falsas declarações de origem ou de componentes, classificação tarifária errada, importação por diferentes postos alfandegários dos componentes), até as exportações via um país intermediário⁴¹, as modificações físicas simples do produto em causa⁴² ou a sua combinação a outros produtos para eventualmente obter uma outra classificação tarifária⁴³, ou qualquer outra forma possível de evasão, incluindo as operações de montagem⁴⁴.

Ainda assim, o Regulamento 461/2004 veio acrescentar ao art. 13.1 um segundo parágrafo, especificando quatro exemplos de “práticas, processos ou operações”:

a) *“a ligeira modificação do produto em causa para possibilitar a sua classificação em códigos aduaneiros que não estejam normalmente sujeitos a medidas, desde que tais modificações não alterem as suas características essenciais”*

⁴⁰ Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit., (“glifosato”), n. 24.

⁴¹ Reg. n. 192/99 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”); Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit., (“glifosato”); Reg. n. 1023/2003 do Conselho, pré-cit., (“acessórios roscados”); Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”); Ver também os inquéritos ainda em curso: Reg. n. 1347/2003 da Comissão, pré-cit., (“cabos de aço da Ucrânia”); Reg. n. 1733/2003 da Comissão, pré-cit., (“mecanismos para encadernação”).

⁴² Reg. n. 192/99 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”).

⁴³ Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”). Ver também o inquérito, ainda em curso, iniciado pelo Reg. n. 1264/2003 da Comissão, pré-cit., (“tubos sem costura”).

⁴⁴ Didier, “Les principaux...”, op. cit., p. 131.

Na exposição de motivos do Regulamento 461/2004, o Conselho referiu que a prática da “ligeira modificação” do produto, normalmente resultante da sua mistura com outras substâncias para que o produto possa ser “legalmente” declarado com códigos aduaneiros que não impliquem a aplicação de medidas anti-dumping, constitui uma “prática ilegal”, a qual “já é implicitamente abrangida pelo texto atual do art. 13” (ver comentários supra).

Com efeito, mesmo antes do Regulamento 461/2004, tais práticas foram sancionadas com medidas de extensão de direitos anti-dumping existentes, por aplicação do art. 13, não somente nos casos de combinação do produto em causa a outros produtos para eventualmente obter uma outra classificação tarifária⁴⁵, mas também em casos de modificações físicas simples do produto em causa⁴⁶.

O Conselho entendeu, no entanto, que era “preferível clarificar o texto do art. 13 (...) de forma a mencionar explicitamente que a prática que consiste numa ligeira modificação dos produtos constitui uma prática de evasão”, desde que, como clarifica o atual art. 13, “tais modificações não alterem as suas características essenciais”. Consequentemente, deve-se entender que modificações ao produto (ainda que “ligeiras”) que alterem as suas características essenciais, não devem ser consideradas como práticas de evasão.

b) *“A expedição do produto sujeito a medidas através de países terceiros”*

A análise dos processos anti-evasão demonstram que a expedição do produto através de um país terceiro constitui a forma mais recorrente de evasão⁴⁷.

c) *“A reorganização pelos exportadores ou pelos produtores das respectivas estruturas e circuitos de venda no país sujeito a medidas de tal modo que os seus produtos sejam exportados para a Comunidade por intermédio de produtores que beneficiem de uma taxa do direito individual inferior à aplicável aos produtos dos fabricantes”.*

⁴⁵ Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”). Ver também o inquérito, ainda em curso, iniciado pelo Reg. n. 1264/2003 da Comissão, pré-cit., (“tubos sem costura”).

⁴⁶ Reg. n. 192/1999 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”).

⁴⁷ Reg. n. 192/1999 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”); Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit., (“glifosato”); Reg. n. 1023/2003 do Conselho, pré-cit., (“acessórios roscados”); Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”). Ver também os inquéritos ainda em curso: Reg. n. 1347/2003 da Comissão; pré-cit., (“cabos de aço da Ucrânia”); Reg. n. 1733/2003 da Comissão; pré-cit., (“mecanismos para encadernação”).

Por esta prática, contorna-se a medida anti-dumping não pela expedição dos produtos por um país não sujeito às medidas, mas sim por uma empresa que beneficia de uma situação mais favorável do que os exportadores visados. O Conselho constatou que “tais práticas de evasão, por intermédio de outras empresas, não estão explicitamente contempladas no art. 13 (...). Todavia, é evidente que comprometem o efeito corretor das medidas, pelo que deveria ser possível sancionar tal comportamento”⁴⁸.

d) *“Nas circunstâncias previstas no n. 2 do art. 13, a montagem de partes no âmbito de uma operação de montagem na Comunidade ou num país terceiro”.*

Contrariamente aos demais exemplos de práticas de evasão, que são unicamente contempladas pela formulação geral do art. 13.1, as operações de montagem, seja na Comunidade, seja em países terceiros, são especificamente contempladas pelo art. 13.2 do regulamento de base, o qual estabelece condições específicas para tais casos (o art. 13.2 será analisado separadamente, abaixo).

3. Ausência de motivos ou justificações econômicas suficientes

Não basta haver a alteração no padrão dos fluxos comerciais. Para haver evasão, tal alteração deve ser resultante de “práticas, processos ou operações insuficientemente motivadas ou sem justificação econômica que não seja a instituição do direito”.

De modo geral, nos casos em que não há colaboração dos exportadores, a partir da própria existência da alteração dos fluxos comerciais o Conselho conclui pela falta de motivos ou justificação econômica, que não o de evitar os direitos anti-dumping.

Por vezes, no entanto, o Conselho leva em consideração, para concluir pela falta de justificativa econômica, os custos adicionais da operação, e analisa o comportamento do mercado de um modo geral (se medidas ou práticas similares estão sendo adotadas relativamente a outros mercados, que não o mercado comunitário, ou mesmo por outros exportadores, que não os visados)⁴⁹.

Por outro lado, mesmo quando as justificativas econômicas são apresentadas (redução de custos, aproveitamento do know-how local) o Conselho parece entender que tais justificativas devem ser capazes de explicar não so-

⁴⁸ Exposição de motivos ao Regulamento 461/2004, pré-cit., p. 7.

⁴⁹ Reg. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 14.

mente a alteração dos fluxos comerciais, mas também a coincidência temporal da mudança nos fluxos e a instituição dos direitos anti-dumping⁵⁰.

4. Prejuízo ou neutralização do efeito corretor das medidas em vigor

Face à existência de uma alteração de fluxos comerciais insuficientemente justificada, devem haver “elementos que demonstrem que há prejuízo ou que estão a ser neutralizados os efeitos corretores do direito no que se refere aos preços e/ou às quantidades do produto similar” (a).

Na redação anterior, era necessário haver “elementos *de prova* que demonstrem que estão a ser neutralizados os efeitos corretores do direito no que se refere aos preços e/ou às quantidades do produto similar”. Já não se fala em prova, por um lado. Por outro lado, em alternativa à neutralização dos efeitos, foi introduzida a referência ao “prejuízo” (b).

a) Neutralização dos efeitos

Cumprir observar que, não obstante o regulamento referir à neutralização dos efeitos corretores em termos de “preços e/ou quantidades”, ou seja, de modo alternativo, na prática o Conselho preocupa-se em demonstrar a neutralização cumulativamente em termos de preços (ii) e de quantidades (i), tendo inclusive encerrado inquéritos sobre evasão em casos em que considerou que a neutralização, em termos de quantidade, não era significativa⁵¹.

i) Neutralização em termos de quantidades

A condição de alteração dos fluxos comerciais em geral fornece elementos suficientes para se verificar se houve ou não a neutralização em termos de quantidades, ou seja, se o produto está sendo importado na Comunidade em quantidades comparáveis às quantidades verificadas antes do inqué-

⁵⁰ Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit., (“glifosato”), n. 32. “Se existisse uma causa suficiente ou uma justificação económica – para além das medidas anti-dumping em vigor, (...) poderia esperar-se que pelo menos algumas quantidades (...) tivessem sido importadas (...) antes da criação das medidas provisórias”; Reg. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) ns. 13 e 16.

⁵¹ Reg. n. 192/1999 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”), n. 53. Reg. n. 1445/96 da Comissão, pré-cit., (“discos magnéticos I”), n. 8.

rito inicial. Em princípio, a neutralização não precisa ser total⁵², mas deve ser significativa⁵³.

ii) Neutralização em termos de preços

Em termos de preço, para haver neutralização basta que os preços de exportação (ou de venda, no caso de operações de montagem) sob investigação de evasão sejam inferiores “ao nível necessário para eliminar o prejuízo na Comunidade”, nível esse determinado durante o inquérito inicial⁵⁴; ou seja, que sejam inferiores ao “nível não depreciativo dos preços na Comunidade tal como estabelecidos no inquérito inicial”⁵⁵. Tal nível corresponde aos preços de exportação “não objecto de dumping”, ou seja, os preços de exportação efetivos, do produto desalfandegado, majorados do direito anti-dumping⁵⁶.

No caso de montagem na comunidade, a comparação é feita, não entre o preço de exportação e o “nível não depreciativo dos preços”, mas sim entre este (“nível não depreciativo”) e o preço de venda na Comunidade do produto transformado⁵⁷.

Em uma operação de montagem, a comparação entre o preço não depreciativo e o preço de venda na Comunidade deve ser feita “ao mesmo estágio”, ou seja, “CIF fronteira comunitária”. Para tanto, a Comissão faz ajustamentos ao preço de venda na Comunidade do produto transformado, deduzindo “os descontos, as despesas de venda e os encargos, gerais e administrativos bem como os custos de transporte na Comunidade (não incluídos nas despesas de venda e encargos gerais administrativos)”⁵⁸.

⁵² Uma neutralização em 20% foi considerada suficiente (Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”), n. 20).

⁵³ Foi considerado como não significativo 2% do total das importações da Comunidade e 4,1% do volume total das exportações do país visado (Reg. n. 192/1999 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”), n. 53).

⁵⁴ Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit., (“óxidos de zinco”), n. n. 33.

⁵⁵ Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit., (“glifosato”), n. 42.

⁵⁶ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 19.

⁵⁷ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 19.

⁵⁸ Reg. n. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 18, que, apesar de não ter sido tratado como uma operação de montagem propriamente dita, utilizou-se uma metodologia similar na medida em que se tratava da venda, na Comunidade, de um produto ligeiramente alterado relativamente ao produto inicial.

Caso o preço de exportação (ou de venda na Comunidade, no caso de montagem) sob inquérito anti-evasão não seja inferior ao “nível não depreciativo dos preços na Comunidade” (ou seja, ao preço de exportação “não objecto de dumping”, ou preço de exportação “corrigido”), não haverá “neutralização” da medida inicial (e, consequentemente, caso não seja provado o prejuízo, condição alternativa introduzida em 2004, não haverá evasão). E isso ainda que o preço de exportação sob inquérito anti-evasão seja inferior ao “valor normal”, tal como apurado no inquérito inicial, ou seja, ainda que o preço de exportação sob inquérito anti-evasão possa estar sendo objecto de dumping.

No entanto, ainda que não haja neutralização, esta condição estará preenchida caso se verifique o prejuízo.

b) Prejuízo

A noção de prejuízo é estabelecida no art. 3 do regulamento de base, como sendo “um prejuízo importante” ou uma “ameaça de prejuízo importante” para a indústria comunitária, ou ainda “um atraso importante na criação dessa indústria”. Os vários números do art. 3 estabelecem em seguida os critérios a se ter em conta para determinar o prejuízo.

Tratando-se, no art. 13.2, de uma medida de extensão de um direito anti-dumping já aplicado, é de se esperar que a condição do prejuízo, já verificada quando da aplicação do direito original, seja considerada como verificada no novo inquérito sempre que se considere que a alegada prática de evasão está a “neutralizar os efeitos corretores” da medida original.

Por outro lado, caso não se verifique a “neutralização” dos efeitos, com base nos critérios acima expostos, parece questionável atribuir à prática sob investigação a causa do prejuízo comunitário, na acepção do art. 3 do regulamento de base (e, inversamente, caso não se demonstre a existência do “prejuízo”, seria legítimo aplicar uma medida de extensão?). Pode-se, no entanto, considerar que, tendo sido introduzido um critério de “prejuízo” em alternativa à “neutralização”, não se poderia simplesmente assimilar os dois critérios, e que, com a introdução da alternativa “prejuízo/neutralização”, as autoridades comunitárias deveriam ter, efetivamente, uma alternativa em termos de metodologia a seguir.

Nesse sentido, convém referir que, na prática comunitária, a relação de causalidade entre as importações objeto de dumping e o prejuízo à indústria comunitária é, em geral, presumida a partir da simultaneidade entre as

importações e o prejuízo⁵⁹. Bastaria assim demonstrar, para atender a esta condição, que o prejuízo, apurado quando da imposição das medidas originais, perdura durante o mesmo intervalo temporal em que se verificaram as práticas suspeitas de evasão.

A referência ao prejuízo traria assim uma maior flexibilidade às autoridades comunitárias na verificação desta condição.

5. *Provas de dumping*

A última condição para a caracterização da evasão, nos termos do art. 13.1⁶⁰, é a existência de “elementos de prova, se necessário em conformidade com o disposto no art. 2, da existência de dumping relativamente aos valores normais anteriormente apurados para o produto similar” (d).

Para tanto, é feita uma comparação (c) entre o valor normal (apurado no âmbito do inquérito inicial) (a), e o preço de exportação (ou de venda, no caso de montagem) (b) dos produtos objecto do inquérito anti-evasão.

a) Valor Normal

Relativamente a esta condição, o Conselho reiteradamente sublinha que o regulamento não exige que se determine uma nova margem de dumping, ou seja, o valor normal, para a verificação do dumping, não precisa ser novamente aferido, devendo ser utilizado o valor normal estabelecido no inquérito inicial⁶¹.

b) Preço de Exportação ou de Venda

O preço de exportação (ou de venda, no caso de montagem) dos produtos objeto do inquérito anti-evasão deverá ser apurado, se necessário, em conformidade com os números 8 e 9 do art. 2 do regulamento de base.

⁵⁹ E mesmo que existam indícios de que as dificuldades da indústria comunitária resultem, não do dumping propriamente dito, mas sim da desvantagem comparativa da indústria comunitária em termos de custos (Pierre Didier, “Le code anti-dumping du Cycle de l’Uruguay: impact dans la Communauté”, in *Cahier de Droit Européen*, Bruxelles, 1994, n. 3-4, p. 279).

⁶⁰ Regulamento de base, tal como modificado pelo Regulamento 461/2004.

⁶¹ Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit. (“glifosato”), n. 45; Reg. n. 1623/2003 do Conselho, pré-cit (“óxidos de zinco”), n. 35.

O “preço de exportação” é o “preço efetivamente pago, ou a pagar” pelo produto⁶². Na falta de cooperação, os preços de exportação são estabelecidos com base nos dados do Eurostat.

No entanto, quando não houver preço de exportação, ou este não for fiável (em razão de relações existentes entre o exportador e o importador ou terceiro), o preço de exportação pode ser calculado, a partir do preço a que os produtos são revendidos (pelo importador) pela primeira vez a um comprador independente. Caso não sejam revendidos no mesmo estado em que foram importados, será apurado o preço de exportação deverá ser apurado por outra base razoável⁶³. Devendo haver o cálculo do preço de exportação, far-se-á um ajustamento em relação a “todos os custos, incluindo direitos e impostos, verificados entre a importação e a revenda, bem como em relação aos lucros obtidos, a fim de se estabelecer um preço de exportação fiável no estúdio da fronteira comunitária”⁶⁴.

No caso de operações de montagem, não se considera o “preço de exportação”, mas sim o “preço de revenda” na Comunidade⁶⁵.

c) Comparação Equitativa

A prova do dumping será feita, “se necessário em conformidade com o art. 2”. Apesar de esta referência ao artigo 2 ter sido introduzida pelo regulamento 461/2004, a exigência de uma “comparação equitativa” já existia, de modo implícito no regulamento de base. Consequentemente, a comparação entre o valor normal (apurado no âmbito do inquérito inicial), e o preço de exportação (ou de venda, no caso de montagem) dos produtos objecto do inquérito anti-evasão deve ser “equitativa”, nos termos definidos no n. 10 do art. 2 do Regulamento de base⁶⁶.

Assim, caso os valores não possam ser directamente comparados, deve-se proceder aos devidos ajustamentos, os quais podem corrigir diferenças relativas (i) às características físicas dos produtos; (ii) a encargos de importação e impostos indirectos; (iii) a descontos, abatimentos e quantidades; (iv) ao estúdio

⁶² Regulamento de base, art. 2.8.

⁶³ Regulamento de base, art. 2.9.

⁶⁴ Regulamento de base, art. 2.9 segundo parágrafo.

⁶⁵ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 24.

⁶⁶ Reg. n. 163/2002 do Conselho, pré-cit. (“glifosato”), n. 37; Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 24. Ver também Reg. n. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 19, onde o Conselho detalha a sua metodologia.

da comercialização; (v) ao transporte, seguro, manutenção, carregamento e custos acessórios; (vi) à embalagem; (vii) ao crédito eventualmente concedido; (viii) a custos pós-venda; (ix) a comissões; e a (x) conversão de divisas⁶⁷.

Deste modo, tendo os “valores normais” apurados no inquérito original sido estabelecidos no nível FOB no país de origem, será necessário adaptar os preços de exportação (ou os preços de venda na Comunidade, no caso de operações de montagem), objeto do inquérito anti-evasão, para o mesmo nível (FOB), de modo a torna-los comparáveis⁶⁸.

Nos casos de importação de produtos com “ligeiras modificações, o preço a ser comparado é o preço de exportação do produto similar. Caso a exportação seja de um produto semi-acabado, a ser finalizado na Comunidade, mas que esta finalização consista, na realidade em “ligeiras modificações”, não se considera que houve efetivamente uma operação de montagem. Consequentemente, o preço a ser comparado não é o preço de venda na comunidade (por não se considerar que houve uma efetiva montagem), mas sim o preço de exportação do produto similar (semi-acabado, a ser “ligeiramente modificado” na Comunidade). No entanto, para assegurar uma correta comparação entre o “valor normal” apurado quando do inquérito inicial, e o preço de exportação do produto a ser “ligeiramente modificado” na Comunidade, a Comissão agrega, ao preço de exportação do produto (já desalfandegado), o custo da “ligeira modificação”. A partir daí, são deduzidos “os custos de movimentação e frete na Comunidade, bem como os custos de crédito tendo em vista calcular o preço CIF fronteira comunitária. Enfim, esse preço CIF fronteira comunitária é novamente ajustado ao estágio FOB, a fim de ser comparado com os valores normais, também FOB”⁶⁹.

d) Existência do dumping

A comparação entre o preço de exportação (ou venda, no caso de montagem) atual, e o valor normal passado, pode levar a que a medida anti-evasão seja aplicada mesmo que, em relação aos valores normais atuais (e não aqueles apurados quando do inquérito inicial) possa não mais existir dumping relativamente ao produto em causa.

Ainda, no caso de montagem na Comunidade, a medida anti-evasão poderá ser aplicada na importação das peças, mesmo que relativamente a

⁶⁷ Art. 2, n. 10 do regulamento de base

⁶⁸ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 24.

⁶⁹ Reg. n. 2513/97 do Conselho, pré-cit., (“fibras de poliésteres”) n. 19.

estas não exista dumping (basta que o preço de venda do produto montado, na Comunidade, seja inferior ao valor normal inicial).

Por outro lado, tratando-se de uma extensão dos direitos anti-dumping existentes, e não havendo nova determinação do dumping, a medida tornada extensiva não poderá ser superior à medida original, ainda que se verifique que a margem de dumping praticada com a alegada evasão (resultante da comparação entre o preço de exportação atual e o valor normal inicial) é superior à margem de dumping inicial⁷⁰.

II. As regras específicas aplicáveis às operações de montagem (art. 13.2)

De acordo com o art. 13.2:

“considera-se uma operação de montagem na Comunidade ou num país terceiro constitui evasão às medidas em vigor sempre que:

“a) a operação tenha começado ou aumentado substancialmente desde o início do inquérito anti-dumping, ou imediatamente antes dessa data, e as partes em causa sejam provenientes do país sujeito às medidas; e

“b) as partes representam pelo menos 60% do valor total das partes do produto montado, não podendo, no entanto, em caso algum considerar-se que existe evasão quando o valor acrescentado das partes, durante a operação de montagem ou de fabrico, for superior a 25% do custo de produção; e

“c) os efeitos corretores do direito estejam a ser neutralizados em termos de preços e/ou de quantidades do produto similar montado e houver elementos de prova de dumping relativamente aos valores normais anteriormente apurados para os produtos similares ou análogos”.

Antes de analisarmos cada uma destas condições (B), convém verificar de que modo o artigo 13.2 (condições especiais aplicáveis às operações de montagem) se articula com o art. 13.1 (condições gerais de aplicação das medidas anti-evasão) (A).

A. Articulação com as condições gerais do artigo 13.1

O art. 13.2 estabelece condições específicas para que uma operação de montagem possa ser considerada com evasão. No entanto, o art. 13.2 deve

⁷⁰ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”) n. 24; Reg. n. 1023/2003 do Conselho, pré-cit., (“acessórios roscados”), n. 31.

ser aplicado conjuntamente com o art. 13.1, em especial com a primeira frase do primeiro parágrafo do art. 13.1, onde, como visto, está estabelecida a possibilidade de extensão de direitos anti-dumping em caso de evasão.

Por outro lado, a articulação entre o art. 13.2, que estabelece condições específicas para as operações de montagem, e as condições gerais do art. 13.1 suscita algumas questões. Convém observar, inicialmente, que as duas primeiras condições previstas pelo art. 13.2 (letras “a” e “b”) são realmente condições específicas aplicáveis às operações de montagem. Por outro lado, a letra “c” do art. 13.2 reproduz as duas últimas condições do art. 13.1, ou seja, a neutralização da medida anti-dumping e a prova de dumping⁷¹. Enfim, o art. 13.2 não reproduz duas condições gerais previstas no art. 13.1, nomeadamente a alteração dos fluxos comerciais (ainda que esta condição seja de algum modo comparável com a condição estabelecida na letra “a” do art. 13.1), e a ausência de justificativa econômica suficiente.

Existe assim uma coincidência parcial entre as condições do art. 13.1 e 13.2. Da análise da prática das autoridades comunitárias parece resultar que as condições específicas das operações de montagem previstas no art. 13.2 são necessárias (1), mas insuficientes (2).

1. As condições estabelecidas no art. 13.2 são necessárias à aplicação das medidas anti-evasão às operações de montagem

Poder-se-ia entender, em primeiro lugar, que os números 1 e 2 do art. 13 são alternativos, de modo que a operação de montagem poderia ser qualificada de evasão seja pela aplicação do art. 13.1, seja do art. 13.2. Com efeito, o art. 13.1 fornece uma definição suficientemente ampla da evasão, que seria capaz de abranger uma operação de montagem mesmo quando essa não preenchesse os requisitos do art. 13.2⁷².

A prática das autoridades comunitárias parece rejeitar esta interpretação, parecendo ser claro o entendimento de que as condições estabelecidas no art. 13.2 são necessárias à aplicação de medidas anti-evasão e que, caso

⁷¹ Ainda que, com a alteração de 2004 ao art. 13.1, sem a correspondente alteração das condições do art. 13.2, aquelas tenham passado a ser mais abrangentes do que estas.

⁷² Paulette Vander Schueren aponta o risco dessa interpretação (“New anti-dumping rules and practice: wide discretion held on a tight leash?”, in *Common Market Law Review*, 33; 1996, the Netherlands, p. 292); que, como sublinha Didier, geraria uma “insegurança jurídica intolerável” (“Les principaux...”, op. cit., p. 131.).

não esteja demonstrada qualquer delas, o inquérito é encerrado sem maiores investigações⁷³. No caso das bicicletas, a Comissão, no regulamento de isenção, estabeleceu que “sempre que os fatos definitivamente demonstrados revelem que as operações de montagem do requerente não estão abrangidas pelo n. 2 do artigo 13 do Regulamento (CE) n. 384/96, este último será isento do direito objecto de extensão (...)”⁷⁴. A alteração recente do art. 13.1, nomeadamente a introdução do segundo parágrafo, última parte, vem confirmar esse entendimento, quando diz que entende-se por “práticas, processos ou operações”, para os efeitos no art. 13.1, entre outras, as operações de montagem “nas circunstâncias previstas no n. 2 do art. 13”.

2. As condições estabelecidas no art. 13.2 são insuficientes à aplicação das medidas anti-evasão às operações de montagem

Sendo as condições do art. 13.2 necessárias, resta saber se são suficientes para a caracterização da evasão, ou se as condições do art. 13.1 devem estar, também reunidas.

Com efeito, pode-se considerar que o art. 13.2, por ser específico, derroga o 13.1 na parte que este estabelece a definição de evasão. Nesse contexto, as condições estabelecidas pelo art. 13.2 seriam necessárias e suficientes para a caracterização da evasão. Consequentemente, estando preenchidas as condições do art. 13.2, a evasão estaria configurada, mesmo que se pudesse demonstrar que alguma das condições exclusivas do 13.1 não estavam reunidas (nomeadamente a alteração dos fluxos econômicos ou a ausência de justificativa econômica)⁷⁵.

Esta interpretação parece corresponder ao posicionamento da Comissão, que em todos os casos de operação por montagem indica que “o objectivo do (...) inquérito consiste em verificar se (a) operação corresponde aos critérios definidos no n. 2 do artigo 13 do regulamento de base”⁷⁶, sem

⁷³ Reg. n. 1445/96 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos I”), ns. 9, 14 e 16; Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 16; Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 14; Reg. n. 192/99 do Conselho, pré-cit. (“isqueiros”), n. 63.

⁷⁴ Regulamento (CE) n. 88/97 da Comissão, de 20 de Janeiro de 1997 (“bicicletas”), art. 7.

⁷⁵ Schueren, “New anti-dumping rules...” op. cit, p. 293.

⁷⁶ Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 8; ver igualmente Reg. n. 88/97 da Comissão, pré-cit. (“bicicletas”), n. 5 e art. 7; e Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 7.

fazer qualquer referência às condições do art. 13.1. Cabe observar que a Comissão, quando adota regulamentos sobre práticas de alegada evasão, é com o propósito de encerrar o inquérito. A competência para aplicar as medidas de extensão a tais práticas cabe ao Conselho.

No primeiro (e até hoje único) caso em que um direito anti-dumping foi tornado extensivo às operações de montagem, o Conselho analisou sucessivamente as condições do art. 13.1 (incluindo a alteração dos fluxos e a ausência de justificação econômica) e do art. 13.2 (para ao final aplicar a medida anti-evasão), o que parece demonstrar o entendimento de que os artigos 13.1 e 13.2 são complementares, ou seja, para que uma operação de montagem seja qualificada como evasão, devem estar verificadas cumulativamente as condições gerais do art. 13.1, e as condições específicas do art. 13.2. Nesse entendimento, faltando qualquer das condições previstas nos dois primeiros números do art. 13, a evasão não poderia ser caracterizada.

Tal entendimento parece estar em conformidade com a atual redação do art. 13.1, que dispõe que para haver evasão, deve haver “uma alteração dos fluxos comerciais (...) resultante de práticas, processos ou operações (...)”. Por outro lado, a montagem de partes será considerada uma “operação” para os propósitos do art. 13.1, “nas circunstâncias previstas no n. 2 do art. 13”. Preenchidas assim as condições do número 2, há que verificar se as condições do número 1 estão igualmente atendidas.

B. Análise das condições de aplicação

O art. 13.2 contém três letras, que estabelecem cinco condições para que uma operação de montagem possa ser considerada como uma prática de evasão (desde que estejam ainda preenchidas as condições do art. 13.1). As letras “a” e “b” estabelecem condições realmente específicas de uma operação de montagem, enquanto a letra “c” estabelece duas condições similares às condições gerais do art. 13.1.

Sob a vigência do regulamento em vigor, cinco inquéritos envolveram operações de montagem⁷⁷, tendo apenas um tendo sido considerado como

⁷⁷ Reg. n. 1445/96 da Comissão, pré-cit., (“discos magnéticos I”); Reg. n. 984/97 da Comissão (“balanças electrónicas II”); Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit., (“discos magnéticos II”); Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”); Reg. n. 192/99 do Conselho, pré-cit., (“isqueiros”).

uma evasão às medidas anti-dumping iniciais⁷⁸. Por outro lado, ainda sob o regulamento anterior (que somente previa a evasão por montagem), dos cinco inquéritos iniciados, dois foram encerrados sem aplicação de medidas⁷⁹, e três conduziram à aplicação de medidas de extensão⁸⁰.

1. Art. 13.2.a: Início da montagem e proveniência das peças

O art. 13.2.a exige, como condição à aplicação das medidas anti-evasão à uma operação de montagem, que “a operação tenha começado ou aumentado substancialmente desde o início do inquérito anti-dumping, ou imediatamente antes dessa data, e as partes em causa sejam provenientes do país sujeito às medidas”

Há na letra a) do art. 13.2 duas condições: um enquadramento temporal para o início da montagem (a), e a proveniência das peças (b).

a) Início da montagem.

A redação anterior a 1994 estabelecia como condição para a medida que “a montagem ou a produção (tivesse) sido iniciada ou consideravelmente adiantada após a abertura do processo anti-dumping”. A redação atual abrange também os casos onde o início, ou aumento substancial, da montagem tenha ocorrido “imediatamente” antes do início do inquérito.

A limitação do período em que se deve verificar o início ou aumento significativo das operações de montagem tem como pressuposto que somente as operações de montagem efetuadas em decorrência dos direitos anti-dumping deveriam ser visadas. Existiria assim um paralelo entre esta condição e a condição da alteração dos fluxos comerciais prevista no art. 13.1., o qual claramente estabelece um necessário nexo de causalidade entre a medida anti-dumping e a alteração dos fluxos.

No entanto, o art. 13.2.a não estabelece expressamente o nexo de causalidade como condição. O que se exige é meramente uma coincidência

⁷⁸ Reg. n. 71/97 do Conselho, pré-cit., (“bicicletas”).

⁷⁹ Reg. n. 88/225/CEE da Comissão, pré-cit., (“escavadoras hidráulicas”), e Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”).

⁸⁰ Reg. n. 1021/88 do Conselho pré-cit., (“balanças electrónicas”); Reg. n. 1022/88 do Conselho, pré-cit., (“máquinas de escrever eletrônicas”); e Reg. n. 3205/88 do Conselho, pré-cit., (“aparelhos fotocopiadores”).

temporal. Ora, daí resulta que poderiam ser visadas as fábricas que tenham iniciado a sua produção após (ou mesmo imediatamente antes) o início do inquérito, mesmo que a construção da fábrica ou a expansão das suas capacidades ou produções estivesse sendo planejada (e executada) muito antes⁸¹.

b) Proveniência das partes

Como já referido, apesar do art. 13 do regulamento não fazer qualquer referência à “origem” do das partes, mas simplesmente à sua “proveniência”, as medidas anti-evasão não podem ser aplicadas se os interessados provarem que as partes são originárias de outros países que não o país visado.

No caso específico das operações de montagem, o art. 13.2.a estabelece que as partes devem ser “provenientes do país sujeito às medidas”. Uma interpretação literal desta condição leva a que medidas anti-evasão não podem ser aplicadas a partes provenientes de um país terceiro, ainda que originário do país visado. Cabe referir que a alteração recente do art. 13.1, introduzida pelo regulamento 461/2004, alterou a formulação da referência à proveniência, justamente para clarificar uma questão que foi levantada quando da aplicação do regulamento 384/96 em sua redação original⁸², mas o modo como está redigido dá ainda margens de dúvida quanto a esta matéria.

2. Art. 13.2.b: As partes visadas representam um percentual elevado (60%) do produto final, ou o valor acrescentado às partes, pela montagem, for reduzido (25%).

As condições do art. 13.2.b traduzem a falta de substância da montagem ou transformação visada. Nos termos do art. 13.2.b, a aplicação das medidas anti-evasão só é possível quando “as partes representam pelo menos 60% do valor total das partes do produto montado, não podendo, no entanto, em caso algum considerar-se que existe evasão quando o valor acrescentado das partes, durante a operação de montagem ou de fabrico, for superior a 25% do custo de produção”.

⁸¹ Jacques Buhart, “Le régime communautaire de l’antidumping vingt ans d’expérience”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Ed. Sirey, 1988, n. 2, Paris, p. 289; Ivo Van Bael & Jean-François Bellis, “*Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC*” 2ª ed.; CCH Editions, 1990, p. 235; Torremans, “Anti-circumvention...”, op. cit., p. 292.

⁸² Ver comentários supra.

Tal condição pode ser dividida em duas partes, ou dois “testes”.

a) “O teste dos 60%”: as partes representam pelo menos 60% do valor total das partes do produto montado.

Nos termos da redação anterior a 1994, haveria evasão desde que “o valor das peças (...) exced(esse) o valor de todas as outras peças ou materiais utilizados em pelo menos 50%”.

Na realidade, o percentual exigido é o mesmo, tendo sido alterado unicamente o modo de cálculo. Ainda na aplicação do regulamento anterior⁸³, tanto a Comissão quanto o Conselho já referiam que o valor das peças em causa deveria ser igual ou superior a 60% do valor total das peças⁸⁴. Deve-se assim calcular o calor das partes em causa (i), e compara-lo com o valor total das partes do produto montado (ii).

i) O valor das partes em causa

As “partes em causa” são aquelas acima identificadas, ou seja, “provenientes” do país visado, salvo se os interessados demonstrarem que as partes têm uma origem distinta.

O valor das partes em causa é estabelecido “com base no preço de aquisição das partes entregues nas instalações da empresa de montagem, ou seja, com base no preço ‘à entrada da fábrica’”⁸⁵. Tal preço inclui os custos de transporte e, se for caso disso, os direitos de importação⁸⁶.

No entanto, o preço de aquisição, para ser considerado, deve corresponder aos preços praticados em “condições comerciais normais”⁸⁷. Já nos casos dos discos magnéticos II, a Comissão declarou que os preços que

⁸³ Regulamento (CEE) n. 2423/88 do Conselho.

⁸⁴ Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”), n. 10; Reg. n. 1021/88 do Conselho (“balanças electrónicas I”) pré-cit., n. 9 e 10.

⁸⁵ Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 11. Tratando-se de várias empresas ligadas e interdependentes, foram tratadas como uma única entidade económica, e o valor foi determinado no momento da sua primeira entrada nesta entidade económica.

⁸⁶ Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 11.

⁸⁷ Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 13.

não podem ser considerados como “preços em condições de concorrência” devem ser calculados⁸⁸.

O regulamento de base não determina, nem as autoridades comunitárias indicaram, qual o método a utilizado para o cálculo do valor das partes, caso o preço efetivamente pago não corresponda ao preço em condições de concorrência, ou em condições comerciais normais. A única indicação expressa é que os preços devem ser calculados no estágio “entrega nas instalações da empresa de montagem”⁸⁹. No entanto, para estabelecer se as condições de venda eram “normais”, a Comissão verificou se os preços praticados eram “superiores aos custos de produção e majorados de um lucro razoável para as partes produzidas pelo exportador, ou superiores ao preço de compra dos exportadores e majorados de um lucro razoável”⁹⁰.

Ora, esta análise nos remeteria ao art. 2.3 do regulamento de base, que determina que o “valor normal” do produto, quando não puder ser determinado com base em “operações comerciais normais”, será calculado “com base no custo de produção no país de origem, acrescido de um montante razoável para os encargos de venda, despesas administrativas e outros encargos gerais, bem como para os lucros”. Alternativamente, o valor normal é calculado “com base nos preços de exportação, no decurso de operações comerciais normais, para um país terceiro adequado, desde que esses preços sejam representativos”.

Pode-se assim esperar que, para o cálculo do valor das peças, seja seguida a metodologia indicada no art. 2 do regulamento de base para o cálculo do valor normal de produtos quando não existam as “operações comerciais normais”. Em tais casos, haveria assim uma alternativa, sem hierarquias, entre o método do custo de produção (ou custo de revenda) majorado, e o preço de exportação a um país terceiro.

ii) O valor total das partes do produto montado

O valor das partes em causa deve ser comparado com o “valor total das partes do produto montado”. Na formulação anterior do regulamento de base, a comparação deveria ser feita com “o valor de todas as outras peças ou materiais utilizados” o que, de acordo com a análise da Comissão e do Conselho, significava

⁸⁸ Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 11.

⁸⁹ Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 11.

⁹⁰ Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 13.

“todas as outras peças ou materiais” que não tinham a origem visada⁹¹.

Atualmente, o regulamento de base estabelece que deve ser levado em conta o valor de todas as partes, sem referir a outros materiais utilizados. Assim, os materiais de embalagem são excluídos dos cálculos, “uma vez que não podem ser considerados como uma das características técnicas e físicas que definem o produto, e que são adicionadas num estágio posterior do processo de produção, após terem sido concluídas as operações de montagem⁹².

Os custos de montagem ou produção também são, em princípio, excluídos do cálculo do “valor total das partes” para efeitos do cálculo dos 60%⁹³.

Pode ocorrer, no entanto, que na montagem do produto sejam utilizadas peças ou componentes que são, por seu turno, também montados na mesma fábrica (ou em fábricas do mesmo grupo), antes da sua incorporação no produto final. Em tais casos, se estas peças ou componentes tiverem adquirido uma origem comunitária de acordo com as regras de origem (ou seja, se tiverem sofrido uma transformação substancial), o respectivo custo de produção poderá ser incluído no valor total das peças⁹⁴. Nos demais casos, o custo resultante da montagem ou de produção de subconjuntos ou peças utilizadas na montagem do produto final visado não pode ser incluído no valor das peças ou do material utilizado nas operações de montagem⁹⁵. Tais custos constituem, por outro lado, “um valor acrescentado a essas peças ou materiais no processo de montagem⁹⁶. Já sob a vigência do novo regulamento de base, a Comissão declarou, havendo transferências internas entre empresas ligadas interdependentes, de partes e produtos semiacabados ou acabados, o valor acrescentado às partes, consoante o caso, é considerado no teste do valor acrescentado⁹⁷.

⁹¹ Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”), n. 8; Reg. n. 1021/88 do Conselho pré-cit. (“balanças electrónicas”), n. 9; Reg. n. 3205/88 do Conselho, pré-cit. (“aparelhos fotocopiadores”), n. 13.

⁹² Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 11.

⁹³ Os custos de produção serão, por outro lado, levados em conta no “teste dos 25%”, abaixo referido.

⁹⁴ Reg. n. 3205/88 do Conselho, pré-cit. (“aparelhos fotocopiadores”), n. 14; Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”), n. 8.

⁹⁵ Reg. n. 88/225 da Comissão, pré-cit. (“escavadoras hidráulicas”) n. 9; Reg. n. 1022/88 do Conselho, pré-cit. (“máquinas de escrever electrónicas”), n. 11; Reg. n. 3205/88 do Conselho, pré-cit. (“aparelhos fotocopiadores”), n. 13.

⁹⁶ Reg. n. 1022/88 do Conselho, pré-cit. (“máquinas de escrever eletrônicas”), n. 11; Reg. n. 88/225 da Comissão, pré-cit. (“escavadoras hidráulicas”) n. 9.

⁹⁷ Reg. n. 984/97 da Comissão, pré-cit. (“balanças electrónicas II”), n. 11.

O preço das demais peças é calculado do mesmo modo que o preço das “peças em causa”, ou seja, o “preço de aquisição das partes entregues nas instalações da empresa”.

b) O “teste dos 25%”: o valor acrescentado às partes, durante a operação de montagem ou de fabrico, é inferior a 25% do custo de produção

Esta condição não existia na redação anterior a 1994. No entanto, a referência ao “valor acrescentado” era feita no âmbito das chamadas “outras circunstâncias” que deveriam ser levadas em conta para a apreciação da existência ou não da evasão, nomeadamente os “custos variáveis das operações de montagem ou de produção na Comunidade”.

A partir de 1994, o valor agregado passou a ser um parâmetro de análise objetivo. Para haver evasão, o valor acrescentado às partes deve ser inferior a 25% do custo de produção. Há que se definir o que deve ser considerado como “valor acrescentado” (i) e “custo de produção” (ii).

i) Valor acrescentado

Em aplicação do regulamento de base atual, o Conselho determinou o “valor acrescentado às partes” pela “a soma dos custos de mão-de-obra e de amortização e de outras despesas gerais de fabrico incorridas pela empresa (...) com essas partes”⁹⁸. Não são incluídos, como valor acrescentado às partes, “os encargos de venda, as despesas administrativas e outros encargos gerais”. Os custos de mão-de-obra e despesas gerais relacionadas com a embalagem, por exemplo, são excluídos.

A noção de “valor acrescentado”, assim, inclui os custos incorridos com a montagem ou transformação do produto final e, em princípio, os custos com a montagem dos subconjuntos e partes utilizados na montagem do produto final⁹⁹. Fica no entanto ressalvado o caso onde a peça ou subconjunto a ser utilizado já tenha adquirido uma origem comunitária de acordo com as

⁹⁸ Reg. n. 799/2000 da Comissão, (“discos magnéticos II”), n. 13. Ver também Reg. n. 984/97 da Comissão (“balanças electrónicas II”), n. 15.

⁹⁹ No contexto do regulamento de 1988, o Conselho chegou a precisar que o custo resultante da montagem ou de produção de subconjuntos ou peças utilizadas na montagem do produto final visado constituem “um valor acrescentado a essas peças ou materiais no processo de montagem (Reg. n. 1022/88 do Conselho, (“máquinas de escrever electrónicas”) n. 11 Reg. n. 88/225/CEE da Comissão, (“escavadoras hidráulicas”), n. 9).

regras de origem, ou seja, sofreram uma transformação substancial, caso em que o respectivo custo de produção não seria considerado como um “valor agregado”, mas sim incluído no valor da peça em si¹⁰⁰.

Por outro lado, os “lucros”, ou seja, a margem de lucro acrescentada ao preço final do produto, não é levada em conta. Se houver na montagem partes que entretanto adquiriram origem comunitária¹⁰¹, o valor de tais partes não é incluído no cálculo do “valor acrescentado”¹⁰².

Enfim, ao “valor acrescentado” são deduzidos os montantes das subvenções eventualmente concedidas pelo Estado ao custo de fabrico do produto montado¹⁰³.

O “valor acrescentado” assim apurado deverá ser comparado com o “custo de produção”.

ii) Custo de produção (custo de fabrico)

De acordo com a Comissão¹⁰⁴, o custo de fabricação corresponde ao valor de todas as partes mais o “valor acrescentado” às partes.

- valor de todas as partes

Em um primeiro regulamento de aplicação, a Comissão considerou que o “valor de todas as partes” deve ser calculado com base nos preços “à entrada da fábrica”¹⁰⁵, ou seja, seguindo-se o mesmo método utilizado no “teste dos 60%” (o que incluiria, dentre outros, os custos de transporte e, os direitos de importação eventualmente incorridos).

Posteriormente, a Comissão alterou a sua análise, tendo considerado que o “valor de todas as partes” deveria ser baseado nos preços “à saída da

¹⁰⁰ Reg. n. 3205/88 do Conselho, (“aparelhos fotocopiadores”) n. 14 Decisão da Comissão de 20 de Janeiro de 1989 (“rolamentos de esferas”), n. 8.

¹⁰¹ Ver comentários supra.

¹⁰² Reg. n. 799/2000 da Comissão, (“discos magnéticos II”), n. 13; Reg. n. 984/97 da Comissão (“balanças electrónicas II”), n. 15.

¹⁰³ Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 13.

¹⁰⁴ Reg. n. 799/2000 da Comissão, (“discos magnéticos II”), n. 13; Reg. n. 984/97 da Comissão (“balanças electrónicas II”), n. 15.

¹⁰⁵ Ou, nas versões inglesa e francesa, “into-factory”; “rendu assembleur” (Reg. n. 984/97 da Comissão (“balanças electrónicas II”), n. 15).

fábrica”¹⁰⁶. Neste caso, então, o preço das partes teria sido calculado de modo diverso, por um lado, para o cálculo do custo de produção, no “teste dos 25%”¹⁰⁷, e por outro lado, para o “teste dos 60%”¹⁰⁸.

Estariam assim excluídos, por exemplo, os custos de transporte e os direitos de importação. Consequentemente, o custo total de produção a ser comparado com o valor acrescentado (“teste dos 25%”) seria mais reduzido, tornando mais fácil a descaracterização da operação de montagem como evasão.

Com base nesta análise (preços “à saída da fábrica”) a Comissão considerou, no caso dos discos magnéticos, que a condição dos 25% não estava atendida e, consequentemente, que não havia evasão.

- valor acrescentado às partes

Ainda que o regulamento de base não o diga expressamente, o valor acrescentado a ser levado em conta não deve ser o “valor acrescentado” unicamente às partes visadas, mas sim a “todas as partes” durante o processo de montagem ou de acabamento¹⁰⁹.

A expressão “valor acrescentado” deve ser entendida de modo uniforme, ou seja, deve corresponder à “soma do custo de mão-de-obra e das despesas gerais”, incorridas com as partes em causa (todas as partes). Ficariam excluídos, por outro lado, “os custos de venda, administrativos e outras despesas gerais, bem como os lucros”.

3. Art. 13.2.c: Neutralização do efeito corretor das medidas em vigor e prova do dumping

A letra c do art. 13.2 reproduz as duas últimas condições previstas no art. 13.1 para a caracterização da evasão, ou seja, a neutralização das medidas

¹⁰⁶ “factory-delivered”; “rendu usine” (Reg. n. 799/2000 da Comissão, (“discos magnéticos II”), n. 13).

¹⁰⁷ Preços “à saída da fábrica”; “factory-delivered”; “rendu usine”.

¹⁰⁸ Preço da “entrega nas instalações da empresa de montagem”; “delivered to the assembler’s premises”; “rendu assembleur” (Reg. n. 799/2000 da Comissão, (“discos magnéticos II”), n. 11).

¹⁰⁹ “(...) o custo de fabrico, que consiste no valor de todas as partes (...) e no valor acrescentado a *essas* partes durante a fase de montagem ou de acabamento” (Reg. n. 799/2000 da Comissão, pré-cit. (“discos magnéticos II”), n. 13).

em vigor, por um lado, e a prova do dumping, por outro lado. Remete-se assim, para o essencial, às observações já efetuadas relativamente ao art. 13.1.

Deve-se, porém, ressaltar que há, atualmente, algumas diferenças entre as condições do art. 13.2.c e do art. 13.1, resultantes da recente alteração deste pelo regulamento 461/2004. Com efeito, inicialmente, a redação de ambos os artigos era quase idêntica. No entanto, enquanto o art. 13.1 foi alterado pelo regulamento 461/2004, o texto do art. 13.2.c continuou o mesmo¹¹⁰. A principal alteração constatada refere-se à alternativa “neutralização dos efeitos/prejuízo comunitário”, que foi introduzida pelo regulamento 461/2004 ao art.13.1, mas não no art. 13.2.c.

Como já observado, para que uma operação de montagem possa ser considerada como evasão, ela deve, em primeiro lugar, atender às condições do art. 13.2, para em seguida ser submetida às condições do art. 13.1. Uma vez que o art. 13.2.c não prevê que a condição “neutralização de efeitos” possa ser substituída pelo “prejuízo comunitário”, uma operação de montagem somente poderá ser considerada como evasão se for demonstrada a “neutralização de efeitos”, independentemente da existência ou não do “prejuízo comunitário”.

Deste modo, como já referido acima, caso o preço de exportação (ou de venda na Comunidade, no caso de montagem) sob inquérito não seja inferior ao “nível não depreciativo dos preços na Comunidade” (ou seja, ao preço de exportação “não objeto de dumping”, ou preço de exportação “corrigido”), não haverá “neutralização” da medida inicial e, conseqüentemente, não haverá evasão. E isso ainda que o preço de exportação sob inquérito seja inferior ao “valor normal”, tal como apurado no inquérito inicial, ou seja, ainda que o preço de exportação sob inquérito possa estar sendo objeto de dumping.

A assimetria entre os textos das condições previstas nos art. 13.1 e 13.2.c, resultante da não alteração deste último, não parece ter sido intencional, sendo assim de se esperar que as autoridades comunitárias venham a reduzir tal assimetria, seja por uma alteração do art. 13.2.c, seja por uma interpretação finalística do dispositivo.

Não obstante as dúvidas relativas à legalidade, face às regras da OMC, do novo dispositivo anti-evasão, estas vêm sendo aplicadas com “determinação

¹¹⁰ “c) os efeitos correctores do direito estejam a ser neutralizados em termos de preços e/ou de quantidades do produto similar montado e houver elementos de prova de dumping relativamente aos valores normais anteriormente apurados para os produtos similares ou análogos”.

e convicção” pela Comissão há cerca de dez anos¹¹¹. O número de inquéritos em andamento é bastante expressivo se comparado com o número de decisões já tomadas, retratando assim a crescente importância desse tema no âmbito da política anti-dumping na Comunidade. As decisões adotadas pela Comunidade vêm pouco a pouco delimitando o alcance e limites do dispositivo anti-evasão. Espera-se assim que a breve termo as decisões a serem tomadas nos inquéritos em andamento tragam maiores esclarecimentos e segurança para os operadores econômicos relativamente às questões que permanecem ainda em aberto, numa matéria em si já bastante técnica e complexa.

¹¹¹ Documento COM (2003) 799 final, p. 6.

CRITÉRIOS ALTERNATIVOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA AS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: DIFERENCIAÇÃO DE PRODUTOS, EFICIÊNCIA X E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

*Jorge Fagundes**

I. Introdução

As condições marginais de Pareto, bem como os métodos dentro dos quais elas são utilizadas apresentam uma série de limitações que comprometem, pelo menos parcialmente, sua utilização como critério normativo *exclusivo* de políticas econômicas. Entre outros problemas, destaca-se aquele ligado à existência de outros tipos de eficiência econômica, não contemplados pelo conceito tradicional de eficiência de Pareto. Com efeito, conforme visto no capítulo anterior, tal critério incorpora somente três tipos de eficiências - a de trocas, de produção e na produção agregada - como condições necessárias a sua ocorrência. A seguir, *tipos* complementares e alternativos de eficiência econômica, a saber, eficiência de variedade de produtos (seção II.1), eficiência X e *rent-seeking* (seção II.2), eficiência dinâmica (seção II.3) e eficiência de custos de transação (seção II.4), são criticamente discutidos. Tais tipos alternativos de eficiência econômica implicam o surgimento de novos *trade-offs* entre concorrência, estrutura de mercado e as diferentes dimensões da eficiência “total” (ainda que potencial) de Pareto, que devem ser levados, quando possível e sob distintos graus de incerteza teórica e analítica, em função das possibilidades geradas pelo atual estágio de desenvolvimento da teoria econômica, em consideração nas análises de defesa da concorrência.

Em outras palavras, tal como nos casos de atos de concentração horizontais - que, diminuindo o número de firmas em um certo mercado, provavelmente resultam em ineficiências no *mix* de produção, mas, supondo a presença de economias de escala, também geram economias de custos (eficiência produtiva) -, o reconhecimento de formas *adicionais* de eficiências econômicas tem como resultado admitir ou reforçar a constatação de que a maior parte das estratégias empresariais - de natureza estrutural ou comportamental

* Doutor em economia/UFRJ e sócio da Fagundes Consultoria Econômica. E-mail: jfag@unisys.com.br

- redutoras da concorrência produzem, *simultaneamente*, ineficiências e eficiências econômicas em diferentes graus, sendo necessário, portanto, a realização, por parte das autoridades antitruste, de um balanço dos efeitos negativos e positivos delas derivados, tendo em vista a determinação de seu efeito líquido sobre a eficiência “total” ou “ampliada” (provavelmente potencial) de Pareto.

II. Eficiência econômica e diferenciação de produtos

Segundo Eaton e Lipsey (1989, p. 725), a observação das indústrias e do comportamento dos consumidores no mundo real permite que se constatem os seguintes fatos *estilizados*: (i) várias indústrias, sobretudo de bens de consumo, produzem um elevado número de bens similares, mas diferenciados; (ii) os bens de consumo fabricados por firmas diferentes de uma mesma indústria raramente são idênticos; (iii) o conjunto de produtos feitos pelas firmas de uma indústria é somente um pequeno sub-conjunto do conjunto de possíveis produtos; (iv) em muitas indústrias, cada firma produz uma gama de produtos diferenciados: a estrutura de mercado típica das indústrias fabricantes de bens de consumo é caracterizada por poucas empresas ofertando um grande número de produtos diferenciados; (v) os consumidores adquirem somente um pequeno sub-conjunto dos produtos ofertados; (vi) os consumidores diferenciam os produtos de modo subjetivo e, na maior parte dos casos, há concordância entre eles quanto ao grau de substituição entre os produtos, isto é, sobre quais produtos são bons substitutos de um determinado outro produto; e (vii) as preferências variam entre os consumidores na medida em que os mesmos adquirem distintas cestas de bens diferenciados, sendo que tal variedade de preferências não pode ser explicada somente por diferenciais nos seus níveis de renda. Logo, a diferenciação de produtos é ubíqua nas sociedades capitalistas modernas. Mas quais as conseqüências da diferenciação de produtos sob o prisma normativo?

As relações problemáticas entre diferenciação de produtos e eficiência de Pareto datam do trabalho clássico de Chamberlin (1933). Se o consumidor está disposto a pagar mais por produtos diferenciados, então a firma ofertante de tais produtos detém algum poder de monopólio - isto é, cada firma cujo produto é visto como diferenciado pelos consumidores possui uma curva de demanda negativamente inclinada - e os preços são superiores ao custo marginal de curto e longo prazo, ainda que iguais ao custo médio no longo prazo¹.

¹ No tradicional modelo de concorrência monopolística proposto por Chamberlin. O leitor

Supondo que pelo menos alguma diversidade de produtos é desejada - ou seja, gera ganhos de utilidades para os consumidores -, tal situação implica perdas de eficiência no *mix* de produção e mesmo de produção, mas ganhos de bem estar via maior diversidade, gerando um novo *trade-off* entre as distintas dimensões que constituem a eficiência econômica como um todo.

As implicações da diferenciação de produtos sobre as *limitações* dos tipos de eficiências - as condições marginais - tradicionalmente incorporados ao critério de eficiência de Pareto podem ser resumidas pela opinião de Chamberlin (1933, *apud* Santacruz, 2000, p. 22), para quem: “o fato de que o equilíbrio da firma quando os produtos são heterogêneos normalmente ocorre sob condições de custos médios de produção declinantes tem sido geralmente visto como uma ruptura das condições ideais (de Pareto)...Entretanto, se a heterogeneidade é parte do ideal de bem estar, não existe um caso *prima facie* para fazer alguma coisa.....A não ser que possa ser mostrado que a perda de satisfação derivada de produtos mais padronizados seja menor que os ganhos através da produção de mais unidades, não existe ‘desperdício’ de forma alguma, ainda que cada firma esteja produzindo à esquerda do ponto (de custo médio de longo prazo) mínimo”².

deve notar que o conceito de diferenciação de produtos é subjetivo, isto é, depende da percepção dos consumidores e não apenas das características físicas e/ou químicas dos produtos. Assim, produtos física ou quimicamente idênticos podem ser diferenciados na percepção dos consumidores, por exemplo, por meio de sua imagem, formada, por sua vez, por intermédio de propaganda. Admitida a diferenciação entre produtos segundo a percepção dos consumidores, segue-se que o grau de substituição (e o grau de concorrência) entre marcas distintas de produtos, e, portanto, a influência dos preços de uma marca sobre os preços das demais, é variável. Dessa forma, em indústrias de produtos diferenciados, a curva de demanda de cada firma é uma função da oferta de cada firma rival *em separado*, ao contrário da curva de demanda de uma firma que opera em uma indústria de produtos homogêneos, que depende da oferta *total* das rivais. Formalmente, a curva de demanda inversa de uma firma com produtos diferenciados é dada por: $p_i = D(q_1, \dots, q_n)$, $i = 1, \dots, n$, enquanto que tal curva no caso de bens homogêneos é dada por $p_i = D(Q)$, onde $Q = q_1 + \dots + q_n$.

² O leitor deve notar a existência de uma certa confusão na literatura entre o conceito de eficiência de Pareto em si, que, como visto, é uma norma de bem estar social, e as suas condições marginais (ou tipos de eficiências por ele incorporado). Assim, em nome do rigor teórico, é preciso diferenciar as críticas ao conceito de eficiência de Pareto segundo a sua natureza: a evidência de que existem outras dimensões ou variáveis, tal como o nível de variedade de produtos, que afetam os níveis de utilidade dos indivíduos, implica uma crítica às condições marginais de

Aceito que a diferenciação de produtos em si pode ser benéfica aos consumidores³, correspondendo à necessidade de se satisfazer às suas preferências ou demandas diferenciadas em termos dos atributos e características dos produtos, a questão relevante, inclusive para efeitos deste livro, se volta para as relações entre concorrência, estrutura de mercado e o nível ideal de diferenciação sob o prisma da eficiência econômica e social (isto é, a relação entre variedade de produtos e nível de bem estar do consumidor), notando-se que a existência de variedade de produtos pode implicar custos sociais de dois tipos (Scherer e Ross, 1980, p. 601; Eaton e Lipsey, 1989 e Carton e Perloff, cap. 4): (i) perdas de eficiência no *mix* de produção, derivado do poder de mercado obtido com a diferenciação (ineficiência no *mix* de produção); e (ii) aumentos de custos de produção devido ao menor aproveitamento de economias de escala, custos de desenvolvimento de novos produtos e/ou custos fixos derivados da introdução de maior variedade de produtos (ineficiência produtiva)⁴.

Pareto, mas *não* ao conceito enquanto definição *social* de eficiência. Esse último pode - e deve - ser questionado no campo da teoria do bem estar social, pela demonstração de sua insuficiência como critério para a avaliação de mudanças no bem estar da sociedade provocado por alterações nas alocações econômicas.

³ Note-se que o próprio conceito de diferenciação entre bens de uma mesma indústria não é desprovido de ambigüidades. Ver, por exemplo, Chamberlin (*op.cit.*), Hotelling (1929) e Lancaster (1966). Um bem pode ser descrito em termos de suas características, tais como qualidade, locação, prazo de entrega, etc. Em geral, os trabalhos empíricos e teóricos usam somente um conjunto limitado dessas características na descrição dos bens, existindo três tipos básicos (Tirole, *op. cit.*, p. 96 e Salanié, *op. cit.*, p. 10): (i) *diferenciação vertical*, no qual todos os consumidores concordam sobre a característica preferida: quanto “mais” dessa característica, melhor (segundo a avaliação de todos os consumidores). Assim, com preços idênticos, há uma ordem natural - dos bens, em termos de preferências - no espaço da característica escolhida: se os preços são iguais, então um bem com mais da característica escolhida será preferível a outro com menos por todos os consumidores. Um exemplo típico é a qualidade; (ii) *diferenciação horizontal ou espacial*, inicialmente proposto por Hotelling e sendo o mais utilizado modernamente, pelo qual as preferências sobre uma determinada característica variam de acordo com cada consumidor. Por exemplo, no caso em que a principal característica do bem é sua localização, as preferências dos consumidores irão variar de acordo com a distância do consumidor em relação aos pontos de venda do bem. Nesse caso, com preços idênticos, a escolha ótima depende de cada consumidor em particular; e (iii) *abordagem das características*, na qual os consumidores estão interessados num *conjunto* de características associadas ao bem.

⁴ Ainda que seja questionável interpretar os aumentos dos custos de produção associados à diferenciação de produtos como ineficiência produtiva, visto que são intrínsecos à satisfação das preferências dos consumidores por algum grau de variedade de bens. De modo semelhante, o poder de mercado derivado da diferenciação de produtos tam-

As questões acima apontadas são tratadas na literatura a partir de duas abordagens distintas no que tange às preferências dos consumidores (Eaton e Lipsey, *op.cit.*): (i) abordagem do “endereço” (“*address branch*”), inaugurada por Hotelling (1929), que supõe que as preferências dos consumidores estejam distribuídas no espaço formado pelos parâmetros que descrevem a natureza dos produtos, de modo que diferentes consumidores possuam distintas localizações (ou seja, variados “endereços”) preferidas em tal espaço (notando-se que os produtos ou firmas também apresentam um “endereço” nesse espaço). Essa abordagem se materializa pelo uso de *modelos espaciais ou locacionais*, com diferenciação horizontal, vertical ou múltipla, em que a sensibilidade dos preços dos produtos - ou marca - de uma certa firma em relação aos preços dos produtos - ou marcas - ofertados por rivais varia com o grau de substituição (ou seja, com o grau de proximidade no espaço das características) entre eles (Lancaster, 1966, Becker, 1965 e Salop, 1979)⁵; e (ii) a abordagem *não* baseada em “endereços”, ou abordagem “*bens-são-bens*” (“*goods-are-goods*”), cuja origem repousa na teoria tradicional do consumidor, que assume que as preferências dos consumidores estão definidas no conjunto pré-determinado de todos os *possíveis* bens. Em geral, tal abordagem, cuja origem repousa no modelo de competição monopolística de Chamberlin, utiliza modelos baseados na hipótese do *consumidor representativo*, em que o problema da agregação das preferências individuais é resolvido por meio do uso da ficção do consumidor “representativo”. Nesses modelos *todas* as firmas competem entre si pelos mesmos consumidores, de modo

bém pode ser visto como uma fonte de *incentivos* à sua própria geração por parte das firmas. Esse argumento é semelhante àquele desenvolvido no âmbito das eficiências dinâmicas, em que algum grau de poder de monopólio é visto, por alguns autores de tradição schumpeteriana, como condição necessária ao surgimento de inovações.

⁵ Em outras palavras, nesses modelos, cada firma é identificada com um “endereço” no espaço de produtos, ou, de forma mais geral, cada produto está localizado num ponto de um espaço com N dimensões (características), com os “endereços” dos consumidores - seus pontos de consumo ideais ou conjunto de características ótimas - distribuídos nesse mesmo espaço, de modo que cada firma compete localmente (isto é, somente com firmas que produzem produtos similares) por um conjunto particular de consumidores (aqueles localizados em “endereços” próximos ao dela). Note-se que, mesmo no caso limite em que exista um *continuum* de firmas, a interação estratégica continua a ocorrer, ao contrário do modelo do consumidor representativo (tratado a seguir), dado que as firmas competem localmente. Nesse contexto, o poder de monopólio das firmas é derivado das preferências dos consumidores por comprarem junto à(s) firma(s) mais próxima(s) ou cujos produtos apresentam características mais desejáveis do seu ponto de vista.

que a demanda da firma varia continuamente com os preços das demais firmas na indústria (Spence, 1976A, 1976B e Dixit e Stiglitz, 1977, Perlof e Salop, 1985)⁶; e, ao contrário dos modelos locacionais ou espaciais da abordagem dos “endereços”, supõem que todas as marcas (ou produtos/firmas) são igualmente boas substitutas uma das outras (demanda simétrica), de forma que o consumidor consome “um pouco” de cada produto.

O problema, no contexto desses modelos e para efeitos dos objetivos deste livro, é o de que não existem conclusões unívocas sobre a relação entre nível de concorrência, estrutura de mercado e eficiência em termos de diversidade de produtos. Isso porque a diferenciação de produtos não existe, por hipótese, em concorrência perfeita, de modo que as análises positivas e normativas dos mercados com produtos diferenciados demandam a utilização de modelos de competição imperfeita, a saber: oligopólio, concorrência monopolística ou monopólio. Como se sabe, os dois primeiros são bastante sensíveis a hipóteses sobre o comportamento das firmas - competição por quantidades (Cournot) ou preços (Bertrand), por exemplo - de modo que as conclusões são, em geral, indeterminadas ou pouco confiáveis. Além do mais, a especificação das funções de utilidade do consumidor - isto é, o modo pelo qual a variedade é identificada e avaliada segundo as preferências dos consumidores - é também crucial para a conformação dos resultados desses modelos. Em geral, os resultados são ambíguos, podendo haver excesso ou insuficiência de variedade - *mas dificilmente o ótimo social* -, dependendo das características do modelo⁷.

⁶ No modelo do consumidor representativo, postula-se a existência de um consumidor representativo cujas preferências sobre o conjunto $K(x_1, \dots, x_k)$ de produtos diferenciados e sobre o numerário m apresenta a forma quase-linear: $u(m, x_1, \dots, x_k) = G(\sum_k f(x_k)) + m$, $k = 1, \dots, K$, sendo as funções G e f côncavas. Dixit e Stiglitz (1977) usam uma forma mais geral para as funções utilidades dos consumidores: $u(G(\sum_k f(x_k)), m)$. Normalizando o preço do numerário para 1, a condição de primeira ordem para a maximização das utilidades do consumidor i é: $G'(\sum_k f(x_k))f'(x_k) = p_k$, para $k = 1, \dots, K$, sendo a função demanda dada por $x_k(p_1, \dots, p_k)$. Ver Mas-Collel *et alii* (*op. cit.*, p. 399). Note-se que no caso limite em que existem muitos produtos, cada um representando uma parcela pequena das vendas totais no mercado, as decisões de cada firma quanto ao seu preço tomam como dada a produção das demais, de modo que o nível de interação estratégico é baixo. Trata-se do famoso modelo de concorrência monopolística desenvolvido por Chamberlin (*op. cit.*).

⁷ Inclusive na situação, mais simples do ponto de vista das hipóteses empregadas no modelo, de monopólio. Por exemplo, no caso de bens cujas características são observadas antes da compra - *search goods*, que se diferenciam dos *experience goods*, cuja qualidade somente pode ser aferida após a compra (ver Nelson (1970)) - o monopolista escolhe, num modelo baseado na abordagem dos “endereços”, uma característica - a

As indeterminações associadas às relações entre concorrência, diversidade de produtos e eficiência social (exclusivamente em termos de variedade de produtos) podem ser ilustradas por meio de um modelo de competição monopolística com entrada livre, com o emprego da hipótese do consumidor representativo⁸. Neste modelo, qualquer firma determina seu preço pela igualdade entre sua receita marginal - cuja curva é negativamente inclinada - e seu custo marginal, notando-se que cada firma possui uma curva de demanda parti-

qualidade (diferenciação vertical), por exemplo - cujos níveis não coincidem com aqueles que seriam socialmente desejados - isto é, escolhidos por um planejador social -, sendo que tais níveis podem estar *acima* ou *abaixo* do ótimo social. Ver Spence (1975 e 1976A). Da mesma forma, a variedade (ou diversidade) de produtos oferecidos pelo monopolista pode ser superior *ou* inferior àquela socialmente desejável. Se a decisão refere-se somente a um produto - introduzi-lo ou não -, o monopolista tende a não ofertá-lo, quando o ótimo social resultaria a introdução do produto. Isso ocorre porque, supondo a existência de custos fixos de produção, o monopolista poderá apresentar prejuízos caso oferte o produto (ou seja, seus lucros são menores do que os custos fixos associados à produção do bem), ainda que para a sociedade tal oferta pudesse ser desejável, se o excedente total (ver capítulo III) for superior ao custo fixo. Por outro lado, para um monopolista multiproduto, poderá haver excesso de diversidade frente ao ótimo social. De fato, suponha que um monopolista possa oferecer dois produtos substitutos A e B; então, a curva de demanda pelo bem B desloca-se para cima e para a direita em função do exercício de poder de monopólio no bem A, de modo a tornar - possivelmente - lucrativa a oferta do bem B. Note-se que caso o preço de A fosse competitivo, tal fenômeno não ocorreria e o ótimo social seria a provisão somente do bem A (menor variedade do que aquela ofertada pelo monopolista). No caso de *experience goods*, a oferta de qualidade por parte de um monopolista é inferior ao socialmente desejável, dada a presença de *moral hazard* e seleção adversa, notando-se que “*risco moral*” refere-se àquelas situações em que um participante do mercado não pode observar as ações do outro, de modo que este último pode tentar maximizar seus ganhos valendo-se de falhas ou omissões contratuais; e seleção adversa diz respeito à existência de oportunismo pré-contratual, derivado do fato de que alguns agentes econômicos detêm informação privada antes de se decidirem pela realização de um contrato com outro agente, sendo tal informação do interesse deste último. Sobre risco moral e seleção adversa, ver, respectivamente, Kotowitz (1987) e Wilson (1987). Para uma discussão desses modelos e seus resultados, ver Tirole (*op. cit.*, pp. 104-105).

⁸ Ver Carlton e Perloff (*op. cit.*, cap. 7). No entanto, o leitor não deve concluir que esse modelo constitui a melhor forma de se analisar a questão, tendo sido escolhido somente por sua simplicidade, face ao objetivo de ilustrar o problema em tela. As conclusões sobre as relações entre concorrência, estrutura de mercado e nível de variedade dependem, como já apontado, crucialmente das hipóteses empregadas sobre o comportamento das firmas e as funções de utilidade dos consumidores.

cular, função das quantidades ofertadas pelos rivais em separado⁹. O número de firmas em equilíbrio de longo prazo é determinado endogenamente por meio de entradas ou saídas de firmas, até o ponto em que o lucro econômico de cada firma é igual a zero (hipótese de livre entrada e/ou saída). As características do equilíbrio de longo prazo em termos de eficiência de Pareto, ou seja, no que tange às utilidades obtidas por cada indivíduo, depende da introdução de certas hipóteses sobre a demanda de cada firma. Em particular, supõe-se que a forma geral da curva de demanda de cada firma seja idêntica (demanda simétrica), ou seja, que todos os produtos no mercado são igualmente bons substitutos uns dos outros (Carlton e Perloff, *op. cit.*, p. 215).

A partir dessa hipótese, no equilíbrio de longo prazo, o preço supera o custo marginal das firmas, gerando, portanto, ineficiência na produção agregada, enquanto que o nível de variedade, em equilíbrio, de produtos depende de duas variáveis que agem em direções opostas, a saber: (i) a magnitude dos custos fixos. Nesse caso, se os custos fixos forem muito elevados, a variedade pode ser inferior àquela desejada pelos consumidores, pois as firmas teriam prejuízo caso ofertassem maior variedade; em outras palavras, a satisfação do consumidor seria maior se houve um incremento da variedade, mas a existência de elevados custos fixos associado à introdução de uma nova variedade impede que as firmas ofereçam o nível ótimo de variedade¹⁰; e (ii) a externalidade sobre os lucros dos rivais resultantes da introdução de uma nova marca/produto por parte de uma firma (*business-stealing effect*). Na medida em que cada firma ignora tais efeitos e os produtos são substitutos, há uma tendência à existência de um excesso de variedade em relação ao ótimo social. O balanço entre a intensidade dessas duas forças determinará a ocorrência de um excesso ou insuficiência de variedade frente ao ótimo social no equilíbrio de longo prazo da indústria, notando-se que tal intensidade depende das hipóteses sobre as preferências dos consumidores e a função de produção das firmas.

⁹ Em geral, os modelos baseados no conceito de consumidor representativo assumem que as firmas se comportam segundo a hipótese de Cournot, ao contrário dos modelos baseados na abordagem do “endereço”, que empregam a hipótese de Bertrand.

¹⁰ Formalmente, para que isso ocorra, a curva de custo médio da firma deve estar acima da sua curva de demanda e a empresa não deve ser capaz de discriminar preços. Nessa situação, provocada pela existência de elevados custos fixos, a firma operaria sob condições de retornos crescentes - isto é, na parte negativamente inclinada de sua curva de custo médio -, obtendo um prejuízo caso ofertasse o produto à sociedade. No entanto, os consumidores ainda desejariam que tal produto fosse ofertado. Do ponto de vista social, se o *excedente do consumidor* superar o *excedente do produtor*, a oferta de tal produto é socialmente desejável.

Em resumo, a variedade ou diferenciação de produtos deve ser considerada como mais um tipo possível de eficiência econômica capaz de influenciar o nível de satisfação dos indivíduos e, portanto, a eficiência de Pareto, notando-se a existência de *trade-offs* entre a eficiência via variedade de produtos e outros tipos de eficiências econômicas, tal como a eficiência no *mix* de produção¹¹. Infelizmente, a teoria econômica ainda não desenvolveu instrumentos de análise que permitam o estabelecimento de relações de causalidade bem definidas entre o nível de variedade de produtos, grau de concorrência e a eficiência de Pareto, de modo que sua incorporação pelas políticas de defesa da concorrência, caso possível, deve ser realizada com extrema cautela, dentro de um exame caso a caso¹². Julgo, no entanto, que o atual estágio de desenvolvimento da teoria econômica não permite nenhum julgamento minimamente preciso a respeito dos impactos sociais das estratégias anticompetitivas das firmas sobre a eficiência de diferenciação de produtos.

III. Distorções de custos com poder de monopólio: Eficiência “X” e rent-seeking

A ineficiência de Pareto é tradicionalmente derivada das distorções sobre a demanda provocadas pelo comportamento das firmas com poder de

¹¹ Assim, como afirma Santacruz (*op. cit.*, p. 22), a incorporação da variedade de produtos implica “...a própria redefinição do conceito (de eficiência de Pareto), que passa a incorporar a variedade de produtos como variável capaz de influenciar o bem estar dos indivíduos”. Note-se, no entanto, que essa redefinição nada mais é do que a incorporação de mais um tipo de eficiência às condições marginais de Pareto, gerando um novo *trade-off* entre os diferentes tipos de eficiências econômicas, mas não do conceito em si, ainda que seja preciso reconhecer que o critério de Pareto possa ser insuficiente como norma para a aferição de variações de bem estar social em alguns modelos de diferenciação de produtos. Por exemplo, no modelo de Salop (1979), qualquer configuração de endereços é ótima de Pareto, já que a realocação de uma determinada firma necessariamente produz ganhos e perdas de utilidades, de acordo com a posição do consumidor no espaço (dado o aumento ou a redução dos custos de transporte). Logo, a possibilidade de se derivar implicações sobre o bem estar social nestas situações depende da introdução de um *critério distributivo*.

¹² Neste sentido, os modelos empregados para a análise de fusões em indústria de produtos diferenciados são limitados, posto que se concentram somente nos impactos dessas operações, de caráter unilateral, sobre a variável preço (ou seja, sobre a ineficiência no *mix* de produção), deixando de incorporar os efeitos sobre a eficiência - ou *ineficiência* - de variedade de produtos. Ver, por exemplo, Shapiro (1986), Baker (1997) e Deneckere e Davidson (*op. cit.*).

monopólio em relação à variável preço (ineficiência no *mix* de produção). No entanto, o poder de monopólio também pode provocar efeitos negativos sobre a eficiência de Pareto a partir de distorções no lado da oferta. Com efeito, uma firma monopolista pode possuir custos - médios e marginais - mais elevados do que empresas submetidas a fortes pressões competitivas. Existem duas explicações tradicionais para a possibilidade de que os custos médios ou marginais de produção de um monopolista - ou empresas submetidas a baixos níveis de pressão competitiva, detendo elevado poder de monopólio - possam se situar acima dos custos médios - ou marginais - mínimos potenciais.

Em primeiro lugar, a ausência de pressão sobre as margens de lucros pode implicar o relaxamento dos controles sobre os custos da firma, fenômeno já reconhecido por Adam Smith (1937, p. 147, *apud* Scherer e Ross, 1990, p. 667), para quem: “O monopólio...é o grande inimigo do bom gerenciamento”. Modernamente, tal fenômeno foi denominado de ineficiência X (Leibenstein, 1966)¹³. Em segundo lugar, as expectativas face aos lucros de monopólio - ou simplesmente extraordinários - podem induzir o surgimento de atividades de *rent-seeking*, ou seja, de gastos voltados para a obtenção, fortalecimento ou perpetuação de uma posição de monopólio, tais como a manutenção de excesso de capacidade ou atividades de *lobby político* junto ao governo. Ambas podem ser analiticamente incorporadas ao modelo de equilíbrio parcial e ao conceito de eficiência de Pareto, por meio do uso dos conceitos de excedente do consumidor e do produtor.

O conceito de eficiência “X” relaciona-se com o fato de que as firmas que operam em um ambiente marcado pela ausência de pressões competitivas não possuem *incentivos* adequados para buscar reduções de custos. A redução da competição no mercado de produtos implicaria a diminuição do poder disciplinador da concorrência sobre a eficiência produtiva da firma (Röller, Stennek e Verboven, 2000, p. 20). De acordo com Leibenstein, existem três razões para explicar a possibilidade de que um mesmo conjunto de insumos gere resultados diferentes entre as firmas que os utilizam nas suas funções de produção, a saber: (i) os contratos de trabalho são incompletos; (ii) a função de produção não é completamente especificada ou conhecida; e (iii) nem todos os insumos possuem um mercado e, caso possuam, não estão disponíveis nas mesmas condições para todos os compradores. Tais elementos implicam, para Leibenstein (*op.cit.*, p. 412, grifo meu), que “o nível de custos *unitários* depen-

¹³ Ou *managerial slack*. Ver Machlup (1967), em que o autor sugere que a ineficiência X somente poderia ocorrer em mercados que não fossem perfeitamente competitivos.

de em parte do grau de eficiência X, que, por sua vez, depende do grau da pressão competitiva, bem como de outros fatores motivacionais”¹⁴.

Nesse contexto, Leibenstein (*ibid.*, p.413) identifica dois tipos de movimento possíveis na direção de uma maior eficiência: (i) um ao longo da fronteira de um conjunto de possibilidades de produção em direção à eficiência na produção agregada (eficiência alocativa de Pareto), e (ii) outro de uma fronteira de uma superfície (de possibilidade de produção) mais baixa para uma outra mais alta, movimento esse que implicaria ganhos da chamada “eficiência-X” ou de eficiência produtiva, ainda que não no sentido convencional, associado à alocação dos recursos de produção entre as firmas num prisma tecnológico. Note-se, portanto, que a ocorrência de eficiência X resulta em maior eficiência produtiva (no sentido amplo), manifestada por meio da redução dos custos médios de produção¹⁵. De acordo com Scherer e Ross (*op. cit.*, p. 668): “qualquer um com experiência em organizações do mundo real tem que reconhecer que alguma coisa parecida com ineficiência X existe”, de modo que as questões relevantes estão associadas às evidências *empíricas* entre poder de monopólio e ineficiência X e à magnitude dessa ineficiência¹⁶⁻¹⁷.

¹⁴ Deve-se notar, portanto, que a *especificidade* da ineficiência X frente àquelas associadas aos problemas de *agente-principal*, decorrentes da separação entre propriedade e gerência das firmas, está no fato de ela depender do *nível das pressões* competitivas e, portanto, em alguma medida, da estrutura de mercado na qual as firmas estão inseridas. Nesse sentido, devem ser distinguidas das ineficiências decorrentes da separação entre propriedade e gerência num ambiente de informação incompleta e assimétrica, comum a qualquer tipo de estrutura de mercado.

¹⁵ Mas a primeira é condição necessária, mas não suficiente para a emergência da segunda. A eficiência produtiva no sentido tradicional (de Pareto) tem uma raiz essencialmente *tecnológica*, associada à definição de uma função de custos como resultado da tecnologia vigente. Tal conceito de eficiência ignora, portanto, aspectos *comportamentais*, sendo essa última dimensão alvo da eficiência X.

¹⁶ Quanto ao primeiro ponto, a literatura apresenta evidências de que a ineficiência X é reduzida quando as empresas estão submetidas a pressões competitivas. Ver, por exemplo, Saunders (1980), Pickford (1985) e Primeaux (1977).

¹⁷ Deve-se notar, no entanto, que a ineficiência X também pode motivar *take-overs* quando as firmas são de capital aberto, com ações negociadas em bolsa. Nesse caso, tal ameaça poderia servir como uma força disciplinadora sobre a gerência da firma, substituindo aquela derivada da competição no mercado de produtos. Entretanto, o poder disciplinador dos *take-overs* é limitado por problemas de *free-riding* (Röller, Stennek e Verboven, *op. cit.*, p. 20). Seja como for, *essa possibilidade se restringe a países com mercado de capitais desenvolvidos*.

Uma variação do conceito de ineficiência X se encontra na teoria do *rent seeking* (Krueger, 1974; Posner, 1975 e Wenders, 1987)¹⁸. Tal teoria postula que firmas monopolistas incorrem em custos *adicionais*, decorrentes das despesas necessárias à obtenção ou manutenção da posição de monopólio, cujos impactos em termos de perda de eficiência podem ser superiores àqueles associados à tradicional ineficiência de Pareto no âmbito da produção agregada. Esses custos sociais têm como origem as ações e esforços do monopolista - ou de firmas com elevado poder de monopólio - no sentido de manter a sua própria condição ou *status quo*¹⁹. Dessa forma, os lucros da empresa com poder de monopólio, cuja origem repousa na transferência de renda proveniente dos consumidores, poderiam ser parcialmente - ou inteiramente - absorvidos pelas atividades de *rent seeking*, resultando que o monopolista obteria somente a taxa de retorno competitiva²⁰. Nesse caso, as atividades de *rent-seeking* por parte de um monopolista - no caso extremo - implicam que os recursos associados à referida transferência de renda tornam-se *custos sociais a serem adicionados* à tradicional perda de eficiência de Pareto no que tange ao *mix* de produção²¹.

Além do mais, segundo Scherer (*op. cit.*, pp. 673-677), os desperdícios de recursos de firmas com poder de monopólio não se limitam às ativida-

¹⁸ A renda (*rent*) é definida como o conjunto de pagamentos associados à aquisição de insumos em *excesso* ao mínimo requerido para torná-los disponíveis para a indústria ou economia. Assim, sua redução não afeta a alocação de recursos. Ver Stigler (1968A).

¹⁹ Por exemplo, para Krueger (*op. cit.*), num artigo aplicado ao comércio internacional, os agentes econômicos competem pelas rendas geradas pelas intervenções e restrições implementadas pelo Estado nos mercados. Nesse processo, os custos incorridos pelos agentes na tentativa de capturar tais rendas podem implicar perdas sociais superiores aos eventuais benefícios gerados pela intervenção (no caso, proteção comercial). Posner (*op. cit.*) afirma, numa posição extrema, que os lucros de monopólio são totalmente dissipados pelas estratégias, que implicam custos não justificados do ponto de vista social, das firmas para obtê-los.

²⁰ Obviamente, nem todos esses gastos são, *a priori*, socialmente indesejáveis. Por exemplo, a posição do monopolista pode ser mantida por meio de investimentos em P&D, gerando maior eficiência dinâmica. Além do mais, a dissipação da renda de monopólio não precisa ser total; por exemplo, os lucros do monopolista podem ser resultado da introdução bem sucedida de uma inovação ou de uma assimetria frente a outros possíveis concorrentes em termos de vantagens de custos ou acesso privilegiado a insumos básicos.

²¹ Scherer (*op. cit.*, p. 676) estima que as ineficiências resultantes das ações voltadas para obtenção de monopólios legais ou de regulamentos de proteção contra a concorrência alcancem 1% do PNB norte-americano.

des de *rent-seeking*, de natureza mais administrativa, podendo ter origem em *comportamentos estratégicos*. Para o autor, gastos com propaganda ou similares, voltados para a diferenciação dos produtos²², bem como o acúmulo de excesso de capacidade instalada, são exemplos, sob certas condições, de recursos sociais desperdiçados por firmas com elevado poder de monopólio. Embora a propaganda possa ser benéfica como forma de transmissão de informações para os consumidores, em muitos casos constitui somente uma estratégia de incremento da diferenciação de produtos - e, portanto, do grau de poder de monopólio -, num ambiente de ausência de competição via preços, ou ainda de elevação das barreiras à entrada²³. Da mesma forma, firmas com poder de monopólio poderiam acumular excesso de capacidade, por exemplo visando gerar uma ameaça crível à entrada de novos rivais.

A implicação mais importante no conceito de eficiência X (e seus similares) está no fato de que sua existência questiona a hipótese, empregada tradicionalmente nos modelos de origem neoclássica, de que todas as firmas, inclusive as monopolistas, minimizam seus custos - privados - de produção (basicamente determinados pela tecnologia e não por relações comportamentais), tendo em vista maximizar lucros²⁴. Em particular, supõe-se que quanto maior o grau de concentração - *ceteris paribus* - maior a ineficiência X; no limite, um monopolista poderia estar operando com lucros nor-

²² Ver Scherer e Ross (1990, p.571).

²³ Scherer e Ross (*op. cit.*) também chamam atenção para o possível “excesso” de proliferação de produtos derivado de esforços de diferenciação de produtos, de modo que os custos de desenvolvimento e lançamento dos produtos, bem como aqueles decorrentes do surgimento de pequenos lotes de produção (na ausência de economias de escopo), sejam superiores aos ganhos de satisfação obtidos pelos consumidores com a maior diferenciação. Tais situações seriam mais prováveis em estruturas de mercado bastante concentradas, em que as firmas oligopolistas não oferecem produtos de menor qualidade a preços mais baixos, mantendo elevadas margens de lucros e competindo por meio de variáveis extra-preço.

²⁴ Ainda que os proprietários da firma monopolista possam ter o incentivo para minimizar os custos de produção, seus gerentes podem perseguir outros objetivos. Além do mais, mesmo supondo um alinhamento de interesses entre gerentes e proprietários, o monopolista pode não possuir a mesma habilidade que uma firma competitiva para reduzir seus custos médios ao mínimo, tendo em vista a ausência de outras firmas rivais que possam ser usadas como *benchmark*. A ausência de *yardstick competition* é uma das fontes da ineficiência X. No entanto, é importante notar que fusões entre concorrentes, por exemplo, podem permitir o aumento da eficiência X ao permitirem a comparação entre os níveis de performance/eficiência administrativa de cada planta e/ou firma.

mais, dada a absorção do lucro extraordinário, originados da transferência de renda dos consumidores, pelas ineficiências organizacionais que se traduzem em maiores custos médios - embora não marginais - da firma, com desperdício de recursos para a sociedade (Scherer, 1992, p. 35).

A incorporação da ineficiência X à análise antitruste produz um outro *trade-off* importante, a saber, entre eficiência produtiva associada à *escala de produção* (economias de escala, ou escopo, no nível da planta, que resultam numa determinada escala eficiente) - cujo aproveitamento pode implicar estruturas de mercado mais concentradas - e eficiência produtiva no que tange ao uso do pleno *potencial* da tecnologia (eficiência X), que dependeria, ainda que não exclusivamente, das pressões competitivas do mercado. Em outras palavras, *o próprio conceito de eficiência produtiva estática torna-se multidimensional*, de modo que a condição de eficiência na alocação dos recursos entre as firmas no modelo de equilíbrio geral, bem como a condição de eficiência produtiva no modelo de equilíbrio parcial, têm, por sua vez, como condição necessária, embora não suficiente, a ocorrência da eficiência X.

Esse aspecto, freqüentemente ignorado nas políticas de defesa da concorrência, é de crucial importância, posto que não existem evidências empíricas conclusivas sobre o peso *relativo* das economias de escala e da ineficiência X no que tange à eficiência produtiva geral das firmas²⁵. Do ponto de vista teórico, ambos os argumentos são válidos, levando, no entanto, a conclusões normativas diametralmente opostas no âmbito de análises de atos de concentração horizontais e mesmos determinados tipos de condutas anticompetitivas, posto que a redução da concorrência poderia gerar, simultaneamente, ganhos de eficiência produtiva (tradicional, em termos tecnológicos) e perdas de eficiência X.

Evidentemente, existem fatores que podem mitigar ou mesmo reverter os efeitos negativos sobre a eficiência X, derivados da presença de poder de monopólio, além da possível e já citada presença de economias de

²⁵ Ainda que a literatura sobre ineficiência X seja mais desprovida de análises quantitativas do que aquela associada à presença de economias de escala. Para algumas evidências da magnitude da ineficiência X, ver Siegfried e Wheeler (1981). Scherer (*op.cit.*, pp. 40-41) realizou um exercício com o objetivo de estimar a ineficiência X em firmas operando em estruturas de mercado mais concentradas, sem encontrar, no entanto, evidências conclusivas. Por outro lado, os estudos do próprio Scherer (1990, cap. 3) mostram que a existência de plantas operando abaixo da escala eficiente é mais provável em indústrias desconcentradas. Entretanto, simulações do autor voltadas para estimar o impacto das economias de escala com o aumento do grau de concentração - *dobrando-o* - resultaram em economias de custo médios na ordem de *somente 0,5% a 1%*.

escala (ou de escopo) - no nível dos produtos, da planta ou da firma - ou, eventualmente, de diferenciação de produtos. *Trata-se das potencialmente, mas não necessariamente, positivas relações entre poder de monopólio e eficiências dinâmicas.* Em especial, a introdução da concorrência como rivalidade entre as firmas e as considerações a respeito de eficiências dinâmicas comprometem os fundamentos da teoria do equilíbrio geral, pois impõe a necessidade de se trabalhar com hipóteses comportamentais complexas, pelas quais as firmas podem alterar, com suas ações, o meio ambiente. Assim, o abandono do postulado da competição perfeita ameaça “fazer desabar.... a maior parte da teoria econômica (neoclássica)” (Hicks, 1946, pág. 84). A insuficiência e o caráter estático dos conceitos tradicionais de concorrência na teoria econômica deixam uma lacuna vital para o entendimento da dinâmica capitalista, que remete, por decorrência lógica, à necessidade de se construir uma teoria da competição para analisar não o processo de adaptação em si, mas o de transformação, no tempo, das estruturas econômicas capitalistas (Possas, 1989B, cap. 4).

IV. Eficiências de custos de transação

Na abordagem institucionalista das firmas e mercados, ligada à teoria dos custos de transação desenvolvida, ainda que não exclusivamente, por Williamson (1975, 1979, e 1985), a partir dos trabalhos pioneiros de Coase (1937), a busca de maior *eficiência produtiva* reflete-se nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas. Em última instância, essa abordagem postula que os formatos organizacionais (ou estruturas de “governance”) - firma, mercado ou redes, por exemplo - são resultado da busca de *minimização dos custos* de transação por parte dos agentes econômicos. Em particular, segundo a teoria dos custos de transação, a presença da especificidade de ativos e do oportunismo entre os agentes econômicos faz com que a coordenação da interação entre tais agentes por relações mercantis puramente competitivas apresente *ineficiências*²⁶.

Segundo Fagundes e Pondé (1997, p. 50), dois são os pressupostos comportamentais básicos que sustentam a teoria dos custos de transação: (i) a racionalidade limitada dos agentes econômicos; e (ii) o oportunismo presente nas ações dos agentes econômicos²⁷. Tais pressupostos a respeito da competên-

²⁶ Para apresentações das principais hipóteses da teoria dos custos de transação, em diferentes formulações, ver Klein, Crawford e Alchian (1978) e Williamson (1985).

²⁷ A racionalidade limitada está associada ao fato de que os agentes econômicos - por

cia cognitiva dos agentes econômicos e das suas motivações, que diferem daqueles empregados na teoria microeconômica convencional, onde a racionalidade dos agentes econômicos é ilimitada, implicam o surgimento de custos de transações, definidas por Williamson (1985. p. 1) como: “o evento que ocorre quando um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável”. Três são os atributos básicos de uma transação, a saber, a frequência; a incerteza; e a especificidade dos ativos envolvidos, sendo este último o principal elemento, na visão de Williamson, responsável pela determinação do tipo de coordenação a ser realizada no ambiente econômico²⁸.

A necessidade de implementar esforços para evitar ou atenuar o oportunismo e seus efeitos constitui basicamente o fato gerador dos custos de transação, entendidos, segundo Pondé (1993, p.10), como “.....o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica”²⁹. Isso porque se as condutas dos agentes pudessem ser consideradas completamente confiáveis, uma simples promessa de manter a relação contratual com a distribuição inicial de ganhos seria suficiente para

atuarem em um ambiente complexo e incerto - enfrentam limitações em sua capacidade de coletar e processar informações, mostrando-se incapazes de prever e estabelecer antecipadamente medidas corretivas para qualquer evento que possa ocorrer quando da futura realização da transação. Já o oportunismo é caracterizado como ações que, por meio de manipulação ou ocultamento de intenções e/ou informações, buscam auferir lucros que alterem a configuração inicial de um contrato. Ver Fagundes e Ponde (*op. cit.*).

²⁸ Quatro fatores podem determinar o surgimento de ativos específicos (Williamson, 1985, pp. 95-96): (i) especificidade de natureza locacional, ligada à exigência de proximidade geográfica entre as partes que transacionam, combinada com custos de transferir unidades produtivas caso haja troca de demandante ou ofertante; (ii) especificidades derivadas da presença de ativos dedicados, de modo que a expansão de capacidade produtiva é direcionada e dimensionada unicamente para atender à demanda de um conjunto de transações, implicando uma inevitável ociosidade no caso de interrupção da relação; (iii) especificidades de natureza física, associadas à aquisição de equipamentos dedicados para ofertar ou consumir os bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades de capital fixo que são especializadas e atendem a requerimentos particulares da outra parte envolvida na relação; e (iv) especificidades do capital humano, derivadas das diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros.

²⁹ Trata-se, portanto, dos custos associados ao estabelecimento dos contratos explícitos ou implícitos que organizam uma certa atividade.

gerar uma solução de adaptação da transação a qualquer evento imprevisto. Obviamente, é importante notar que a existência de limites para a capacidade de coletar e processar informações também deve estar presente, pois, sem estes, os contratos poderiam antecipar qualquer conflito e estabelecer sem ambigüidades os procedimentos para sua resolução.

Assim, nesse tipo de ambiente, as transações mediadas pelo mercado podem incorrer em custos de transação não negligíveis, cujas origens repousam na impossibilidade de elaboração de contratos completos. Quanto menor a especificidade dos ativos, menor a incerteza e menor a frequência das transações, menores são os custos associados à utilização do mercado como forma organizacional que coordenam as interações mercantis entre os agentes econômicos³⁰. Nesses casos, a transação se refere à simples transferência da propriedade de um bem ou serviço em troca de uma determinada quantia de moeda, acompanhada de uma negociação prévia do preço e das condições de pagamento.

Entretanto, em muitos casos, as características intrínsecas das transações determinam o surgimento de um valor econômico à integridade e continuidade das relações mercantis entre agentes econômicos específicos, ou seja, entre os *mesmos* agentes, de modo que o estabelecimento de vínculos *extra-mercado pode tornar-se uma forma de organizar a transação superior à sua efetivação via mercado*. Evidentemente, tais vínculos também implicam custos. A questão, portanto, está na busca de formas de minimizar os custos de transação, por meio da procura de mecanismos contratuais - formais ou não - que desestimulem conflitos e, caso estes surjam, os resolvam rapidamente³¹.

³⁰ Quanto maior for a especificidades dos ativos - ou seja, quanto maior a rigidez de seus usos e/ou usuários possíveis - mais provável será a opção de internalização da transação dentro da firma ou através de redes (formas híbridas via contratos de longo prazo), ao invés do emprego do mercado como meio de coordenação. Já a frequência de ocorrência de um certo tipo de transação é importante na medida em que pode determinar o surgimento de instituições especificamente desenhadas para sua coordenação e sua gestão; em particular, quanto maior for a frequência de realização da transação, maiores serão os incentivos para o desenvolvimento de instituições estruturadas com o objetivo de gerenciá-las de modo eficaz. Finalmente, a incerteza é um atributo das transações que exerce influência sobre as características das instituições na medida em que a maior ou menor capacidade dos agentes em prever os acontecimentos futuros pode estimular a criação de formas contratuais mais flexíveis que regulem o relacionamento entre as partes envolvidas na transação. Tal flexibilidade é fundamental num contexto de incerteza, no qual o surgimento de eventos não antecipados implica a necessidade de mecanismos que viabilizem a adaptação da relação entre os agentes econômicos.

³¹ Uma das alternativas, por exemplo, para minimizar custos de transação é a de se

Neste contexto, Williamson (1985, p. 388) identifica dois tipos de custos de transação que afetam diretamente o desempenho das unidades econômicas participantes: (i) os custos *ex ante* de negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas do contrato, e, principalmente, (ii) os custos *ex post* de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos contratuais às novas circunstâncias. Esses custos estão presentes, com diferentes intensidades, segundo as características das transações, tanto quando essas são mediadas pelo mercado, como quando são realizadas no interior de uma firma.

Os custos de transação *ex ante* se manifestam com maior intensidade naquelas situações em que é difícil estabelecer as pré-condições para que a transação em foco seja efetuada de acordo com parâmetros planejados e esperados. O problema central encontra-se na definição do objeto da transação em si, fato que implica longas - e dispendiosas - barganhas para garantir a qualidade e as características desejadas ao bem ou serviço transacionado, ou ainda para evitar problemas quanto a pagamentos monetários. Já os custos de transação *ex post* se referem à adaptação das transações a novas circunstâncias, apresentando-se, segundo Williamson (1985, p. 21), em quatro formas: (i) custos de mal-adaptação, derivados dos efeitos originados do surgimento de eventos não planejados que afetam as relações entre as partes envolvidas; (ii) custos de realinhamento, incorridos quando da realização de esforços para renegociar e corrigir o desempenho das transações cujas características foram alteradas ao longo da relação entre os agentes econômicos; (iii) custos de montar e manter estruturas de gestão que gerenciem as disputas que eventualmente surjam no decorrer das transações; e (iv) custos requeridos para efetuar comprometerimentos, criando garantias de que não existam intenções oportunistas.

Em resumo, a teoria dos custos de transação discute uma ampla variedade de problemas de coordenação que podem emergir da interação dos agentes dentro e fora dos mercados, bem como das soluções por estes encontradas em termos de novas modalidades de contratos e formas organizacionais que oferecem mecanismos mais eficientes para a coordenação de suas ações e atividades. Tais mecanismos, configurando *estruturas de governança* específicas, permitem assim auferir *economias de custos de transação*, nas várias formas em que estes podem se apresentar - custos de coleta e transmissão das informações, custos de barganha e tomada de decisões, custos de monitoração, supervisão e implementação de ações, ineficiências decorrentes de uma coordenação

evitar a dependência de fontes externas de fornecimento no insumo ou serviço em questão, realizando movimentos de integração vertical.

imperfeita, que gera perdas de rendimento no processo produtivo ou a desvalorização de ativos associados às transações em questão³².

Essas estruturas de governança podem ser classificadas em três tipos básicos, que se diferenciam no que se refere ao tipo de mecanismos empregados para efetuar a coordenação entre as condutas dos agentes envolvidos, variando principalmente no que se refere aos *incentivos* e *controles administrativos* presentes, a saber: (i) os *mercados*, que coordenam as atividades dos agentes por meio de um mecanismo que combina a pressão competitiva por eles enfrentada com os “incentivos de alta-potência” (*high-powered incentives*)³³. Nesse caso, a coordenação resulta espontaneamente das adaptações em suas condutas que os agentes introduzem a partir da busca do lucro privado; (ii) as *hierarquias* contidas nas firmas, que têm como característica central à submissão dos comportamentos dos agentes a relações de autoridade e a introdução de adaptações nas interações a partir de sistemas administrativos de monitoração, incentivo e controle internos à firma. Tais sistemas reduzem as manifestações do oportunismo, pela utilização das relações de autoridade inerentes à estrutura hierárquica para ajustar o comportamento dos agentes a contingências imprevistas de maneira coordenada; e (iii) as *formas híbridas*, que consistem em relações contratuais de médio e longo prazo entre empresas independentes, apoiadas em salvaguardas adicionais e/ou um aparato para disponibilizar informações ou resolver disputas³⁴. É importante assi-

³² O leitor deve observar a existência de interações entre custos de transação e *eficiência dinâmica*. Inovação requer, em diversas circunstâncias, *cooperação* entre empresas. Em geral, os arranjos institucionais voltados para esse objetivo supõem a aquisição, construção ou aproveitamento de *ativos complementares* entre distintas empresas, seja no âmbito tecnológico, de fabricação, comercialização, *marketing* ou serviços (Jorde e Teece, 1992, p. 53). Muitos desses ativos são específicos, implicando, portanto, contratos mais complexos e relações mais duradouras de interdependência entre os parceiros envolvidos, de modo a *economizar em custos de transação*.

³³ Tais incentivos consistem nos mecanismos pelos quais um agente pode se apropriar de um fluxo de renda, cuja magnitude é influenciada por seus esforços e ações. Ver Williamson (1985, p. 132).

³⁴ Trata-se de uma variedade de arranjos institucionais que procuram preservar parte dos incentivos dos mercados, ainda que estes sejam inevitavelmente atenuados, mas estabelecendo mecanismos de coordenação das interações que incluem procedimentos administrativos e o recurso a alguma instância superior para dirimir conflitos e barganhas - já que, durante a vigência do contrato, não há uma efetiva competição que assuma este papel. Em contraposição ao *mercado*, as formas híbridas estabelecem restrições ao comportamento dos agentes.

nalar que nenhuma destas formas é naturalmente superior às outras em toda e qualquer situação, nem se mostra capaz de *eliminar* a presença de condutas oportunistas - cada uma delas apresenta uma combinação de incentivos e controles administrativos que pode ser mais ou menos eficiente a depender das condições concretas em que é implementada.

Note-se, no entanto, que o conceito de eficiência em termos de custos de transação é predominantemente *estático*, de modo que a análise nesse enfoque procura abordar as causas da presença de uma determinada organização a partir da comparação entre esta e alternativas dadas. Finalmente, *tal conceito não está articulado a nenhuma forma de competição específica, nem tampouco a nenhuma estrutura de mercado em especial*. Em outras palavras, a economia em termos de custos de transação é um objetivo perseguido por monopolistas ou firmas que operam em ambientes competitivos.

Neste contexto e apesar dessa última observação, a operacionalização do conceito de eficiências de custos de transação, especialmente tal como desenvolvida por Williamson (1985, 1992), permite analisar, do ponto de vista antitruste, em que circunstâncias os movimentos de integração vertical, bem como a realização de contratos que restringem substancialmente a conduta das partes e/ou estabelecem vínculos de reciprocidade, têm como objetivo e resultado a geração de ganhos de eficiência. No entanto, dada a ausência de mecanismos que permitam a mensuração das economias com custos de transação, sua incorporação à análise antitruste deve ocorrer em termos qualitativos.

Segundo Fagundes e Pondé (2002, p.180): “a contribuição de Williamson tem profundas implicações sobre a visão tradicional da política antitruste, sobretudo nas áreas de monitoração das condutas ligadas as restrições verticais e dos controles sobre atos de concentração de caráter vertical. De acordo com a interpretação da teoria dos custos de transação, a presença da especificidade de ativos e do oportunismo faz com que a coordenação da interação entre os agentes por relações mercantis puramente competitivas apresente ineficiências. Decorre dessa visão que o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais às condutas das partes e as iniciativas de integração ou quase-integração ao longo das cadeias produtivas constituam, muitas vezes, inovações organizacionais que buscam gerar ganhos de eficiência, e não práticas restritivas visando a criar barreiras à entrada e poder de mercado”.

Na área de fusões e aquisições entre competidores, a principal contribuição de Williamson encontra-se na explicitação de novas possíveis fontes de eficiência por elas geradas, cujas origens repousam na economia de custos

de transação (Williamson, 1988, 1992, 1975). Desta forma, argumenta Williamson, não somente as eventuais economias de natureza tecnológica - como, por exemplo, aquelas derivadas da presença de economias de escala e de escopo -, mas também as de custo de transação deveriam ser contrabalançadas com o eventual aumento de poder de mercado resultante da fusão entre competidores para efeito da análise de defesa da concorrência³⁵.

Nas áreas de integração³⁶ e restrições verticais³⁷, nas quais a teoria dos

³⁵ Suponha, por exemplo, duas competidoras que fabricam, ambas, os produtos A e B. Esses produtos são fabricados, por parte de cada empresa, numa única planta, com tecnologias sujeitas a fortes economias de escala. A obtenção de economias sociais por meio da especialização de cada uma das empresas num único produto depende da solução para o correspondente problema de coordenação. Se ambas se especializassem no mesmo produto, a totalidade dos benefícios sociais não seria atingida. Uma possível solução, caso fosse permitida pela lei, seria a realização de um contrato que coordenasse as atividades das duas empresas e criasse um *pool* de lucros a ser dividido pelas firmas. Entretanto, os custos *ex ante* e *ex post* associados a tal contrato poderiam torná-lo uma forma menos eficiente de organizar a transação do que a opção da fusão entre as firmas. Logo, a fusão pode ser um mecanismo organizacional promotor de maior adaptação - e, portanto, maior eficiência - entre as atividades das empresas envolvidas num contexto de racionalidade limitada.

³⁶ As integrações verticais envolvem aquisições e fusões entre empresas pertencentes à mesma cadeia produtiva. Tradicionalmente, duas foram as preocupações das autoridades antitruste face aos movimentos de integração vertical (Hovenkamp, 1994, pp. 337-339 e Viscusi, Vernon e Harrington, 1992, p. 224): (i) o aumento das *barreiras à entrada*; e (ii) o surgimento de “*foreclosure*”, isto é, situações em que uma empresa impede que outras tenham acesso ao seu mercado. Existem outros argumentos ligados aos efeitos anticompetitivos das integrações verticais, tais como o seu uso como mecanismos de viabilização da prática de discriminação de preços e do aumento da facilidade para controlar cartéis. Em particular, as integrações verticais também foram vistas como forma de estender o poder de mercado já detido por uma empresa no seu mercado de origem para um outro mercado (“*leverage theory*”). Essa teoria, do ponto de vista econômico, tem sido muito criticada, posto que a geração de ineficiências sociais líquidas somente ocorreria sob um conjunto muito restrito de hipóteses. Ver Hovenkamp (1994, pp. 338-341) e Scherer e Ross (1990, p. 527). De forma geral, as principais, ainda que não exclusivas, preocupações dos órgãos de defesa da concorrência nos casos de restrições verticais encontram-se nos seus potenciais efeitos anticompetitivos de caráter *horizontal*, sobretudo no que diz respeito a: (i) criação de barreiras à entrada nos mercados de comercialização do produto; e (ii) coordenação das ações dos distribuidores no sentido de diminuir a rivalidade e competição entre estes. No entanto, para que tais condutas tenham efeitos anticompetitivos, duas condições básicas devem estar presentes, conforme Hovenkamp (1985): (i) a empresa fornecedora de produtos ou serviços geradora das restrições verticais deve possuir poder de mercado, ou seja, ele-

custos de transação possui maiores impactos sobre a análise antitruste, Williamson (1975 e 1988) postula que as mesmas, sobretudo aquelas envolvendo, ainda que não exclusivamente, ativos específicos, são eficientes, por serem formas organizacionais que economizam em custos de transação³⁸. A conclusão de Williamson no que tange às implicações pró-eficiência da presença de custos de transação sobre a análise antitruste de *integrações verticais* (1985, p. 99) baseia-se em dois argumentos: (i) a possibilidade de que as integrações verticais sejam formas institucionais economizadoras de custos de transação deve ser levada em consideração, sobretudo quando essas envolvem ativos específicos, de modo que as partes envolvidas se encontram em situação de dependência bilateral; e (ii) o desejo de aumentar ligeiramente seu poder de mercado não deverá levar uma firma à integração vertical quando os ativos não forem específicos, dado que, nesse caso, existirão fortes ineficiências derivadas da ausência de incentivos e da existência de rigidez nas estruturas hierárquicas (Williamson, 1987, p. 125). Já no âmbito das *restrições verticais*, além desses argumentos, dois novos tipos de problemas devem ser abordados: (i) o menor nível de informação por parte dos consumidores, mais diretamente afetados no caso do surgimento de contratos não padronizados, tal como exclusividade nas vendas dos produtos de um certo fabricante por parte de um conjunto de revendedores; e (ii) a presença de comportamentos do tipo *free rider*³⁹, em que a busca por maiores lucros por parte dos

vada participação no mercado relevante; e (ii) a conduta vertical deve eliminar parcela substancial dos canais de distribuição dos produtos e serviços dos concorrentes potenciais no mercado relevante. Isto é, parcela substancial do mercado relevante deve ser afetada pela restrição vertical sob julgamento, de modo a elevar as barreiras à entrada para concorrentes potenciais. Ver Resolução n.º 20 (CADE, 1999).

³⁷ Existem diversos tipos de restrições verticais. Em geral, as restrições verticais estão associadas a certos tipos de relações contratuais no interior de uma mesma cadeia produtiva, podendo ser caracterizadas como limitações impostas pelos fabricantes de produtos ou serviços nas etapas anteriores ou posteriores à sua na cadeia de produção (Sullivan e Harrison, 1988, p. 147). Nestes casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor às firmas compradoras (vendedoras) de seus produtos ou serviços determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios. São exemplos de restrições verticais a fixação de preços de revenda (RPM), as vendas casadas e diversos tipos de acordos de exclusividade.

³⁸ Note-se, portanto, que o argumento de Williamson introduz um outro conjunto de fatores geradores de eficiências econômicas capazes de justificar, do ponto de vista da defesa da concorrência, operações de verticalização mediante fusão e aquisição, além daquelas associadas aos tradicionais argumentos de raiz tecnológica (economias de escala e de escopo). Ver Viscusi (1992, cap. 8).

³⁹ A denominação de *free rider* se aplica a qualquer agente capaz de, agindo de maneira

distribuidores de um certo produto/serviço pode implicar o surgimento de ineficiências ao nível do sistema de distribuição como um todo⁴⁰.

Entretanto, em minha opinião, os órgãos de defesa da concorrência devem estar atentos para o fato de que determinadas estratégias empresariais podem *simultaneamente* gerar eficiências em termos de custos de transação e efeitos anticompetitivos, na forma de menor rivalidade entre concorrentes. Além do mais, as implicações operacionais dos trabalhos de Williamson devem ser qualificadas pelas limitações associadas à própria teoria dos custos de transação, derivadas, de acordo com o próprio autor (1985, pp. 390-91), de três tipos de problemas: (i) a simplicidade, associada ao pouco refinamento dos modelos, à dificuldade de mensuração dos *trade-offs* e ao elevado grau de liberdade na especificação das propriedades das transações; (ii) o “instrumentalismo”, ao assumir que os agentes comportam-se de modo estratégico, pressupondo a emergência de comportamentos oportunistas, sem dar margem a outras formas de ação, tais como confiança; e (iii) o fato de a teoria dos custos de transação ser incompleta, sobretudo no que diz respeito às chamadas falhas da burocracia como fonte de custos *vis à vis* o mercado. Do ponto de vista antitruste, portanto, o uso da teoria dos custos de transação deve ser cauteloso, de modo que suas implicações constituam um conjunto de considerações adicionais, mas não determinantes, na análise dos resultados sociais das estratégias empresariais privadas.

V. Conclusões

Diversos são os conceitos e, portanto, as dimensões da eficiência econômica como um todo. Esse caráter multidimensional implica o surgimento de di-

oportunista, usufruir dos serviços ou ativos de outros agentes sem oferecer a compensação adequada por isso.

⁴⁰ Para que as supostas práticas restritivas representem, na verdade, a introdução de modalidades contratuais que proporcionam economias de custos de transação, as seguintes condições devem estar presentes: (i) os consumidores não possuem a capacidade de coletar e processar as informações necessárias para avaliar adequadamente a qualidade dos serviços pré e pós-venda que acompanham os produtos adquiridos; (ii) a monitoração, por parte dos fabricantes, da conduta das empresas responsáveis pela venda dos produtos e prestação de serviços é imperfeita e custosa, de modo que oportunidades para que algumas destas atuem de modo prejudicial para o funcionamento de toda a estrutura de distribuição não podem ser completamente eliminadas; e (iii) existam custos associados a implementar alterações na composição da rede de distribuição, oriundos dos ativos específicos envolvidos na relação entre o fabricante e seus distribuidores.

versos *trade-offs* entre concorrência e os distintos tipos de eficiências. Defino o resultado *líquido* desses diferentes tipos de eficiências, associados a determinada alocação econômica, de eficiência econômica *total - potencial - de Pareto*⁴¹. Com efeito, qualquer tipo de eficiência econômica pode ser, teoricamente, conectada ao conceito *social* de eficiência de Pareto, que apenas estabelece uma ligação direta, de natureza conceitual, entre tipos de eficiência econômica - tradicionalmente, as condições marginais de Pareto - e seus impactos sobre o bem estar social, por meio de uma norma bastante aceitável em termos de juízo de valor.

Nesse sentido, não vejo problema em afirmações do tipo: “uma redução da ineficiência X implica, *ceteris paribus*, um aumento da eficiência (estática) de Pareto” ou “um aumento da diversidade de produtos gera, *ceteris paribus* - um incremento da eficiência de Pareto” ou ainda “a introdução de uma inovação redutora de custos de produção gera, *ceteris paribus*, o aumento da eficiência de Pareto no longo prazo, ainda que, eventualmente, às custas da redução da eficiência de Pareto no curto prazo”.

Evidentemente, tais afirmações estão sujeitas a todas as críticas associadas ao critério de Pareto *enquanto norma para a aferição de ganhos de bem estar social*, assunto que será abordado com mais profundidade no próximo capítulo. Mas *a priori*, não existe nenhuma incompatibilidade *teórica* na tentativa de se ampliar os tipos de eficiência - ou as “condições marginais” - que definirão um ótimo de Pareto, ainda que possam existir dificuldades *técnicas*, eventualmente insuperáveis, ligadas às mudanças - e mesmo à caracterização formal, do ponto de vista matemático - nas condições de primeira e segunda ordem, sobretudo no âmbito do modelo do equilíbrio geral⁴².

Por outro lado, analiticamente é possível se estimar, ainda que com distintos graus de incerteza e com o emprego de hipóteses “heróicas”, em função do atual estágio de desenvolvimento da teoria econômica, alguns dos diversos *trade-offs* entre diferentes tipos de eficiência econômica, bem como seu impacto líquido, sobre a eficiência total (potencial) de Pareto no âmbito do modelo de equilíbrio parcial.

⁴¹ O termo potencial refere-se ao fato de que na presença de fenômenos distributivos não é correto o uso do conceito de eficiência de Pareto, conforme apontado no capítulo anterior. Ver também capítulo III.

⁴² Com efeito, tais dificuldades apenas adicionam mais alguns problemas a uma longa lista já existente, tal como, por exemplo, aquela associada à incorporação da diferenciação de produtos no âmbito do equilíbrio geral.

Evidentemente, a incorporação de outros tipos de eficiências ao conceito de ótimo de Pareto tem conseqüências drásticas sobre as relações entre equilíbrio competitivo e eficiência de Pareto. É claro que o reconhecimento da diferenciação de produtos, da economia de custos de transação e das inovações como possíveis fontes de eficiências econômicas - ou seja, como *causas*, ainda que não necessariamente, de *incremento* dos níveis de *utilidade* de (pelos menos) alguns indivíduos - implica necessariamente a ruptura do Primeiro Teorema do Bem Estar Social e o abandono da crença nas propriedades socialmente positivas da concorrência *perfeita*. De fato, estruturas de mercado mais concentradas, firmas com algum poder de monopólio e interação estratégica no bojo do processo competitivo passam a ser compatíveis - e mesmo eventualmente imprescindíveis - com resultados desejáveis do ponto de vista social, sob a ótica da eficiência econômica *total* dos mercados.

No entanto, o leitor *não* deve concluir que a constatação acima também coloque sob suspeita a própria idéia de que a concorrência (isto é, as pressões competitivas), entendida como a rivalidade entre as firmas na busca de valorização de seus capitais, seja, juntamente com a promessa de lucros futuros, *a principal fonte de incentivos à geração de eficiências sociais por parte das firmas* em economias de mercado; tampouco que o *número* de concorrentes não seja uma das variáveis mais importantes, embora não a única, na determinação do grau de rivalidade entre as firmas num determinado mercado e, portanto, da *intensidade* de tais incentivos.

É difícil imaginar que um monopólio esteja submetido às mesmas pressões competitivas (ao mesmo grau de incentivo) enfrentadas por uma indústria marcada, por exemplo, pela presença de seis ou sete firmas competitivas ou que assimetrias acentuadas de participação de mercado - ainda que geradas pela maior eficiência relativa de uma ou duas firmas diante de seus rivais - não possam reduzir a capacidade de competição das firmas marginais, permitindo a emergência de diversos tipos de condutas anticompetitivas; ou ainda que o maior grau de concentração de mercado, *ceteris paribus*, não facilite a colusão explícita ou tácita entre firmas concorrentes. Logo, ainda que o caráter multidimensional da eficiência econômica total questione o uso da concorrência perfeita como base normativa, as políticas de defesa da concorrência são fundamentais para a preservação da concorrência, vista como rivalidade entre empresas e, portanto, fonte de incentivos à produção de diversos tipos de eficiências sociais.

Assumindo como válida a ampliação dos tipos de eficiência a serem levados em consideração numa análise antitruste, é preciso notar que a redu-

ção da competição provocada por estratégias empresariais - incluído as estratégias de fusão, aquisição ou *joint -ventures* com rivais num determinado mercado relevante, bem como as diversas condutas anticompetitivas - não baseadas na maior eficiência relativa da firma frente aos seus rivais (fato que implicaria seu maior crescimento relativo e, portanto, maior *market share* e concentração de mercado dentro dos mecanismos normais de competição), gera diversos efeitos diferenciados sobre as distintas dimensões constitutivas da eficiência econômica total.

Do ponto de vista negativo, tais efeitos estão associados aos aumentos de preços devido à diminuição da eficiência da produção agregada, à diminuição da eficiência X e - ainda que não necessariamente - à diminuição da diferenciação de produtos e dos incentivos para a inovação de produtos e/ou de processos. Não menos importante é a atenuação dos mecanismos de mercado como instância de seleção das firmas mais eficientes, num contexto de racionalidade limitada. Do ponto de vista positivo, as estratégias empresariais redutoras da concorrência também podem gerar maior eficiência produtiva, no aspecto tecnológico, economia de custos de transação e, eventualmente, ganhos de eficiência dinâmica ou maior diferenciação de produtos.

Sob a ótica exclusiva de seus impactos sobre a eficiência econômica total (potencial) de Pareto, seria necessário, então, avaliar as práticas empresariais tradicionalmente alvo das políticas de defesa da concorrência, estimando, sempre que possível e sob variados níveis de incerteza teórica, o resultado líquido dos distintos *trade-offs* entre os vários tipos de eficiência econômica, a saber: eficiência produtiva, de produção agregada, na troca, economias de custos de transação, eficiência X, eficiências de diferenciação de produtos e dinâmicas. Apesar da diversidade da eficiência econômica total quanto aos seus tipos constitutivos, as políticas de defesa da concorrência que a levem em consideração podem - e devem - manter grande parte de suas funções e instrumentos tradicionais, como se verá no capítulo IV, pelo menos até que a ciência econômica seja capaz de fornecer uma alternativa teórica, acompanhada de instrumentos analíticos e operacionais, suficientemente robusta para substituir ou complementar o paradigma vigente. De fato, em meu juízo, a questão envolve mais uma ampliação das variáveis de análise do que uma alteração radical no escopo e/ou no aparato analítico das políticas antitruste tradicionais, ainda que seja necessário admitir que a teoria econômica - a convencional e a heterodoxa - não é capaz, no atual estágio de seu desenvolvimento, de fornecer um guia normativo seguro no que tange às relações de causalidade entre variações no grau de concorrência em um determinado

mercado e seus impactos sobre as diversas dimensões que compõem a eficiência econômica total⁴³.

⁴³ Evidentemente, do ponto de vista jurídico-formal, o peso conferido a cada tipo de eficiência econômica e a forma de incorporação desses tipos à análise antitruste depende dos objetivos legalmente estabelecidos das políticas de defesa da concorrência em cada País.

UMA VISÃO MAIS TÉCNICA DO ALGORÍTMO DE SIMULAÇÕES DE FUSÃO

Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk***

1. Introdução

Este artigo apresenta uma visão relativamente técnica dos procedimentos envolvidos em uma simulação de fusão. De modo geral, nosso intuito foi o de mostrar algumas das principais dificuldades e problemas de cada etapa do processo, além de expor algumas das soluções e metodologias tipicamente utilizadas.

Conforme discutido em um outro artigo por nós elaborado¹, o algoritmo de simulações envolve duas etapas: (i) a análise prévia (*front end*), que consiste na estimação dos parâmetros da demanda e na especificação de sua forma funcional, e (ii) a análise posterior (*back-end*) no qual os parâmetros estimados são combinados com dados de participação de mercado e preços praticados para calcular os efeitos do ato de concentração sobre os preços.

Seguindo essa mesma divisão, este artigo segue o seguinte roteiro. A seção 2 trata da análise *front end*, descrevendo brevemente os dados e formas funcionais utilizadas e discutindo o problema do viés de simultaneidade presente na estimação econométrica, bem como algumas de suas soluções. A seção 3 trata da análise *back-end* e apresenta o sistema de equações empregado quando se utiliza o modelo Bertrand com bens diferenciados. A seção 4 é uma digressão sobre definição de mercado relevante e análise da elasticidade crítica. Finalmente, a seção 5 sugere algumas extensões futuras para a metodologia de simulações, expondo uma conclusão.

2. Front end: Estimação econométrica da demanda

A análise prévia (*front end*) de uma simulação de fusão é composta da escolha da forma funcional para a demanda e da estimação econométrica

* Doutor em economia/UFRJ e sócio da Fagundes Consultoria Econômica.

** Doutor em economia/UCLA e professor da USP.

¹ Ver Fagundes e Kanczuk (2004) "O USO DE MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISES DE FUSÕES". Revista do Ibrac.

propriamente dita. As subseções a seguir apresentam, inicialmente, os dados geralmente disponíveis para a estimação e as formas funcionais mais tipicamente utilizadas. A seguir, discutem os problemas de natureza econométrica, além das possíveis soluções para remediá-los.

2.1. *Dados e formas funcionais*

Idealmente, um sistema de demanda seria estimado a partir de um rico banco de dados, capaz de produzir estimativas confiáveis de todas as elasticidades próprias e cruzadas relevantes, para todos os produtos do mercado em questão. Na prática, evidentemente, os dados disponíveis nunca são ideais, tanto no Brasil como nos outros países.

Normalmente, no Brasil, as estimações econométricas da demanda são baseadas em dados da Nielsen A.C.. Estes dados são apresentados com periodicidade bimestral, para sete regiões geográficas definidas pela própria Nielsen, e descrevem a evolução dos preços e quantidades vendidas para um conjunto de bens substitutos. Esse banco de dados é complementado com informações tais como índices de inflação – utilizados para deflacionar os preços –, e medidas de riqueza, tais como PIB, ou Consumo das Famílias. Por serem fornecidas por órgãos oficiais, tais como o IBGE, estas informações costumam ser facilmente obtidas.

Mesmo nas melhores situações, em que há dados para uma série de produtos substitutos, para várias regiões geográficas, e num horizonte de tempo relativamente extenso, a quantidade de informação contida nos dados tende a ser uma restrição crucial para o processo de estimação econométrica. Neste sentido, é fundamental lembrar-se do tradicional dilema entre incerteza e viés estatístico: restrições teóricas ao modelo reduzem o número de parâmetros a serem estimados, aumentando o grau de precisão estatística, mesmo que implicando em algum viés. Esse é o conceito que deve nortear a decisão sobre qual a forma funcional a ser utilizada.

Formas funcionais que exibem muitos parâmetros permitem uma enorme gama de padrões de substituição e complementariedade entre os bens, mas também demandam uma enorme quantidade de informação dos dados. Formas funcionais que dependem de poucos parâmetros aplicam restrições aos possíveis padrões de substituição entre os bens, mas demandam menos informações dos dados. A escolha da forma funcional busca equilibrar as vantagens e desvantagens deste *trade-off*.

Comumente, as quatro formas funcionais de demanda empregadas são: (i) demanda linear, (ii) demanda de elasticidade constante (log-linear), (iii) logit, (iv) AIDS ou sistema de demanda quase ideal (Almost Ideal Demand System). A formalização matemática destas quatro formas estão a seguir.

(i) Log-Linear

A forma funcional “log-linear” também é conhecida como elasticidades constantes. As equações do sistema de demanda têm o formato

$$\log(q_i) = \sum_j \varepsilon_{ij} \log(p_j)$$

Em que q_i e p_j denotam, respectivamente, quantidades do bem i e preços do bem j . E os parâmetros ε_{ij} representam a elasticidade (constante) do bem i com relação ao bem j .

(ii) Linear

No caso da forma funcional linear, as equações de demanda seguem o formato

$$q_i = q_i^0 + \sum_j m_{ij} p_j$$

Em que, novamente, q e p denotam, respectivamente, quantidades e preços.

Note-se que os parâmetros q_i^0 não são necessários para realizar as simulações. Observe-se, também, que há uma relação entre os parâmetros ε_{ij} (elasticidades, forma log-linear) e m_{ij} dada por:

$$\varepsilon_{ij} = (\partial q_i / \partial p_j)(p_j / q_i) = m_{ij}(p_j / q_i)$$

(iii) Logit

O sistema de demanda logit é geralmente motivado por um modelo de utilidade estocástica em que os consumidores fazem uma escolha discreta: um produto deve ser escolhido dentro de uma cesta com N alternativas. Quando a parte não observável das características do produto (variável estocástica na utilidade) é distribuída de acordo com uma distribuição de valor extremo, a probabilidade de escolha de um bem i assume a conhecida forma,

$$\pi_i = \exp(\alpha_i - \beta p_i) / \sum_{j=1}^n \exp(\alpha_j - \beta p_j)$$

Para ser utilizado em simulações de fusões, é conveniente expressar esse modelo em termos tradicionais de antitruste (vide Werden, Froeb e Tardiff (1996)). O produto N fica definido como a escolha “nenhuma das alternativas”, isto é, o bem externo (*outside good*). Assume-se que $p = 0$, para que a utilidade do bem externo seja constante. Denota-se a média ponderada (pelos *market shares*) dos bens internos por p^m .

A probabilidade de escolha de um bem interno, condicional na escolha ter sido de um bem interno, correspondem aos *market shares* tradicionais, e são dados por

$$s_i = \exp(\alpha_i - \beta p_i) / \sum_{j=1}^{n-1} \exp(\alpha_j - \beta p_j)$$

E a elasticidade da indústria é definida por

$$\varepsilon \equiv (\partial \log \sum_{j=1}^{n-1} \pi_i(\lambda p_j) / \partial \lambda) \cdot p^m = -\beta p^m \pi_n$$

Note-se que há somente dois parâmetros no modelo: ε que controla a substituição entre o bem externo e os bens internos, e β que controla a substituição entre os bens internos.

(iv) AIDS

A forma de demanda AIDS recebeu este nome por satisfazer as propriedades da teoria do consumidor, tais como homogeneidade de grau zero e simetria (vide Deaton e Muelbauer (1992))². Quando se assume que a demanda segue a forma funcional “AIDS”, as equações têm o formato:

$$q_i = [\alpha_i + \sum_j \gamma_{ij} \log(p_j) + \beta_i \log(x/P)] / p_i$$

em que x representa os gastos totais na cesta de bens substitutos do mercado em questão, e P um índice de preços.

Às vezes, opta-se pela forma simplificada dessa especificação, usualmente denotada por SAIDS (Simplified AIDS), em que os parâmetros β_i

²O modelo Logit também satisfaz várias destas propriedades.

são iguais a zero. Os parâmetros α_i não são necessários para as simulações.

Além destas quatro formas funcionais, cabe lembrar que o *Department of Justice* dos Estados Unidos tem recentemente utilizado demandas com formato BLP (Barry, Levinsohn e Pakes (1995)), as quais são discutidas brevemente na seção 2.4. Deve-se pensar nestas formas funcionais como uma generalização da forma Logit, que permitem análises que levam em consideração a heterogeneidade dos consumidores.

2.2. O problema do viés de simultaneidade³

De posse dos dados necessários, e feita a escolha da forma funcional, o econometrista está pronto para a tarefa de estimar os parâmetros que determinam o sistema de demandas para os bens em questão. Para tal, basta escolher um método econométrico e obter os parâmetros que melhor aproximam a curva de demanda aos dados disponíveis.

Neste ponto, é fundamental relembrar que um conhecido problema à aplicação da tradicional metodologia da regressão por mínimos quadrados (Ordinary Least Squares) é ter o resíduo da equação correlacionado aos regressores. Se isso for verdade, as hipóteses necessárias para se proceder com a estimação não são satisfeitas. E, caso se proceda com a estimação, os parâmetros obtidos apresentam um “erro”, chamado de viés de simultaneidade.

A análise quantitativa de antitruste, em especial a estimação das curvas de demanda, relaciona-se diretamente a este problema. A existência de um equilíbrio de mercado, que determina preços e quantidades, pressupõe a existência de uma curva de oferta para complementar a curva de demanda. A existência dessas duas curvas, por sua vez, implica em uma causalidade reversa.

Pelo lado da demanda, maiores preços correspondem a menores quantidades demandadas. Em contraste, pelo lado da oferta, maiores preços apontam para maiores lucros, e uma reação das empresas no sentido de aumentar a produção e quantidade vendida. Esses efeitos contrários precisam ser identificados e controlados. Caso contrário, o analista estará analisando uma mistura de ambos e obtendo uma elasticidade de demanda incorreta.

Para tornar o viés de simultaneidade o mais explícito possível, considere-se uma economia expressa pelas equações:

³ A referência clássica para o problema de viés e a estimação equações simultâneas é Hausman (1983).

$$q = \alpha - \beta p + \varepsilon \text{ (Demanda)}$$

$$q = \gamma p + \eta \text{ (Oferta)}$$

em que

- q e p denotam quantidade e preço do produto em questão,
- α , β , e γ são números positivos, e
- ε e η são variáveis estocásticas independentes, com distribuição normal de média zero e variâncias respectivamente denotadas por σ_ε e σ_η .

Na forma reduzida, o mesmo sistema é expresso por,

$$q = \frac{\gamma\alpha + \gamma\varepsilon + \beta\eta}{\beta + \gamma}$$

$$p = \frac{\alpha + \varepsilon - \eta}{\beta + \gamma}$$

A tradicional regressão por mínimos quadrados ordinários da equação de demanda estimará, sem viés, os parâmetros da função de expectativa condicional, a qual é dada por,

$$E[q/p] = \alpha^* - \beta^* p$$

Como resultado dessa estimação para o parâmetro β^* obtém-se

$$\beta^* = \sigma_{pq} / \sigma_p^2$$

em que σ denota covariância.

Definindo θ por

$$\theta = \frac{\sigma_\eta^2}{\sigma_\eta^2 + \sigma_\varepsilon^2}$$

obtém-se,

$$\beta^* = \theta\beta - (1 - \theta)\gamma$$

Das duas últimas expressões, podemos discutir alguns casos:

- Quando somente há choques de oferta, i.e., quando $\sigma_\varepsilon = 0$, tem-se que $\theta = 1$, e a elasticidade é estimada corretamente: $\beta^* = \beta$
- Caso contrário, a estimação está viesada. A elasticidade estimada é inferior (em módulo) a elasticidade de fato
- Quando somente há choques de demanda ($\sigma_\eta = 0$), a estimação resulta na inclinação da curva de oferta: $\beta^* = -\gamma$
- Neste último caso, ou, mais geralmente, quando os choques de demanda dominam os choques de oferta, até o sinal da elasticidade é obtido incorretamente.

2.3. Estimação através de instrumentos

Para se obter estimações consistentes quando há problemas de viés de simultaneidade utiliza-se a metodologia denominada de regressões por variáveis instrumentais.

Para compreender como esta metodologia funciona, deve-se pensar que os regressores da equação de demanda – i.e., os preços – têm dois componentes. Um desses componentes é correlacionado com o resíduo da equação (os choques de demanda), causando os problemas acima discutidos. O outro componente, por hipótese, não tem correlação com esse termo. Se tivermos informações sobre como isolar este segundo componente, poderíamos focar nas variações dos preços que são exclusivamente devidas a ele. Com isso, estaríamos eliminando os efeitos do primeiro componente e evitando o viés na estimação.

A informação sobre os movimentos dos preços que não são correlacionadas com os choques de demanda é obtida através de variáveis instrumentais, ou instrumentos. Regressões por variáveis instrumentais utilizam essa informação adicional, de forma a isolar os movimentos nos preços, permitindo estimações não viesadas da demanda.

Para concretizar esta idéia, considere novamente a equação de demanda

$$q = \alpha - \beta p + \varepsilon$$

Suponha, adicionalmente, que existam instrumentos “válidos”, denotados por z_i , que estão disponíveis para nosso uso. Para que um instrumento z seja “válido”, ele deve satisfazer duas condições:

- Relevância: A correlação entre z e p não é igual a zero
- Exogeneidade: Correlação entre Z e ε é igual a zero

Se os instrumentos z_i satisfazem essas condições, o parâmetro β pode ser estimado através de uma metodologia conhecida como mínimos quadrados em dois estágios (*Two Stages Least Squares*). Como o nome sugere, essa estimação se dá em duas etapas. A primeira etapa decompõe a variação dos preços em duas componentes, a parte problemática (que é correlacionada com o resíduo da equação de demanda) e a outra parte, livre de problemas. Isto se dá pela regressão,

$$p = \sum_i \pi_i z_i + \xi$$

em que p são os coeficientes estimados e ξ é o resíduo. Este resíduo é a componente correlacionada com os choques de demanda. A outra componente, que pode ser prevista pelo instrumento, e não é correlacionada com os choques de demanda, é dada por,

$$p^* = \sum_i \pi_i z_i$$

No segundo estágio, faz-se uma simples regressão relacionando esta componente com a quantidade:

$$q = \alpha - \beta p^* + \varepsilon$$

Caso os instrumentos utilizados sejam válidos, a estimação da elasticidade β é não-viesada e consistente. Evidentemente, se os instrumentos não são válidos, a metodologia de variáveis instrumentais implica em novos problemas, e em resultados que não correspondem aos desejados. É, assim, importante verificar se os instrumentos satisfazem as duas propriedades anteriormente mencionadas: relevância e exogeneidade.

(i) Relevância

O papel da relevância dos instrumentos é semelhante ao papel do tamanho da amostra. Quanto mais relevante o instrumento, mais acurada será a estimação – o mesmo é verdade para maiores amostras. Instrumentos que explicam uma pequena parte da variação dos regressores são chamados de “instrumentos fracos” (*weak instruments*), e são objeto de muita de pesquisa acadêmica recente. De forma simplificada, para verificar a relevância de um instrumento, testa-se a hipótese de que todos os regressores do primeiro estágio da estimação são iguais a zero (teste F). Tipicamente, quando só há um regressor endógeno, um valor de F superior a 10 indica que os instrumentos são bastante relevantes.

(ii) Exogeneidade

Quando o número de instrumentos é igual ao número de regressores endógenos é impossível testar para endogeneidade. Já no caso em que há mais instrumentos que regressores endógenos, é possível se testar as restrições de superidentificação (*overidentifying restrictions*). Para tal, calcula-se o resíduo da regressão com variáveis instrumentais, utilizando-se os próprios regressores, ao invés de suas previsões. A seguir, corre-se uma regressão deste resíduo nos instrumentos. A estatística $J = mF$, em que F é o teste de todos os coeficientes desta regressão serem zero, é distribuída de acordo com χ^2_{m-k} , em que m e k são, respectivamente, o número de instrumentos e o número de regressores endógenos. Ainda uma outra forma de testar-se para exogeneidade é aplicar-se o teste de Hausman para parâmetros obtidos quando a estimação é feita com instrumentos sabidamente exógenos e parâmetros obtidos quando a estimação utiliza não somente estes instrumentos mas também outros. Como é usual, a variância da diferença entre estas duas estimações é igual à diferença das variâncias de cada uma delas.

2.4. Em busca de instrumentos

Conforme mencionado, para que uma estimação com variáveis instrumentais produza resultados satisfatórios, é necessário que ela esteja baseada em instrumentos válidos. Se não existem instrumentos válidos, de nada adianta a técnica da estimação em dois estágios. Em algumas áreas de pesquisa é possível realizar experimentos artificiais que criam grupos de controle e instrumentos especialmente para se testar uma hipótese. A mesma facilidade

não ocorre em Análises de Antitruste. Tipicamente, a busca por instrumentos é a tarefa mais difícil para o econometrista, dependendo de criatividade e intuição econômica.

Esta difícil situação produziu uma variedade de ferramentas alternativas, que permitem algum balizamento na hora de se montar o modelo. Antes de enumerá-las, vale dizer que não há uma ferramenta superior ou ferramenta perfeita. Todas envolvem hipóteses, apresentando vantagens e desvantagens. Cada aplicação particular sugere uma forma distinta de estimação, não se devendo descartar a possibilidade de se combinar diferentes ferramentas ou até utilizar alguma ferramenta distinta.

Isto posto, as ferramentas tipicamente utilizadas são:

| | <i>Ferramenta</i> | <i>Idéia</i> |
|-----|----------------------------|---------------------------------------|
| i | Nada | Casos particulares, regulação |
| ii | Cost-Shifters + Restrições | Variáveis de custo de produção |
| iii | Hedônicos | Outras variáveis da oferta |
| iv | Painel (Hausman) | Argumento de componentes de variância |
| v | BLP | Modelo completo, com curva de oferta |

(i) Nada

A primeira alternativa é simplesmente assumir que o erro nos preços não é correlacionado com os choques de demanda. Neste caso, utiliza-se o tradicional método dos mínimos quadrados (OLS) para a estimação de demanda.

Há algumas situações em que essa hipótese é bem razoável. Uma delas é quando os preços são regulados e não podem ser alterados. Neste caso, evidentemente, eles não podem ser correlacionados com choques de demanda.

Em outras situações, em que os ofertantes acumulam estoques por não terem oportunidade de alterar os preços, o mesmo argumento pode ser razoável. Nestes casos, é importante que a frequência das observações dos preços seja relativamente elevada.

(ii) “Cost Shifters” e Restrições

Esta alternativa é provavelmente a mais típica. Normalmente há algumas séries de dados sobre os custos de produção, sejam eles os preços de bens intermediários ou salários e custo de capital.

Como se sabe, a curva de oferta pode ser escrita, de forma extremamente geral, por,

$$p = c + \mu$$

Em que c refere-se aos custos marginais e μ ao *mark-up*. Sendo assim, variáveis que capturam variações nos custos marginais também estão relacionadas com os preços. Em geral, considera-se que as mesmas não se correlacionam com os choques de demanda, apesar dos efeitos de equilíbrio geral.

Mesmo nos casos mais fáceis, tipicamente não há uma quantidade de *cost-shifters* suficiente para se estimar uma demanda com padrões de substituição bastante gerais. Isto é, caso a equação de demanda contenha os preços de todos os bens substitutos e complementares ao produto em questão, haverá um grande número de variáveis endógenas. Neste caso, seria necessário que houvesse um *cost-shifter* para cada um desses preços.

Como normalmente não há tantos *cost-shifters*, é comum restringir o formato da demanda, para um caso mais particular. A formalização através da forma funcional Logit apresenta essa vantagem, e por isso mesmo, é tão comumente utilizada. Suas restrições a substitutabilidade de demanda permitem reduzir o número de *cost-shifters* necessários para identificação, em troca de fortes restrições aos padrões de substituição entre os bens.

(iii) Hedônicos

A terceira alternativa utiliza teoria econômica para obter variáveis relacionadas a outra parte da oferta, o *mark-up* (μ). Modelos de Bertrand com bens diferenciados e a própria intuição econômica sugerem que o *mark-up* praticado pelas empresas depende da proximidade do bem em questão aos outros bens, no espaço dos produtos. Isto é, um produtor tende a escolher um *mark-up* maior caso não haja nenhum produto que seja um substituto próximo do seu.

Sendo assim, variáveis que explicam as características dos substitutos, e até o número de substitutos, tendem a influenciar o *mark-up* de um produto. Estas são correlacionadas com o preço mas não com choques de demanda.

(iv) Paineis (Hausman)

A metodologia proposta por Hausman (1997) foi explorar a dimensão painel dos dados, o que é tipicamente disponível, e fazer um argumento

sobre os componentes da variância. Ele assume que a forma reduzida dos preços de um produto j na cidade n no tempo t é dada por:

$$p_{jnt} = \alpha_{jn} + \delta_j c_{jt} + w_{jnt}$$

Em que:

- O termo α_{jn} captura qualquer coisa que dependa da cidade e do produto, mas não varia no tempo. Hausman o motiva como diferenciais de salários e de custos de transportes entre diferentes regiões.
- Os choques de custo para cada produto, c_{jt} são comuns em todas as cidades, por hipótese. Por não ter subscrito n , estes custos entram em cada cidade através de efeitos comuns a todo país.
- Os resíduos w_{jnt} são perturbações com média zero. Por hipótese, estes choques são independentes para diferentes cidades.

A hipótese econômica, implícita nos subscritos, é que os choques de demanda estão restritos a serem independentes entre diferentes cidades (entram somente nos preços através do termo w), enquanto os choques de custos podem ser comuns entre diferentes cidades (entram através de c). Em linguagem mais econômica, choques econômicos que afetam preços são diferentes para cada cidade e não tem um componente nacional comum.

Como as outras, esta hipótese já foi objeto de controvérsias. Uma vez aceita, ela implica que os preços do produto em outras cidades podem ser utilizados como instrumentos. Isto porque eles são correlacionados com o preço do produto (através do componente de custo), mas não são correlacionados com choques de demanda.

(v) BLP

Devido ao forte apelo econômico, a metodologia BLP (Barry, Levinsohn e Pakes (1995)) tem sido intensivamente utilizada pelo Departamento de Justiça nos Estados Unidos nos últimos anos. Pelo que sabemos, ela ainda não foi empregada no Brasil em nenhum caso. De certa forma, esta metodologia constitui uma variação da metodologia (iii), mas com uma especificação mais completa da modelagem.

Para obter a curva de demanda, BLP assume que as preferências dos consumidores têm forma Logit. A existência de heterogeneidade entre os

consumidores, modelada através de coeficientes estocásticos, permite eliminar a forte restrição sobre substitutabilidade.

Em particular, considerando-se o mercado de automóveis, BLP impõem que a utilidade do consumidor i de consumir o produto j é dada por

$$u_{ij} = \alpha \log(y_i - p_j) + x_j \beta + \xi_j + \sum_k \sigma_k x_{jk} v_{ik} + \varepsilon_{ij}$$

Em que y_i representa a renda desse consumidor, v_i são outras características desse consumidor, x_j são atributos do produto (tais como potência, tamanho, consumo de gasolina), α , β e σ são parâmetros a serem estimados, e ξ e ε são perturbações com média zero. ξ tem, como interpretação natural, características do produto que não são observadas pelo econometrista, mas são observadas pelos consumidores. ε tem distribuição de valor extremo, o que implica na forma funcional Logit.

Para determinar a oferta, BLP assumem que os custos marginais de produção do produto j são dados por

$$\ln(mc_j) = w_j \gamma + \omega_j$$

Em que w são atributos observáveis do produto, ω são atributos não observáveis, e γ um parâmetro a ser estimado. A seguir, BLP assume que as empresas escolhem preços de forma a maximizar lucro, jogando o típico jogo de Bertrand com bens diferenciáveis (one-shot Nash).

Para a estimação, realizada através da aplicação dos Métodos Gerais dos Momentos, BLP utilizam tanto a curva de demanda quanto a curva de oferta, i.e., as condições de primeira ordem da maximização de lucro. Como instrumentos, além de alguns cost-shifters disponíveis, eles utilizam características dos outros produtos, os quais medem a proximidade (no espaço das características) entre os produtos considerados

Por considerar a oferta explicitamente, BLP conseguem obter um maior número de momentos (maior número de equações), o que tende a garantir melhores estimações dos coeficientes. Uma possível crítica seria a necessidade de se fazer uma hipótese com relação à oferta. Contudo, essa hipótese (Bertrand em bens diferenciados) seria feita de qualquer forma durante a fase de simulação de fusões.

3. *Back end: A simulação propriamente dita*

A análise posterior (*back-end*), que é a simulação propriamente dita, é composta das seguintes três etapas: (i) escolha do modelo, (ii) calibração, e (iii) previsão dos efeitos da fusão.

A escolha do modelo resulta de uma combinação de lógica e metodologia científica, Teoria Econômica, e informações sobre a magnitude das elasticidades anteriormente estimadas. A criação de novos modelos de competição é uma área ativa de pesquisa acadêmica, a qual deverá influenciar a prática antitruste num futuro breve. Por hora, o típico é adotar-se modelos de equilíbrio não cooperativo, chamados “One Shot Nash”, visando a obtenção dos “efeitos unilaterais” da fusão. No caso de atos de concentração de produtos diferenciados, por exemplo, geralmente se adota o modelo de Bertrand-Nash. No caso de produtos homogêneos, o modelo Cournot-Nash é mais adequado.

A calibração do modelo corresponde a uma determinação de parâmetros de modo que o modelo escolhido refleta as condições de equilíbrio prevalentes antes do ato de concentração. Tipicamente, ajusta-se o custo marginal de tal forma que a margem seja igual à prevista pelo modelo comportamental dos agentes na situação pré-fusão, dados os respectivos preços e participações de mercado de cada produto.

Para a previsão dos efeitos da fusão, supõe-se a manutenção dos custos de produção, e calculam-se os novos preços a partir de expressões que relacionam a margem das firmas à elasticidade-preço da demanda. Alternativamente, computa-se a redução de custos necessária para evitar a elevação de preços.

De modo tentar clarificar essas etapas para o leitor, a seguir considera-se o caso da adoção de um modelo de Bertrand-Nash para bens diferenciados, o qual é sem dúvida o modelo mais comumente empregado para análises de efeitos unilaterais.

Seja uma economia em que cada produto j é produzido por uma única firma i . Cada firma pode produzir vários produtos, e a relação $F(\cdot)$ mapeia os produtos em direção às firmas que os produzem. O custo marginal de produção de cada produto é c_j , por hipótese constante. Assume-se que não há economias de escopo, mas firmas distintas podem ter custos distintos. Preços e quantidades são denotados por p_j e q_j . Assume-se competição de Bertrand, isto é, cada firma escolhe seus preços tomando os outros preços como dados.

O lucro de cada firma i é dado por:

$$\pi_i = \sum_{j, F(j)=i} (p_j - c_j) q_j$$

em que p (sem subscrito) denota um vetor com todos os preços. Para cada produto k , a condição de primeira ordem para maximização do lucro é:

$$0 = \frac{\partial \pi_i}{\partial p_k} = q_k + \sum_{j, F(j)=i} (p_j - c_j) \frac{\partial q_j}{\partial p_k}$$

Para a obtenção de $\partial q_j / \partial p_k$ utilizam-se, em cada etapa, estimações econométricas de elasticidade de demanda.

Este sistema de equações é então utilizado em duas etapas:

- (i) obtenção dos custos marginais (calibração); e
- (ii) obtenção dos novos preços para a nova estrutura de mercado, isto é, para uma nova função.

4. Digressão: Mercados relevantes e o teste da elasticidade crítica

Como já extensamente argumentado anteriormente, o uso de simulações não substitui a análise estrutural tradicional, mas a complementa, apresentando vantagens e desvantagens. Uma das vantagens principais é dispensar a definição *prévia* de mercado relevante, uma tarefa que é muitas vezes é complicada, e que torna o uso de simulações ainda mais importante.

Isto não significa que uma análise de simulações é contrária ao conceito de mercado relevante, mas que o mercado relevante fica endógena e implicitamente determinado em meio aos procedimentos empregados em uma simulação de fusão. De qualquer forma, a não determinação prévia de mercado relevante tende a confundir muitos analistas, levantando críticas que fazem pouco sentido econômico, mas cuja força retórica pode causar grandes confusões.

De forma a esclarecer este ponto, desfazendo as confusões argumentos puramente retóricos, Jonathan Baker (1997), então diretor do Bureau de Economia do FTC (Federal Trade Commission) dos EUA, opinou:

“Parte da promessa do uso de métodos empíricos em análise de fusão é que eles tornam a definição de mercado menos importante. De fato, caso possa ser mos-

trado diretamente que uma fusão prejudica a competição, não há necessidade de gastar esforços na definição de mercado... Muitos entendem que o Clayton Act 7 requer que a Corte identifique os mercados de produto e geográfico que seriam prejudicados com a fusão. Uma possível adaptação – que harmonize as vantagens da análise econométrica com os requerimentos legais – poderia ser denominada de definição de mercado “*res ipsa loquitur*”. Quando um piano cai na calçada, a lei não pergunta se alguém foi negligente, mas vai direto à questão de quem. De forma semelhante, caso se possa demonstrar diretamente que uma fusão provavelmente prejudicará a competição, existe algum mercado relevante que seria prejudicado, mas não é necessário especificar suas fronteiras”

Também com o mesmo objetivo, mas de forma bem mais irônica, Charles James (2002)⁴, então *attorney general* da Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça americano, afirmou:

“...sob a influência de sodium penthatol, a maioria dos economistas concederia que definição de mercado não é particularmente importante em uma análise de efeitos unilaterais”

O objetivo dessa seção é discutir uma metodologia quantitativa para a determinação de mercado relevante, conhecida como o “Teste da Elasticidade Crítica”. Essa metodologia é um meio termo entre rigor analítico das simulações e a linguagem mais comum à grande parte dos analistas de antitruste.

Nosso intuito e nossa opinião, cabe logo esclarecer, não são diferentes dos expressos nessas citações. Continuamos acreditando que simulações de fusões “completas” são a melhor forma de se analisar quantitativamente uma fusão. Se o teste da elasticidade crítica apresenta a vantagem de usar uma linguagem um pouco mais fácil de ser compreendida, ele não tem a mesma lógica impecável das simulações, podendo provocar resultados enganosos, quando aplicado sem o devido cuidado.

⁴ Vide Woo (2004), capítulo 4.

4.1. Breve histórico, o teste da elasticidade crítica e a análise de perda crítica

A maioria das investigações sobre fusões conduzidas pelo *Federal Trade Commission* e pelo *Department of Justice* dos Estados Unidos envolveram algum questionamento sobre a proximidade dos produtos em questão, e sua suficiência para que estes produtos fossem incluídos num mesmo mercado relevante. Por muitos anos, essa questão de como determinar as fronteiras do mercado foi respondida sem nenhum rigor. As cortes geralmente declaravam que a resposta estava relacionada às magnitudes das elasticidades cruzadas e a possibilidade dos consumidores substituírem um produto por outro, mas não havia uma sugestão de quão grandes deviam ser estas elasticidades e a possibilidade de substituição.

Esse ambiente de pouca precisão e clareza começou a ser alterado quando da publicação das *merger guidelines* em 1982, e da articulação do paradigma do monopolista hipotético. Esse paradigma, como se sabe, responde à questão de como determinar as fronteiras do mercado. O mercado relevante não deve ser mais extenso que um grupo de produtos e de áreas geográficas tal que um único ofertante desses produtos nessas áreas encontre lucrativo impor uma elevação nos preços que seja pequena, mas significativa e não transitória.

Esse teste foi inicialmente criticado por não ser operacional e muito teórico. Mas, após um período de tempo relativamente curto, tornou-se óbvio que a implementação do teste do monopolista hipotético poderia ser realizada através de uma análise de *break even* relativamente simples, conhecida como “Teste da Elasticidade Crítica” ou “Análise de perda crítica”. De fato, apesar de utilizarem uma linguagem diferente, esses testes nada mais são que uma forma tecnicamente rigorosa de se determinar as fronteiras de um mercado relevante.

De forma resumida, o teste da elasticidade crítica é composto de três etapas⁵:

(i) Obtenção da margem de lucro dos atuais ofertantes no mercado escolhido (conjunto de produtos e áreas geográficas). A partir desta margem de lucro, através do uso de fórmulas matemáticas simples, baseadas na hipótese de maximização de lucro, obtém-se a qual seria a elasticidade de demanda (pré-

⁵ A análise de perda crítica é equivalente ao teste da elasticidade crítica. Sua única distinção, é utilizar uma métrica distinta: ao invés de elasticidades, utilizam-se reduções nas quantidades vendidas.

fusão) que faria com que um monopolista hipotético desejasse elevar os preços em uma certa porcentagem (5% ou 10%, tipicamente). Esta elasticidade é denominada de “elasticidade crítica”.

(ii) Obtenção da elasticidade de fato observada no mercado escolhido.

(iii) Comparação entre a elasticidade de fato e a elasticidade crítica. Caso a elasticidade de fato seja (significativamente) superior à elasticidade crítica, deve-se expandir o mercado escolhido. Caso a elasticidade de fato seja (significativamente) inferior à crítica, deve-se reduzir o mercado escolhido. Caso seja (aproximadamente) igual, o mercado escolhido pode ser considerado um mercado relevante.

4.2. Limitações e problemas do teste da elasticidade crítica

O fundamental para se perceber as limitações e problemas do teste da elasticidade crítica é observar que, de forma geral, esse teste apresenta as mesmas vantagens e desvantagens da metodologia de simulação de fusão. Por um lado, assim como as simulações, esse teste oferece uma resposta quantitativa e precisa a pergunta realizada. Por outro lado, novamente da mesma forma que as simulações, ele está sujeito a hipóteses que merecem ser analisadas com cuidado e escrutínio.

Para compreender esta observação, note-se que o resultado de um teste de elasticidade crítica é conseqüente de uma estimação de elasticidade, a qual é realizada através de hipóteses sobre as formas funcionais da demanda, além de estar sujeita aos mais diversos problemas econométricos. Ademais, para completar, o teste envolve uma maximização de lucro de um monopolista hipotético, o que é necessariamente função de hipóteses, já tal monopolista não existe no mundo presente.

Essa observação sobre a “equivalência” entre os testes de elasticidade crítica e das simulações de fusão, quanto as suas vantagens e desvantagens relativas, por sua vez, sugere dois comentários:

(i) Em primeiro lugar, essa perspectiva desafia aqueles que são céticos com relação ao uso de simulações, mas não a uma determinação tecnicamente rigorosa do mercado relevante. Isto não faz nenhum sentido lógico.

(ii) Em segundo lugar, essa observação sugere que para que o teste do monopolista hipotético seja empregado corretamente, é necessário analisar suas potenciais dificuldades e hipóteses envolvidas.

Esta percepção levou a um recente interesse dos órgãos de defesa nos Estados Unidos, que nos últimos dois anos vêm solicitando comentários sobre o uso do teste da elasticidade crítica e da análise de perda crítica para determinação de mercado relevante. Com isso, deu-se origem a uma série de discussões e debates entre alguns pesquisadores de renome, como Katz e Shapiro (2003 e 2004), Scheffman e Simons (2003) e Brien e Wickelgreen (2004).

Sobre este ponto, vale notar os argumentos desenvolvidos por Katz e Shapiro (2003), sobre a falha nos argumentos de alguns pareceristas, quando estes buscam expandir ao máximo o mercado relevante, ao obterem margens de lucro elevadas. A lógica dessa inferência está baseada na seguinte intuição. Se a margem de lucro é elevada, uma pequena perda nas vendas seria suficiente para tornar uma elevação de preços não lucrativa. A demanda teria que ser *relativamente* menos elástica para que isso ocorresse, mas isso não seria plausível em um mercado pequeno. Portanto, o mercado é provavelmente grande. Por outro lado, conforme estes autores apontam, a mesma lógica contraria uma intuição igualmente razoável: a margem pode ser elevada porque as empresas perceberam que os consumidores não respondem muito a elevações de preços (a demanda é relativamente inelástica). Sendo assim, se por um lado a elasticidade crítica é baixa, por outro, a elasticidade de fato também deve ser baixa.

Este *conundrum* pode ser resolvido de forma relativamente simples. As margens de lucro obtidas na prática oferecem relativamente poucas informações sobre as elasticidades. Isto se deve a imprecisões estatísticas ou, simplesmente, porque os dados contábeis disponíveis não correspondem aos conceitos econômicos desejados. Sendo assim, as agências de defesa podem incorrer em graves equívocos caso utilizem somente estas margens para determinar as elasticidades. Em complemento, é fundamental buscar outras informações concernentes às respostas dos consumidores a aumentos de preços, sejam essas evidências anedóticas, resultados de experimentos naturais, ou resultados de estimações econométricas da demanda.

Finalmente, ainda vale mencionar as críticas de Werden (2003) sobre a escolha prévia de uma certa porcentagem nos aumentos de preços, para a realização do teste. Conforme Werden mostra, através de ilustrações que reproduzem casos verídicos, é possível que para um monopolista hipotético não seja lucrativo elevar os preços em 5%, mas que seja lucrativo elevar os preços em 50%. Evidentemente, as simulações de fusão não estão sujeitas a este problema por não especificarem os aumentos de preços a priori.

5. Conclusões: O futuro das simulações de fusão

Neste artigo, foram analisados alguns tópicos da metodologia de simulações de fusões, em especial a estimação econométrica do sistema de demanda, o problema do viés de simultaneidade, e a busca de instrumentos válidos. De forma bem mais breve, discutiu-se a modelagem econômica utilizada, e sua relação com a definição de mercados relevantes. A título de conclusão, arriscamos um prognóstico sobre os futuros desenvolvimentos técnicos dessa metodologia, e sobre sua incorporação à análise antitruste no Brasil e no resto do mundo.

Quanto à estimação econométrica, deve-se notar que já está havendo a incorporação de técnicas mais avançadas por parte dos órgãos de defesa americanos. Estimações de demanda BLP já têm sido utilizadas com sucesso em alguns casos, e seu uso deve rapidamente se espalhar para análises realizadas em outras partes do mundo. Como a estimação BLP original (Berry, Levinsohn e Pakes (1995)) utiliza uma grande quantidade de dados, deve-se esperar que haja alguns avanços nas simplificações que tornam a metodologia mais amplamente utilizável.

Mais além das demandas BLP, a literatura acadêmica tem recentemente progredido em técnicas de estimação para modelos explicitamente dinâmicos (vide, por exemplo, Pakes e McGuire (1994)), os quais já estão automaticamente acoplados a modelos econômicos que consideram a entrada ou saída de firmas na indústria. Sem dúvida, este parece ser o futuro da chamada “Nova Organização Industrial Empírica”. Contudo, acreditamos que aqui a quantidade de informações necessárias para a implementação das novas técnicas deverá ser um limitante crítico para sua utilização em casos de antitruste, pelo menos num futuro breve.

Quanto à utilização de econometria para a definição de mercado relevante, o prognóstico é uma grande interrogação. De um lado, aqueles que usam econometria e simulação parecem acreditar que uma prévia definição de mercado relevante não é necessária, podendo até causar confusões quando empregadas inocentemente. De outro lado, esta é a forma mais fácil de mostrar qual as vantagens da econometria para aqueles que são avessos aos métodos quantitativos. Talvez a divulgação e aumento do uso de testes de elasticidade crítica seja uma etapa necessária, antes de seu desaparecimento.

É na escolha da modelagem, acreditamos, que os próximos anos trarão as mudanças e modificações mais interessantes. Atualmente, o paradigma são os modelos de Bertrand e Cournot estáticos, utilizados para o

cálculo dos “efeitos unilaterais”. Mas a preocupação tanto dos órgãos americanos como da Comunidade Europeia nos chamados “efeitos coordenados” pode mudar esse foco. Pesquisa acadêmica recente já indica como separar qual a parcela do *mark-up* que é devida a estes dois efeitos (Nevo (2001)), mas ainda conhecemos pouco sobre quais são os modelos úteis para se prever os efeitos coordenados de uma fusão. Talvez o caminho mais promissor seja a adaptação do modelo de Green e Porter (1986) para análises de antitruste. Uma discussão detalhada sobre estes dois efeitos, e sobre esses modelos é assunto para um outro artigo.

Referências

- Baker, J. B. (1997) “Contemporary Empirical Merger Analysis” *George Mason University Law Review* 5: 347-61
- Barry, S., Levinsohn, J. e Pakes, A. (1995) “Automobile Prices in Market Equilibrium” *Econometrica* 63(4): 841-890
- Deaton, A. e Muellbauer, J. (1980) “An almost Ideal Demand System” *American Economic Review* 70-3, 312-26.
- Green, E and Porter, R. (1984) “Noncooperative Colusion under Imperfect Price Information” *Econometrica* 52(1): 87-100.
- Hausman, J. A. (1983) “Especification and Estimation of Simultaneous Equation Models” Capítulo 7 em *Handbook of Econometrics*, edição de Griliches, Z. e Intriligator, M. D.. Amsterdan, Elsevier.
- Hausman, J. A. (1997) “Valuation of New Goods under Perfect and Imperfect Competition” em *The Economics of New Goods*, Bresnahan, T. e Gordon R. J. Eds, NBER Studies in Income and Wealth 58, The University of Chicago Press
- Katz, M. L. e Shapiro, C. (2003) “Critical Loss: Let’s Tell the Whole Story” *Antitrust Magazine*, Spring 2003
- Katz, M. L. e Shapiro, C. (2004) “Further Thoughts on Critical Loss” *The Antitrust Source*, March 2004
- Nevo, A. (2001) “Measuring Market Power in the Ready-to-Eat Cereal Industry” *Econometrica* 69(2): 307-42
- O’Brien, D. P. e Wickelgren, A. L. (2004) “The State of Critical Loss Analysis: Reply to Scheffman and Simons” *The Antitrust Source*, March 2004
- Scheffman, D. T. e Simons, J. J. (2003) “The State of Critical Loss Analysis: Let’s Make Sure We Understand the Whole Story”, *The Antitrust Source*, November 2003
- Werden, G. J. (2003) “Hospital Mergers and the Hypothetical Monopolist Test” Manuscript

Werden, G. J., Froeb, L. M. e Tardiff, T. J. (1996) “The Use of Logit Model in Applied Industrial Organization” *International Journal of the Economics of Business* 3: 83-105

Wu, L. (2004) *Economics of Antitrust: New Issues, Questions, and Insights* NERA Economic Consulting.

AGÊNCIAS REGULADORAS – UMA VISÃO CRÍTICA¹

*Marcos Vinício Chein Feres*²

Resumo

Este artigo tem o propósito de dar uma visão crítica com relação à teoria e à dogmática das agências reguladoras e seu processo de intervenção no domínio econômico. Com base na teoria da argumentação, procura-se elucidar o procedimento de atuação das agências em setores econômicos sem se desvincular dos princípios fundamentais e do princípio democrático.

Palavras chaves

Agências reguladoras – regulação – teoria da argumentação – direito econômico.

Abstract

This essay intends to propose a critical view of regulatory agencies and their intervention process in the Brazilian economy. Taking into account the theory of argumentation, it attempts to study the procedure which is necessary to create the adequate environment for these entities to apply the law. However, human rights and the democratic principle should not be left out as limits of their institutional behaviour in the Brazilian economy.

Keywords

Regulatory agencies – regulation – theory of argumentation – Economic Law.

¹ Agradeço, em especial, ao professor Renato Chaves Ferreira (Mestre em Direito Constitucional pela UnB), pela ajuda não só com indicações bibliográficas essenciais mas também pelas lições valiosas compartilhadas comigo. Devo ainda agradecer os comentários pertinentes de meus bolsistas, João Paulo Torres Dias, Mônica Danielle Weitzel, Thiago Alves Rodrigues e Rafael dos Santos Mattos Almeida.

² Mestre e Doutor em Direito Econômico pela UFMG, professor adjunto I da Faculdade de Direito da UFJF e Coordenador dos programas de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFJF.

1. Introdução

A busca pelo sentido da regulação parece ser, hoje, o móvel de toda investigação jurídico-econômica de grande porte. No entanto, é preciso compreender, de antemão que a regulação não carece de sentido ou de significado previamente estabelecidos. Decerto, o que deve grassar é a idéia de uma complexidade conceitual a qual será atribuído sentido ou significado adequado ao tempo e ao espaço contingencialmente referidos.

Em razão disso, a idéia de regulação jurídica tem sido, atualmente, utilizada pelos cultores de um novo Estado e de uma nova forma de intervenção na economia através de agências reguladoras. Todavia, deve-se indagar até que ponto essa conformação do significado de regulação às entidades autônomas (agências reguladoras) e sua atuação sobre o domínio econômico é justificável de uma perspectiva jurídico-dogmática.

Considerando a teoria da argumentação jurídica aplicada à regulação, afirma-se que as agências reguladoras são entidades dotadas de autonomia cujo controle de sua ação sobre o mercado é passível de ser realizado tendo em conta o princípio democrático e a correção de erros iminentes à natureza institucional.

Diante disso, valendo-se do método interpretativo, busca-se uma reconstrução dessa atuação das agências sobre o domínio econômico não como meras entidades de administração autônoma referenciadas às exigências do regime do poder público, mas fundamentalmente como estruturas normativas voltadas para a orientação e a repressão de condutas econômicas. Para tal, através do procedimento da análise de conteúdo, extrai-se de certas inferências nos campos jurídico, econômico e filosófico um sistema de conceitos analíticos para, então, reinterpretar o papel dessas entidades não somente em relação ao mercado e ao Estado mas também em relação à sociedade civil.

Tendo esses pressupostos como ponto de partida, passa-se à análise da estrutura jurídico-econômica das agências. Primeiramente, procura-se relacionar o processo regulador e a criação das agências. Em segundo lugar, estabelece-se uma relação entre as agências e sua atuação sobre o domínio econômico, de acordo com o processo e a metodologia argumentativa aplicados ao Direito Econômico. Por fim, conclui-se com uma visão crítica a respeito dessas entidades no contexto argumentativo do direito econômico.

2. Regulação e agências

Quando se fala em regulação, parece estar-se rompendo com a noção de livre mercado estabelecida pelo princípio constitucional da livre concorrência e com uma idéia prévia de Estado. Entretanto, não se pode, hoje, defender a existência de conceitos “a priori” para certas categorias formais constantes tanto da legislação constitucional quanto infraconstitucional, uma vez que não há uma forma lógica e um rótulo para cada conceito no mundo, seja dos fatos seja do direito³. Dessa forma, o Estado e a livre concorrência, como categorias formais, são definidos a partir de uma relação entre o mundo da vida⁴ (background cultural) e a expectativa de regulação necessária à captação, ainda que deficiente, da complexidade social.

A regulação, segundo Grau (1996), não se confunde com a regulamentação. Para o autor, todo o processo de desestatização por que passou o Brasil desde a década de 90, desemboca numa etapa de melhor regulação, com a conseqüente desregulamentação da economia. Nesse sentido, o autor enuncia uma distinção entre *regulation* e *deregulation*, dissertando que as expressões de origem anglo-saxã não correspondem ao corrente no linguajar jurídico brasileiro. Pontua que *regulation* significa regulamentação, enquanto *deregulation* equivaleria ao atual processo de regulação na economia brasileira.

Entretanto, não se pode concordar com a assertiva do autor, uma vez que, segundo os verbetes correspondentes do dicionário Black (1991), *regulation* consiste num processo de regulamentação em que se destacam, como tais, a edição de atos administrativos e a execução administrativa de leis, ordens, mandados, ao passo que *deregulation* significa deixar a economia funcionar de acordo com as forças existentes no mercado e a legislação antitruste. Isso é tanto considerável que, nos Estados Unidos, o processo de

³ Nesse sentido, deve-se apontar a mudança de perspectiva entre o primeiro e o segundo Wittgenstein. Para Wittgenstein (2001a), havia, num primeiro momento, uma relação de correspondência entre as coisas no mundo dos fatos e a linguagem. Todavia, posteriormente, Wittgenstein (2001b), nas Investigações Filosóficas, revisa essa idéia apontando que não há uma relação de pertinência entre o mundo dos fatos e a linguagem, mas sim os significados das coisas são atribuídos contingencialmente.

⁴ O termo está sendo utilizado no sentido que Habermas (1987) toma de Husserl e conforma à teoria do agir comunicativo. Na verdade, aqui se refere a mundo da vida como aquele ambiente em que se travam as relações sociais, econômicas e culturais. Esse é, de fato, mais que o mundo da vida é o mundo efetivo onde acontecem as relações humanas.

deregulation se fundamenta na erradicação de agências reguladoras, como por exemplo, a CAB (Agência de Aviação Civil), dado o equilíbrio alcançado nas relações entre as empresas aéreas a partir da acirrada e eficiente disputa por mercados consumidores (KAHN, 1998).

Nesse ponto, ousa-se⁵ discordar de Grau (1996), justamente porque o processo por que atravessa o Brasil atualmente é de incremento da regulamentação, a saber, *regulation*. A criação de entidades administrativas autônomas reforça o papel regulamentador que o Estado assume, porquanto a privatização de serviços públicos e a venda de ativos fixos estatais exigem uma intervenção reguladora para a manutenção de um sistema equilibrado de mercado. Moreira (1997), ao explicar o modo operante da administração autônoma, pondera que essa transferência de atribuições para entidades autônomas, descentralizadas, nada mais é que um processo de regulação, uma vez que o Estado, ao passar ao setor privado ativos ou execução de serviços, precisa de controlar e fiscalizar as respectivas atuações em setores econômicos específicos.

De acordo com Kahn (1998), a conjunção entre a abordagem concorrencial e a reguladora (a presença estatal através das Agências) é complicada, mas é muito melhor do que a total ausência de regulação. No entanto, fica claro que, segundo o mesmo autor, a regulação (em sentido amplo) tanto concorrencial quanto regulamentar deve variar de acordo com o setor a ser regulado, inexistindo, pois, qualquer atribuição de sentido prévia à aplicação.

Essa parece ser a idéia mais ponderada com relação ao termo “regulação”. Este não possui um significado prefixado, mas é construído de acordo com as contingências de um determinado país e de uma época em especial. A regulação é um conceito tanto mais indeterminado quanto maiores sejam as competências⁶ atribuídas a cada órgão ou entidade administrativa para a estruturação de uma atuação socioeconômica.

Nesse sentido, as agências assumem a função de viabilizar determinada atividade econômica sem se perder de vista o princípio jurídico da livre concorrência. Não basta estruturar a agência como entidade autárquica situa-

⁵ A crítica não tem o objetivo de desconsiderar a importância e o relevo de toda a teoria do renomado autor, apenas cuida de apresentar uma diferenciada abordagem desses termos.

⁶ O termo competência significa atribuição de poder a determinado sujeito de direito. Nesse sentido, ressalte-se a argumentação de ALEXY (1997) ao tratar de direitos fundamentais como direitos subjetivos e, assim, definir a competência como uma das posições jurídicas fundamentais. Não se refere aqui à aplicação técnica useira e vezeira em direito processual.

da na administração indireta, é, antes de tudo, necessário marcar sua competência para atuar na economia, de acordo com os fundamentos e os princípios da Constituição Econômica. A agência tem como papel preponderante colocar em ação os princípios reguladores contingencialmente definidos quer pela legislação constitucional e infraconstitucional quer pela ação interveniente do Estado (políticas públicas de contenção de riscos ambientais, de controle de danos à saúde e à segurança do consumidor etc.).

As agências, como instrumentos de regulação, não são novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não sejam assim denominados, o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) são formalmente autarquias cujas funções específicas de cada uma dessas instituições são reconduzíveis às peculiaridades de qualquer processo regulador de atividade econômica.

Em razão dessa ponderação, pode-se argumentar que as agências reguladoras são divisíveis em categorias, tais como:

- a) aquelas que controlam um determinado fator no mercado (a concorrência, a propriedade industrial e o sistema financeiro), por exemplo, o CADE, o INPI e o BACEN;
- b) as que controlam e fiscalizam serviços originariamente de natureza pública, a saber, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) e ANP (Agência Nacional do Petróleo) e
- c) as que controlam e fiscalizam setores específicos e contingencialmente relevantes da economia, vale dizer, a ANS (Agência de Saúde Suplementar), a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANCINE (Agência Nacional de Cinema).

Essa divisão em gênero não tem apenas uma função didática, mas principalmente se presta a uma reflexão crítica⁷ com relação ao que vem sendo difundido a respeito das agências reguladoras. Não se trata de uma nova

⁷Essa reflexão crítica consiste justamente na proposta habermasiana, tal qual aventada por McCARTHY (1998). De acordo com esse autor, o objetivo é reconstruir os fundamentos teóricos e práticos a partir de elementos empíricos implícitos, isto é, a meta é tornar explícito, ainda que num contexto universal, o que já está dado na realidade de forma subentendida. Nesse caso específico, qualquer crítica às agências tem de necessariamente passar por um estudo destas na realidade e das suas condições de possibilidade e reconstruir uma teoria que dê conta das relações reais existentes entre as entidades autônomas, o Estado e a sociedade civil.

estrutura dogmática que requer um estudo dissociado da realidade jurídico-econômica e administrativa já vigente. Deve-se, sim, reconduzir o estudo a uma perspectiva mais crítica com vistas a elucidar o sentido e a função dessas entidades no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Agências reguladoras e intervenção no domínio econômico

Partindo do pressuposto de que as agências reguladoras são instrumentos de intervenção no domínio econômico, como acima salientado, pode-se asseverar que, como entidades autárquicas, disciplinadas pelo sistema jurídico administrativo, elas operam modificações relevantes na esfera socioeconômica. Nesse ponto, reside o caráter jurídico-econômico da sua atuação e, por isso, faz-se necessário estudá-las a partir da perspectiva metodológica do Direito Econômico.

Antes de mais nada, é fundamental apontar qual seja a abordagem metodológica desse campo de estudos. De fato, o que a distingue daquelas dos demais ramos jurídicos é sua peculiar estrutura argumentativa e, por isso, procedimental. O Direito Econômico tem por meta pontuar os procedimentos argumentativos típicos das relações jurídico-econômicas. Isso pode ser facilmente demonstrável se se tomar em consideração os institutos da propriedade e do contrato, embora tenham existência empírica, ainda assim as regras e os princípios que os conformam são contrafaticamente elaborados.

Numa perspectiva habermasiana, tais institutos são reconstruídos toda vez que se haure da realidade os fundamentos para a conformação jurídico-normativa deles. Realmente, não há uma idéia preestabelecida de propriedade e contrato que sobreviva a mudanças espaço-temporais. Por isso, o direito econômico formula parâmetros para a conformação e a juridicização desses institutos.

Além disso, o procedimento de legitimação, no campo do direito econômico, consiste numa relação de complementaridade e tensão dialética entre as ações estratégicas e as ações comunicativas (cf. HABERMAS, 1984). Não se trata de isolar o interesse técnico e o prático, mas sim de refletir sobre eles de forma racional a fim de alcançar a emancipação por meio da análise hermenêutica (cf. McCARTHY, 1998). O direito econômico tem por princípio a busca por uma sociedade economicamente mais justa e socialmente mais responsável. Esse vetor ético dá o tônus de como se devem proceder os agentes econômicos em suas relações estratégicas.

Ainda que se valham de instrumentos técnicos eficientes, há todo um sistema jurídico, não somente dogmático, mas também axiológico, que conforma ou configura a ação desses agentes no mercado. Estabelecendo um procedimento regular da atuação econômica, o sistema jurídico-econômico tem em vista implementar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais do Estado de Direito, da democracia e da proteção da confiança.

É dentro dessa perspectiva, também defendida para o direito administrativo por Schmidt-Assmann (2003), que o direito econômico estrutura as categorias formais necessárias à implementação de um sistema jurídico eficiente e racional. As agências, desse modo, podem se apresentar como entidades autônomas da administração em que os dois campos jurídicos (o administrativo e o econômico) se complementem a fim de viabilizar a aplicação potencializada de suas diferentes funções no ordenamento jurídico. Verifica-se em decorrência desses argumentos teóricos que as agências também não possuem existência prévia ao que vai se convencionando com o advento de novas necessidades socioeconômicas.

Mistri (2003), ao tratar das instituições do ponto de vista econômico, assevera que não é possível reduzi-las a uma lógica estritamente econômica. Superando as limitações da teoria dos jogos (dilema do prisioneiro e equilíbrio de Nash), o autor procura demonstrar que as instituições funcionam a partir de um processo de elaboração normativa por meio de normas já existentes. Na verdade, as instituições originam-se de um processo cognitivo, uma vez que elas se estruturam em razão de um processo de entendimento e aprendizagem humanos. Isso porque os membros de uma sociedade, na busca por determinadas soluções, vão ou criar ou reformar instituições.

Observe bem que se trata de um processo circular, dado que, consolidada a instituição, esta vai influenciar a cognição de cada membro da comunidade na implementação de novas soluções. Assim como o indivíduo dá formação à instituição em decorrência de sua cognição quanto às normas já existentes, uma vez criada a instituição, esta conforma o comportamento individual na solução de problemas novos.

Perceba que, para Mistri (2003), as instituições não são apenas escolhas individuais de maximização de interesse próprio, como fazem crer as teorias econômicas mais restritivas. De fato, para o autor, estas entidades estão inseridas num sistema de valor socialmente compartilhado. Nisso, há uma importante convergência com a ação comunicativa desenvolvida por Habermas (1984), pois a ação estratégica tem seu lugar na solução de problemas sociais, mas ela deve necessariamente estar legitimada por um sistema de valores compartilhados por sujeitos de uma dada sociedade.

As agências reguladoras devem ter sua atuação normativamente estruturada a partir de um sistema de valores compartilhado pela sociedade brasileira. Numa visão crítica, as agências, ao intervirem na atividade econômica, têm de considerar que os agentes econômicos atuam estrategicamente e estão dispostos a cederem quando for eficiente do ponto de vista exclusivamente econômico.

Por isso, cabe a tais entidades estruturar a intervenção, tendo em conta não somente o elemento estratégico, mas também os valores juridicamente estabelecidos. Decerto, a função delas é a de exercer controle e fiscalização de atividades econômicas que venham a se distanciar de padrões normativamente incorporados tanto pela legislação constitucional quanto infraconstitucional.

4. Agências reguladoras e sua atuação normativa

De modo geral, as agências estão dotadas de uma competência normativa atribuída pelo poder legislativo. Em virtude do tipo de atividades conformadas por estas entidades, faz-se necessário que a lei instituidora viabilize a atuação do administrador público com larga margem de apreciação, dado que o elevado teor técnico das atividades exige medidas variáveis de acordo com as circunstâncias socioeconômicas.

Otero (1992, p. 201) disserta que “a discricionariedade comporta um amplo espaço de escolha conferido por lei aos órgãos da Administração no âmbito do processo de decisão administrativa”.

Essa discricionariedade cumpre um papel essencial na elaboração de resoluções, portarias que servem de baliza para atuação dos técnicos em cada um dos setores regulados. Esse poder normativo é, apesar disso, condicionado pelo ordenamento constitucional e pela legislação instituidora da entidade. Isso não anula os condicionamentos do princípio democrático, mas antes se enquadram na estrutura constitucional assim traçada.

Como se trata aqui de uma proposta para o direito econômico, vale ressaltar fundamentalmente o papel de intervenção normativa no domínio econômico. A simbiose entre direito e economia se reconstrói aqui de forma a gerar um instrumento de intervenção capaz de lidar com uma realidade mutante e com relações econômicas variantes.

Assim, não é de se estranhar os diferentes sentidos atribuíveis ao termo “mercado relevante de bens e serviços” constante da Lei nº 8884/94. Esse signo lingüístico varia de acordo com as circunstâncias objetivas dos casos trazidos ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além des-

ses, há outros como “controle de parcela substancial de mercado”, “posição dominante”, “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico”, “falseamento da livre concorrência” que padecem de um alto grau de indeterminação a ser densificado pela agência somente quando diante de conflitos específicos. Estes são apenas alguns exemplos extraídos da Lei da Concorrência supracitada, mas, em cada legislação das agências específicas criadas para diferentes setores econômicos, é possível encontrar termos plurissignificativos ou vagos com o objetivo de conceder uma margem de livre apreciação ao administrador.

Entretanto, é importante ressaltar que essa margem de livre apreciação não se concebe ilimitada e incondicionalmente. De fato, são várias as condicionantes constitucionais e legais que exigem uma atuação normativa centrada e estruturada na execução e fiscalização dos serviços e na gestão dos mercados controlados.

Otero (1992) menciona dois tipos de discricionariedade, uma optativa e outra criativa. Será optativa quando a um determinado suporte fático corresponder mais de uma consequência jurídica, ficando a escolha a cargo do conhecedor técnico do setor regulado. Considera-se criativa a discricionariedade quando se verifica um conceito vago cuja determinação depende das situações concretas do caso a partir de um conhecimento técnico específico (a imprecisão deriva do suporte fático ou hipótese de incidência).

Já para Bacigalupo (1997), a discricionariedade consiste na possibilidade garantida à Administração Pública para completar ou integrar, no momento da aplicação, o suporte fático impreciso ou incompleto e a provável escolha das consequências jurídicas adviria desse processo e não como uma teoria à parte. Este é o caso das expressões acima citadas, por exemplo, parcela substancial de mercado. Essa margem de livre apreciação viabiliza a regulação concorrencial por parte dos órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Isso não pode conduzir a um total disparate na elaboração de pareceres e decisões técnicas pelas agências. Essa discricionariedade que se sustenta em uma atribuição de poder ao órgão administrativo deve ser entendida no contexto institucional deste. De fato, aqui se trata de um processo longo de conformação legislativa anterior e de imposição de limites constitucionais prévios. No momento de suas decisões, não importa de que cunho técnico elas sejam, as agências estão adstritas a toda essa normatividade anteriormente estabelecida.

É nesse sentido que a teoria de Bacigalupo (1997) parece se enquadrar melhor, não se pode reduzir a discricionariedade dada às agências ao quadro de mera escolha entre consequências jurídicas, mas sim a um proces-

so de densificação racional de hipóteses de incidências imprecisas ou incompletas. Ao atuar no domínio econômico, as agências, aplicando os preceitos constantes de suas leis instituidoras, encontram-se dentro de um processo de livre apreciação dos fatos técnicos, porém submetem-se ao procedimento racional implicado tanto na teoria dos direitos fundamentais quanto no princípio democrático e do Estado de Direito.

5. Conclusão

De tudo isso, é importante ter em mente que a apreciação dogmática das leis instituidoras das agências reguladoras estabelecem um parâmetro de intervenção a ser seguido em cada caso concreto de modo a viabilizar uma atuação racional no domínio econômico específico.

As agências reguladoras não são novidade e, em vista disso, uma panacéia para todos os males econômicos. Elas estão situadas num contexto argumentativo racional ao qual devem submissão. Não se pode conceber que estruturas similares como o CADE e a ANATEL sejam tratadas de forma completamente diversa. Decerto, essa diferenciação tem sido a causa de uma série de mal-entendidos os quais só servem para distorcer a aplicação dos instrumentos intervencionistas em setores econômicos específicos.

Não dúvida de que peculiaridades há. E, justamente por isso, devem ser sopesadas. Todavia, o modo de aplicação dessas estruturas autárquicas não pode se distanciar do argumento básico aqui exposto, a saber, a racionalidade argumentativa inerente à conformação institucional e à estruturação dada pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Enfim, a atuação desses órgãos administrativos será tanto mais efetiva quanto maior for o comprometimento com uma estrutura normativa adequadamente conformada pela racionalidade argumentativa.

6. Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 6th ed. Saint Paul : West Publishing Co., 1991.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason*. Tradução Thomas McCarthy. Boston : Beacon, 1987.

_____. *The theory of communicative action: reason and the rationalization of society*. Tradução Thomas McCarthy. Boston : Beacon, 1984.

_____. *Facticidad y validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

KAHN, Alfred. *The economics of regulation: principles and institutions*. Massachusetts: MIT press, 1998.

McCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Madri: Tecnos, 1998.

MISTRI, Maurizio. Procedural rationality and institutions: the production of norms by means of norms. *Constitutional Political Economy*, Kluwer Academic Publishers, n. 14, pp. 301-317, 2003.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Tradução de Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo, José Ma. Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia, Francisco Velasco. Madri: Marcial Pons, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução, apresentação e estudo introdutório Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: EDUSP, 2001a.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Tradução G. E. Anscombe. 3rd ed. Oxford: Blackwell, 2001b.

A TEORIA ANTITRUSTE NO BRASIL: FUNDAMENTOS E ESTADO DA ARTE

*Marina Moreira da Gama**

Resumo: A teoria antitruste, utilizada como a base econômica para análise de atos de concentração e práticas restritivas, sofreu significativas mudanças nas últimas décadas. A preocupação exclusiva com a concentração de mercado deu lugar à análise das eficiências econômicas, que buscou contrabalançar os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos à sociedade. No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Palavras-Chave: Política antitruste, modelo ECD, eficiências econômicas, atos de concentração, e práticas restritivas.

Abstract: The antitrust theory, used as the economic guide to analyze market concentration – mergers, acquisitions, and anticompetitive conducts, has been changed for the last few decades. The primary concern with market structure was replaced by the economic efficiency approach, balancing the potential adverse competitive effects of a merger transaction or a firm’s conduct against its potential efficiencies. In Brazil, antitrust policy has aroused towards a new antitrust statute, Law 8.884 /94 and the creation of the national antitrust system.

Keywords: Antitrust policy, SCP model, economics efficiencies, market concentration and anticompetitive conduct

Introdução

A teoria antitruste, utilizada como a base econômica para análise de atos de concentração e práticas restritivas, sofreu significativas mudanças nas últimas décadas. A preocupação exclusiva com a concentração de mercado

* Doutoranda em economia pelo CEDEPLAR/ UFMG

deu lugar à análise das eficiências econômicas, que buscou contrabalancear os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos à sociedade. No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O objetivo deste trabalho é referenciar os fundamentos e o estado da arte da teoria antitruste no Brasil. Para tanto, então, está dividido em cinco seções, além desta introdução. A primeira seção trata das origens da teoria antitruste, sua ênfase inicial na concentração dos mercados e posterior incorporação das eficiências econômicas líquidas. A segunda seção discorre sobre os objetivos da política de defesa da concorrência, que são prevenir concentrações que geram criação e/ou aumento de poder de mercado, e reprimir condutas anticompetitivas. A terceira seção analisa a política antitruste no Brasil, enfocando o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A quarta faz referência à atuação do CADE entre 1994 e 2004, anos de vigência da lei de defesa da concorrência nacional. E a última faz as considerações finais.

1. Origens da política antitruste

Como muitas das legislações positivas¹, as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria econômica que lhes conferem sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma “invenção” da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; o Estados Unidos adotou o seu *Sherman Act* em 1890. Estas leis representaram uma reação à turbulenta mudança econômica do final do século XIX. As ferrovias e os navios a vapor rapidamente expandiram o escopo de muitos mercados. Inovações tecnológicas e gerenciais levaram ao surgimento das grandes corporações, inicialmente associadas à forma *trust*². Diante disto, devido ao aumento do preço dos insumos conferidos pelo poder de mercado dos trustes e redução dos preços dos seus próprios produtos, fazendeiros e pequenos produtores clamaram por uma legislação que constrangesse o comportamento das grandes empresas e redistribuísse o poder econômico entre os diversos agentes.

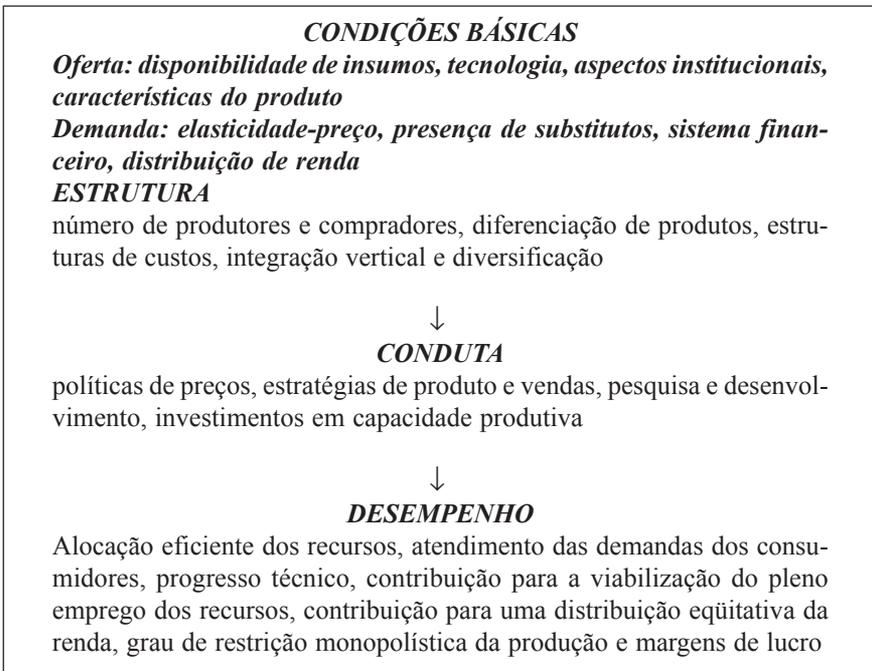
¹ Positiva no sentido jurídico de normativa.

² Sobre isto ver CHANDLER (1960, 1990).

Nas outras partes do mundo, a política antitruste se consolidou apenas nas últimas décadas, sendo que em alguns países (em desenvolvimento ou de recente inserção capitalista), ainda está em construção. Hoje, Europa, Japão e Austrália, possuem leis de defesa da concorrência muito similares às norte-americanas³.

Considerando sua evolução técnica, é possível dizer que a defesa da concorrência foi baseada nas teorias de Organização Industrial que constituíram o chamado modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), tal como foi desenvolvido a partir dos anos 50 pela chamada “Escola de Harvard”⁴. Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura anteriormente determinada.

QUADRO 1 - O MODELO ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

³ Uma descrição da evolução da política antitruste mundial encontra-se no trabalho da OCDE (1992) e em OLIVEIRA & RODAS (2004).

⁴ A primeira referência do modelo ECD foi feita por MASON (1939).

As políticas antitruste elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada. Desta forma, há um temor em relação às estruturas de mercado caracterizadas pela presença de monopólios e oligopólios que, por pressuposto, geram poder de mercado ou capacidade da firma em aumentar seus preços sem incorrer em perda significativa de vendas em decorrência dos bloqueios à entrada. O ideal seria um mercado mais atomizado, com firmas com baixo poder de decisão e influência sobre preços. Para AREEDA & TURNER, fundadores da literatura ECD em antitruste, “*the competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms.*” (comentários transcritos por HOVENKAMP, 1994: 34).

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda, para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. Resumidamente, o argumento exposto diz que:

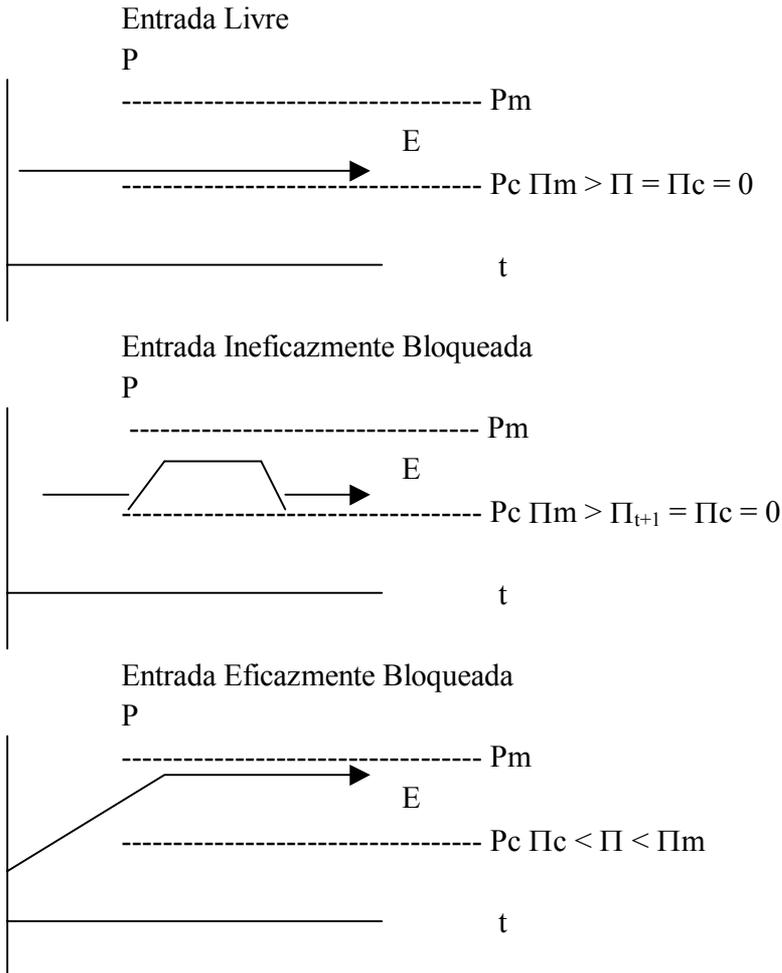
$$E = (P_1 - P_c) / P_c$$

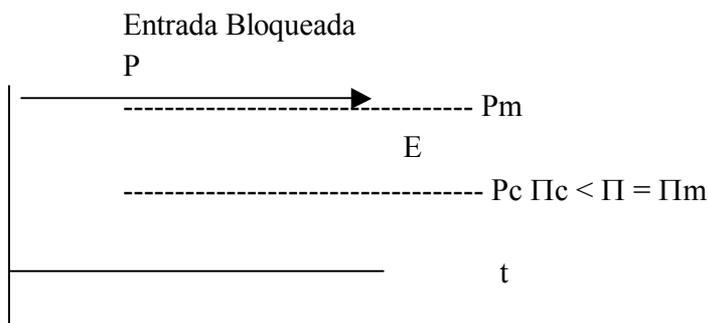
Sendo E a condição de entrada, P_1 o preço limite (o preço máximo que pode ser cobrado sem atrair novos concorrentes), e P_c o preço que seria cobrado em um mercado competitivo (com lucros normais). Tem-se que $P_1 = P_c (1 + E)$, ou seja, quanto mais difícil a entrada de novos concorrentes em um mercado, maior o preço que um conjunto de empresas oligopolistas, adotando comportamentos colusivos, pode alcançar sem ser ameaçado por concorrentes potenciais. Segundo BAIN (1958), pode-se observar quatro tipos de entradas.

No primeiro caso, a entrada (E) é livre e qualquer aumento de preço (P) acima do nível competitivo (P) incentiva outras firmas a entrarem no mercado, levando o preço a cair imediatamente para o original, portanto o lucro (P) auferido pelas firmas é o lucro normal (P). No segundo caso, a entrada não é totalmente bloqueada, por isso, se as firmas estabelecidas resolverem aumentar seus preços, algumas empresas entrarão no mercado, fazendo com que, a longo prazo (t+1), o preço retorne ao nível competitivo e o lucro a zero. O terceiro caso reflete a eficácia no bloqueio da entrada, possibi-

litando às estabelecidas aumentarem seus preços acima do nível competitivo P_c (mas não alcançando o preço de monopólio, P_m) sem implicar nova entrada. O lucro no longo prazo é positivo. No último caso, a entrada é totalmente bloqueada, permitindo que as empresas já estabelecidas no mercado aumentem seus preços para o nível de monopólio sem que haja nova entrada, conferindo-lhes lucro de monopólio, P_m , em $t+1$ (TIROLE, 1988).

FIGURA 1 - TIPOS DE ENTRADA





Assim, associa-se a dimensão das barreiras à entrada às perspectivas de rentabilidade: se as chances de lucratividade em um segmento são mediócras, barreiras que seriam consideradas pequenas ou insignificantes em outros setores podem virar obstáculos para o ingresso de novos competidores. Consoante BAIN (1958), o principal fator estrutural que afeta a conduta colusiva das empresas já estabelecidas é a concentração, já que a coordenação entre firmas ocorre mais facilmente quando seu número é reduzido no mercado em análise. Este entendimento estruturalista, segundo POSSAS (1985: 95), consiste em “tomar a concentração econômica como elemento básico da estrutura [de mercado] e a intensidade das barreiras à entrada como indicador-chave do poder de mercado das empresas oligopolistas...”.

O problema desta visão, salientado por seus principais críticos, os teóricos da dita “Escola de Chicago”, é que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste. Isto porque, por um lado, concentração reflete apenas o número de concorrentes em um mercado e a desigualdade de tamanho entre eles. Por outro lado, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o desempenho da firma, como lucratividade (*markup*), são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da causalidade⁵.

Assim, não mais se sustenta que a concentração seja uma indicação segura para a conduta dos competidores e por isso a justificativa para intervenção governamental via aplicação de legislação antitruste. Em poucas palavras, “a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por consequência para a possibilidade de

⁵ Ver a resenha de GEROSKI (1988)

seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.” (POSSAS *et al*, 1995: 21).

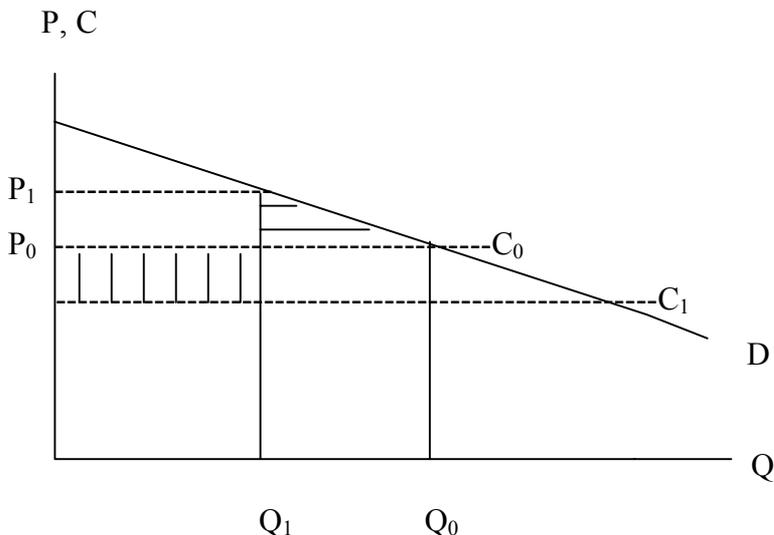
Dito isso, a “Escola de Chicago” acaba rompendo com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). BORK (1978), um dos expoentes dessa corrente de pensamento, acredita que a política antitruste carrega consigo um paradoxo, pois simultaneamente preserva e combate a concorrência. Estruturas concentradas, se resultarem em uma economia de recursos que compense seus efeitos anticompetitivos, não podem ser consideradas ineficientes. Assim, esta visão propõe a análise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos.

Os ganhos de eficiência econômica podem ser ilustrados pelo gráfico abaixo. O preço inicial é P_0 e a produção Q_0 . O grau de competição é suficiente para forçar o preço para o custo marginal C_0 . Com um ato de concentração neste mercado, os custos produtivos (economias de escala e /ou escopo) reduzem, mas o poder de mercado aumenta. O resultado é que o preço sobe para P_1 , o custo reduz-se para C_1 e o produto passa de Q_0 para Q_1 .

Sendo P e C respectivamente o preço do bem e seu custo de produção no tempo 0 (antes da concentração) e 1 (pós-concentração). O gráfico mostra uma redução no excedente do consumidor representado pela área rasurada triangular devido ao aumento do preço e, por outro lado, o ganho para a sociedade da redução de custos, representado pela área rasurada retangular:

$$\Delta P/P > 0, \Delta C/C < 0 \text{ e } \Delta P/P < \Delta C/C$$

Gráfico 1 - Eficiências econômicas líquidas



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Caso seja considerado exclusivamente o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a “Escola de Chicago”, um dado ato ou conduta deve ser autorizado pela autoridade antitruste, se, e só se, tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superior às perdas de eficiência por ele ocasionadas.

Assim, percebe-se que as duas escolas podem ter avaliação conflitante acerca um ato de concentração ou conduta anticompetitiva. Os adeptos do modelo ECD acreditam que a política antitruste não deveria considerar a redução de custos na sua análise, já que indubitavelmente a concentração aumenta o poder de mercado, permitindo a elevação de preços. Já os simpatizantes da eficiência econômica consideram que a política antitruste tem que garantir os ganhos de eficiência produtiva e que a concentração deveria ser permitida porque favoreceria a redução de custos na economia e os ganhos de produtividade, aumentando o bem-estar da sociedade.

Por fim, cabe dizer que a teoria antitruste foi construída sob os ensinamentos de ambas as escolas. A visão estruturalista de mercado sofreu uma modificação fundamental em decorrência da maior preocupação em considerar as eficiências econômicas, sobretudo as de caráter produtivo (redução de custos via economias de escala e escopo), que podem contrabalançar a presença

de estruturas de mercado mais concentradas e determinadas condutas empresariais. Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países tendem a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos na estrutura de mercado (aumento da concentração), como na tradição ECD, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência (redução dos custos). Em suma, de um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de gerar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado.

2. *Objetivos*

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados (FARINA, 1996; FORGIONI, 1998; FIRST *et al*, 1991).

Consoante HOVENKAMP (1994) e SALGADO (1997), tal política apresenta dois objetivos básicos: (i) prevenção, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração, horizontais ou verticais (fusões, aquisições, e associações de empresas – *joint ventures*); (ii) repressão, através do controle de condutas ou práticas anti-concorrenciais, que busca verificar a existência de infrações à ordem econômica, horizontais ou verticais. A partir desses objetivos, a política de defesa da concorrência busca atuar sobre as condições de operação dos mercados tanto através de uma influência direta sobre as condutas dos agentes, como também por meio de ações que afetam os parâmetros estruturais que as condicionam (POSSAS *et al*, 1995).

No primeiro caso, a intervenção é de caráter estrutural, que pode ser horizontal ou vertical⁶, e procura impedir o surgimento de estruturas que au-

⁶ Existem também atos de concentração conglomerados, que são aqueles realizados entre empresas que não concorrem em um mesmo mercado, nem tampouco mantém relação vertical. Este trabalho tratará os atos de concentração como horizontais ou verticais somente, por motivo de simplificação.

mentem o poder de mercado por parte das empresas que o integram. O controle dos assim chamados atos de concentração verticais está focado sobre as fusões, aquisições ou *joint ventures* entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva como vendedores e compradores. Já nos atos de concentração horizontais, a preocupação das autoridades antitruste está direcionada para aquelas situações que envolvem sobretudo as empresas concorrentes em um mesmo mercado⁷, podendo levar a uma eliminação - total ou parcial - da rivalidade entre os agentes envolvidos.

No segundo caso, a implementação da política antitruste consiste basicamente em desestimular e coibir comportamentos ou práticas anticompetitivos - tenham estes uma natureza vertical ou horizontal - por parte de empresas que detêm poder de mercado, ou seja, que são capazes, por suas ações, de gerar situações em que a concorrência é restringida (por isso, muitas vezes, estas práticas são denominadas de restritivas). Trata-se, portanto, de evitar, através da ameaça de punição, as condutas empresariais que visem inibir a ação dos concorrentes, limitar o alcance da competição por intermédio de algum tipo de colusão e/ou impor aos compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos.

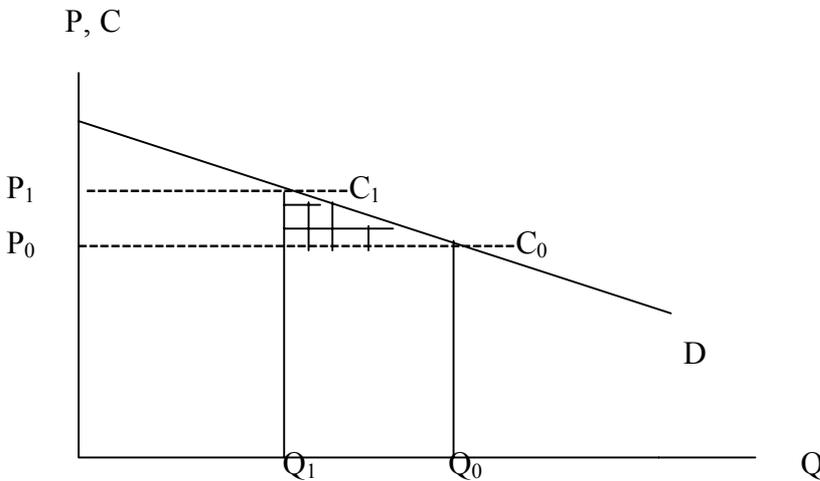
Normalmente, tais condutas são classificadas em dois tipos: (i) as práticas restritivas horizontais, que reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações entre as empresas ofertantes de um mesmo mercado, abrangendo, por exemplo, os acordos entre empresas (inclusive a formação de cartéis), a associação de profissionais e a prática deliberada de preços predatórios; (ii) as práticas restritivas verticais, que limitam o escopo das ações de agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva ou nos mercados finais, incluindo condutas como, a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, os acordos de exclusividade, a recusa de negociação, a venda casada e, a discriminação de preços.

Uma conduta anticompetitiva, como por exemplo a fixação de preços pela colusão das firmas no mercado (ver gráfico abaixo), leva a uma perda do excedente do consumidor igual a área triangular rasurada: a quantidade produzida se reduz com o aumento do preços (se não considerarmos que houve redução nos custos de produção).

Assim, $\Delta P/P > 0$ e $\Delta Q/Q < 0$.

⁷ Existem atos de concentração horizontais com efeitos em outros mercados.

Gráfico 2 - Resultado de prática restritiva no mercado



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Aqui, cabe um parêntese acerca a aplicação das leis de defesa da concorrência, que pode seguir o critério *per se* ou a regra da razão (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995). O critério *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento: a agência precisa apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu para punir a firma. Quando este critério é aplicado, o ato de concentração ou a prática restritiva é considerado ilegal, sem que para isso seja necessário investigar os efeitos obtidos, danosos ou benéficos. Em geral, a aplicação *per se* da lei requer menos esforços e despense menos recursos do que os demais casos, e é utilizada em algumas situações específicas, como a cartelização e a fixação de preços⁸.

Assim, se uma fixação de preços de um certo produto acima do nível competitivo pelas maiores firmas de um certo mercado que atuam colusivamente reduz a quantidade ofertada e o excedente do consumidor e não cria redução de custos, certamente restringe a competição e causa perda relativa de bem estar. A aplicação da regra *per se* neste caso, proibindo este tipo de conduta, seria eficaz.

⁸“Price fixing is a *per se* offense”, segundo POSNER (1976: 143).

Já as leis que obedecem à razoabilidade requerem análises mais aprofundadas do que a mera constatação da ocorrência do fato. A conduta é ilegal só se apresenta um efeito anticompetitivo líquido. Neste caso, a agência observa os efeitos do comportamento e contrabalança os prejuízos com os benefícios eventuais. O exame é feito caso a caso e não há punição se as eficiências econômicas compensarem os efeitos anticompetitivos. Assim, diferentemente do critério *per se*, a ilegalidade não é presumida *a priori* pela regra da razão, exatamente por se considerar que o efeito líquido anticompetitivo, por razões econômicas antes que legais⁹, não pode ser presumido sem um exame minucioso da ponderação entre os dois tipos de efeito. A razoabilidade é a forma de aplicação da lei mais difundida entre os países industrializados (SALGADO, 1992). No Brasil, a Lei 8.884/94 adota este critério tanto para a análise dos atos de concentração quanto para a das condutas anticompetitivas¹⁰.

Dado o exemplo gráfico acima, suponha que as empresas agiram colusivamente, fixando preços, para enfrentar uma situação específica, como um ciclo recessivo. A regra da razão, se utilizada neste caso, impediria a ocorrência de um erro, ou a punição de uma conduta momentânea que não tinha como objetivo restringir a competição, mas sim de superar uma grave crise. Casos como esse foram frequentes nos EUA na década de trinta¹¹ (SCHERER & ROSS, 1990).

Deve-se notar, contudo, que a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica desenvolvida em torno da importância das eficiências eventualmente geradas por práticas restritivas. Trata-se apenas de um método jurídico de aplicação da lei que simplifica a análise e economiza custos para julgar tipos de condutas cuja não razoabilidade é suposta. Ou seja, o critério traduz a percepção de que é desnecessário avaliar os efeitos líquidos mais detalhadamente em face da evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas condutas não geram benefícios relevantes, de forma que a sua condenação não causará injustiças.

Por fim, cabe dizer que a forma específica pela qual a defesa da concorrência enfrenta as questões aqui tratadas varia de país para país, embora semelhanças possam ser observadas, sobretudo no que diz respeito ao ob-

⁹ Para um resumo do ponto de vista econômico, ver CARLTON & PERLOFF (2000).

¹⁰ Para uma discussão sobre qual a regra utilizada no Brasil, ver OLIVEIRA (2001).

¹¹ Como os casos julgados pelas cortes americanas, *Appalachian Coals Inc. v. US* e *Saony-Vaccum Co. v. US*.

jetivo básico da legislação antitruste. A próxima seção trata da evolução da defesa da concorrência no Brasil.

3. A política antitruste no Brasil

Historicamente, os antecedentes da legislação da defesa da concorrência no Brasil datam de 1938, quando é baixado um Decreto-Lei que visava proteger a economia popular. Fusões e aquisições, que tivessem como objetivo impedir a concorrência, constituiriam delito. Causando muita resistência entre agentes econômicos, o Decreto-Lei foi logo revogado (SALGADO, 1992). Em 1942, um novo Decreto-Lei é baixado para criar a Comissão de Defesa Econômica (CDE), responsável por fiscalizar e administrar bens e direitos, sendo substituída, em 1945, pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que visava reprimir “atos contrários à moral e ao ordenamento econômico”, revogado, no entanto, com o fim do primeiro governo Vargas (SALGADO, 1995). Em 1951, no seu segundo governo, promulgou-se a Lei 1.521, que definia crimes contra a economia popular. Porém, em razão do enfoque demasiadamente repressivo e rigoroso, associado à lentidão no andamento dos processos, poucos casos foram efetivamente julgados.

Foi apenas em 1962 que criou-se no Brasil uma legislação antitruste, baseada na *Sherman Act* norte-americano, que nomeou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão então vinculado à Presidência da República, cuja função era a de reprimir o abuso do poder econômico. A Lei 4.137 tipificava práticas anticompetitivas e estabelecia multas a serem cobradas diante da comprovação do ilícito.

Em sua primeira fase, de 1963 a 1990, o CADE julgou 117 processos administrativos (SALGADO, 1995), não tendo nenhum, no entanto, repercussão significativa, no sentido de ter condenado ou restringido a atividade de alguma grande empresa no país, fato interessante para uma economia oligopolizada como a brasileira (FARINA, 1990). Isto pode ser explicado por três fatores: i) tradição jurídica do país em antecipar a norma ao fato; ii) legislação antitruste baseada no modelo norte-americano, que espelha os ideais do não intervencionismo; e iii) regime político autoritário e Estado regulador, produtor e coordenador da atividade econômica.

Neste contexto, foi promulgada em 1991 a Lei 8.158, que definia crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo. Esta Lei originou-se da necessidade de prover a sociedade e o governo de um instrumental adequado à regulação dos comportamentos de mercado

que reduzisse as fricções causadas pelas mudanças institucionais e econômicas. Sob esta Lei foram julgados, de fevereiro 1991 a maio de 1994, 128 processos administrativos (PA's) e 30 atos de concentração (AC's), totalizando 158 casos (SALGADO, 1995).

TABELA 1 - CASOS JULGADOS PELO CADE

| <i>JULGADOS</i> | <i>1963-1990</i> | <i>1991-1994*</i> | <i>1994**-2004</i> |
|---------------------|------------------|-------------------|--------------------|
| <i>AC's</i> | 0 | 30 | 3200 |
| <i>PA's</i> | 117 | 128 | 930 |
| <i>TOTAL</i> | 117 | 158 | 4130 |

Fonte: SALGADO (1995) e CADE. Elaboração própria.

* De janeiro a junho de 1994.

** De julho a dezembro de 1994.

Assim, desde de sua origem, a implementação da legislação antitruste brasileira enfrentou muitos obstáculos. Por isso, a questão da defesa da concorrência somente ganhou força na década de 90, quando iniciou-se um processo de liberalização econômica. Em 1994, com o Plano Real, ampliaram-se as reformas estruturais que haviam se iniciado anteriormente, tais como: o processo de abertura comercial associada às novas regras da Organização Mundial do Comércio, a partir de 1989; o processo de desregulamentação da economia com o abandono progressivo do controle de preços, a partir de 1992; a privatização das empresas estatais, a partir de 1991; e, a regulamentação contratual dos monopólios naturais que passaram a ser de propriedade privada (energia, telefonia, pedágios de estradas, ferrovias, etc.), a partir de 1995.

No âmbito dos preços, o Brasil trocou o controle pela defesa da concorrência, promulgando a Lei 8.884 de junho de 1994, que o colocou em situação muito semelhante àquela de países mais desenvolvidos em termos de legislação antitruste. Esta nova Lei, em primeiro lugar, introduziu na legislação a prevenção, passando a controlar fusões e aquisições de forma geral; e em segundo lugar, aprimorou a legislação repressiva contra o abuso econômico, notadamente a repressão a cartéis e a outras condutas anticompetitivas não abrangidas na legislação anterior; em terceiro lugar, passou a prever a inter-

venção da teoria econômica na análise antitruste; assunto que até aquele momento, era um campo exclusivo do Direito¹².

A legislação da defesa da concorrência, como conhecemos atualmente, segue as orientações da Constituição Federal (CF) de 1988, que são a manutenção da liberdade de iniciativa (art. 170, *caput*), a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do bem-estar dos consumidores (art. 170, V). A Lei 8.884/94, inspirada na experiência norte-americana e européia, consagra todas as tentativas passadas de construção de uma política antitruste. Foi dada importância à celeridade dos julgamentos e à composição técnica do Conselho. São os seguintes os aspectos da Lei que merecem destaque:

- i) controle preventivo de fusões e aquisições;
- ii) criação da figura do compromisso de desempenho;
- iii) transformação do CADE em autarquia federal;
- iv) criação da Procuradoria do CADE, que representa a entidade em juízo;
- v) estabelecimento da impossibilidade de interposição de recurso no âmbito administrativo;
- vi) tipificação como infração à ordem econômica o aumento abusivo de preços;
- vii) introdução do conceito de posição dominante; e
- viii) equiparação à categoria de empresa todas as pessoas jurídicas, nacionais ou não.

O controle de estruturas de mercado é disciplinado pelo artigo 54 da Lei 8.884/94, e estabelece um prazo de trinta dias para a manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para julgamento. Assim, o SBDC analisa preventivamente se uma concentração de empresas (fusões, aquisições, *joint venture*, etc.) pode causar efeitos nocivos à concorrência.

Os atos de concentração que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal ou vertical) têm, potencialmente, efeitos negativos

¹² Segundo OLIVEIRA & RODAS (2004) os liames entre o Direito e a Economia institucionalizaram-se mundialmente quando as faculdades de direito passaram a dar crescente peso às perspectivas econômicas e as agências antitruste governamentais começaram a contar com economistas para analisar casos. Este pensamento também está presente em KWOKA & WHITE (1994) e em MATTOS (2003).

e positivos sobre o bem-estar econômico. Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, como um aumento indiscriminado de preços, queda na qualidade dos produtos ofertados, baixa diferenciação dos produtos e redução dos investimentos em P&D, enquanto os efeitos positivos derivam de economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes e para os consumidores. A SEAE procede, então, a uma análise dos custos e dos benefícios dos atos de concentração, sugerindo a aprovação daqueles que gerarem efeitos líquidos positivos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

O controle de condutas, por sua vez, previsto pelos artigos 20 e seguintes da mesma Lei, consiste na apuração de práticas anticompetitivas de empresas que detêm poder sobre determinado mercado, como por exemplo a fixação de preços, os acordos de exclusividade e a prática de cartel. Nesses casos, a SDE promove Averiguação Preliminar ou instaura Processo Administrativo, conforme a situação. O CADE aprecia, com base nas opiniões técnicas da SDE e da SEAE, se houve ou não infração à ordem econômica. No controle de condutas, a manifestação da SEAE é facultativa.

Para a Lei 8.884/94 são consideradas infrações:

- i) Aumento abusivo de preços, definido como aumento de preços não justificado pela mudança nos custos, considerando-se ainda a comparação com mercados similares;
- ii) Abuso da posição dominante, sendo posição dominante definida como a manutenção de mais de 20% de participação no mercado relevante. Não são as empresas que detêm essa participação que são punidas, mas sim aquelas que abusam de tal poder de mercado;
- iii) Formação de cartel, envolvendo colusão de preços, restrição de oferta de produtos, cooperação entre empresas e divisão do mercado;
- iv) Venda casada;
- v) Restrições verticais, como a imposição, por parte das empresas dominantes, de restrições a seus distribuidores (como, por exemplo, contrato de exclusividade e fixação dos preços de venda);
- vi) Realização de preços predatórios, com fixação de preços mais baixos que seus custos; e, finalmente,
- vii) Atos de concentração, tais como fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, caso sejam danosos para a concorrência no mercado relevante.

Caso seja caracterizada a infração, o CADE poderá aplicar multas de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, além de outras punições, como licenciamento compulsório de patentes, cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos, dissolução de sociedades, transferências de controle acionário ou vendas de ativos.

Desde a sua promulgação, têm ocorrido outras mudanças na Lei e na forma de agirem das instituições encarregadas de aplicá-la. Em 1999 a SEAE publicou um roteiro para avaliação de atos de concentração, que deu origem ao Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontais (GUIA) em 2001 através da portaria conjunta SEAE/SDE de nº 50. Este GUIA (2001), à semelhança de guias de outras jurisdições antitruste, informa os procedimentos seguidos por ambas as secretarias quando analisam concentrações horizontais submetidas ao sistema. Outra inovação legal foi a introdução do instituto dos acordos de leniência, ou política de delação premiada, aperfeiçoando o dispositivo de repressão às práticas restritivas.

4. A atuação do CADE entre 1994 e 2004

Esta seção tem por objetivo contextualizar a atuação do CADE entre 1994 e 2004, contemplando os dez anos da Lei 8.884/94. Para tanto, farei algumas considerações sobre atos de concentração e condutas anticompetitivas em geral e sobre os casos julgados no período.

4.1. Atos de concentração

Como dito, o controle de estruturas está expresso no artigo 54 da aludida Lei, que reza que os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE. Os atos devem ser apresentados para exame previamente ou em até quinze dias úteis após a sua realização (parágrafo 4º), quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu faturamento anual for igual ou superior a R\$ 400 milhões. Esta é uma análise estrutural da concorrência, que relaciona a possibilidade de exercício de poder de mercado com o aumento da concentração, e este com a lucratividade (faturamento) da empresa objeto do ato de concentração. Ao mesmo tempo, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 54 também prevêm que aqueles atos que impliquem aumento acentuado do grau de concentração poderão ser aprovados, desde que atendam a

uma série de condições vinculadas à contestabilidade do exercício de poder de mercado e à geração de eficiências econômicas.

Por fim, para analisar atos de concentração, é necessário fazer algumas distinções sobre suas formas: fusões, aquisições e *joint ventures*. Fusão é a junção de duas ou mais empresas em uma única firma, pessoa jurídica inteiramente nova. A aquisição é a compra de participação acionária de uma dada empresa já existente, sem que isso implique necessariamente seu controle por meio da propriedade total das ações, nem o desaparecimento de sua personalidade jurídica. Por fim, *joint venture* é uma figura jurídica que contempla as associações e alianças estratégicas entre empresas com um objetivo específico, que é a realização de um projeto ou empreendimento comum. Para tanto, utilizam desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades em uma única empresa¹³.

4.2. *Condutas anticompetitivas*

As infrações à ordem econômica são definidas no artigo 20 da Lei, e consistem em atos que produzam, ou objetivem produzir os efeitos de: (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa¹⁴; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Neste último caso, presume-se a posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% ou mais do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. O artigo 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no artigo 20.

A Resolução 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações ao mesmo tempo em que explicita os passos básicos para a sua análise, na forma de um roteiro para as autoridades antitruste. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar (eficiências econômicas), recomendando a aplicação do princípio da razoabilidade. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto,

¹³ Respectivamente *joint ventures* contratuais e societárias.

¹⁴ Princípios constitucionais para a Ordem Econômica.

uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. O abuso de posição dominante também é uma prática que visa modificar a dinâmica de um determinado mercado. Em ambos os casos busca, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade (RESOLUÇÃO 20). Dentre elas destacam-se:

- i) a *formação de cartéis*, que são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo segmento e que envolvem parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços (qualquer fixação de preços), quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros para níveis mais próximos dos de monopólio;
- ii) *outros acordos entre empresas*, que são restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados para a busca de maior eficiência (produtiva/ tecnológica);
- iii) os *ilícitos de associações profissionais*, que são quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços;
- iv) a prática de *preços predatórios*, que consiste em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços de monopólio.
- v) o *abuso de posição dominante* está vinculado à capacidade potencial que uma única empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, impondo suas próprias regras, como aumentar abusivamente preços e lucros.

Por seu turno, as práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)¹⁵. Como no caso das restrições horizontais, as prá-

¹⁵ Assim, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão.

ticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios. Dentre tais práticas, destacam-se (RESOLUÇÃO 20):

- i) a *fixação dos preços de revenda*, na qual o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/ revendedores;
- ii) as *restrições territoriais e de base de clientes*, nas quais o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/ revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões;
- iii) os *acordos de exclusividade*, em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais;
- iv) a *recusa de negociação*, no qual o fornecedor ou comprador de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negocia-lo, em geral a um distribuidor/ revendedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda;
- v) a *venda casada*, ato em que o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço;
- vi) a *discriminação de preços*, na qual o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/ serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

4.3. Casos julgados

Para construir um panorama dos casos julgados pelo CADE entre os anos de 1994 e 2004, analisei todos os atos de concentração e todas as condutas anticompetitivas que deram ensejo a processos administrativos julgados pela instituição¹⁶. A base de dados utilizada foi composta pelos relatórios anuais do CADE, de 1996 a 2003, que contem todos os atos e concentração e

¹⁶ O julgamento de mérito é o filtro que permite a análise dos casos que realmente poderiam acarretar em impacto(s) no(s) mercado(s) relevante(s) em questão, gerando possível efeito econômico na sociedade.

condutas competitivas julgados no ano de referência. Os dados de 1994, 1995 e 2004 foram recolhidos na própria autarquia, ou quando possível, no seu *site* na internet. Ao todo foram 4130 casos julgados no período em questão, 3200 atos de concentração e 930 processos administrativos referentes às condutas anticompetitivas, como mostra a tabela abaixo.

TABELA 2 - CASOS JULGADOS PELO CADE ENTRE 1994 E 2004

| <i>ANO</i> | <i>PA's</i> | <i>AC's</i> | <i>TOTAL</i> |
|--------------|-------------|-------------|--------------|
| <i>1994*</i> | 26 | 21 | 47 |
| <i>1995</i> | 38 | 12 | 50 |
| <i>1996</i> | 97 | 19 | 116 |
| <i>1997</i> | 446 | 46 | 492 |
| <i>1998</i> | 90 | 144 | 234 |
| <i>1999</i> | 43 | 210 | 253 |
| <i>2000</i> | 39 | 523 | 562 |
| <i>2001</i> | 34 | 584 | 618 |
| <i>2002</i> | 35 | 518 | 553 |
| <i>2003</i> | 23 | 527 | 550 |
| <i>2004</i> | 59 | 596 | 655 |
| <i>TOTAL</i> | 930 | 3200 | 4130 |

Fonte: CADE. Elaboração própria

* de julho a dezembro de 1994

A primeira impressão que se tem ao olhar este gráfico é a discrepância entre o número de casos dos AC's sobre os PA's. Talvez a supremacia dos atos de concentração se deva à forma como eles são levados ao CADE: toda fusão, aquisição ou associação de empresas que, por pressuposto (participação de mercado acima dos 20% e/ou faturamento anual maior do que R\$ 400 milhões), possam exercer poder de mercado, têm que ser avaliadas pela autarquia. Isto não significa que o ato de concentração realmente ameace o mercado. Utilizar convenções que relacionem concentração e poder de mercado na legislação é, portanto, problemático.

Além disso, o aumento relativo de atos de concentração após 1996 também se deve à reestruturação industrial sofrida por vários setores produ-
 tivos.

vos, como o químico, o de alimentos, o farmacêutico, o de autopeças, o de serviços, entre outros, em decorrência da abertura e desregulamentação econômica. A onda de fusões e aquisições da década de 90 refletiu no Brasil ampliando a demanda sobre o sistema de defesa da concorrência. Contribuíram para tanto, também, o processo de privatização, que envolveu os setores de siderurgia, petroquímica, fertilizantes, entre outros.

Já a instauração de processos administrativos para as práticas restritivas é mais difícil, pois depende de denúncia prévia do Ministério Público, que conta com a boa vontade da comunidade para alertá-lo de eventuais condutas anticompetitivas praticadas nos mercados. Além disso, há a necessidade de uma fase instrutória, que demanda a observação do devido processo legal e geração de provas em tempo hábil, dificultando a consecução dos processos.

5. Considerações finais

A utilização pela Lei do conceito estruturalista que concentração possibilita o exercício de poder de mercado, o que inclui a relação entre concentração e lucratividade das firmas, ao estabelecer que toda fusão, aquisição ou associação de empresas que detiverem participação de mercado acima dos 20% ou faturamento anual maior do que R\$ 400 milhões têm que ser avaliadas pelo SBDC, é insustentável. Estas convenções, importadas de outras economias, podem não refletir a estrutura industrial nacional. Isto pode acarretar a instrução de uma quantidade muito maior de processos do que o realmente necessário para a consecução de uma política de defesa da concorrência.

Assim, a utilização de parâmetros legais para a instauração de processos no SBDC não relacionados à concentração, ou, no mínimo, não transpondo convenções utilizadas por outras legislações, reduziria o número de processos enviados ao SBDC, possibilitando que somente os casos tidos como realmente relevantes fossem analisados. O que eu proponho aqui é alterar procedimentos visando uma aplicação mais efetiva da defesa da concorrência. Seria a extinção de qualquer análise dos casos considerados mais simples e não danosos à concorrência, que hoje seguem o rito sumário, mas que ainda demandam, mesmo que de forma simplificada, esforços do SBDC.

Referências bibliográficas

BAIN, J. *Barriers to New Competition*. Cambridge (Mass): Harvard University Press. 1956.

- BORK, R. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books. 1978.
- CARLTON, D., PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*. Reading (Mass.): Addison-Wesley. 3^o ed. 2000.
- CHANDLER, JR. *The Visible Hand – The Managerial Revolution in American Business*. London: The Belhnap Press of Harvard University Press. 1977.
- CHANDLER, JR. *Scale and Scope: The Dinamics of Industrial Capitalism*. Harvard: Belhnap. 1990.
- FARINA, E. *Política Antitruste: a Experiência Brasileira*. Anais do XVIII Encontro Nacional de Economia. Brasília, ANPEC, dezembro. 1990.
- FARINA, E. *Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação*. Revista do IBRAC, vol. 3, número 8. 1996.
- FIRST, H., FOX, E.M. & PITOFISKI, R. (Ed.). *Revitalizing Antitrust In Its Second Century*. Quorum Books. 1991.
- FORGIONI, P. *Os fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.
- GEROSKI, P. *Competition Policy and the Structure-Performance Paradigm*. In: DAVIES, S.; LYONS, B. (eds.). *Economics of Industrial Organization*. Surveys in Economics. London: Longman. 1988.
- GUIA PARA ANÁLISE ECONOMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL. Ministérios da Fazenda e da Justiça Brasileiros. 2001.
- HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES. U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. 1997.
- HOVENKAMP, H. *Antitrust*. St. Paul (Minn): West Publ. Co., 2^aed. 1994.
- MASON, E. Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise. *American Economic Review*, vol.29, march. 1939.
- OECD. *Industrial Policy in OECD Countries*. 1992.
- OLIVEIRA, G. *Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Editora Saraiva. 2001.
- OLIVEIRA, G., RODAS, J. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Editora Renovar. 2004.
- POSNER, R. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. University of Chicago Press. 1976.
- POSSAS, M. L. *Estruturas de Mercado em Oligopólio*. São Paulo: Hucitec. 1985.
- POSSAS, M.L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. *Política Antitruste: um Enfoque*

Schumpeteriano. Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, dezembro. 1995.

RESOLUÇÃO Nº 20. CADE. 1999

SALGADO, L.H. *As Políticas de Concorrência (ou Antitruste): um Panorama da Experiência Mundial e sua Atualidade para o Brasil*. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n 264. 1992.

SALGADO, L.H. *Política da Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil*. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n 385. 1995.

SALGADO, L.H. *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Editora Singular. 1997.

SCHERER, F., ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: H. Mifflin. 1990.

TIROLE, J. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge (Mass.): MIT Press. 1988.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. D.C. Heath and Company. 1995.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

*Marco Aurélio Serau Junior**

Sumário. 1. Introdução. 2. Os princípios constitucionais da ordem econômica. 3. A globalização e o novo paradigma constitucional. 4. A globalização e os princípios constitucionais da ordem econômica. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O fenômeno da globalização mudou os paradigmas jurídicos tradicionais. De fato, ninguém mais pode pensar o fenômeno jurídico sem considerar as profundas transformações trazidas pelo movimento de internacionalização econômica. André-Jean Arnaud acentua que “a globalização ameaça recolocar em questão, de uma forma bastante radical, a regulação jurídica do tipo clássico. Esta última era até aqui o apanágio dos Estados soberanos, quer seja nos limites de seu território, quer nos laços que eles mantêm com outras nações (1999, p. 18)”.

Oscar Vilhena Vieira observa o mesmo fenômeno: “As conseqüências desse processo de integração para as democracias constitucionais contemporâneas ainda não são de todo conhecidas, mas as primeiras impressões nos levam a constatar uma forte erosão da capacidade decisória dos Estados-nações, especialmente os periféricos. A força dos conglomerados transnacionais, o surgimento de esferas de decisão política e econômica em torno das diversas pessoas jurídicas de direito internacional público, grupos de Estados ligados por interesses comuns e consórcios regionais, além da hegemonia do pensamento econômico liberal, vêm esvaziando as democracias e conseqüentemente retirando poder dos seus cidadãos (2002, p. 450)”¹.

* Especialista em Direito Constitucional (ESDC) e em Direitos Humanos (USP). Chefe de Gabinete da Desembargadora Federal Suzana Camargo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região-SP.

¹ Quanto à internacionalização da produção econômica, veja-se a vanguarda da exortação de Themístocles Brandão Cavalcanti, formulada ainda na vigência da Constituição anterior: “o problema econômico também sofreu as conseqüências de todo esse mecanismo. Além

Porém, o que se verifica na literatura jurídica é que a mudança de paradigmas implicou na aceitação *acrítica* dos postulados veiculados pela globalização. Eis a advertência de Eros Roberto Grau: “a unanimidade nacional a propósito da excelência do *neoliberalismo* e da *globalização da economia* basta, no mínimo, para que ambos sejam colocados sob suspeição, já que – como, em algum momento, disse Nelson Rodrigues – *toda unanimidade é burra* (2001, p. 37)”.

Todavia, embora as bases do ordenamento jurídico já não sejam as mesmas, pouco ou nenhum esforço se fez quanto à preservação de alguns institutos tradicionais ou certos princípios e padrões jurídicos.

2. Os princípios constitucionais da ordem econômica

Antes de passarmos a analisar os princípios constitucionais da ordem econômica, vale a pena sublinhar, com André de Laubadère, que “*tout système économique a nécessairement une formulation juridique: son organisation et son fonctionnement dépendent de normes juridiques. Comme base du système juridique, la Constitution est nécessairement la base du système économique* (1983, p. 94)”.

Partindo desse pressuposto de que a Constituição é a base do sistema econômico, verifica-se que a Constituição de 1988 define “um modelo econômico de bem-estar”, modelo este que se encontra “desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170 (Grau, 2001, p. 37)”.

Assim, na ânsia de realizar esse modelo econômico calcado na idéia do *Welfare State*, vemos que o artigo 170 da Carta Magna impõe que a ordem econômica deve observar, dentre outros, os seguintes princípios: soberania nacional; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País (incisos, respectivamente, I, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX²).

disso, os problemas econômicos já ultrapassaram os limites nacionais, já são problemas internacionais. Nenhum país pode-se isolar dentro dos princípios de sua economia; não há economia interna isolada; as economias são, evidentemente, internacionais (1977, p. 246)”.

² Anteriormente à Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.1995, o texto do inciso IX previa o “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

Ademais, o parágrafo único ressalva que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”.

E todos estes princípios são elencados para que a ordem econômica possa realizar seus princípios maiores: a realização da justiça social e da dignidade humana, sempre com fundamento na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 “dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e pessoais* e a *busca do pleno emprego* – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de *humanizar-se* (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos (2002, p. 766)”.

Ademais, ressalta o mesmo professor que “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (Silva, 2002, p. 765)”.

Themistocles Brandão Cavalcanti, por sua vez, define o princípio fundamental da justiça social como “bem comum - justa distribuição dos benefícios decorrentes da atividade econômica para atender à coletividade fora da exploração, dos privilégios, da dominação do homem pelo homem (1977, p. 256)”.

A justiça social e os demais princípios constitucionais da ordem econômica, a despeito de se constituírem como *princípios*, não se descaracterizam, todavia, como *normas constitucionais*, dotadas de juridicidade, portanto, e que devem ser concretizadas, quer dizer, tornadas reais, plenamente eficazes em termos sociais.

Com efeito, existem atuações estatais *negativas*, que correspondem às liberdades clássicas, as quais constituem o cerne do constitucionalismo clássico: o Estado deve deixar de fazer, preservando os direitos dos cidadãos. Entretanto, há outros direitos fundamentais dos cidadãos que demandam uma prestação positiva por parte do Estado. É o que ensina Léon Duguit: “il est incontestable que, dans le conceptions modernes, la subordination de l’Etat au droit entraîne d’autres conséquences. Non seulement il y a des choses que l’Etat ne peut pas mais encore il y a des choses que l’Etat est *obligé* de faire; il y a des obligations positives qui s’imposent à lui; il y a des lois qu’il est *obligé* de faire (1930, p. 674-675)”.

O Estado não é mais visto como óbice à evolução do sistema produtivo. Ao revés, a parceria com o Estado é buscada e desejada pela sociedade civil, ansiosa por participar da vida econômica. Segundo Dalmo Dallari, “observa-se que os modernos processos de organização, produção, divulgação, venda e distribuição não ficam mais na dependência de mecanismos espontâneos de oferta e procura, nem decorrem de iniciativas idealistas que assumem todos os riscos. Em lugar disso, apóiam-se em pessoal técnico altamente especializado, que, na sua quase-totalidade, têm a sua formação financiada ou mesmo custeada pelo Estado”. Ademais, “desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela (2003, p. 281)”.

André Ramos Tavares posiciona-se em termos equivalentes: “A intervenção do Estado é, pois, compreendida, no momento presente, como uma necessidade no estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária, objetivo maior do Direito. Dessa forma, mesmo onde há arraigada e forte tradição liberal reconhece-se a possibilidade de atuação do Estado na economia, seja no desempenho de determinadas atividades (intervenção propriamente dita), seja na regulação e fiscalização da atuação da iniciativa privada (intervenção indireta) (2003, p. 67)”.

Themistocles Brandão Cavalcanti já proclamava, há muito, que “o Estado exerce hoje atividade normal no terreno da economia, assumindo deveres e obrigações antes vedados à sua interferência e considerados abusivos e contrários aos interesses privados (1977, p. 248)”. Ademais, “a chamada intervenção do Estado não constitui nenhum procedimento revolucionário, senão processo normal da vida democrática, desde que sejam respeitados os princípios fundamentais da Constituição, especialmente os direitos de propriedade, em todas as suas manifestações (Cavalcanti, 1977, p. 254)”.

Nestes termos, é oportuno atentar para o ensinamento de Konrad Hesse, que afirma que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (...). Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”.

E prossegue: “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também da sua *práxis*.

De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 19-21).

A concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica acima enumerados, o que corresponde à concretização da própria *Constituição material*, portanto, depende de atuação *positiva* do ente estatal. Não ocorre por si só, como sói acontecer com algumas normas constitucionais, mas implementa-se apenas através da prestação positiva do Estado.

Nestes termos, para o Estado, na visão de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a Constituição consagra uma perspectiva ativa e não passiva (...). Não se trata de uma instituição que atua apenas se provocada, mas que tem um papel próprio na cena econômica: não é público ouvinte, é ator e diretor. É ator quando atua empresarialmente (art. 173). É diretor quando impõe normas de delimitação e regula (1989, p. 48)”. Outrossim, nos termos do artigo 174, da Constituição Federal, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.

E a atividade de fiscalização da Economia, “no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas (...) hão de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica” (Grau, 2001, p. 317).

A concretização da Constituição Econômica, nos termos já assinalados, não ocorre de qualquer maneira. Canotilho, ao explicar como se dá seu funcionamento, leciona que: “A Constituição, ao impor aos órgãos do Estado a criação de pressupostos materiais para a realização da democracia social e econômica, atribuiu também ao Estado *funções de Estado de terceira ordem*. Isto significa que o quadro das funções do Estado não se reduz à manutenção da segurança interna e externa à manutenção de uma ordem-quadro para o exercício de liberdade política e econômica (funções de Estado de primeira ordem). As funções de Estado não se reconduzem também a uma política de ‘intervenção’ e ‘estímulo’ com o fim de criar instrumentos de ‘integração’ necessários à organização capitalista da economia (funções de Estado de segunda ordem). Avançou-se para funções de Estado de terceira ordem que pressupõem intervenções qualitativas na ordem econômica existente. Estas intervenções não se limitam a uma função de *direcção* (*Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht*) ou de ‘coordenação’ de uma ‘economia de mercado’. São instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (2001, p. 339).”

Ademais, o âmbito de liberdade da atuação estatal “aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador é uma *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética ‘neutralidade económica’ da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar (Canotilho, 2001, p. 340)”.

Em outras palavras, a Constituição Económica constitui *limite e impulso* para o Poder Público. Como *limite*, estabelece a impossibilidade de execução de políticas económicas distintas daquelas impostas pela Constituição. Como *impulso*, por sua vez, exige positivamente do Estado que *desenvolva* políticas económicas em conformidade com os preceitos constitucionais (Canotilho, 2001, p. 340).

Por outro lado, quanto a esta idéia dos princípios constitucionais económicos como *impulso* necessário da atuação estatal, Jorge Miranda afirma que a primeira regra específica a respeito dos direitos económicos é que estes se prendem com a noção de *promoção*, quer dizer, é *tarefa* do Estado realizá-los: “Como se sabe, *tarefas* equivalem a fins do Estado manifestados em certo tempo histórico, em certa situação político-constitucional, em certo regime, em certa Constituição em sentido material (2000, p. 385-386)”³.

3. A globalização e o novo paradigma constitucional

Uma vez examinados os princípios constitucionais da ordem económica, bem como as conseqüências em relação à atuação estatal daí decorrentes, necessária a análise da sua situação e da possibilidade de sua efetivação no contexto da Economia globalizada.

Pois bem. O Consenso de Washington, um dos elementos caracterizadores ou constituintes da globalização, representou o veículo difusor do ideário neoliberal no mundo. Elaborado como um receituário para combater a crise económica em que estavam envolvidos os países latino-americanos na década de 80, propunha como remédios para a superação desses problemas a “liberalização do comércio, na privatização das empresas estatais, na estabilização da moeda e no equilíbrio das contas públicas (Lewandowski,

³ Sob outro aspecto que também importa mencionar, os princípios constitucionais da ordem económica devem ser defendidos e preservados pelo fato de que são expressão da democracia económica, a qual é manifestação direta, por sua vez, da democracia política (Laubadère, 1983, p. 235).

2002, p. 83)”⁴. Ademais, no “plano microeconômico, preconizava-se a desregulação dos mercados, especialmente o financeiro, e a flexibilização das obrigações trabalhistas para incrementar a competitividade internacional das empresas (Lewandowski, 2002, p. 84)”.

Com efeito, como anota Oscar Vieira, “a onda neoliberal pegou o constitucionalismo brasileiro no contrapé. Se os anos do pós-Segunda Guerra foram de confiança nos Estados, quanto a mecanismos de propulsão e intervenção na economia, assim como de construção de uma rede de seguridade social, a partir dos anos 80 esse consenso passa a ser substituído por uma profunda desconfiança na capacidade dos Estados nacionais, enquanto agentes econômicos e sociais. A ação dos Estados é vista ainda como bloqueio ao livre desenvolvimento das forças do mercado, que gera a ineficiência e coloca esses mercados em desvantagem face à competitividade do sistema internacional. Mais do que isso, argumenta-se, o Estado intervencionista tende a gerar desequilíbrio fiscal, agravado, nos países em desenvolvimento, pela contração de enormes empréstimos internacionais, destinados a saldar este débito (2002, p. 469-470)”.

Neste contexto, um novo paradigma econômico-constitucional eclodiu e foi adotado pelo Estado Brasileiro⁵. Determina este que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos, com o objetivo de ga-

⁴ A aplicação do termo *Consenso* não possui muito cabimento, visto que de *consenso*, no sentido de acordo recíproco de vontades, não se tratou. Muito mais correto seria pensar-se em imposição, pois “os países emergentes, de um modo geral, passaram a adotar essas políticas, seja por imposição dos credores para a renegociação das respectivas dívidas externas, seja como condição para a obtenção de novos empréstimos. (...) Em outras palavras, os pleitos financeiros somente eram atendidos se o país interessado demonstrasse que equilibrou as contas públicas, estabilizou a moeda, abriu o comércio e desregulou os mercados (Lewandowski, 2002, p. 84).

⁵ A título de contraponto, destaco que Raul Machado Horta, já em 1988, alertava para o engessamento que as normas constitucionais relativas à ordem econômica poderiam proporcionar à atividade produtiva no país: “O volume considerável de normas econômicas na Constituição poderá acarretar a conseqüente rigidez da atividade econômica do País, com a perda da plasticidade que é necessária ao crescimento e às negociações econômicas nos planos interno e externo, considerando, sobretudo, a crescente comunicação entre as economias nacionais, ora caminhando no rumo de comunidades supra-estatais, não só no âmbito das economias desenvolvidas, mas, também, na área de economias em desenvolvimento, como a latino-americana. O constituinte afastou-se do modelo plástico, que se formulou na Constituição da Espanha de 1978, e preferiu o modelo rígido e ortodoxo, que conduz ao dirigismo econômico (1990, p. 390-391)”.

rantir a melhoria na qualidade e oportunidade de sua fruição, destituindo os monopólios das empresas estatais, através do processo de *privatização*.

Concomitantemente ao processo de *privatização*, e ainda dentro do contexto do Consenso de Washington, ocorreu o fenômeno da *liberalização dos mercados nacionais* – os dois elementos que podem ser considerados como os pontos-chave da economia globalizada, aos quais o ordenamento jurídico nacional deve procurar conformar-se.

Em nosso país, esse processo de conformação ocorreu principalmente durante o segundo ciclo de Emendas Constitucionais (Emendas de números 05 a 10, todas promulgadas no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso). Este ciclo de Emendas, ademais, fez o país, segundo Paulo Bonavides, mergulhar fundo num projeto neoliberal para a ordem econômica, de caráter privatista e desnacionalizador: “atente-se, por exemplo, em regras novas sobre abertura da economia, queda de monopólios estatais, definição de empresa brasileira, sistema financeiro (2003, p. 659-660)”.

Tome-se como exemplo o fato de que a Emenda nº 06\95 modificou o inciso IX do artigo 170 da Constituição, suprimindo o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, o qual é reservado, a partir de então, a quaisquer empresas de pequeno porte, desde que constituídas sob leis brasileiras e com sede e administração no Brasil (Bonavides, 2003, p. 661).

A justificativa governamental utilizada para legitimar o processo de *liberalização-privatização* da economia - melhora das condições sócio-econômicas –, resta clara na exposição de Luiz Carlos Mendonça de Barros: “vivemos uma transformação histórica que nos dá, neste momento, condições para, no processo de reestruturação do Estado, separar de maneira muito clara o Estado produtor de bens e serviços do Estado regulador e, portanto, defensor do cidadão. Nós entendemos que o Estado brasileiro tem hoje a função muito especial de assegurar o fornecimento de bons serviços aos cidadãos – função esta que nada mais tem a ver com a produção de bens e serviços. Temos um Estado (...) voltado para ação social em favor dos segmentos da nossa sociedade que ainda vivem em condições abaixo da linha de preservação de sua cidadania (1998, p. 02)”.

A argumentação também seguia no sentido de que uma maior liberdade de concorrência, considerando o ingresso dos investidores externos, traria maiores benefícios sociais à população, dado que “o esgotamento do modelo derivou do fato de que, sem a liderança estatal, mas com a permanência de um protecionismo exacerbado (ausência de competição real e\ou potencial

para as empresas aqui instaladas) e com o fechamento econômico dele decorrente (...), houve um estreitamento do horizonte de cálculo dos empresários, que acabou comprometendo os elementos dinâmicos responsáveis pela concorrência dos surtos expansivos característicos da fase clássica da substituição de importações (Bier, 1998, p. 09)”.

Entretanto, a idéia de que a abertura comercial seria saudável para nossa Economia foi arduamente defendida pelos Governos anteriores, de que fazem exemplo as palavras de Amaury G. Bier: “a maior abertura comercial tenderá a reforçar os impactos dinâmicos positivos (com o realargamento do horizonte de cálculo dos empresários)” ao lado da concomitante abertura de uma nova frente de expansão para o setor privado na economia (fruto da transferência de atividades produtivas estranguladas do setor estatal).

E prossegue o autor: “Por sua vez, a maior abertura financeira permite o financiamento transitório do aumento do investimento sobre a poupança doméstica, viabilizando, além disso, a transferência de tecnologia decisiva para a transformação estrutural da economia no tempo (1998, p. 10)”.

A pretensão liberalizante era a de que, para tornar mais saudável o sistema econômico brasileiro, propiciando, ademais, desenvolvimento econômico e progresso social, em alegada consonância com os ditames constitucionais, seria necessária a liberalização e desregulação econômica, acompanhada do movimento de privatização.

Em termos reais, porém, isso significou jogar Davi frente a Golias. Nós conhecemos, e os resultados sociais dessa escolha são verificados até hoje, os pontos negativos da opção feita pelo Estado, posto que desmantelou boa parte do setor produtivo brasileiro, então despreparado para a agressiva concorrência estrangeira.

É o que nos coloca Oscar Vilhena Vieira: “Todas essas reformas têm sido feitas sob o argumento de que é necessário buscar adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização. Porém não é segredo que decorrem fundamentalmente da imposição das economias centrais, das agências intergovernamentais de financiamento, como o FMI e o Banco Mundial, e das empresas de caráter transnacional. De acordo com a retórica da globalização, o capital internacional só irá se interessar por investir num determinado território se houver um conjunto de condições adequadas, que vão no sentido da desregulamentação, da flexibilidade da legislação social, da ampla liberdade de movimentação de capital, previsibilidade e minimização dos custos fiscais e da estabilidade monetária, que por sua vez exige redução dos gastos públicos e equilíbrio fiscal. Essa a cartilha. Como no Brasil muitas dessas questões encontram-se na Constituição, essa a direção das

reformas. Poucos, porém, foram os benefícios palpáveis, visto que uma grande parte do que resultou das privatizações foi consumida com o custo dos juros, juros esses insuflados para seduzir capitais, financiar a dívida interna e manter o equilíbrio da moeda (2002, p. 473-474)”.

As Reformas Constitucionais na parte econômica, ao que resta claro numa primeira leitura, procuraram inverter o conteúdo da Constituição Econômica, o que na visão de muitos seria inviável ou indevido, barrado mesmo pelas cláusulas pétreas, posto que amarrado pelo constituinte originário. Ademais, e conforme já apresentado, seus resultados não tiveram totalmente, conforme expusemos, os efeitos anunciados.

Sob outro aspecto, e resgatando a idéia de mudança de paradigma, a contrapartida dessa tomada de posição quanto aos determinantes constitucionais econômicos implica que, deixando de prestar alguns serviços diretamente, bem como liberalizando suas fronteiras econômicas, o Estado se compromete a regulá-los e fiscalizá-los, principalmente para assegurar os postulados da Constituição Econômica.

Surge, portanto, a figura do *Estado Regulador*, o qual fica explícito nas palavras de Canotilho: “A *liberalização* e a *privatização* dos serviços económicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência de regras públicas. Pelo contrário, os *sistemas ou redes de infraestruturas* indispensáveis à gestão dos serviços de interesse económico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo a Comunidade Europeia) assentes em formas mistas de estruturas regulativas, nas quais a *autoregulação privada* e a *intervenção pública regulativa* se combinam e ganham eficácia (2001, p. 346)”.

Fernando Herren Aguillar, no mesmo sentido, afirma que: “O fenómeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizador das atividades econômicas. De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador” (1999, p. 274-275)⁶.

⁶No campo dos segmentos econômicos privatizados, o instrumento jurídico “criado” após a quebra dos monopólios estatais para essa função de regulação e fiscalização destes setores econômicos, oriundo do direito norte-americano, consiste na idéia de *agência*. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, as agências podem ser de dois tipos. O primeiro consistiria naquelas que exercem, com base em lei, poder de polícia. O segundo, que mais nos interessa, seria o das “que regulam e controlam as atividades

Contudo, embora a concepção econômico-constitucional tenha sido alterada, os princípios da ordem econômica estatuídos pelo constituinte não se alteraram de forma alguma; ao revés, ganharam posição ainda mais destacada, posto que mudou a *forma* de atuação estatal, mas não seus *objetivos e conteúdo*. Eros Roberto Grau, neste sentido, afirma que “a ‘reforma constitucional’ operada a partir de 1994, inicialmente como ‘revisão’, não comprometeu as linhas básicas da *ordem econômica na Constituição* de 1988” (2001, p. 211)⁷.

4. A globalização e os princípios constitucionais da ordem econômica

Uma vez vistos um breve panorama da ordem econômica constitucional, bem como suas qualidades e implicações, principalmente em relação à atuação do Estado, mister se faz o exame da sua situação face o fenômeno da globalização, objeto do presente trabalho.

Inicialmente, porém, necessário nos atentarmos para o alerta de Jorge Miranda: “a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à orga-

que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.)”. Ainda segundo a autora, “as segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177” (2002, p. 403).

⁷ A fim de assegurar o necessário contraponto acadêmico às idéias defendidas no presente artigo, trago à colação o magistério de André Ramos Tavares e Celso Bastos: “Há, pois, duas ordens de normas constitucionais que estão a merecer uma maior atenção na atualidade. Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis. As primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais (2000, p. 58)”.

nização económica. Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos (2000, p. 392)⁸.

No mesmo sentido a lição de Pinto Ferreira: “As constituições não se apresentam como formas puramente espirituais, esculpturadas pela razão pura tais quais obras da imaginação, esfumando-se no céu multicolor do pensamento teórico. Ao contrário, se bosquejam como um traslado, um decalque ou um reflexo do meio social, económico, histórico e cultural (1951, p. 47)”.

O analisar da Constituição Económica “não pode bastar-se, portanto, com ser uma investigação jurídico-formal. Exige-se uma consideração da realidade económica e das suas estruturas, da sua evolução e da sua dinâmica própria como indispensável à própria compreensão do direito, do seu próprio movimento, da sua verdadeira função de regulador de relações sociais, enfim, da sua verdadeira autonomia. Se é certo que o raciocínio sobre puras categorias intelectuais leva a esquecer a realidade, o objecto da constituição económica apresenta-se como manifestamente inadequado para exercícios de precisão conceitual quando não pressuponha essa realidade (Moreira, 1979, p. 15)”.

Com efeito, ainda que nossa Constituição albergue preceitos quanto à ordem económica, o que se verifica é que o Estado, obrigado a concretizá-los, pouco ou nada pode fazer – sequer como Estado Regulador –, impossibilitado ou ao menos debilitado que se encontra face o fenómeno da globalização económica⁹.

⁸ Neste sentido a lição de José Afonso da Silva: “Reconhecemos valor ao conceito de constituição económica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem económica é que definem a estrutura de determinado sistema económico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) *constitua* a realidade material (constituição material: infra-estrutura) (2002, p. 767)”.

⁹ Vale ressaltar, a título de contra-argumento à tese ora exposta, as palavras de Celso Bastos e André Ramos Tavares: “A soberania absoluta, na verdade, nunca existiu. Um Estado sempre teve que se limitar a situações políticas, geográficas, económicas que sua realidade impunha. Mas, pelo menos, a sua não-vinculação direta a tratados internacionais, bem como a inexistência de organismos internacionais na época davam ao Estado esse papel formal de ser a fonte mais alta geradora do direito. Na verdade, isso já ocorria antes mesmo da queda do império soviético. Estamos a assistir no curso do século XX a uma gradativa implantação de organizações que desempenham um papel que, se por hora ainda não é transcendental, pelo menos denota uma predisposição significativa para chegar à administração do mundo. Muitas áreas de atuação dos países (...) não seriam possíveis de serem realizadas a partir de atividades isoladas dos Estados. Temos, portanto, integrações económicas que também são formas de mútua ajuda. Há que se falar ainda na Organização Mundial do Comércio (OMC), no Fundo Monetário Interna

Não é por outra razão que José Eduardo Faria afirma que “o Estado já não consegue mais regular a sociedade e gerir a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais e de suas soluções homogêneas ou padronizadoras (2002, p. 79)”.

E explica o autor: “Com as intrincadas tramas e os densos entrelaçamentos promovidos pelos diferentes setores sócio-econômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados, além do advento de matérias e situações novas e não padronizáveis pelos paradigmas jurídicos vigentes, o alcance do direito positivo tende a ser cada vez mais reduzido e a eficácia de suas normas ficar cada vez mais limitada (Faria, 2002, p. 79)”. De fato, o Estado atualmente encontra-se “sem condições de assegurar uma eficaz regulação direta e uma intervenção centralizadora das situações sociais e das atividades econômicas, pressionado por crises fiscais sucessivas e com sua ação comprometida pela ineficiência e pelas disfuncionalidades das estruturas públicas (Faria, 2002, p. 80)”.

Sintetizando esse pensamento, em outra passagem, conclui Faria que uma das tendências da atual arquitetura do Direito é justamente a progressiva redução do grau de imperatividade do direito positivo: “Com os programas de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização e com a superposição de novas esferas de poder, muitas de suas normas já não mais se destacam por seu *enforcement* – ou seja, por sua capacidade de atuar como um comando inconstatado. Ao contrário, elas se caracterizam, justamente, por seu baixo grau de coercibilidade (2002, p. 91)”.

No mesmo sentido a colocação de André-Jean Arnaud: “O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, como exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos (...), a jurisdicção crescente da normalização técnica (1999, p. 157)”. Com efeito, “as economias nacionais se tornam cada vez mais sensíveis aos acontecimentos e às políticas (públicas) surgidas no exterior, ou que escapam ao controle dos governos. Os Estados se encontram diante de um desafio: governar em matéria econômica quando não são os donos do mercado mundial (Arnaud, 1999, p. 162-163)”.

cional (FMI) e outras entidades ‘transcendentais’ a que todo país deve estar ligado, sob pena de desvincular-se e ficar alheio por completo ao mundo, o que já agora é um absoluto *non sense*. Dessa maneira, o Estado perde a capacidade de regular toda a atividade e todos os comportamentos sociais desenvolvidos em seu território. De fato, vê-se obrigado a levar em consideração o mercado internacional para saber sobre qual assunto poderá legislar e se essa legislação será eficaz (2000, p. 106-107)”.

E este mesmo autor, em outro momento: “As companhias multinacionais, transformadas em agentes centrais da globalização das relações econômicas, escapam largamente à regulação tanto nacional quanto internacional. O direito estatal, que tem sempre, em princípio, o monopólio do direito, surge como uma estrutura cada vez mais ausente quando se trata de relações jurídicas de fato, que se fazem cada vez mais à margem do direito estatal (Arnaud, 1999, p. 166)”.

A respeito da regulação de mercados e economia, Lewandowki afirma que “com a globalização, todavia, essa tarefa tornou-se cada vez mais complexa e menos eficaz. Isso porque, na economia global, não só os bens e serviços transitam com crescente desembaraço por entre as fronteiras nacionais, como também os capitais circulam livremente, fluindo para onde são melhor remunerados. E não é só isso: os mercados financeiros estão hoje de tal maneira interligados que influenciam reciprocamente as taxas de juros, os valores do câmbio e o preço das ações (...). Contra esse fluxo e refluxo de capitais, os Estados isoladamente pouco ou nada podem empreender (2002, p. 89)¹⁰”.

De fato, conforme a síntese que esse autor elabora, “o Estado não consegue mais controlar de forma satisfatória a repercussão doméstica das variáveis econômicas geradas externamente. Em outras palavras, o poder de autodeterminação das comunidades políticas organizadas em Estados passou a ser cerceado pelo poder dos agentes econômicos transnacionais, com o que ficou abalada a própria legitimidade dos governantes (Lewandowski, 2002, p. 311)”.

Ainda quanto a isso, a mensagem de Peter Drucker, para quem “o controle sobre o dinheiro estava no centro daquilo que veio a ser chamado de ‘soberania’. Mas o dinheiro escapou ao controle e tornou-se transnacional. Ele não pode mais ser controlado por estados nacionais, nem mesmo através de ações conjuntas. Nenhum banco central controla mais os fluxos de dinheiro. Ele pode tentar influenciá-los elevando ou baixando as taxas de juros. Mas no fluxo de dinheiro, os fatores políticos estão ficando tão importantes quanto as taxas de juros. A quantidade de dinheiro que está fora do controle de qualquer banco central, isto é, o dinheiro negociado todos os dias nos mercados transnacionais (...), excede em tanto as necessidades de financiamento de transações nacio-

¹⁰ Complementando o que já se disse, de se mencionar que “a chamada ‘interdependência’ dos mercados de câmbio, juros e dívida pública e as políticas de ajuste do FMI, em seu conjunto, liquidaram qualquer possibilidade, dos países em desenvolvimento, periféricos ou subdesenvolvidos, de terem condições de implementar políticas monetárias, fiscais e de crédito autônomas (Lewandowski, 2002, p. 92)”.

nais e internacionais que os fluxos escapam a qualquer tentativa de controle, limitação ou gerenciamento (1997, p. 104-105)”.

Adicionando mais um nome a essa lista de pensadores que atestam a incapacidade estatal de gerir a Economia no contexto da globalização, temos a tese de Viviane Forrester: “O que se pode medir hoje é a amplitude da progressão das potências privadas, devida em grande parte à expansão das prodigiosas redes de comunicação, de intercâmbios instantâneos, aos fatores de ubiqüidade que daí decorrem e dos quais elas foram as primeiras a dispor, as primeiras a explorar, abolindo assim as distâncias e o tempo (...) em seu próprio proveito (...). Sem se preocupar muito com Estados, geralmente tão desprovidos em comparação a elas, entravados, controlados, contestados, colocados na berlinda, enquanto elas avançam, mais livres, mais motivadas, mais móveis, infinitamente mais influentes que estes (...). Elas estão acima das instâncias políticas e não levam em conta nenhuma ética, nenhum sentimento (...). Essas redes econômicas privadas, transnacionais, dominam então cada vez mais os poderes estatais; muito longe de ser controladas por eles, são elas que os controlam e formam, em suma, uma espécie de nação que, fora de qualquer território, de qualquer instituição governamental, comanda cada vez mais as instituições dos diversos países, suas políticas, geralmente por meio de organizações consideráveis, como o Banco Mundial, o FMI ou a OCDE (1997, p. 29-30)”.

Este contexto advindo da mundialização levou o economista Kenichi Ohmae a pronunciar as seguintes palavras, decerto inquietantes: “A verdade perturbadora é que, em termos de economia global, os Estados-nações tornaram-se pouco mais que atores coadjuvantes. Originalmente, em sua fase mercantilista, eles podem ter sido mecanismos independentes e terrivelmente eficientes da geração de riquezas. Mais recentemente, porém, com a economia sob o domínio mortal da lógica da política eleitoral, tornaram-se mecanismos notadamente ineficientes de distribuição de riquezas (1996, p. 06)”.

E este prossegue com sua terrível advertência: “Portanto, em questões de economia política (...) o Estado-nação tornou-se rapidamente uma unidade antinatural, até disfuncional, em termos da qual pensar ou organizar a atividade econômica. Como a criação de um estágio bem anterior da história industrial, ele carece da vontade, do incentivo, da credibilidade, das ferramentas e da base política para desempenhar um papel eficaz numa economia realmente sem fronteiras (Ohmae, 1996, p. 36)”.

Engrossando o coro dos que suscitam a falência do Estado face a globalização econômica encontramos Celso Campilongo, para quem “a globalização impõe ao direito o tratamento jurídico de matérias não rotinizadas

e muito específicas”, sendo que “essa fragmentação normativa diminui a capacidade do Estado-nação fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos (2000, p. 153)”.

Não é diversa a posição de Octavio Ianni: “A globalização da economia capitalista, compreendendo a formação de centros decisórios extra e supranacionais, debilita ou mesmo anula possibilidades de estratégias nacionais. Nesse contexto, não há desconexão possível, em termos de soluções nacionais, autárquicas, soberanas. Toda e qualquer tentativa de autonomização, afirmação de soberania, realização de projeto nacional (...) está sujeita às determinações globais, que adquirem preeminência crescente sobre as nacionais. Pos isso o movimento anti-sistêmico, ou a desconexão, seja qual for o projeto político, econômico ou social, revela-se difícil ou propriamente impossível (1997, p. 103-104)”.

O ordenamento jurídico, inclusive as normas constitucionais, não se expressa, à luz da globalização, mais do que sob a forma de um conjunto de princípios, recomendações, códigos de conduta ou meras diretivas (Faria, 2002, p. 92). Muito difícil, portanto, fica para o Estado desenvolver suas políticas econômicas num contexto como o ora apresentado, pois “as empresas transnacionais buscam, atualmente, as vantagens competitivas de escala no nível da corporação mundial e não na lógica de produção de cada fábrica ou país. Os objetivos a serem por elas atingidos são complexos e muitas vezes contraditórios (Dupas, 1999, p. 61)”.

Conclusão

Após todo o panorama exposto (a respeito das obrigações estatais quanto à ordem econômica e das impossibilidades de concreção da mesma, advindas da globalização), bem como cotejando a pretensão do presente trabalho - investigação crítica da ordem econômica no contexto da mundialização -, não se pode ficar impassível diante da afirmação de Kenichi Ohmae: “No atual mundo sem fronteiras, a lição para os governos centrais é clara: apegar-se por muito tempo ao controle econômico acaba tornando-o inútil. Os ônus aumentam, e quem arcará com eles será o próprio governo. Porém, se este abrir mão rapidamente desse controle, ou melhor, transmutá-lo em uma ou em outra forma de catálise, a economia global virá correndo ajudar (1996, p. 137)”.

É que, conforme se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, os paradigmas jurídicos foram sumamente modificados, mas a economia global não veio em nosso socorro. Questiona-se se houve benefício concreto à popu-

lação e à economia nacional. A globalização, decerto, é hoje fato inescusável, e o Estado Nacional pouco pode fazer em termos de política econômica; todavia, ainda nos resta o caminho do questionamento crítico.

Não se pode olvidar da assertiva de Celso Campilongo: “A teoria do direito não se encontra em condições de resolver essas questões de maneira definitiva. Não há evidências empíricas nem construções teóricas capazes de responder categoricamente a esses desafios. As velhas teorias do direito – que não são sequer capazes de levantar essas questões – são de pouca valia no presente. Assim como o sistema político – ou qualquer outro sistema parcial – é incapaz de controlar seu ambiente externo (não apenas em termos territoriais, mas, principalmente, em termos funcionais), também o sistema jurídico não está habilitado a substituir as operações dos sistemas político e econômico (2000, p. 147)”¹¹.

Entretanto, ainda que o simples estudo das normas e teorias jurídicas não tenha o condão de fazer valer a soberania nacional na concretização dos princípios constitucionais da ordem econômica, espera-se que os juristas e demais profissionais voltados ao Direito Econômico sintam-se tocados para, ao menos, buscar mecanismos, jurídicos ou metajurídicos (sobretudo), de garantia e efetivação daqueles postulados.

Embora não se vislumbre de imediato qualquer solução possível, a defesa intransigente da Constituição faz rejeitar a postura passiva frente ao dismantelamento do Estado e do soterramento dos princípios instalados na Carta Magna, bem como a aceitação *acrítica* das novas teorias econômico-jurídicas que chegam conjuntamente à globalização.

É como diz Oscar Vilhena Vieira: “...se aceitarmos os argumentos (...) de que a retórica de um capitalismo globalizado, onde o capital se encontra absolutamente desvinculado de pátria e que se bem trabalhado pode beneficiar a todos, apenas encobre a realidade de uma expansão do capitalismo internacional, nossos esforços reformistas têm que ser repensados. Se o capital tem pátria e se a sua expansão gera benefícios incomensuravelmente maiores às economias centrais do que àquelas que têm servido de fonte de mão-de-obra e infra-estrutura baratas, as reformas têm que ser redirecionadas, de forma a satisfazer os interesses da

¹¹ Jean Claude Thoenig afirma que “a cooperação entre direito e sociologia permite ir mais longe do que a constatação errônea e caricatural da inefetividade do direito, em setores como políticas fiscais (...) porque é possível um novo olhar sobre a importância que as atividades de produção e de implementação de normas secundárias de aplicação ocupam, que resultam da adaptação das administrações nos contextos locais e da negociação com os interesses que aí se desenvolvem (1999, p. 607)”.

sociedade brasileira. Isso significa manter nas mãos do Estado mecanismos, ainda que mais limitados do que no passado, de governabilidade econômica. Aceitar incondicionalmente a retórica da globalização e promover as reformas por ela exigidas é cometer um suicídio político (2002, p. 474-475)”.
Caso contrário, ficaremos em situação como a descrita na severa advertência de Ferdinand Lassalle, e a Constituição pode sucumbir às forças reais de poder e transformar-se em simples *folha de papel* (2001, p. 33).

Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico e Globalização*, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização – Lições de Filosofia do Direito e do Estado*, trad. WUILLAUME, Patrice Charles, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROS, Luiz Carlos Mendonça de. A Essência do Programa de Privatização, in *Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais da Privatização, Anais do Seminário, Escola Nacional da Magistratura*, Rio de Janeiro: 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro & TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*, São Paulo: Saraiva, 2000.

BIER, Amaury G. Abertura Econômica, Reforma do Estado e Privatização, in *Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais da Privatização, Anais do Seminário, Escola Nacional da Magistratura*, Rio de Janeiro: 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*, 3 ed., atual., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

- DRUCKER, Peter. *Sociedade Pós-Capitalista*, 6 ed., trad. MONTIGELLI JR., Nivaldo, São Paulo: Pioneira, 1997.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, III, 3 ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930.
- DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social*, São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FARIA, José Eduardo. Qual o futuro dos direitos – *Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*, São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio *et alli*. *Constituição de 1988, Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, I, 2 ed., ampl. e atual., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.
- FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*, 7ª reimpressão, trad. LORENCINI, Álvaro, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- HORTA, Raul Machado. *A ordem econômica na Nova Constituição: problemas e contradições*, in MARTINS, Yves Gandra da Silva, *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*, 3 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 6 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LAUBADÈRE, André. *Droit Public Économique*, 4 ed., augmt. et refondue par Pierre Delvolvé, Paris: Dalloz, 1983.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Sobe- rania*. Tese apresentada para concurso de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, na área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 3 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*, 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

OHMAE, Kenichi. *O Fim do Estado Nação*, 2 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo: Método, 2003.

THOENIG, Jean Claude. Política pública, in ARNAUD, André-Jean (org.), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, 2 ed., trad. WUILLAUME, Patrice, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana, in PIOVESAN, Flávia (coord.), *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*, São Paulo: Max Limonad, 2002.

PARALELISMO DE PREÇOS E O “CARTEL DA PONTE AÉREA”

*João Paulo G. Leal**

Introdução

Em 15 de setembro de 2004, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) condenou a Tam, Varig, Vasp e Transbrasil por formação de cartel, quando do aumento dos preços das passagens da ponte aérea “Rio–São Paulo”, ocorrido em agosto de 1999. Foi imposta a multa mínima, correspondente a 1% do faturamento bruto de então, obtido com a comercialização de passagens para aqueles destinos, entre outras penalidades de cunho não pecuniário (Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70). A decisão foi alcançada por quatro votos a dois: Conselheiros Luiz Prado, Luiz Scaloppe, Ricardo Cueva, Roberto Pfeiffer; sendo vencidos os votos dos Conselheiros Elizabeth Farina, presidente, e Thompson Andrade, relator do processo.

Os fatos investigados, transcorridos cerca de cinco anos desde a instauração do processo, parecem simples: (i) foi realizada em 3 de agosto de 1999 uma reunião em um hotel de São Paulo entre os presidentes das empresas; (ii) em 9 de agosto daquele ano os preços das passagens da ponte aérea aumentaram 10%.

Estão presentes aparentemente os elementos necessários à aplicação da “doutrina do paralelismo *plus*”: foi observado um comportamento (aumento de preço), que, por suas características, tais como uniformidade e proximidade dos reajustes, não poderia ser explicado por outros fatores, exceto pela existência (que se infere) de um acordo para sua adoção; e a reunião entre presidentes das empresas, dias antes do aumento, estabeleceria o *plus*, isto é, a vinculação entre o comportamento dos preços e o momento do suposto conluio.

A prática de cartel – sua definição e efeitos sobre o mercado são resumidos no item 1 abaixo – é de difícil comprovação (atas de reuniões, escutas telefônicas, testemunhos etc.), pois é algo sabidamente ilegal. Mas, na ausência de provas dessa natureza, a observação de “comportamentos paralelos” (coincidência temporal de aumentos de preços, por exemplo) é um indício, pois poderia ser o resultado de uma combinação entre concorrentes. A base do

* Economista da Edgard Pereira & Associados (EDAP). Opiniões de responsabilidade do autor.

paralelismo *plus* está no reforço mútuo proporcionado pela concomitância de elementos de natureza factual e comportamental.

Mas a aplicação da doutrina em investigações concretas enfrenta muitos obstáculos, como ilustra o “caso da ponte aérea”. Os fatos investigados nesse processo – a “mecânica” do aumento do preço e as dúvidas subjacentes – são bem mais complexos e, em grandes linhas, são apresentados no item 2¹. O item 3 é dedicado a algumas considerações sobre a decisão propriamente dita.

1. Breve caracterização econômica da conduta

Um cartel, definido em termos bastante amplos, é toda forma de coordenação de decisões entre empresas concorrentes que elimine a rivalidade entre elas e busque a obtenção de lucros mais elevados do que seriam auferidos na ausência do cartel.

A última frase, que qualifica o sentido de “coordenação de decisões”, é bastante dúbia. Todas as decisões coordenadas necessariamente eliminam a concorrência, desde que definida em um sentido mais amplo, como capacidade das empresas agirem independentemente², em condições de incerteza quanto às decisões e às reações dos concorrentes. Qualquer decisão coordenada, ademais, possivelmente objetiva criar condições para a obtenção de lucros mais elevados do que seriam obtidos sem a existência delas.

Deve-se distinguir, na prática, entre, de um lado, o cartel aceitável, que, por ter essa condição, não é chamado de cartel, mas de “colaboração entre competidores”, e, de outro, o cartel ilícito.

Os *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (2000), da *Federal Trade Commission* e do *Department of Justice*, do governo norte-americano, trazem pormenorizada análise do tema, razão pela qual basta mencionar que na raiz da distinção entre o “bom” e o “mau” cartel encontra-se a presença ou a ausência de objetivos virtuosos, que versem *latu*

¹ Faz-se referência unicamente aos votos do Conselheiro-Relator e votos de vista proferidos nos autos e que estão disponíveis em <http://www.cade.gov.br>.

² “Agreements among competitors, often referred to as ‘horizontal’ agreements, are implicit or explicit agreements that restrict competitors’ ability to act independently. The term encompasses a broad range of conduct, from joint ventures, joint advertising or marketing, or trade association activities, to price-fixing and bid rigging.” OCDE / Banco Mundial (1998).

sensu sobre o uso mais eficiente dos recursos disponíveis entre os concorrentes. Na presença de efeitos compensatórios, a autoridade julgadora deve aplicar a regra da razão, procedendo ao balanço dos prós (eficiências almejadas e obtíveis) e contras (riscos de aumento de preços, redução da produção etc.) da colaboração entre concorrentes.

Em outros casos, quando se está diante de acordos que não tenham outros objetivos que não a supressão da concorrência e a criação de condições para o exercício de posição dominante, nos termos dos *Guidelines*, tais acordos são considerados ilegais *per se*:

“Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally.” (FTC/DOJ, 2000)

A menção à ilegalidade *per se* da prática de cartel foi feita propositalmente, tema caro e espinhoso no meio jurídico. Não pertencendo a ele, apenas participando dele, fica-se livre para uma simples opinião.

Há acordos analisados pela regra da razão, porque não estabelecem mecanismos de fixação de preços, divisão de mercado, entre outras restrições concorrenciais mencionadas acima e analisadas em detalhe nos *Guidelines*. Nesses casos é feito o cotejo de possíveis riscos à concorrência e ganhos de eficiência proporcionados pelo acordo.

Mas o que dizer de um acordo com as seguintes características?

(i) todos os concorrentes em dado mercado estão próximos da plena utilização de suas respectivas fábricas, e o mercado segue em crescimento, lento, mas contínuo, (ii) é estabelecido entre todos os concorrentes um cronograma de ampliação da capacidade produtiva (por exemplo, primeiro um, depois o outro e assim sucessivamente), bem como regras de compensação entre as empresas envolvidas.

O exemplo refere-se a um tipo de divisão de mercado. O aspecto fundamental da concorrência entre capitais, que é o investimento (e não só o pre-

ço!), deixa de existir. Em compensação evita-se que o retardamento de decisões individuais comprometa o abastecimento do mercado (com elevação dos preços). Do mesmo modo, elimina-se o problema que ocorreria caso cada empresa independentemente ampliasse sua capacidade produtiva, de modo que, no todo e no fim, haveria baixa utilização da capacidade instalada total e, conseqüentemente, desperdício de recursos e aumento do custo médio de produção.

O que se afirma, e que pode parecer ingênuo, é que é tênue a distinção entre acordos lícito e eventualmente ilícito³. No exemplo acima, o busílis talvez recaia apenas sobre o caráter secreto ou público do acordo. Como um contrato submetido ao escrutínio das autoridades competentes, um acordo com aquelas características pode ser visto sob ótica diferente. Todo acordo/contrato que trate de temas quaisquer de natureza concorrencial deve ser analisado sob a regra da razão (e o será na prática), sem atender a qualquer posição dogmática preestabelecida. Vale a redundância: só não devem ser analisados os argumentos de defesa quando estes, na prática, são inexistentes.

Retomando o curso da caracterização econômica dos cartéis, esses são equiparados a um monopólio para efeito de determinação de impactos sobre o bem-estar dos consumidores do(s) produto(s) ou serviço(s) comercializado(s). Como ilustra o gráfico abaixo (já que se trata de análise econômica), em um mercado perfeitamente competitivo a oferta de cada firma considerada é tão pequena que, variando individualmente, não é jamais capaz de alterar as condições de equilíbrio dadas pelo mercado⁴.

³ Calixto Salomão (2001) afirma que o valor jurídico a ser preservado contra a prática de cartel é a concorrência. “É, portanto, o objetivo realizável de dominar o mercado através de ajuste entre empresas fator chave para caracterização da antijuridicidade.” Parece haver concordância sobre a necessidade de uma abordagem menos esquemática, que privilegie a análise caso a caso, orientada, acima de tudo, para a manutenção da concorrência. Pode-se até pinçar a seguinte frase no referido artigo: “Isso não significa tender a uma regra per se sobre cartéis que impeça qualquer tipo de acordo.” Em se tratando de um acordo entre concorrentes, quanto ou que tipo da concorrência pode ser supressa em favor da obtenção de níveis mais elevados de eficiência (em consonância com o § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94)?

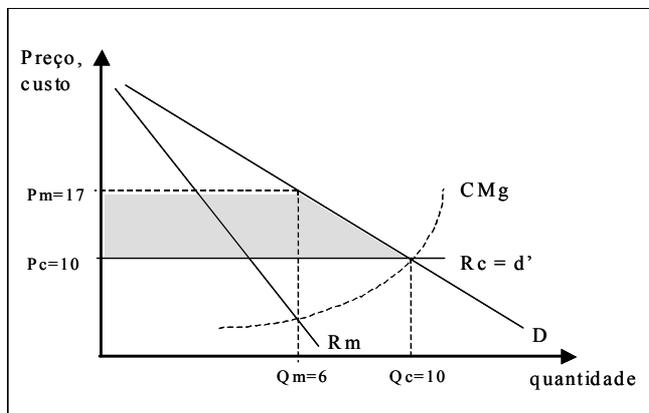
⁴ Esse “modelo” depende crucialmente de hipóteses restritivas acerca, por exemplo, do comportamento dos custos até o limite da capacidade de produção da empresa (que não podem ser ao menos constantes; têm de ser crescentes), do comportamento dos consumidores diante dos produtos ofertantes (eles têm de ser indiferentes às marcas ou qualquer outra forma de apelo comercial, subjetivo ou objetivo, associado ao produto, que, assim, seria perfeitamente homogêneo para os consumidores). Não são hipóteses apenas simplificadoras, formuladas para facilitar e apreender o essencial da análise. Se deixadas de lado, os resultados do “modelo” caem por terra, inclusive para fins normativos, mas isso é outra discussão.

Assim, o mercado como um todo apresenta a curva de demanda D , mas a empresa tem a curva de demanda d' , perfeitamente elástica para o preço de equilíbrio $Pc = 10$ (a esse preço, a empresa poderia aumentar indefinidamente sua própria oferta atomística, sem provocar uma redução do preço de mercado). A empresa competitiva, então, deve limitar-se a ajustar a quantidade produzida de forma a igualar sua receita marginal Rc (igual a $Pc = 10$) ao seu custo marginal CMg , em $Qc = 10$. O preço $Pc = 10$, portanto, é um preço de equilíbrio, com o qual a empresa competitiva auferir lucros “normais” ou, justamente, lucros competitivos.

Não há estímulo para aumentar a quantidade vendida, pois o aumento da receita obtida com a 11ª unidade vendida (e seguintes) não compensaria o aumento do custo incorrido com a produção dessa unidade (e as seguintes). De maneira semelhante, não seria racional restringir vendas, pois, mantido inalterado o preço de mercado, a redução dos custos por unidade não produzida não compensaria a perda de receita por unidade não comercializada.

No mercado competitivo, a rigor, verifica-se muito pouca concorrência, identificada como estratégias individuais que visem aumentar vendas, lucros ou qualquer outro objetivo. Exceto pelas mudanças nas condições im pessoais e exógenas, que dizem respeito a todo o mercado demandante e/ou ofertante, as empresas competitivas limitam-se a ajustar quantidades a serem produzidas ao preço dado pelo mercado.

Gráfico



Fonte: Elaboração própria.

A situação de um monopólio ou de um cartel constituído por todas as empresas atuantes no mercado em questão é expressa pelo “reconhecimento” da verdadeira curva de demanda do mercado. A empresa monopolista ou o cartel tem ciência de que, ao variar as quantidades ofertadas, o preço varia na direção inversa, mas não na mesma proporção, o que é expresso graficamente pela receita marginal Rm negativamente inclinada. O equilíbrio da firma (igual ao do mercado) passa a ocorrer na quantidade $Qm = 6$, em que a receita marginal igual o custo marginal, ao preço $Pm = 17$.

Na ausência de efeitos compensatórios aceitos como válidos, a cartelização traz perdas de bem-estar para o conjunto dos consumidores dos produtos em questão. Em relação a um mercado perfeitamente competitivo, como na ilustração acima, a perda do chamado excedente do consumidor é igual (desconsiderando a transferência de renda para os produtores) à área em cinza no gráfico, correspondente tanto à diminuição da quantidade consumida (de $Qc = 10$ para $Qm = 6$), quanto ao preço maior pago pela quantidade consumida remanescente (de $Pc = 10$ para $Pm = 17$).

Cartéis, para concluir, sempre significam a eliminação de “alguma” concorrência (e quanto mais abrangente esse conceito, maior o escopo do que há para ser eliminado). De um lado, podem ser identificados os acordos que trazem suas restrições de natureza concorrencial como algo acessório ou instrumental para se alcançar objetivos defensáveis. Justamente por terem *a priori* tais características, muitas vezes são públicos e tornados públicos de livre e espontânea vontade.

De outro, quando o acordo não foi previamente submetido ao escrutínio público e quando não há evidências formais que demonstrem cabalmente sua ilicitude, as investigações tendem a deixar de lado considerações sobre efeitos compensatórios e eficiências do acordo, até porque as próprias empresas envolvidas não trazem à tona essa discussão, que poderia ser interpretada como uma confissão de culpa. Ainda assim, como regra, não se deve presumir (por razões de ordem econômica e, possivelmente com mais acerto, por razões jurídicas) a ilegalidade dos acordos sobre preços, quantidades ou divisões de mercado (para citar os casos clássicos).

2. O “caso da ponte aérea” – SÍNTESE dos fatos

Já se mencionou que o comportamento paralelo investigado diz respeito ao aumento em 10% do preço das passagens da ponte aérea, realizado em 9 de agosto. Esse aumento, cronologicamente, foi precedido por uma reunião, ocorrida no dia 3 de agosto, entre os presidentes das empresas envolvidas.

De acordo com as defesas apresentadas, segundo síntese contida no voto do Conselheiro Thompson (relator), a Varig informou ao sistema ATPCO sobre o aumento exatamente às 15h27 do dia 6 de agosto (sexta-feira), a vigorar a partir do dia 9 de agosto (segunda-feira). A segunda empresa a anunciar o aumento, com um intervalo de 50 minutos, foi a Tam, às 16h17 do dia 6 de agosto.

A precisão das horas e minutos é possível pela existência do sistema ATPCO (*Airline Tariff Publishing Company*). Controlado por 24 empresas aéreas, coleta informações sobre cerca de 700 empresas aéreas em todo o mundo e as distribui *on-line* para companhias aéreas e agências de viagens. Considerações mais detalhadas sobre esse sistema encontram-se no item 3.

Tabela

| Empresa | Anúncio do Aumento | Horário | Vigência | Percentual de Aumento |
|-------------|--------------------|---------|-------------|-----------------------|
| Varig | 6/ago/1999 | 15h27 | 9/ago/1999 | 10% |
| Tam | 6/ago/1999 | 16h17 | 11/ago/1999 | 10% |
| Transbrasil | 10/ago/1999 | 13h47 | 11/ago/1999 | 10% |
| Vasp | 10/ago/1999 | 13h57 | 11/ago/1999 | 10% |

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator, Thompson Andrade.

A Seae procedeu, então, à estimação do intervalo de tempo necessário para que, uma vez identificado o aumento da Varig, fosse tomada a decisão pela Tam de também aumentar o preço, e o resultado foi 35 minutos:

a) 2 minutos para o deslocamento do funcionário que tomou ciência do aumento até a vice-presidência; b) 15 minutos para a tomada de decisão pelo vice-presidente; c) mais 2 para deslocamento do funcionário até a gerência de tarifas; d) outros 16 minutos para inserção de dados no sistema e outras providências.

À primeira vista seria perfeitamente possível que a Tam tivesse tomado ciência do aumento via ATPCO e decidido segui-lo no intervalo de até 50 minutos (pois 35 minutos seria o tempo mínimo necessário). Esse resultado, todavia, depende da coincidência temporal entre a entrada do aumento da Varig no sistema e seu conhecimento pela Tam (ou qualquer outra empresa).

Na presunção de que o acesso à informação sobre o aumento só poderia ocorrer pela consulta ativa ao sistema, isto é, que nenhuma informação do próprio ATPCO teria sido enviada a qualquer empresa, a Seae con-

cluiu ser improvável que o intervalo transcorrido entre o anúncio da Varig e seu seguimento pela Tam pudesse ser igual a 50 minutos.

De acordo com depoimentos trazidos aos autos, o sistema ATPCO era consultado pela gerência de tarifas da Tam de 3 a 4 vezes por dia. Tendo em vista que as operações dessa gerência eram de 12 horas por dia, a análise feita pela Seae pode ser assim resumida: a probabilidade de o anúncio do aumento ter sido identificado no exato minuto em que foi feito é igual a 1 em 720, multiplicado por 4, pois a jornada da gerência de tarifas tem 12 horas ou 720 minutos e são feitas 4 checagens por dia, o que resulta em 0,556%. Sob essas premissas, a probabilidade do anúncio ter sido percebido nos primeiros 15 minutos é igual a 8,333% (ou seja, $15 \times 0,556\%$). Desse modo, sob as premissas acima, a probabilidade de a decisão da Tam ter sido tomada em 50 minutos (15 minutos de intervalo até a identificação do aumento da Varig, mais 35 minutos para “resposta” da Tam) seria igual a 8,3%.

Todavia, como relatou o Conselheiro-Relator, o próprio sistema ATPCO anunciava ativamente as mudanças ocorridas 4 vezes ao dia (às 5h30, às 11h, às 15h e às 20h) e precisamente no dia 6 de agosto, quando a Varig anunciou o aumento às 15h27, houve um atraso na divulgação ativa feita pela ATPCO, que ocorreu às 15h29.

Sobre a reunião realizada entre os presidentes das empresas em questão, ainda de acordo com o Relator (p. 10), “a SEAE e a SDE não lograram encontrar nenhum indício concreto de que na ocasião tenha sido tratada a questão do reajuste tarifário na ponte aérea Rio–São Paulo”.

3. Considerações sobre a decisão

No “caso da ponte aérea” são feitas várias referências à “doutrina do paralelismo *plus*”⁵: a presença de “indícios factuais” (o *plus*) e a observação de uma conduta comum aos concorrentes, que, não podendo ser explicada

⁵ “Na falta de evidência inequívoca da realização do acordo, o desempenho do mercado pode servir de evidência da infração se e somente se o acordo entre concorrentes for condição necessária para o desempenho observado. Nesse caso, há que se descartar explicações alternativas para o desempenho do mercado, em termos de preços e de práticas comerciais.” (Conselheira Farina, p. 2).

“Contudo, o paralelismo, em si só, não tem o condão de configurar uma conduta cartelizada [...] Note-se que só deve ser imputada a conduta cartelizada caso não haja outra explicação mais racional para a conduta das Representadas.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 10)

racionalmente ou não encontrando outra justificativa lícita, permitiria concluir, então, pela existência de alguma forma de combinação entre concorrentes.

Antes que se possa aprofundar a análise, é importante mencionar o Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48, que investigou a coordenação do aumento do preços dos três fabricantes brasileiros de aços planos e que é o principal (senão único) precedente no Cade de aplicação do “paralelismo *plus*”.

Em resumo, a CSN, em 17 de julho de 1996, comunicou aos clientes (fax-circular) o reajuste de preços a vigorar em 1º de agosto daquele ano. Em 22 de julho, Cosipa e Usiminas fizeram comunicado de mesmo teor (percentuais semelhantes de reajuste), cuja data de vigência também seria 1º de agosto. Houve a decisão de seguir o aumento anunciado (com um intervalo de dias), assim como no processo da ponte aérea (com um intervalo de minutos), o que, em si só, não bastava para a caracterização da ilicitude do aumento. Como afirmou o Conselheiro-Relator Ruy Santacruz, relator daquele processo:

“De fato, como será comentado com mais vagar adiante, a prova econômica, indireta, só é aceitável se não houver uma explicação dentro da própria teoria econômica para o fato analisado. Ou seja, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação economicamente racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada. Assim, se há uma explicação econômica para uma situação de mercado ou para uma conduta empresarial, é necessária uma prova adicional que evidencie a formação de cartel.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 16).

O *plus* nesse caso foi a reunião realizada no dia 30 de julho de 1996 (entre os anúncios dos aumentos pelas empresas e a data de início de sua aplicação), em que os representantes das empresas e do IBS (Instituto Brasileiro de Siderurgia) comunicaram à Seae o reajuste a vigorar no dia 1º de agosto.

“O que chama a atenção para o processo de reajuste de preços de agosto de 1996 é justamente o fato de que na data da reunião com a SEAE – solicitada pelo setor através do IBS, da qual participaram os diretores comerciais das Representadas – os preços ainda não haviam entrado efetivamente em vigor. Os preços estavam sendo negociados no mercado, caso a caso, individualmente. Dessa forma, os responsáveis pelas políticas comerciais das três usinas brasileiras de aços planos comuns, sob o patrocínio ou não do IBS, não importa, entraram em contato para conversar sobre um reajuste de preços em andamento. Acertaram ir na SEAE ‘explicar’ o aumento de preços, a necessidade do repasse de custos incorridos. Ao manterem contato direto para tratar do reajuste dos preços – não importa se sob o patrocínio do IBS ou não, repito

– os responsáveis pela política comercial das três únicas fornecedoras do mercado suprimiram dos clientes as alternativas de mercado, impondo-se em bloco.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 28)

Em ambos os casos, e não poderia ser de outro modo, há duas questões principais a serem analisadas: (i) o do *plus* em apreço; e (ii) a existência (ou não) de uma explicação alternativa para o aumento verificado, que afaste o acordo ilícito como condição *sine qua non* para o paralelismo verificado.

3.1. Sobre a reunião realizada no dia 3 de agosto

No caso dos aços planos, o tema da audiência realizada na Seae era conhecido: a comunicação de um aumento de preços ao órgão do governo, que sucedeu vários outros conselhos, comissões e secretarias responsáveis pelo controle de preços. Mas é certo também que o aumento do preço era sabido por todas as empresas envolvidas e que havia um hábito arraigado de prestação de contas aos órgãos governamentais afeitos ao controle de preços. Fatos que justamente ensejaram a marcação da reunião. Atribuir-lhe uma natureza conspiratória⁶ é uma questão de juízo de valor, cujo mérito não compete questionar aqui.

Já no caso da ponte aérea, o Conselheiro-Relator, como se viu, foi categórico ao afirmar que as investigações não produziram nenhuma evidência acerca de que o tema *preços* tenha sido objeto de análise na reunião.

O Conselheiro Scaloppe foi bastante sucinto ao afirmar que a “comprovação dessa prática [de cartel] se deu, primeiramente, a partir da constatação de relação existente entre a reunião realizada em 03 de agosto de 1999 pelos dirigentes das companhias aéreas representadas e o reajuste concertado praticado pelas mesmas” (p. 2).

O Conselheiro Pfeiffer, aludindo às defesas apresentadas⁷, mencionou duas matérias publicadas em jornal nos dias 4 e 11 de agosto, em que se

⁶ “Assim, a reunião na SEAE é um indício incontestável de que as empresas conversaram sobre preços antes do reajuste ter sido praticado. Na verdade, a reunião em si não é o mais grave. O mais grave é que para marcarmos a reunião na SEAE para comunicar o reajuste, os três únicos fornecedores de aços planos comuns no país entraram em contato para debater um tema que parecem considerar trivial: PREÇOS. Aliás, se o processo de negociação estava em curso, como foram as empresas comunicar os percentuais de reajuste, que teoricamente eram desconhecidos?” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 28) É razoável supor que a comunicação seria feita sobre o chamado preço de lista e não sobre os novos preços negociados com cada um dos clientes.

⁷ “...deve ser enfrentada a alegação aduzida pelas Representadas de que na aludida

faz referência à reunião do dia 3, na qual se teria discutido “formas de associação” e “política de cooperação”. Diante disso, questiona o Conselheiro: “qual o motivo de ter sido secreta, fechada ao público e à imprensa?” (p. 9).

A reunião não foi propriamente secreta, tanto que foi noticiada no dia seguinte pela imprensa, que, portanto, teve ciência dela no mesmo dia em que foi realizada. Ademais, há inúmeras razões para uma reunião ser fechada ao público. A principal delas, provavelmente, é a manutenção da privacidade, para que os participantes possam fazer suas reflexões, por exemplo, sobre a política governamental para o setor, sem ferir suscetibilidades.

Enfim, parece não haver uma prova irrefutável de que o aumento de preços tenha sido debatido na reunião em questão⁸. Mesmo o Conselheiro Pfeiffer, que concluiu pela existência do ilícito, qualifica-a como um “indício”:

“Fica, assim, ainda mais evidenciado [considerando o conteúdo, já referido, das notícias publicadas na imprensa sobre a reunião] o papel de indício desempenhado por esta reunião, dada a percepção de que nela foram discutidas ‘possíveis formas de associação’ e ‘política de cooperação’” (conselheiro Pfeiffer, p. 9)

A intenção não é hierarquizar indícios, conjecturas e juízos de valor estabelecidos em dois processos diferentes, mas apenas indicar alguns pontos de contato e diferenças encontrados nos casos dos aços planos e da ponte aérea. Neste caso, haveria um pequeno intervalo de tempo entre a realização da reunião (o dia 3 de agosto) e o aumento verificado (dia 9 de agosto). Não foi produzida nenhuma prova sobre o conteúdo da reunião. No caso anterior, o momento da conspiração pode ser definido como o da própria reunião realizada na Seae ou se inferir, como parece ter sido feito, que a comunicação entre as empresas deu-se previamente, em torno dos preparativos para a reu-

reunião foram apenas discutidas questões ligadas às empresas de transporte aéreo, principalmente em virtude de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, para alterar o Código Brasileiro de Aeronáutica e criar uma Agência Nacional de Aviação Civil.” (p. 8).

⁸“Da análise dos elementos trazidos aos autos, não restou comprovado, por documento ou testemunho, que um acordo para a elevação coordenada das tarifas tivesse sido firmado na reunião realizada em 03 de agosto de 1999, em São Paulo, da qual participaram os presidentes das companhias aéreas que operavam à época na ponte aérea. A reunião poderia servir, no entanto, como evidência acessória na tentativa de limitar a concorrência.” (Conselheira Farina, p. 3).

nião na Seae. Não há dúvida de que o tema *preços* foi objeto da reunião. O histórico de controle de preços e as atávicas convocações para prestação de esclarecimentos parece não ter sido considerados ou não foram suficientes para retirar-lhe o suposto caráter conspiratório.

3.2. *Sobre o comportamento paralelo*

Os fatos investigados, tal como apresentados no voto do Conselheiro-Relator, levaram-no a concluir que:

“Ficou evidente que a rapidez com que o sistema ATPCO divulgou para o mercado (companhias aéreas e agências de turismo) o reajustamento da tarifa da Varig permitiu à TAM realizar o *matching* 50 minutos depois, sendo acompanhadas pelas demais empresas (Transbrasil e Vasp) 4 dias depois, sendo justificável o paralelismo de preços neste mercado. Tampouco foi provado que o uso da ferramenta *first ticket date* tenha facilitado qualquer acordo anticompetitivo, tendo em vista que não houve tempo hábil para troca de informações e nem houve alteração da tarifa definida inicialmente.” (Conselheiro Thompson, p. 10)

São vários os questionamentos encontrados nos votos dos demais Conselheiros, entre os quais são destacados os que seguem: (i) possibilidade material de a Tam ter tomado conhecimento do aumento da Varig e anunciado seu próprio aumento no sistema ATPCO no intervalo verificado de 50 minutos; (ii) utilização do *first ticket date* para comunicação prévia entre concorrentes; (iii) ausência de justificativa para o aumento do preço; (iv) existência da liderança de preços pela Varig; e (v) racionalidade da Tam e das demais empresas ao seguirem o aumento anunciado pela Varig.

(i) Tempo de reação da Tam

Como visto, o Conselheiro-Relator afirmou que a Seae determinara em 35 minutos o tempo mínimo necessário para a reação da Tam (anúncio do próprio aumento). Consta do seu voto também que o sistema ATPCO comunicou ativamente às companhias aéreas o reajuste da Varig às 15h29 e, portanto, houve tempo hábil para que a Tam tomasse ciência do fato e decidisse seguir o aumento no intervalo de 50 minutos.

A análise dos votos dos Conselheiros Scaloppe e Pfeiffer não permitiu identificar informação ou arrazoado que negasse a possibilidade material de o aumento anunciado pela Varig ter sido seguido pela Tam em 50 minutos.

(ii) *Comunicação via ATPCO*

A utilização do Sistema ATPCO ou, mais propriamente, do instrumento do *first ticket date*⁹ para fins de coordenação das decisões entre as empresas envolvidas foi considerada no voto do Conselheiro-Relator (“ao possibilitar o acesso a informações quase instantâneas sobre a implementação das estratégias comerciais das rivais, torna mais fácil o esboço de uma reação, ampliando os incentivos para a realização de acordos anticompetitivos.” – p. 7). Sua característica mais preocupante reside na possibilidade de determinada empresa fazer o anúncio do aumento para entrada em vigor em data futura, abrindo um intervalo de tempo para que as empresas concorrentes adiram ao aumento ou, ao contrário, para que a própria empresa que primeiro o anunciou recue de sua intenção, sem ônus e sem qualquer tipo de efeito prático sobre o mercado¹⁰.

No presente caso, o anúncio do aumento pela Varig foi feito simultaneamente para clientes (agentes de viagens) e concorrentes, não tendo sido realizada a comunicação prévia e exclusiva entre concorrentes. A Conselheira Farina, por exemplo, afirma que:

“Esse mecanismo [o sistema ATPCO] funcionaria como instrumento do acordo se ficasse restrito às empresas aéreas e estas pudessem testar várias estratégias de preços. No entanto, a VARIG divulgou sua decisão simultaneamente para o sistema ATPCO e para as agências de viagens, como consta nos autos às fls. 2855, não tendo utilizado, portanto, o mecanismo do *first ticket*

⁹ O Conselheiro Pfeiffer faz menção também à comunicação pela Varig, via telex para seus agentes, do aumento a ser realizado em três dias: “Esta comunicação antecipada pode ser vista como um sinal aos demais concorrentes que podiam segui-la ou não. Assim, caso eles não efetivassem o aumento, ainda haveria tempo hábil para a VARIG retroceder em sua decisão.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 10). Essa comunicação via telex, tendo sido feita a três dias do aumento do preço, foi posterior ao anúncio do aumento via sistema ATPCO, que permanece sendo a única questão relevante.

¹⁰ Em maio de 1994 foi concluída uma investigação nos Estados Unidos da América, cujos termos do acordo estabeleciam que o ATPCO impossibilitaria o conhecimento antecipado por concorrentes de aumentos futuros, entre outras providências. No âmbito do Processo Administrativo em consideração foi adotada pela SDE medida preventiva de teor semelhante ao da decisão norte-americana e no Processo Administrativo nº 08012.002028/2002-24, instaurado para apurar possíveis condutas ilegais praticadas pela ATPCO, foi firmado um Termo de Compromisso de Cessação, *ad referendum* do Cade, no qual a ATPCO comprometeu-se a adotar as medidas necessárias à restauração da livre concorrência.

date. Além disso, não se encontra nos autos um histórico de variações de preços que indicasse o uso desse mecanismo para coordenar as decisões dos rivais, como exigiria a metodologia do *paralelismo plus*, configurando uma estratégia de liderança colusiva de preços.” (Conselheira Farina, p. 4)

Deve-se observar que essa característica (aumento anunciado ao mercado) também está presente no caso dos aços planos. Aqui, o anúncio do aumento pela CSN foi feito diretamente aos clientes e exclusivamente a eles, o que o diferencia do anúncio feito pela Varig e coloca a questão da forma de disseminação da informação para os concorrentes no mercado de aços planos. O estabelecimento, posteriormente, de negociações individuais não invalida o princípio geral: à medida que a informação é passada ao mercado, mesmo em se tratando de um aumento a vigorar no futuro, há um comprometimento por parte da empresa e qualquer recuo resulta em ônus. Não é trivial supor que, apesar disso, o anúncio seja tornado público apenas para “tomar o pulso” dos concorrentes, que podem validar ou não o movimento do rival.

(iii) Justificativa para o aumento do preço

O Conselheiro Pfeiffer menciona que, como o DAC (Departamento de Aviação Civil) havia autorizado um aumento de 10,9% no preço da passagem já em 9 de junho de 1999, não haveria justificativa para que o aumento fosse efetivado pela Varig (e depois seguido pelos concorrentes) apenas em 9 de agosto de 1999:

“Se a situação das empresas aéreas era tão sufocante, não há como explicar por que a líder de preços preferiu passar mais dois meses em recessão (sem responder aos anseios das concorrentes), do que aumentar imediatamente após a autorização da Agência Regulatória do Setor” (p. 14)¹¹

Cabe uma especulação. Embora o DAC tenha autorizado o aumento em junho, talvez a protelação estivesse associada ao aumento sazonal da demanda no mês subsequente. É possível que em julho, por ser um período de férias, houvesse uma alteração do perfil dos passageiros, cuja demanda pode ser mais sensível ao nível de preços.

¹¹ O Conselheiro cita ainda o parecer da Seae: “Todas as empresas confirmaram o reajuste de preços de 10% (por meio da redução dos descontos), mas nenhuma das empresas justificou fundamentalmente a escolha do percentual adotado ou a escolha da data de 9 de agosto de 1999” (p. 14).

De qualquer modo, parece que o questionamento envereda para um tema que não é propriamente o de uma investigação de cartel. Não se trata de justificar cada aumento em si, mas a racionalidade dos comportamentos paralelos como um todo. Dito de outro modo, busca-se identificar os elementos que permitam concluir pela existência de um conluio¹², caso contrário, isto é, analisado cada aumento de preço individualmente, sem conexão com os demais, o que fatalmente acontecerá é que a primeira empresa a reajustar seus preços (que havia sido autorizado e, portanto, seria legítimo a qualquer tempo) pode ter tido a livre iniciativa de fazê-lo; as demais justificam seus reajustes justamente a partir do primeiro aumento do preço.

(iv) A liderança de preços

Os Conselheiros Scaloppe e Pfeiffer, citando a Seae, questionam a própria liderança de preço exercida pela Varig:

“Todavia, a SEAE/MF rejeitou a ocorrência desse fenômeno da liderança de preços, dado que, a Varig não teria participação no mercado suficiente para caracterizar a liderança de preços de empresa dominante, pois, as suas concorrentes teriam significativa participação, chegando a 55,8% do mercado.” (Conselheiro Scaloppe, p. 3)

O Conselheiro Ruy Santacruz, no processo dos aços planos, desenvolveu raciocínio semelhante e a alternância da liderança de preços então verificada foi um dos elementos considerados para a condenação das empresas envolvidas:

“No reajuste de 1996, a CSN anunciou primeiro sua intenção de reajuste e marcou data para efetivá-lo. Sua concorrente Usiminas seguiu o anúncio e mar-

¹² “Ocorre infração à ordem econômica na forma de cartel mesmo que o aumento de preços vise a repassar custos. Aumentos de preços alcançados através do acerto entre concorrentes são abusivos, sendo impostos aos consumidores privados de alternativas. Mesmo supondo que o reajuste de preços significa um repasse de custos aos clientes, a questão é que o montante do repasse depende não apenas da variação do custo, mas das condições do mercado, das condições da oferta e da demanda. Imposto através do conluio, o repasse é maior do que o que seria obtido sem a conduta anticompetitiva. De fato, demonstrado o conluio, torna-se desnecessário até mesmo verificar se o aumento de preços foi efetivamente superior ao que teria ocorrido na sua ausência, pois este é o próprio objetivo do acordo” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 5-6).

cou a mesma data para a sua efetivação – sem saber se a líder de fato reajustaria seus preços e em que montante. Em 1997, novamente a CSN anunciou sua intenção de reajuste e foi seguida nisso pela Usiminas. Entretanto, Usiminas marcou seu reajuste antes do reajuste da CSN. Ou seja, sem esperar para tomar ciência de quanto seria o reajuste efetivamente praticado pela CSN, líder de preços, anunciou e praticou seus novos preços. Isso não guarda nenhum sentido com toda [sic] as explicações apresentadas pelas defesas, nem com a teoria econômica disponível. Usiminas não seguiu líder algum. Não houve processo de liderança de preços a partir da CSN.” (Conselheiro Ruy Santacruz, p. 26)

A liderança de preços, no entanto, é um fenômeno complexo. Não há necessariamente identidade entre a empresa que toma a iniciativa de aumentar seu preço (a líder de preço) e a empresa que possui maior participação no mercado (a líder de mercado)¹³. Essa é a conclusão a que chegou a Conselheira Farina:

“20. Em relação à indefinição da liderança no mercado, há que se distinguir dois sentidos da expressão. Em geral, entende-se por ‘líder’ a empresa que detém participação no mercado suficiente para influenciar a determinação dos preços dos concorrentes e eventualmente para punir condutas mais agressivas das rivais. Entretanto, ‘líder’ também designa a empresa que toma a iniciativa de alterar radicalmente o ambiente competitivo. Os modelos simplificados de liderança de preços supõem muitas vezes que o detentor da maior parcela de mercado é quem tem mais condições materiais de ditar os preços: o líder fixa os preços e a franja acompanha, para evitar estratégias punitivas. Entretanto, trata-se de um modelo abstrato. Não há uma relação necessária entre deter a maior parcela do mercado e tomar a iniciativa na implementação de estratégias.

21. Com isso, o fato de as empresas se alternarem na tomada de iniciativas não refuta a possibilidade da liderança de preços.” (Conselheira Farina, p. 4)

É mais improvável ainda que a liderança de preços seja estabelecida a partir da participação de determinada empresa em um mercado relevante

¹³ De acordo com Scherer (1970), não há regra estabelecida, isto é, não há um atributo específico que torne determinada empresa a “líder de preços”, nem mesmo o fato de deter a maior participação no mercado. Em sua análise da indústria siderúrgica norte-americana, o autor faz menção ao aumento de preços verificado em 1958 (p. 176): “Eventually Armco, with roughly 4.4 percent of industry capacity, announced an increase, which was followed by US Steel and the rest of the industry.”

específico. Na citação acima, é mencionada participação de mercado da Varig e das demais empresas especificamente com relação ao mercado relevante definido para a investigação: o da ponte aérea “Rio–São Paulo” (vale notar, de qualquer modo, que, se três outras empresas somavam 55,8% de participação nesse mercado relevante, a Varig sozinha respondia por 44,2%).

A importância da ponte aérea é grande, sem dúvida, mas não contempla o conjunto das atividades das empresas em questão, inclusive no exterior, onde a importância da Varig foi tradicionalmente mais elevada. A decisão sobre “seguir ou não seguir o aumento do líder” deve levar em conta, por exemplo, os lucros que podem ser obtidos com o reajuste igual ao do líder ou, na hipótese de uma “guerra de preços”, os lucros e os custos associados a ela. Em linhas gerais (pois essas considerações são retomadas à frente), não é só o comportamento do mercado (demanda, elasticidade etc.) que tende a pautar a decisão de seguir o líder, mas também as perspectivas quanto às reações de todas as empresas atuantes no mercado caso uma delas decida não adotar o comportamento paralelo.

(v) Racionalidade do paralelismo

O Conselheiro Pfeiffer traz à berlinda a racionalidade da adoção do aumento uniforme dos preços pelas demais empresas, que seguiram o aumento efetivado pela Varig:

“Com efeito, dada a capacidade ociosa e a primeira movimentação da VARIG, as outras poderiam conseguir a migração dos consumidores descontentes com o aumento da VARIG apenas mantendo os mesmos preços [...] Dado o produto homogêneo ofertado pelas Companhias Aéreas, e a necessária redução nos gastos, por parte de todos, se as companhias se mantivessem estáticas, nada impediria uma migração de consumidores da VARIG para as outras. Inclusive, esta migração seria sem qualquer ônus, nem mesmo a necessidade de investir em publicidade.” (Conselheiro Pfeiffer, p. 15)

A Conselheira Farina, acertadamente, chama a atenção para a complexidade dos cálculos e das estimações necessárias para se determinar, simplesmente com base em expectativas de lucros futuros, qual seria a situação mais conveniente para as demais empresas: aumentar também seus preços, auferindo lucro unitário mais elevado ainda que sobre um total de passagens comercializadas menor; ou manter o preço inalterado, com aumento da volume total de lucros obtidos.

“23. O argumento de que duas empresas não teriam incentivos para seguir a líder, em virtude da baixa taxa de ocupação, depende de hipóteses auxiliares e do conhecimento da estrutura de custos das empresas. Não se determinou em quanto a taxa de ocupação deveria aumentar para compensar o aumento de 10% nas tarifas. Assim, a inferência de que, em vista dos altos custos fixos, ‘seria bem mais vantajoso se essas empresas praticassem reajustes menores ...’ (fls. 2.765 dos autos, página 94 da Nota Técnica da SDE) não decorre somente das informações constantes dos autos, mas de suposições sobre as elasticidades da demanda e sobre as curvas de custo das empresas. Além disso, não há um histórico suficiente de reações de preço que afastem o comportamento não cooperativo, conforme recomenda a metodologia *paralelismo plus*.” (p. 5)

Em complementação, cabe enfatizar outro elemento pouco explorado no exame de decisões sobre aumentar ou não o preço diante do aumento realizado por empresa concorrente. O paralelismo de conduta pode ser resultado de um acordo prévio, com também pode ser expressão da racionalidade de empresas atuando em mercados concentrados e que sabidamente têm decisões interdependentes. Não é apenas a expectativa de lucro que se tem sob as hipóteses de seguir ou não o aumento já realizado que dita a decisão das demais empresas, que também têm de considerar os riscos de associados a comportamentos disruptivos, que venham a alterar as condições de equilíbrio alcançadas no mercado.

“When firms know they are highly interdependent, how can competition authorities help ensure they compete instead of find various ways to co-operate? That, in essence, is the ‘oligopoly problem’ confronting competition offices everywhere, especially in markets where collusion is particularly profitable and easy. Obviously, part of the solution is to prosecute and heavily sanction explicit collusion. Unfortunately, the more effective this is, the more firms interested in colluding will tend to substitute other means of co-operation which do not produce the kind of evidence prosecutors need to win a cartel case. To a limited extent such behaviour can be addressed with an expanded definition of what constitutes an agreement. This approach will eventually, however, reach limits beyond which it becomes a largely futile attempt to make firms ignore their interdependence and refrain from acting as rational profit-maximisers.” [OCDE – Committee of Competition Law and Policy (1999)]

Esse parágrafo encerra toda a perplexidade causada ao se observar a estrutura de mercado (oligopólio) que, por inúmeras razões baseadas na racionalidade econômica, persevera em adotar, em condições normais, compor-

tamentos cooperativos ou, principalmente, não destrutivos – o que é diferente e muito mais significativo para as empresas inseridas em mercados concentrados.

Viu-se anteriormente que o comportamento de um cartel consiste em suprimir a concorrência em preço entre as empresas participantes (para mencionar o caso mais clássico). Pode-se estabelecer um único preço uniforme a ser observado ou um gradiente de preços a serem praticados. Não importa. O que interessa a um cartel é que o preço ou os preços mais elevados não sofram mudanças uns em relação aos outros, alterando participações de mercado e desestabilizando o próprio acordo. Em mercados oligopolistas, os preços de cada empresa, decididos autonomamente, tendem a observar a mesma regra: não provocar reações dos rivais, cujo alcance se desconhece¹⁴.

As chaves para a compreensão da “compulsão cooperativa” das empresas oligopolistas são a interdependência de suas decisões, bem como a simetria de poder de mercado detido por cada uma delas. Nada que possam fazer passará despercebido dos concorrentes. Ao contrário da empresa “robinsoniana” da concorrência perfeita, cuja dimensão, tão pequena, torna suas ações imperceptíveis para os demais, qualquer esforço competitivo empregado por uma empresa oligopolista é prontamente reconhecido e, dependendo de sua natureza e das circunstâncias, ensejará reações altamente adversas. As armas detidas por uma (*e.g.*, poder para financiar uma longa e custosa guerra de preços) têm o mesmo calibre das armas dos concorrentes.

Cooperar não significa necessariamente, por exemplo, aumentar preços conjuntamente para que todas as empresas ganhem. Cooperar normalmente significa “não fazer marola” ou, mais formalmente, manter o equilíbrio do mercado, que é o resultado histórico de um sem-número de interações entre as empresas estabelecidas. Cooperar é manter o *status quo*. Mais imperativo ainda do que obter lucros mais elevados (cooperando), é evitar que ações destemperadas levem os concorrentes a adotar comportamentos destrutivos, iniciando um percurso de perdas generalizadas, cujo resultado final é desconhecido e, portanto, deve ser evitado. Entendida a “cooperação” não como uma ação afirmativa, mas como “inação”, torna-se ainda mais complexo lidar com o “problema do oligopólio”.

¹⁴ Há vários excelentes trabalhos sobre a formação de preços em oligopólios. Por trazerem concepções algo diferentes, sugere-se a leitura de Stigler (1964) e Scherer (1970).

Considerações finais

Está-se novamente diante da “doutrina do paralelismo *plus*”. Primeiro, identificar indícios de “paralelismos de conduta” a partir da observação do comportamento de empresas. Segundo, distinguir entre os que são aceitáveis, expressão de comportamentos racionais e interdependentes e, por isso, inerentes aos mercados concentrados, e os que se constituem em desvios, em níveis mais elevados de colaboração, que só podem ser obtidos mediante acertos prévios, formais ou informais, entre os concorrentes. Finalmente, como se trata de distinção extremamente complexa, estabelecer nexos de causalidade entre o comportamento observado e indícios factuais de conspiração (o *plus*).

É inegável que a decisão no “caso da ponte aérea”, quanto vista de uma perspectiva mais ampla, caminha na direção correta, ao confirmar a jurisprudência brasileira ainda incipiente, que afirma a necessidade da presença daqueles dois elementos factuais e comportamentais para a afirmação da existência de um cartel. Porém, os elementos coligidos nos votos favoráveis e contrários à condenação das empresas envolvidas permitem identificar um padrão pouco rígido de afirmação tanto de uma coisa, quanto de outra.

Sabe-se que houve uma reunião – noticiada no dia seguinte pela imprensa – entre presidentes das empresas envolvidas. Não se sabe ou, mais precisamente, não se estabeleceu nos autos nenhuma prova acerca de seu conteúdo, sobre o qual apenas se especula ou se faz uma valoração subjetiva. Demonstrou-se que o paralelismo identificado foi material ou cronologicamente possível e, portanto, realizável na prática sem a necessária combinação entre as partes. No sentido da probabilidade econômica, o “debate” trazido nos votos proferidos parece indicar que, sim, havia uma explicação alternativa para o paralelismo, baseada na racionalidade econômica subjacente à liderança de preços.

Referências bibliográficas

Federal Trade Commission / Department of Justice (2000). Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors. Disponível em <http://www.ftc.org>.

OCDE / Banco Mundial (1998). *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy.* Disponível em <http://www.oecd.org>.

OCDE – Committee of Competition Law and Policy (1999). “Background

Note”. OCDE (1999) *Oligopoly*.

Salomão, Calixto (2001). “Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis”. *Revista de Direito Mercantil*, vol. 121.

Scherer, Frederic (1970). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1980 (2ª edição).

Stigler, George (1964). “A Theory of Oligopoly”. *Journal of Political Economy*. Vol. LXXII, nº 1. Reimpresso em: *The Organization of Industry*. Chicago, The University of Chicago Press, 1968.

João Paulo G. Leal

proleal@yahoo.com.br

Edgard Pereira & Associados

PODER, DIREITO, CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA ^{*,**}

Prof. Dr. Ernst Joachim Mestmäcker, Bielefeld

O maior problema para a espécie humana, que a natureza o obriga a resolver, é o estabelecimento de uma sociedade civil administrada pelo direito. Esse problema é ao mesmo tempo o mais difícil, bem como aquele que demorará mais tempo para ser resolvido pela espécie humana.

Kant, Idéia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita, 1784

I. O novo iluminismo

A pretensão de espalhar a luz de um novo Iluminismo deve garantir o progresso e a cientificidade do pensamento nas ciências sociais. Esta pretensão é proclamada independentemente de se encontrar o seu fundamento de existência na dialética do Iluminismo, no Iluminismo sociológico da teoria do sistema, do Iluminismo insatisfeito ou na economia de mercado esclarecida. Os conceitos ilusórios, contudo, “sobre os quais a superstição erigiu seu trono sombrio”, não são mais reconhecidos, como Schiller a seu tempo, na Religião, nos poderes incompreendidos da Natureza, nos domínios dos privilégios de status, corporação ou nascimento ou na censura estatal. O que é a superstição agora é primeiramente o conceito científico não compartilhado, o interesse do conhecimento não refletido, a falsa consciência, a qual nutre a repressão, ou entendimento sobre o Estado errôneo, o qual nutre a anarquia. A memória da grande tradição da economia política, uma ciência dos estadistas e dos legisladores, e a memória da tradição da jurisprudência, de ser a ciência da liberdade, estão ameaçadas de afundar numa cruzada científica. Minhas reflexões dizem respeito à questão de como é possível, sob tais circunstâncias, chegar a um entendimento entre as ciências sociais sobre poder e direito na economia

* Publicado originalmente em “*Macht - Recht - Wirtschaftsverfassung. Vortrag, gehalten auf der Hundertjahrfeier des Vereins für Socialpolitik in Bonn am 5.9.1972; in: Verhandlungen auf der Tagung des Vereins für Socialpolitik in Bonn 1972, Macht und ökonomisches Gesetz, Erster Halbband, 1973, S. 183 ff. = ZHR 137 (1973), S. 97 ff.*”

** Traduzido por Leopoldo Ubiratan Carreiro Pagotto e Thereza Maria Sarfert Franco Montoro.

social. Em questão, coloca-se não o direito enquanto objeto de pesquisa da sociologia, mas o direito enquanto elemento constitutivo da sociedade.

A economia inglesa clássica estabeleceu os pontos de referência empíricos para os projetos dos sistemas filosóficos do idealismo alemão, os quais definem nosso entendimento de liberdade, poder e domínio até hoje. Quanto mais radicalmente o positivismo contrapunha os princípios próprios do conhecer científico contra o agir prático, mais claramente vinham à tona as implicações políticas metodologicamente negadas das ciências sociais. Nenhuma ciência, a qual tenha o agir social como objeto, pode se subtrair da antinomia entre poder e liberdade. Teoria e prática política deixam-se distinguir por causa disso, pelo modo como elas delimitam e querem solucionar os conflitos que surgem o exercício das liberdades burguesas. Contrariamente, as opiniões sobre as causas dos conflitos e sobre quais fins últimos buscados com sua solução têm também sempre feições da teodicéia e da ideologia política. O mesmo vale para opiniões antropológicamente fundamentadas sobre se o homem por natureza seja igual ou desigual, bom ou mal, agressivo ou pacífico: O problema da construção do Estado é, por mais duro que soe, até mesmo para um povo de diabos (conquanto tenham, ao menos, razão), solucionável. Por isso, é uma objeção fraca a um sistema econômico dizer que partiria do egoísmo e da ambição por lucro dos homens e por isso minaria sua moralidade. Não é necessário decidir aqui, com qual sistema econômico o agir altruístico seria mais possivelmente compatível. A experiência mostra, contudo, que a possibilidade do agir egoísta é utilizada com tamanha frequência nos mais diferentes sistemas econômicos que se pode compreender melhor com essa hipótese o agir econômico. De outra maneira como seria possível entender a afirmação de Oskar Lange de que os preços de compensação numa economia socialista teriam o mesmo caráter objetivo como o preço de mercado sob condições de concorrência.

Com o objetivo de eliminar as causas dos conflitos sociais ou com a pretensão de já tê-los eliminado, liga-se praticamente sem exceção a promessa da bem-aventurança presente ou futura. A pretensão do Estado ou da sociedade de saber como a felicidade alheia deve ser obtida presenteia aos detentores do poder uma consciência especialmente tranqüila, mas a maior desgraça aos homens que têm a infelicidade de ter outras concepções sobre a propósito de sua vida. Quão grande é a distância teórica entre o súdito que se tornou cidadão e o sujeito burguês que ainda precisa adquirir uma consciência emancipatória, tão pequena é a diferença prática entre a razão de Estado e a consciência correta garantida pela sociedade.

II. O predomínio da política e da economia sobre o direito

A fascinação originária da economia inglesa clássica como um sistema de “liberdade natural” conduziu, por diferentes motivos, à falsa compreensão dos princípios próprios do econômico como independentes do direito e do Estado. No processo de especialização das ciências sociais, os propósitos, os objetos e os métodos das ciências do direito e da economia tiveram que se diferenciar. O esforço, contudo, por uma “pureza” específica da forma de conhecer dá asas, em ambos os lados, ao entusiasmo pela elegância da construção de teorias, mas retira, da consciência e do campo inesgotável de questionamentos científicos de ambas as ciências, a referência a fundamentos sociais comuns. A verificação de que também dentro da outra ciência diverge-se remete o jurista, na dúvida, à experiência do dia a dia e à jurisprudência e o economista, às hipóteses e aos modelos. Não se deve subestimar a relevância política desta auto-suficiência. Ela constitui um pressuposto para que os adversários mais implacáveis do sistema de economia de mercado pudessem colocar a seu serviço as leis internas próprias. Não é por acaso que a crítica radical ao liberalismo econômico também sempre tenha sido a crítica ao Estado de Direito burguês. A naturalidade, com a qual Adam Smith pressupunha “an exact administration of justice” como fundamento de um sistema econômico livre, é subvertida para o seu contrário, ou seja, a supremacia de política a economia sobre o direito. Isto pode ser demonstrado por críticos tão opostos quanto Carl Schmitt e Karl Marx. Na “Farda Brilhante do Poder” via Heinrich Heine os filósofos alemães do Estado; Carl Schmitt acreditava encontrar nela a forma do político, cuja substância seria a relação amigo-inimigo independentemente de sua forma de apresentação: “Tão logo a produção se tornar totalmente anônima e o véu formado pelas sociedades por ações e outras pessoas jurídicas tornar impossível a imputação de homens concretos, deve a propriedade privada do apenas capitalista” ser rejeitada como um apêndice obscuro. Quando o econômico se torna o político, ela se subtrai ao direito pequeno burguês e define mesmo as relações amigo-inimigo. Para Karl Marx, não era insuportável o pensamento de que o demônio do poder pudesse se curvar ao direito irrevogavelmente. Ao contrário, indignava-lhe o abuso do “suntuoso catálogo dos direitos humanos” para privar os trabalhadores dos mais óbvios direitos de proteção e a redução do espírito da leis ao espírito da propriedade.

Porém, também Marx não quis renunciar à mão invisível do capitalismo, a qual deve executar o trabalho do socialismo até o desenvolvimento total das forças produtivas e a libertação da classe trabalhadora. Independentemente de se tornar estético o poder e a política como liberdade face ao direito ou de se

demonizar a concorrência, o direito privado é identificado com o sistema econômico. Através dessa identificação exclui-se de antemão teoricamente a possibilidade de se restringir o poder econômico dentro de tal sistema. A concepção da neutralidade política ou das leis internas próprias nascentes da natureza do sistema de economia de mercado e do direito privado levou àquele “equivoco freqüentada abstração”, para o qual Hegel alerta em sua *Filosofia do Direito*, de fazer valer o direito e o bem-estar privado, isto é, o econômico, em si e por si contra a esfera geral do Estado. Este equivoco é compartilhado por hegelianos de esquerda e de direita. O poder econômico comprova a uns a irresistibilidade do político até mesmo quando ela contesta o domínio do Estado; para os outros de qualquer forma, o sistema econômico subsumiu sobre si o direito, o Estado e o político. Disso se explica, por mais contraditório que isso queira parecer num primeiro momento, por que justamente as teorias são propagadas em doses homeopáticas pelos apologetas da concentração e das monopolações.

A relevância política e social incontestável das empresas e dos sindicatos patronais ou dos sindicatos dos trabalhadores serve de pretexto para separá-los, enquanto detentores de poder político e social, do contexto do sistema jurídico e econômico. O interesse público, com cuja ajuda as grandes empresas são estilizadas como instituições, é utilizado para justificação delas ao controle do direito privado e da concorrência.

O esforço para este objetivo parece-me ser um importante indício para a efetividade da contenção do poder dentro de um sistema de concorrência. A renúncia à propriedade privada, forjada na ideologia da grande empresa, é assimilada pelo outro lado para controlar estas empresas por dentro através da gestão paritária ou por fora através das forças socialmente relevantes. Também as empresas jornalísticas devem ser subtraídas da influência da propriedade pela forma jurídica da fundação ou instituições de caráter público, para desenvolver “modelos” para a coletivização dos meios de produção. Uma comunidade política, que abandona os princípios estruturais de sua ordem econômica com a justificativa de que estaria em discussão problemas relevantes social e politicamente, já abandonou esta própria ordem. Esta afirmação não se direciona contra a necessidade de a possibilidade de constante análise crítica dos fundamentos da ordem jurídica e econômica existente. Ela também não quer contradizer a exigência tão veementemente colocada pelos Srs. Nove e Zimmerman de incluir as empresas enquanto dotadas de particularidades organizacionais e estruturais na análise econômica. Contudo, trata-se de rebater a tentativa de se dar autonomia às empresas com a alegação de, no capitalismo tardio, só serem domináveis politicamente, mas não mais controláveis jurídica e economicamente.

III. O não privado direito privado

Os responsáveis pelo planejamento econômico descentralizado na economia de livre circulação, famílias, empresas e sindicatos, efetivam seus planos nos limites e com os instrumentos do direito privado. Por essa razão é necessário insistir na incontestável correspondência estrutural entre o sistema de economia de mercado e o sistema de direito privado como base da constituição econômica. O direito privado é um processo indispensável para a resolução dos conflitos ente cidadãos livres no local onde eles surgem. O paralelismo estrutural entre o direito civil clássico e uma economia conduzida de forma descentralizada e baseada na divisão do trabalho não pode, no entanto, ser reduzido a um relacionamento entre forma e conteúdo ou entre instrumento e objetivo. Mas foi esta idéia de paralelismo, que baseou a grandiosa tentativa de Lorenz Von Stein, de seríssimas conseqüências científicas e políticas, de fundamentar a unidade entre as ciências jurídica e econômica nas ciências do Estado: “Se eu quero encontrar o direito, preciso procurá-lo na idéia daquele que o produz....Assim, uma definição jurídica não é jurídica no sentido comum do termo, mas sim....uma definição econômica.” Quanto mais enfaticamente se aponta para a interdisciplinariedade entre a ciência jurídica e a ciência econômica, mais decisiva é a necessidade de esclarecer e impor a autonomia das funções do direito em relação à economia. O direito tem como referência regras econômicas, ele extrai delas importantes elementos de conteúdo para as suas normas; mas a seleção desses elementos de conteúdo, o relacionamento entre eles, o reconhecimento da ação livre ou a necessidade de sua restrição precisam ser determinados através da atividade legislativa e da interpretação das normas. O significado sistemático e prático fundamental do direito das restrições à concorrência consiste no fato de que tal direito considera o relacionamento de tensão entre a autonomia econômica e jurídica dentro do mesmo contexto no qual Marx antevê a prova do caráter antagonico, belicoso e violento do sistema.

Nos Estados Unidos, foi a viva consciência histórica e política das relações constitutivas entre liberdade econômica e política o que possibilitou o desenvolvimento das leis antitruste como complemento necessário da democracia política. Na Comunidade Econômica Européia (CEE), o sistema da concorrência perfeita - muito além do tradicional âmbito do direito dos cartéis - pertence aos fundamentos de constituição da Comunidade. Essa concepção é a conseqüência política talvez mais importante da noção da possibilidade de conformação jurídica da ordem econômica, introduzida pela primeira vez na Alemanha por Walter Eucken e Franz Böhm.

Metodologicamente, o direito que protege a concorrência de limitações acolhe a autonomia da concorrência no que diz respeito à sua aptidão para garantir a terceiros possibilidades de escolha, para limitar liberdades de negociação e para coordenar planos autônomos de empresas. A relação com a economia como um todo, entretanto, não se estabelece, como normalmente se supõe, dirigindo-se, com base em qualquer que seja o tipo de modelo de concorrência eficaz, a política de preços das empresas pela autoridade pública. Limitações à concorrência indicam possíveis funções da concorrência. Assim, relações de concorrência até então desconhecidas tornam-se freqüentemente visíveis pela primeira vez em contratos de restrição à concorrência. Nisso a concorrência se confirma como um processo de descoberta. A exigência que sempre se repete quanto a uma definição de conteúdo da concorrência não considera suas funções normativamente asseguradas. O principal significado dessas funções para a possibilidade de uma constituição econômica consiste no fato, de que elas tornam compatível a contenção do poder, que é o primeiro objetivo do direito, e a regulação macroeconômica descentralizada do comportamento empresarial. Isso não resolve as tarefas de uma constituição econômica, mas indica-as em sua peculiaridade metodológica: não se trata apenas de identificar as questões comuns das ciências jurídicas e econômicas. É igualmente importante desenvolver soluções de política econômica que possam ser relacionadas às normas jurídicas e constitucionais.

O tratamento diferenciado do direito privado e do direito público causou, por outro lado, uma separação que é comparável em importantes aspectos com a separação entre micro- e macroeconomia. A possibilidade de comparação ocorre já que as relações entre sociedade e Estado, entre microestruturas e o todo econômico, são desprezadas com o objetivo de alcançar de forma imediata o bem público. Muitos sinais indicam que, na busca pela ampla instrumentalização da moeda, da demanda e dos investimentos, a política econômica corre o risco de causar tempestades na área política, que deixarão a estrutura dos elementos fundamentais da economia intactos, como Marx afirmou com relação à política de uma forma geral.

IV. Democracia e economia de mercado

Na mesma medida em que é possível livrar o direito privado de seu isolamento conceitual, econômico e político, ganha terreno um outro equívoco, a saber, a noção de que a constituição política deveria se restringir ao sistema de direito privado ou à constituição econômica. Não está aqui se falando das noções daqueles professores de direito do Estado, que querem se

diferenciar dos meros professores de Estado de Direito, os quais permanecem adstritos aos constructos normativos.

Por outro lado, Horst Ehmke se opôs à tentativa de justificação de uma constituição econômica, pois isso perpetuaria a divisão entre Estado e sociedade, restando fracassado o aspecto político da constituição enquanto ordenamento liberal e democrático da comunidade política. Para o direito constitucional, trata-se da relação entre os direitos fundamentais economicamente considerados e a competência do legislador. Do ponto de vista econômico, trata-se da relação entre política de ordem e política econômica discricionária. Politicamente, trata-se, realmente, da questão se a tensão entre Estado e sociedade pode ser abolida pela competência abrangente da comunidade política democraticamente legitimada. É seguramente certo que, através da separação entre Estado e sociedade, são ocultados importantes problemas estruturais dos Estados industriais democráticos. Na tradição alemã, a sociedade civil não questionou a posição autônoma e independente do Estado, tendo, ao contrário, se tornado a sua mais importante justificação. Conforme formulou Lorenz Von Stein durante o auge da primeira fase da industrialização, a tarefa do Estado é evitar a transformação do interesse econômico e social em privilégio: “Para tornar isso possível, o Estado precisa pairar acima de todas as classes sociais, já que toda falta de liberdade acontece quando uma das classes se apodera do poder do Estado”. Mas isso, entretanto, não responde a questão de como o Estado parlamentar democrático pode ser independente e neutro, tendo em vista que as desigualdades econômicas e sociais resultantes das liberdades civis influem sobre a formação do Estado.

“Em uma democracia, o que são os diferentes grupos do parlamento que não representam dos interesses que eles próprios defendem? Raramente surgirão sábios e confiáveis estadistas, capazes de equilibrar os conflitos de interesses sociais e subordiná-los ao bem público. Além disso, em regra, eles não estarão em condições de desconsiderar os interesses evidentes e imediatos de um grupo em razão de considerações relativas ao bem comum; considerações estas que serão geralmente indiretas e distantes”. Eu não citei Karl Marx para demonstrar a impossibilidade do controle político do poder econômico em uma democracia, mas sim a tentativa de James Madison em “O Federalista” de 1787, de analisar as condições com as quais uma democracia parlamentarista e de um estado de direito deve contar. O Estado democrático não pode ser independente de grupos de interesses. Não existe o legislador neutro, como pressupõe o ensino do puro Estado de Direito. A Administração não é politicamente neutra, como exige a doutrina continental-européia da separação de poderes.

Por isso a referência às decisões da coletividade política não soluciona a questão da constituição econômica. Ao contrário, torna-se a tarefa mais difícil da democracia parlamentar controlar os relacionamentos de poder na sociedade de maneira que nenhum grupo tenha condições de estabelecer de maneira absoluta os seus próprios interesses como os interesses da coletividade. O relacionamento entre Estado e sociedade constitui, sob estas condições, o problema material da divisão de poderes. Tal problema ganha importância igual à separação organizacional entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A possibilidade de auto-afirmação da comunidade política em contraposição à economia é questionada em razão do peso político dos grupos, em razão da presença e da participação ativa do Estado na economia, e em razão das reivindicações políticas por configurações sociais feitas pelo Estado. Não é de se surpreender que as alternativas propostas para a divisão de poderes se reduzam a dois padrões básicos: a dissolução do Estado na economia e na sociedade, o que Galbraith afirma como já tendo ocorrido na prática, ou a exigência de tomada do processo econômico e da coesão econômica sob o comando estatal. Em parte, os problemas práticos daí resultantes são ocultados com a tese da aproximação entre o leste e o oeste. Em parte não se percebe que também a nova sociedade, a qual tomou o controle da economia, necessita de uma organização. Os defensores do Estado forte, por outro lado, parecem esquecer que a dependência do Estado com relação à economia confirma-se definitivamente com a estatização.

A divisão de poderes na sociedade como base para uma constituição econômica só é possível segundo o princípio da diferenciação funcional. O meio mais importante de diferenciação funcional é o direito.

V. Divisão de poderes

Sob as condições de liberdade e igualdade, evitar a utilização do homem para objetivos do Estado ou da sociedade tornou-se historicamente a tarefa mais importante do direito. A ação social livre é ação funcionalmente limitada. Por isso Hegel chamou o direito da sociedade civil como direito abstrato e vislumbrou nisso a sua progressividade histórica. O sujeito de direito se torna a série de suas ações na sociedade. Na pessoa jurídica, o sujeito de direito fica limitado a funções específicas. Isso explica o fato das pessoas jurídicas terem se tornado uma característica estrutural das sociedades industriais. O direito tem a tarefa de evitar a usurpação de funções juridicamente diferenciadas por indivíduos ou por grupos, colocando à disposição as regras para a realização dessas

funções através de decisões de solução de conflitos. Essa tarefa não significa a preservação do *status quo* ou a dispensa de reflexão pela sociedade, e ela não dá ao econômico um posto mais elevado do que ele merece pela realização pessoal do homem. O direito não se destina à manutenção de determinadas funções do sistema, nem à garantia de determinados resultados sociais. A sua tarefa é preservar as condições sob as quais o processo de diferenciação funcional permite que o indivíduo se satisfaça em todas as suas particularidades. Por isso abandonamos o direito como tal, quando se declara os direitos essenciais como inaplicáveis por causa de problemas de funcionalidade econômica.

Quem confronta a propriedade dos meios de produção com a propriedade privada sem função econômica, com o objetivo de, por exemplo, preservar a “casa própria”, impede que um número incalculavelmente grande de cidadãos tenha a possibilidade de decidir, no exercício de sua liberdade profissional e negocial, se querem usar sua assim chamada “propriedade voltada para o consumo” como propriedade voltada para a produção. Esses direitos fundamentais determinam a qualidade da ordem econômica.

Juntos com a concorrência, os direitos fundamentais incentivam a fantasia e a riqueza da descoberta dos indivíduos como as fontes mais importantes da produtividade social. Ao contrário, o mero arranjo das diferentes distribuições de posse, direito e propriedade poderia até ser planejado.

Da necessidade de decisões de solução de conflitos baseadas em diferenciações funcionais juridicamente asseguradas resultam conseqüências relevantes para a compreensão da legislação e da aplicação do direito. O poder econômico confere a possibilidade de escolher, multiplicar ou isolar os locais em que os conflitos são decididos. Daí resulta a capacidade de se esquivar das normas reguladoras de conflitos da ordem jurídica e constitucional, e, através disso, alterar o sistema normativo das diferenciações funcionais em detrimento de terceiros. Esse ponto de partida para o amplo controle jurídico do poder econômico pode dar critérios importantes para a interpretação dos direitos fundamentais. O critério também pode ser usado para a apreciação do desenvolvimento legislativo do direito e para a política econômica discricionária. Esse aspecto adquire especial importância porque o poder para o deslocamento do conflito inclui a capacidade de elevar conflitos juridicamente regulados para o plano da política e, desta forma, subtraí-los faticamente da regulação pelo direito em vigor. A experiência dos estados industriais mostra que se torna o objetivo político mais importante dos grupos remover conflitos de seu contexto primário entre os agentes e deslocá-los para outros níveis, de preferência para o Estado, ou então alterar as condições sob as quais os conflitos são decididos, de prefe-

rência com a ajuda do legislador. Na mesma medida em que essa política tem sucesso, um sistema juridicamente ordenado da divisão dos poderes torna-se desacreditado na sociedade, minado na prática e politicamente debilitado. As tentativas e os efeitos de uma política de dinheiro fácil podem ser representados nessas categorias da mesma forma que a política concorrencial ou os problemas da autonomia tarifária. Essas categorias contêm também critérios para sabermos se podemos transferir para as associações de operários, além da autonomia tarifária constitucionalmente assegurada, a co-gestão paritária nas empresas e a disponibilidade central sobre fundos de ações, os quais resultariam da formação patrimonial dos operários.

Friedrich A. von Hayek extraiu, das inúmeras dificuldades causadas pela política de interesses em uma sociedade livre, a consequência de que uma ordem livre somente é possível através da renúncia a políticas discricionárias e através da ligação de todas as ações estatais com os princípios gerais de direito constitucionalmente assegurados. O Estado de direito, dessa forma, não se opõe ao Estado legislador, mesmo quando a consequência teórica da “rule of law” indicasse isso.

À exceção dos problemas de comando global, o moderno direito do trabalho, o direito do trabalho individual e o coletivo somente puderam se desenvolver através da participação dos operários e de suas organizações nos processos legislativos democráticos. Um elemento certamente imprescindível da constituição econômica teve, assim, que se impor através de muito esforço em face do entendimento tradicional de propriedade e liberdade contratual. Até que ponto é possível, por outro lado, regular constitucionalmente a política econômica enquanto tal, depende da economia colocar à disposição critérios de apreciação que tornem possível uma concretização através da jurisprudência. O parágrafo 1º da Lei de Estabilidade alemã mostra claramente que não é suficiente incluir conceitos econômicos em uma lei. É muito mais importante a justiça dos critérios com relação à matéria a ser apreciada. Até agora, a concretização de cláusulas gerais através da jurisprudência só foi possível nas áreas em que o paralelismo sistemático do direito privado e do processo de economia de mercado leva a microestruturas com capacidade de apreciação jurídica. Na apreciação de contextos macroeconômicos enquanto tais, a jurisprudência, por outro lado, não pode ser mais inteligente do que a economia nacional de seu tempo.

Essa afirmação não pode pôr em dúvida a necessidade e a possibilidade de se levar em conta a existência e a capacidade funcional de uma constituição econômica juridicamente assegurada, (e, especialmente, os efeitos da

ação estatal sobre a divisão de poderes na sociedade) para os meios da política econômica e também para os meios de comando global. Nesse contexto, nenhuma questão passa a ter maior importância do que uma ordem monetária que assegure um critério de avaliação estável para a ação econômica das empresas e dos Estados.

VI. Livre da escassez e do direito

A tentativa de concretizar os princípios do Estado de Direito numa teoria de constituição econômica pressupõe que a ciência econômica e a ciência jurídica tenham objetivos de conhecimento comuns. Os limites da economia indicam até certo ponto os limites do direito, já que se trata, em primeiro lugar, de otimizar as possibilidades da ação prática no âmbito do sistema econômico. Contra essa possibilidade se volta a Teoria Crítica de Frankfurt. No lugar do direito, que estabelece as regras segundo as quais os conflitos sociais são decididos, e no lugar da economia, que formula as condições sob as quais a ação econômica do Estado, dos indivíduos e dos grupos torna-se compatível com o interesse público, surge a comunicação livre da dominação: “Ou seja, organização das relações sociais segundo o princípio de que a validade de toda norma politicamente importante torna-se dependente de um consenso baseado na comunicação livre da dominação.” A questão, porque uma teoria social de uma comunicação livre de dominação leva à falta de comunicação entre grande parte das ciências sociais não deve preparar terreno para a polêmica interrupção do diálogo. Também não se deve, baseado em qualquer que seja a delimitação conceitual de ciência, simplificar a questão, declarando como ideologia tudo que aparentemente não couber no próprio sistema de referências. Pelo menos, em relação à Teoria Crítica, a economia nacional e a ciência do direito poderiam invocar aqui o princípio da reciprocidade.

Um assunto a ser resolvido pela Teoria Crítica é a dificuldade de como é possível pensar a ação livre em seus pressupostos e seus efeitos na tradição de Marx, ou seja, sob o pressuposto de que, na sociedade burguesa, todos os meios de desenvolvimento da produção se transformam em meios de dominação e exploração dos produtores. O aspecto fundamental da dificuldade foi vislumbrado por Adorno, quando ele diz que, sem nenhum pensamento voltado para a liberdade, dificilmente uma sociedade organizada pode ser justificada. Apesar desta referência à filosofia transcendental de Kant e ao idealismo, ele nega a possibilidade de desenvolver o pensamento da liberdade nessa tradição: “Todos os conceitos que devem, na “Crítica da Razão Prática”, em honra da liberdade, preencher o abismo existente entre o imperativo e o ser humano, são repressi-

vos: lei, intimação, atenção, dever, causalidade derivada da liberdade, transformados em sua forma corrompida, a obediência.” Habermas deseja solucionar a questão através da teoria do conhecimento, juntando a razão teórica e a razão prática, pensadas por Kant de maneira separada, em unidade de reflexão crítica na intenção prática. Apenas dessa maneira se torna também possível evitar a redução da consciência ao conhecimento produtivo e à ação instrumental de Marx. Ao lado do conhecimento produtivo surge o conhecimento reflexivo, ao lado dos operários como sujeitos da emancipação surgem os intelectuais. A luta de classes torna-se processo de reflexão em nível elevado. Sob esses pressupostos, a eliminação da dominação desnecessária pode ser realizada não dentro do sistema econômico, mas apenas contra o sistema, não mais com os meios do direito, mas apenas contra o direito. Uma teoria da ação social que se constitui como interesse através do conhecimento, pode ter sucesso sem a economia atual e sem o direito atual, já que tem como resolvidas as questões que formam o objeto dessas ciências. Presume-se que a liberdade só se realiza onde não subsiste a pressão da natureza externa em forma de escassez; ou, como formulado por Adorno, pela “abundância de bens”. Para comprovar tal afirmação, não seria necessário o esforço da crítica do conhecimento. Em Kant, a razão prática também se relaciona com o conhecimento e com a ação em sua realidade empírica, a saber, com a possibilidade de realizar a liberdade na insuficiência humana através de uma constituição civil em uma sociedade antagônica. Ocorre que a capacidade que permite a reflexão sob o postulado da liberdade com o objetivo de realização de tal liberdade de acordo com as condições da respectiva sociedade é, para Kant, o “julgamento refletido”. Habermas pode unir razão prática e teórica porque ele retirou de ambas, junto com as pressões da natureza, suas referências empíricas, afirmando a reflexão na comunicação livre de dominação como norma e normalidade sociais. Essa relação, a qual, na tradição filosófica alemã, somente se demonstraria pela difícil explicação da filosofia de Kant, foi formulada por David Hume de maneira bem mais simplificada. Em contraposição aos filósofos, “os poetas jamais teriam qualquer dificuldade em afirmar que os conflitos que pressupõem o direito não encontrariam mais qualquer fundamento se cada indivíduo percebesse, de maneira carinhosa, os interesses do outro ou se a natureza preenchesse abundantemente todos os nossos desejos e necessidades.”

VII. Contribuições europeias para o trabalho pela paz

A evidente crise das ciências do Estado baseia-se, entre outros, no fato de que o sistema de referências ao Estado tornou-se insuficiente. Sob o tópico

das empresas multinacionais nós concentramos e resumimos a totalidade dos problemas que resultaram da internacionalização das relações econômicas e dos conflitos entre empresas, de um lado, e entre empresas e Estado, de outro. As empresas podem agora escolher não somente entre as ordens jurídicas que melhor correspondam a seus objetivos, como também entre as políticas estatais econômicas e monetárias que lhes sejam mais favoráveis. Portanto, encontram-se em dificuldade principalmente as concepções de política econômica que se inclinam, desde Keynes, a deixar de lado estruturas empresariais e de mercado, como se fossem fenômenos secundários, e que fizeram da economia como ciência da riqueza das nações uma ciência da riqueza da nação.

O acontecimento histórico da CEE consiste em agregar e coordenar a internacionalidade do direito e das instituições políticas à internacionalidade das relações econômicas. Nesse sentido, a CEE contém uma constituição econômica. Sua base material é formada pelas liberdades de circulação de mercadorias, pessoas e serviços, a proibição de discriminações nacionais e o sistema de concorrência perfeita. No que se refere às categorias de Estado e sociedade, a CEE tem o seu ponto de partida no direito da sociedade civil e de suas instituições, enquanto primeira manifestação da comunidade também no âmbito internacional. Aqui surge pela primeira vez a possibilidade de se alcançar uma solução para as necessidades da política econômica, que, no âmbito estatal, aparecem cada vez mais como dilema entre poder econômico e à impotência estatal. Torna-se possível não apenas reduzir poder econômico, mas alargar territorialmente o âmbito dos efeitos do poder público. Assim, a política econômica poderia novamente ser colocada em posição de poder exercer o comando global através de meios globais eficientes, ao invés de, por meios de direção global, exercer políticas estruturais e regionais involuntárias e insuficientes.

Aqui não é o lugar de se discutir as dificuldades da união econômica e monetária planejadas, a seqüência das medidas necessárias ou o relacionamento com o sistema econômico mundial. A estagnação da CEE - apesar de sua expansão - não deveria ser atribuída, em primeira linha, às diferentes noções de estabilidade nos Estados-membros. Igualmente importantes são as resistências contra a vinculação quase constitucional já efetivada da vontade política dos Estados-membros. A posição independente da Comissão, conforme estipulado no tratado de constituição da CEE, assegura a aplicação das normas cogentes da CEE. A validade imediata das normas contidas no tratado de constituição da CEE, conforme desenvolvido pelos tribunais, faz com que os cidadãos dos Estados-membros sejam sujeitos de direito da comunidade. A política concorrencial vincula não apenas o comportamento das empresas,

como também o comportamento dos Estados-membros na qualidade de empresas; controla sua política de subsídios e elimina diferenças jurídicas que distorcem a concorrência através da harmonização jurídica. No estágio atual da integração é cada vez mais difícil manter as profundas diferenças ente as ordens econômicas dos Estados-membros. Com uma política monetária conjunta essa possibilidade estaria definitivamente abandonada.

Tendo em vista a interdependência efetiva entre as empresas e os mercados, dificilmente há alternativa ao desenvolvimento da CEE, independentemente da integração já consumada. O assunto que deverá ser decidido não é mais se devemos fortalecer a capacidade de ação política dos Estados ou aquela da comunidade. O que deve ser decidido é se os desdobramentos econômicos ocorridos independentemente dos Estados devem continuar deixados à sua própria sorte, e se estamos dispostos a enxergar, no abuso da soberania monetária como instrumento de um jogo de poder oligopolista, as bases do sistema monetário internacional.

Os perigos da estagnação política da comunidade não se manifestam apenas no esvaziamento de suas estruturas institucionais e nos avanços sempre constantes da cooperação entre os governos. As repercussões materiais da situação atual mostram-se especialmente claras no memorando da Comissão ao Conselho sobre a política industrial da comunidade. Para equilibrar as insuficiências da integração política e econômica, a Comissão sugere que os objetivos políticos da comunidade, incluindo os objetivos ligados à política externa, devem ser realizados com ajuda das empresas e das uniões entre as empresas. O pensamento político em categorias de política de equilíbrio, que marcou a política europeia dos últimos duzentos anos de forma tão desastrosa, repete-se no plano das empresas. O “desafio americano” é apenas um elemento dessa política, que equipara interesses nacionais a grupos de empresas nacionais e interesses europeus a empresas europeias transnacionais. Uma política industrial como essa envolve a probabilidade dos Estados não poderem mais impor seus princípios jurídicos e constitucionais contra as empresas transnacionais e da CEE retroceder a uma organização internacional que ajude no equilíbrio de interesses industriais através da cooperação intergovernamental.

Uma das exigências mais importantes, e que politicamente não são mais tão óbvias, para a efetivação da união econômica e monetária consiste no fato de que a união não deve abandonar as realizações da CEE relativamente à constituição econômica. O significado principiológico dessas realizações pode ser demonstrado através de uma comparação com a discussão sobre o direito econômico internacional em relação às nações com comércio estatal.

Independentemente da questão se a CEE como tal é reconhecida *de facto* ou *de iure* pela União Soviética, ou se registamos sua existência como realidade, os contrastes políticos entre sistemas econômicos planificados e de livre mercado cristalizam-se nos termos das regras de solução de conflitos. O que é indicado nos preâmbulos dos tratados europeus como contribuição para os trabalhos pela paz parece, à crítica da economia planificada, como a essência da perpetuação dos antagonismos imperialistas do capitalismo. O caminho alternativo para a paz passa, entretanto, pelo restabelecimento da soberania com o princípio da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados. É negada a possibilidade de se encontrar o ajuste dos interesses colidentes entre os cidadãos e entre os Estados numa união que tenha a tarefa de alcançar “um ajuste legal das controvérsias análogo àquele existente em um Estado universal”. Assim o caminho para a paz por meio do direito já foi pensado por Kant, no primeiro Iluminismo. Tal idéia pode também ser formulada da seguinte forma: O caminho para a paz passa pelo reconhecimento das relações jurídicas diretas entre os cidadãos, os quais não têm um mandato público, mas são delegados de seus próprios interesses. O significado político imediato desta questão é demonstrado pela conferência européia de segurança a ser realizada, a qual deverá promover a cooperação econômica e técnica entre o leste e o oeste.

De acordo com um relatório do secretário geral da ONU sobre o desenvolvimento do direito econômico internacional, no que se refere à circulação comercial entre as nações com comércio estatal, trata-se de diferenciar o direito econômico internacional público do direito econômico internacional privado. Trata-se de direito público na medida em que os Estados regulam, no exercício de sua soberania, o comércio realizado em seu território. O direito econômico internacional privado, por sua vez, tem como objeto apenas a realização de negócios comerciais internacionais. As relações, por um lado, entre os aspectos macroeconômicos da circulação econômica entre Estados e o direito público, e, por outro lado, entre os aspectos microeconômicos e o direito privado, são tidas como prova de que os obstáculos jurídicos a uma intensificação do comércio leste-oeste estão totalmente ultrapassados. Consoante essa diferenciação, o tratado de constituição da CEE contém exclusivamente direito público. Isto é notável principalmente quanto àquelas normas válidas diretamente entre os cidadãos e entre os cidadãos e os Estados-membros. Assim, uma diferenciação, a qual determinou por muito tempo o relacionamento entre o direito público e o direito privado na jurisprudência alemã, é inserida no âmbito do direito econômico internacional, justamente pela iniciativa das nações com comércio estatal. Novamente, o objetivo da separação principiológica consiste em isolar o direito privado relativo às transações comerciais, pretensamente neutro do ponto de

vista político, do direito público relativo à soberania dos Estados. Na tradição alemã, esta divisão ajudou a fundamentar a autonomia do sistema econômico capitalista e a neutralidade política do direito privado. Marx era da opinião que se tratava de uma ideologia burguesa.

OS CAMINHOS DO DIREITO ECONÔMICO PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS NACIONAIS

*Maria Augusta Fonseca Paim**

SUMÁRIO: *Introdução 1. Soberania e extraterritorialidade 1.1 Princípios da jurisdição extraterritorial 1.1.1 Princípio da nacionalidade 1.1.2 Princípio da segurança nacional 1.1.3 Princípio da universalidade 1.1.4 Princípio da personalidade passiva 1.1.5 Princípio da territorialidade objetiva e subjetiva 1.2 Teoria do impacto territorial 2. A aplicação do direito econômico além do território 2.1 A experiência norte-americana 2.1.1 Legislação 2.1.2 Jurisprudência 2.2 Limites à extraterritorialidade: as leis de bloqueio (blocking laws) 3. O direito antitruste internacional 3.1 Dificuldades 3.2 Caminhos percorridos e perspectivas; Conclusão; Bibliografia.*

Introdução

“The problem is obvious: competition law is national but commerce is increasingly global”. (Konrad von Fickenstein)¹

A globalização trouxe ao direito econômico desafios de difícil superação. A erosão das fronteiras nacionais resultou em inevitável dispersão de multinacionais, aumentando os processos transfronteiriços de fusão, cisão e incorporação. As práticas monopolísticas e de manipulação de preços passaram a envolver mercados relevantes e participantes de jurisdições distintas.

No contexto jurídico, a globalização faz com que os Estados percam, relativamente, parte da sua soberania, seja para um órgão comunitário, seja por influências de outros ordenamentos. Também torna-se mais frequente a tentativa de determinados Estados de fazer inserir suas normas internas sobre outros.

* Advogada em São Paulo e Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.

¹ *International Antitrust Policy and the International Competition Network*, apresentado na 29ª Conferência Anual de Direito e Política Antitruste Internacional do Fordham Corporate Law Institute, em 31 out. 2002, Nova Iorque apud BUDZINSKI, Oliver. *The International Competition Network: Prospects and Limits on the Road towards International Competition Governance*. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=503023>>. Acesso em 27 jun. 2004.

A principal dificuldade de se conferir efeitos extraterritoriais a leis e a decisões nacionais em matéria de direito econômico está em seu caráter instrumental de execução de políticas públicas. Como as decisões econômicas revelam interesses políticos de fundo sempre haverá questões de soberania intransponíveis, dificultando o alcance extraterritorial das normas de direito econômico.

O presente trabalho pretende analisar os caminhos extraterritoriais percorridos até então pelos sistemas de defesa da concorrência e discutir as propostas rumo à internacionalização/uniformização, ou pelo menos, a uma maior harmonização.

1. Soberania e extraterritorialidade

A ordem jurídica internacional pode ser contemplada sob dois ângulos distintos, vertical e horizontal².

No plano vertical, cada Estado mantém sua soberania, legislando e aplicando normas dentro de seu território sobre nacionais e estrangeiros, com o poder hierarquizado, centralizado na figura do próprio Estado.

Ao mesmo tempo, os Estados formam entre si um “arranjo horizontal”, no qual não há hierarquia entre eles ou poder de um sobre o outro. Este arranjo é essencial para um convívio pacífico entre os Estados, podendo ser denominado de “pacto de soberanias”.

Qualquer invasão à jurisdição territorial alheia só é permitida por expresso consentimento do Estado em questão, ou pelo acatamento de norma internacional, reconhecida por este mesmo Estado. Tal princípio é consagrado pelo artigo 2º da Carta das Nações Unidas³ de 1945, que contém a ressalva de

² A noção de horizontalidade do direito internacional é muito bem apresentada por José Carlos de Magalhães, no texto “Aplicação extraterritorial das leis nacionais”, In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.). *Poder Econômico: exercício e abuso*. Nessa oportunidade, o renomado internacionalista dá destaque ao trabalho de Richard A. Falk, “International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of Legal Order”, In *Temple Law Quarterly*, nº. 32, 1959, p. 295.

³ **Artigo 2** - “A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

(...) 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”.

que as suas disposições não interferem em matérias que estejam no âmbito da jurisdição interna dos Estados.

No mundo de hoje, contudo, a jurisdição territorial absoluta não é suficiente para resolver questões decorrentes da multiplicidade de eventos que ultrapassam as fronteiras dos Estados.

É comum verificar situações em que um Estado evoca sua jurisdição para julgar fato ocorrido no território de outro Estado. Da mesma forma, é frequente a necessidade de se fazer cumprir uma decisão em território distinto do Estado em que foi proferida.

Por esta razão, a ordem jurídica internacional passa a admitir, em certos casos, efeitos extraterritoriais às normas nacionais.

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição de um Estado, nas palavras de José Carlos de Magalhães, “decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território, e se justificam sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais”⁴.

O direito internacional reconhece expressamente a aplicação extraterritorial de normas nacionais desde o julgamento do caso *Lotus* (que será analisado mais adiante), em 1927, pela Corte Permanente Internacional de Justiça, entendendo ser legítima a expansão da jurisdição territorial, desde que sob a observância de princípios do direito internacional.

Os princípios norteadores do alcance extraterritorial da jurisdição dos Estados não são impostos arbitrariamente por cada Estado, mas são fruto de costume da comunidade internacional. Dentre os princípios mais aceitos pela comunidade internacional, estão os seguintes: da nacionalidade, da segurança nacional, da universalidade, da personalidade passiva e da territorialidade subjetiva e objetiva; analisados a seguir.

1.1. Princípios da jurisdição extraterritorial

1.1.1. Princípio da nacionalidade

O princípio da nacionalidade permite que os Estados exerçam jurisdição sobre seus nacionais que estiverem no exterior, desde que não provoquem confronto com os demais Estados.

⁴OP. cit., p. 661.

O fundamento desde princípio é a preservação das regras de direito interno, por exemplo, para garantir direitos fundamentais a seus nacionais ou para punir condutas antijurídicas praticadas pelos mesmos, onde quer que a tenham praticado⁵.

Um exemplo da aplicação deste princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 5, II, b, do Código Penal, segundo o qual a lei penal brasileira incide sobre o crime cometido por brasileiro no exterior, a partir do momento em que o criminoso adentre em território nacional e desde que o fato seja também tipificado como crime no ordenamento do local do delito.

Os Estados Unidos usam o princípio da nacionalidade com frequência, sobretudo em matéria antitruste, cujas leis têm alcance sobre atos praticados por cidadãos norte-americanos no exterior, mesmo que tais condutas estejam protegidas por leis locais, excetuando-se atos praticados em cumprimento de determinações oficiais, como foi ressaltado pelo caso *US vs. Supplied Chemical Industries Ltd* (105 F. Supp. 215 a 242)⁶.

Uma questão que surge no âmbito da aplicação extraterritorial de leis de acordo com o princípio da nacionalidade é a incidência deste princípio sobre a pessoa jurídica. Embora cada Estado adote critérios formais próprios para o estabelecimento da nacionalidade da pessoa jurídica - por exemplo, no Brasil, a pessoa jurídica é nacional do local em que foi constituída⁷ - nada impede que em determinados casos, os tribunais decidam incidir suas leis sobre os efetivos detentores do controle da pessoa jurídica em questão. Nessas situações, é possível que a pessoa jurídica tenha nacionalidade formal em um Estado e seus detentores estejam sujeitos à legislação de outro, gerando conflito de jurisdições.⁸

1.1.2. Princípio da segurança nacional

O princípio da segurança nacional garante ao Estado o direito de agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança interna ou externa, contra qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, ainda que os atos tenha sido praticados no exterior e lá concebidos, desde que não

⁵ MORE, Rodrigo Fernandes. *A efetividade das decisões judiciais nacionais em território estrangeiro*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2956>. Acesso em: 27 jun. 2004.

⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 662-663.

⁷ Art. 11º da Lei de Introdução do Código Civil.

⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 662.

tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado em que foi praticado. Também é aplicado nos casos de falsificação de moeda, crédito, símbolos públicos, selos documentos e demais papéis que envolvam a credibilidade de um Estado.⁹

Em tese, nenhum Estado está autorizado a praticar atos de governo em outro território mas, na opinião de José Carlos de Magalhães, sob a ressalva de que essa não é uma questão isenta de debates, se houver conivência das autoridades ou impossibilidade de controlar a prática de atos atentatórios a sua segurança, o Estado afetado estará autorizado até mesmo a substituir-se à autoridade do Estado territorial para pôr fim às atividades que lhe atingem.¹⁰

1.1.3. Princípio da universalidade

De acordo com o princípio da universalidade, um Estado pode legitimamente exercer jurisdição sobre atividades que ocorram fora de seu território, desde que sejam universalmente consideradas atentatórias aos direitos humanos, tais como: crimes de guerra, genocídios, tráfico de crianças, de escravos ou de mulheres, pirataria, terrorismo internacional.¹¹

1.1.4. Princípio da personalidade passiva

Pelo princípio da personalidade passiva, os Estados podem exercer sua jurisdição para fora de seu território, sempre que acontecimentos ocorridos em outros Estados envolvam como participantes passivos, nacionais do Estado em questão. Por exemplo, se o evento resulta em lesão criminosa a seu nacional, o Estado poderá submeter a sua jurisdição os responsáveis pelo resultado danoso. Este não é um princípio reconhecido pelos Estados que adotam a *common law*.

1.1.5. Princípio da territorialidade objetiva e subjetiva

Um exemplo clássico no direito internacional, é o de uma pessoa que, supostamente, no lado francês da fronteira da França com a Alemanha, atira numa outra pessoa, no lado alemão. Em tese, tanto a França quanto a Alemanha teriam jurisdição para julgar o caso.

⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 663.

¹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 663.

¹¹ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 663.

O princípio da territorialidade objetiva e subjetiva apresenta a resposta, pois considera o evento em dois momentos: o da prática do ato dentro de um território e o da consumação do ato, fora deste território. Terá jurisdição, o Estado mais afetado pelo evento, ou seja, onde o impacto territorial for maior.¹²

Pelo critério territorial subjetivo, o Estado tem jurisdição sobre eventos iniciados em seu território, mas consumados no exterior. Neste caso, a solução do exemplo acima apontaria a jurisdição das cortes francesas, porque o tiro saiu de seu território.

Um exemplo da aplicação deste princípio foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a jurisdição penal brasileira competente para processar os responsáveis pela explosão do navio inglês *The Tennyson*, em alto mar, portanto fora do território de qualquer Estado, em razão dos explosivos terem sido colocados em portos brasileiros¹³.

Por outro lado, pelo critério territorial objetivista, o Estado possui jurisdição sobre eventos iniciados fora de seu território, mas consumados dentro. Voltando ao exemplo acima, de acordo com este princípio, a Alemanha teria jurisdição porque a lesão, o resultado do ato, ocorreu em seu território.

Este critério foi reconhecido no caso *Cutting*, da jurisprudência norte-americana. O juiz John Basset Moore ao comentar tal decisão, proferiu clássica definição do princípio em destaque, sob os seguintes termos: “o princípio segundo o qual um homem que, intencionalmente, põe em movimento, fora do território de um país, uma força destinada a produzir efeitos dentro dele, é responsável no lugar onde o mal é produzido, é reconhecido na jurisprudência criminal de todas as nações”.¹⁴

Em suma, os fatos do caso *Cutting* são os seguintes: Cutting, cidadão norte-americano residente no México, publicou matéria injuriosa contra cidadão mexicano, inicialmente em jornal de circulação local e posteriormente reiterada em jornal da cidade norte americana de El Paso, no Texas. A vítima processou Cutting por calúnia e difamação decorrente da segunda matéria, alegando que, embora publicado em território norte-americano, o jornal teve grande circulação no México. O juiz mexicano, afirmando a sua jurisdição e aplicando o princípio da

¹² MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 664.

¹³ BRIGGS, Richard W. *The Law of Nations, Cases, Documents and Notes*. Nova Iorque: F.S. Crofts & Co, 1944, p. 287 apud MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 664-665.

¹⁴ *Report in territorial crime and the Cutting Case*, 1827, p. 23 apud MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit. p. 665.

territorialidade objetiva, decidiu condenar Cutting pois o ato fora praticado no exterior, mas seus efeitos principais ocorreram em território mexicano.¹⁵

O caso *Cutting* está em consonância com a jurisprudência internacional, pois o caso *Lotus*, julgado pela Corte Permanente Internacional de Justiça, em 1927, também baseou-se no princípio da territorialidade objetiva.

Resumidamente, os fatos do caso *Lotus* são os seguintes: o navio francês Lotus colidiu com o barco turco Boz Kourt, em alto mar, portanto fora do território de qualquer Estado. Ato contínuo, o barco turco afundou e oito pessoas de nacionalidade turca, dentre seus tripulantes e passageiros, morreram. O navio Lotus seguiu viagem, levando os sobreviventes a Constantinopla (Istambul). Ao adentrar em território turco, as autoridades turcas prenderam o oficial francês (tenente Demons), responsabilizando-o por ter dado causa ao acidente, por negligência. A França protestou, alegando que as cortes francesas eram competentes para processar o caso, pois a quebra de regulamentos marítimos deveria ser julgada pelo Estado da bandeira sob a qual navega a embarcação. A questão - violação ou não de princípios de direito internacional pela Turquia, ao tomar procedimentos criminais contra o tenente Demons - foi submetida à Corte Permanente Internacional de Justiça, que julgou favoravelmente à Turquia, admitindo, dentre outras razões, que os efeitos da ofensa produziram-se em embarcação turca, portanto território assimilado à Turquia, não havendo nenhuma norma de direito internacional proibindo-a de ter jurisdição contra o ofensor.

1.2. Teoria do impacto territorial

Com base na teoria da territorialidade objetiva, desenvolveu-se a teoria do impacto territorial ou doutrina dos efeitos. De acordo com esta teoria, “o Estado possui jurisdição para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes também não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir efeitos no território do Estado”.¹⁶

Diferentemente da territorialidade subjetiva e objetiva, não há mais necessidade de que parte do evento aconteça dentro do território. Como uma ficção legal, o agente passa a ser considerado como se estivesse presente no território onde os efeitos de seu ato se propagaram. Assim, não se considera nem mesmo que a jurisdição territorial esteja ampliada, mas que a jurisdição territorial pode

¹⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 665.

¹⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 666.

apreciar os fatos como se estivessem ocorrido localmente, em razão de seus efeitos, embora os atos em si tenham sido fisicamente praticados no exterior.¹⁷

2. *A aplicação do direito econômico além do território*

A aplicação do direito econômico além dos territórios nacionais surge naturalmente, a partir de uma necessidade instrumental, para sanar inevitáveis efeitos transfronteiriços de práticas antitruste.

É a teoria do impacto territorial, segundo a qual incide a lei antitruste do Estado do mercado relevante onde se verificarem as consequências das práticas restritivas, que vai pautar as decisões de alcance extraterritorial emanadas pelos Estados, envolvendo a matéria em questão.¹⁸

Esse elemento de conexão é adotado pelas leis antitruste da União Européia (artigos 81 e 82 do Tratado que instituiu a Comunidade Européia), do Brasil (art. 2º da Lei 8.884/94)¹⁹ e dos Estados Unidos.

A análise da evolução da aplicação extraterritorial das leis antitrustes deve começar pelo exame da experiência norte-americana pois, os Estados Unidos foram pioneiros na elaboração de normas antitruste - que serviram de parâmetro para muitas outras legislações, inclusive a brasileira - bem como, na concessão de efeitos transfronteiriços às mesmas.

2.1. *A experiência norte-americana*

2.1.1. Legislação

O primeiro documento legislativo antitruste norte-americano foi o *Sherman Act*, de 1890, que surgiu no contexto pós-guerra civil. O norte do país possuía grande concentração industrial, sobretudo nas áreas de telégrafos e ferrovias. A maior preocupação relativa aos monopólios não era a garan-

¹⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit, p. 666.

¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 385

¹⁹ “CAPÍTULO II

Da Territorialidade

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

tia da livre concorrência em si, mas os efeitos negativos econômicos e políticos ao consumidor.²⁰

O *Sherman Act* possui duas seções: a *Section I* declara ilegal qualquer contrato em forma de *trust* que crie dificuldades ao comércio interestadual e a *Section II* declara ser crime a monopolização do mercado, efetiva ou tentada.

A interpretação do *Sherman Act* gerou incertezas quanto à noção de monopólio, pois seus termos foram considerados muito vagos²¹. Além disso, a necessidade de se ampliar a preocupação com o consumidor para a proteção do concorrente contra práticas desleais de outro concorrente levou à conclusão de que esta regulamentação não era suficiente para garantir o regular funcionamento do mercado, isto é, a concorrência livre e leal.²²

Por esta razão surgiram, ambos em 1914, o *Federal Trade Commission Act*, com funções gerais de vigilância e aplicação das leis antitruste, e o *Clayton Act*, que exemplifica e condena certas condutas potencialmente restritivas à concorrência, como vendas casadas, aquisição e controle de outras companhias, dentre outras.²³

2.1.2. Jurisprudência

Nem sempre a doutrina dos efeitos teve aceitação junto aos tribunais norte-americanos, como demonstra o caso clássico *American Banana vs. United Fruit* (1909), em que o princípio da territorialidade absoluta da jurisdição impossibilitou a interferência em jurisdições alheias, mesmo considerando que os eventos tiveram efeitos extraterritoriais.

Os fatos são os seguintes: a empresa norte-americana *American Banana* processou sua concorrente *United Fruit Co.*, alegando que esta executara

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 58-60.

²¹ Por exemplo, a Suprema Corte americana ficou insegura em qualificar a monopolização no caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States* (Supreme Court of the United States, 1911; 221 U.S. 1), em que a família Rockefeller foi acusada de praticar monopólio de companhias de petróleo, após formar um *trust* para administrar ações das 40 companhias que detinham 90% do mercado. A corte determinou apenas a separação das empresas, que continuaram entre os membros da família, e conseqüentemente, os preços não caíram após a decisão, mas ao contrário, aumentaram. (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 62 e 347).

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 64.

²³ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 74-75.

plano para garantir seu monopólio de plantação de banana na América Central. O suposto plano foi favorecido pelo governo da Costa Rica, que praticou atos impossibilitando a continuação das atividades da American Banana na região, tais como, a apreensão de plantações e equipamentos e a retirada de sua ligação ferroviária com a costa. Com a obrigatória alienação das plantações da American Banana a terceiros, a United Fruit consolidou seu monopólio do comércio do produto na região, principalmente na exportação para os Estados Unidos.²⁴

Embora a existência do monopólio e a forma com que este fora alcançado constituíssem violação ao *Sherman Act*, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou expressamente que o ocorrido na Costa Rica era de competência do governo local, descabendo qualquer interferência externa.²⁵

Esta orientação, contudo, foi afastada em casos similares subsequentes.

O *leading case* da nova tendência é o *United States vs. Aluminium Company of America (ALCOA)*²⁶. Os fatos são os seguintes: O governo norte-americano acionou a ALCOA contra a prática de cartel, estabelecido por esta e outras empresas na Suíça, em 1936, com a constituição de uma sociedade chamada Alliance. O objetivo do cartel, lícito perante as leis suíças, era a delimitação da produção de linguotes de alumínio em quotas proporcionais ao número de ações que cada sócio havia subscrito à sociedade, incluindo acordo para que as exportações para os EUA se sujeitassem às limitações das quotas de produção, o que afetava o comércio internacional e a indústria americana. O acordo perdurou até 1938, mas a sociedade Alliance jamais foi dissolvida. A Corte norte-americana que julgou a ação decidiu que a conduta fora do território norte-americano estava sujeita às leis do Estados Unidos, ao se constatar que teve reflexos dentro do país.²⁷

A partir deste caso, a jurisprudência norte-americana firmou-se no sentido de que o Estado tem jurisdição sobre as práticas antitruste em outros Estados, sempre que forem observados efeitos internos em seu território.

De nada adianta, porém, a interferência em jurisdições alheias se estas decisões não forem reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos internos. O princípio da territorialidade prevalece sobre os demais, de forma que, o Estado, no exercício de sua soberania, tem que aceitar o ato extraterritorial

²⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 667.

²⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 667.

²⁶ (320 U.S. 230, 1945).

²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 669.

para que o mesmo valha no âmbito doméstico, mediante seus trâmites internos de homologação de sentença estrangeira.²⁸

É o que não ocorreu no caso *Imperial Chemical Industries e Dupont de Nemours (United States v. ICI)*, também decidido nos Estados Unidos. A ICI, empresa inglesa, e a Dupont, empresa americana, firmaram acordos de troca de patentes, resultando na divisão, entre elas, dos respectivos mercados e o da América Latina para a produção de fibra de nylon, eliminando, por conseguinte, a concorrência no setor.

As autoridades federais norte-americanas, tomando conhecimento destes acordos, promoveram ação antitruste visando anulá-los para restabelecer a livre concorrência nos mercados relevantes, tanto interno, quanto internacional.²⁹

A Corte norte-americana determinou que o acordo se desfizesse, mas uma subsidiária inglesa da ICI, envolvida na questão, acionou o Judiciário inglês, que não reconheceu ao tribunal americano a autoridade para dar ordens que destruiriam ou qualificariam direitos relativos a patentes (espécie de propriedade), pertencentes a um nacional inglês, que não está sujeito à jurisdição das cortes norte-americanas. A decisão, portanto, destinada a ser cumprida no país afetado pela extraterritorialidade, não teve nenhuma efetividade além do território norte-americano.³⁰

Numa outra ocasião, no caso do cartel de relógios suíços exportados para os Estados Unidos, as cortes norte-americanas, já atentas ao risco de falta de efetividade de suas decisões antitruste de alcance extraterritorial, restringiram a aplicação das leis aos acordos entre empresa suíças e distribuidores norte-americanos, atingindo, assim, apenas os indivíduos que estavam materialmente sujeitos à soberania norte-americana.³¹

2.2. Limites à extraterritorialidade: as leis de bloqueio (*blocking laws*)

Reagindo diretamente ao excessivo poder extraterritorial das normas antitruste norte-americanas, os Estados afetados criaram leis de bloqueio (*blocking laws*) que “impedem, em território nacional, a produção de efeitos

²⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 669.

²⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 670.

³⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. cit., p. 670.

³¹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 391.

de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas”³².

As leis de bloqueio, portanto, são utilizadas sempre que se vislumbrarem ameaças ou prejuízos à soberania e aos interesses econômicos e comerciais pátrios, pela execução de sentença estrangeira ou pela divulgação de informações.³³

Apesar de denominadas de “leis”, as *blocking laws* nem sempre constituem textos legais proibindo expressamente a colaboração da autoridade nacional em relação a ordens proferidas por autoridades estrangeiras. Também podem emanar de decisões administrativas ou judiciais, desde que esteja presente seu elemento essencial de impedir a produção de efeitos locais de atos de autoridades estrangeiras.³⁴

Existem três tipos de leis de bloqueio: 1) as que impedem a homologação ou execução das sentenças estrangeiras; 2) as que dificultam ou impedem a colaboração de autoridades, pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou estrangeiras no país, em processos conduzidos por autoridades estrangeiras; 3) as que eliminam os efeitos já produzidos por sentença estrangeira.³⁵

O caso *Westinghouse* foi um marco na formulação de *blocking laws*. Os fatos são os seguintes: a empresa norte-americana Westinghouse moveu ação indenizatória contra grupo de produtores de urânio, incluindo a empresa britânica Rio Tinto Zinc, alegando a formação de cartel internacional de urânio que manipulou os preços deste produto para patamares tão elevados que a deixou impossibilitada de cumprir seus contratos de fornecimento de urânio nos Estados Unidos, onde estava sendo processada por tal descumprimento.³⁶

Durante a instrução processual, a corte norte-americana buscou provas da constituição de cartel em outros países.

A *House of Lords* não reconheceu aos Estados Unidos o direito de investigação sobre empresas e indivíduos estrangeiros em relação a condutas praticadas fora do território norte-americano e, portanto, declarou o uso de

³² FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 392.

³³ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 393.

³⁴ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 393.

³⁵ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 393.

³⁶ LOWE, A. V. Blocking extraterritorial jurisdiction: the British protection of Trading Interests Act, 1980. *American Journal of International Law*. Abril 1981, vol. 75, n. 2, p. 269.

leis e procedimentos antitruste norte-americanos para a produção de provas em território britânico uma invasão prejudicial à soberania do Reino Unido.³⁷

Em seguida ao mencionado posicionamento no caso Westinghouse, o parlamento britânico promulgou, em 1980, *blocking law* denominada *Protection of Trading Interests Act*. O objetivo deste documento foi assegurar e reforçar as defesas do país contra tentativas de outros países de aplicar unilateralmente suas políticas econômicas e comerciais.³⁸

Para assegurar a proteção dos interesses britânicos, três tipos de medidas foram previstas: 1) a proibição de que cidadãos britânicos cumpram ordens de autoridades estrangeiras que tenham efeitos territoriais e que prejudiquem os interesses comerciais britânicos; 2) a proibição de que cortes britânicas executem julgamentos envolvendo indenizações por perdas e danos e controles de práticas restritivas de concorrência; 3) o estabelecimento de direito aos cidadãos britânicos, contra quem as cortes estrangeiras imputaram pagamento de indenização, de pleitear nas cortes nacionais quantias pagas de natureza não compensatória.³⁹

No Brasil, possui natureza de *blocking law* o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Da mesma forma, possuem função bloqueadora no ordenamento jurídico pátrio, o artigo 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que impede a homologação de sentença estrangeira “que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” e o artigo 181 da CF/88, segundo o qual “o atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no país, dependerá de autorização do Poder competente”.⁴⁰

Em tese, os mencionados dispositivos nacionais poderiam ser usados no Brasil para a recusa ao cumprimento de ordens judiciais estrangeiras em matéria antitruste.

³⁷ LOWE, A. V. Op. cit., p. 270.

³⁸ LOWE, A. V. Op. cit., p. 257.

³⁹ LOWE, A. V. Op. cit., p. 257.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. Op. cit. p. 392.

3. O direito antitruste internacional

3.1. Dificuldades

Diante do óbvio problema de que as leis antitruste são nacionais e as relações econômicas e comerciais são crescentemente internacionais, conforme citação de Konrad von Fickenstein em destaque na abertura deste trabalho, é pertinente a questão de qual seria o melhor caminho para solucionar conflitos espaciais de normas e de jurisdição nos casos de defesa da concorrência que ultrapassem interesses domésticos.

No momento, o direito antitruste permanece sob o domínio da legislação nacional, sem regras internacionais coercitivas nem organismo supranacional competente para legislar e aplicar normas antitruste, exceto as atividades da OMC, que incidem indiretamente sobre questões de direito antitruste internacional.

Nesse contexto, apesar da doutrina dos efeitos permitir o alcance extraterritorial de normas nacionais em caso de consequências locais, como já observado, os Estados tendem a criar *blocking laws*, funcionando como verdadeiras barreiras de proteção dos sistemas econômicos nacionais, impedindo que o alcance extraterritorial seja efetivado.

As maiores dificuldades de uniformização no plano internacional ocorrem porque, além de promover a livre concorrência, eliminando as distorções do mercado, as normas antitruste são um instrumento de política econômica interna.

Por esta razão, os Estados podem flexibilizar suas normas internas de antitruste se determinadas práticas, ainda que desestimuladoras da concorrência livre e leal, beneficiem suas economias domésticas. Por exemplo, cartéis de exportação são permitidos pela maioria das jurisdições, porque ajudam a aumentar os preços do produto exportado, melhorando os índices comerciais e econômicos do país, mesmo que seja às custas do consumidor estrangeiro.

Estas flexibilizações do texto normativo ocorrem por meios técnicos chamados de “válvulas de escape”, permitindo à realidade “permear o processo de aplicação/interpretação das normas”⁴¹, evitando que a “tutela de livre concorrência venha a desempenhar uma função oposta àquela desejada, criando, por exemplo, obstáculos ao crescimento da indústria nacional, ao aumento de sua competitividade ou à distribuição de bens e serviços”⁴².

⁴¹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 180.

⁴² FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 178.

O incentivo pode ser feito, pela ignorância da lei, que deixa de ser aplicada ao fato beneficiado como se ela não existisse, ou pela concessão de isenções ou autorizações.

Nos Estados Unidos, certamente a aplicação do Sherman Act proibiria os cartéis de exportação. Por esta razão foram criadas válvulas de escape, tais como o *Webb-Pomerene Act* (1918), concedendo isenções a acordos e práticas colusivas de empresas reunidas em associações com o escopo de comerciar com o exterior e o *Export Trading Company Act* (1982), deixando claro que a lei antitruste norte-americana protege exportadores e consumidores nacionais.⁴³

No Brasil, o art. 54 da Lei 8.884/94⁴⁴ certamente autorizaria os cartéis de exportação.

⁴³ FORGIONI, Paula A. Op. cit, p. 342. De acordo com a autora, as leis antitruste norte-americanas tampouco se aplicam a: atividades sindicais, associações de agricultores e pescadores, atividades creditícias e de transporte e *baseball*.

⁴⁴ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participan

Também por razões de política interna, o governo britânico, deliberadamente, jamais aplicou suas leis antitruste aos cartéis entre armadores, conhecidos como *conferences*, apesar de restringirem a concorrência. Esta postura governamental *laisser-faire* baseia-se em relatórios especializados que demonstram que as demandas da indústria naval requerem um grau de cooperação entre armadores para estabilizar o mercado desta atividade.⁴⁵

tes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados”.

⁴⁵ LOWE, A.V. Op. cit., p. 258.

3.2. Caminhos percorridos e perspectivas

As tentativas de se uniformizar a defesa da concorrência no plano internacional, não são recentes.

No pós-guerra, a Carta de Havana de 1948 tentou implementar a International Trade Organization (ITO), com competências relativas a políticas públicas e privadas restritivas à competição. Este documento, porém, acabou sendo abandonado.⁴⁶

As regras contra barreiras comerciais da Carta de Havana, contudo, foram mantidas com o acordo do GATT (General Agreement of Tariffs and Trade) de 1947 e permaneceram dentre as competências de sua sucessora, a OMC, desde 1995.

Recentemente, seguindo proposta da União Européia, Japão dentre outros, a Declaração Ministerial da OMC adotou, em Doha, Qatar, a Declaração de Doha (novembro, 2001), cuja proposta consiste em 5 elementos, quais sejam: 1) estabelecimento de princípios de políticas antitruste como transparência e procedimentos justos; 2) compromisso dos países membros na luta contra cartéis; 3) suporte à criação e desenvolvimento de instituições antitruste em países em desenvolvimento; 4) modalidades de cooperação e troca de experiência sobre políticas antitruste, entre Estados membros; e 5) criação do Comitê da OMC em Políticas Antitruste.

Ao mesmo tempo, a OCDE, desde 1967, fez várias tentativas de criar um sistema internacional voluntário para a cooperação antitruste, o que levou à criação do *OCDE Global Forum Competition*, que consiste na publicação de relatórios sobre os sistemas antitruste nacionais e na discussão dos problemas internacionais de políticas antitruste, entretanto, sem tentar resolver as posições nacionais divergentes.

De modo similar, a UNCTAD elaborou, informalmente, códigos de conduta para empresas, estabelecendo comportamentos competitivos para multinacionais, contudo, sem muita influência prática.⁴⁷

Alguns autores defendem a manutenção do estado atual, em que vigora certa “anarquia” na aplicação autônoma da doutrina dos efeitos, que se beneficiaria de uma livre concorrência de normas e de políticas antitrustes, aceitando-se eventual cooperação não sistemática e bilateral entre autoridades antitrustes.⁴⁸

⁴⁶ BUDZINSKI, Oliver. Op. cit., p. 4.

⁴⁷ BUDZINSKI, Oliver. Op. cit., p. 5.

⁴⁸ BUDZINSKI, Oliver. Op. cit., p. 2.

Esta opção, contudo, parece não ser a melhor. Como já examinado, de nada adianta permitir efeitos extraterritoriais a normas nacionais, se o Estado ao qual as decisões se dirigem usar *blocking laws* contra a execução de ordens de autoridades estrangeiras. O conflito de jurisdições permanece.

Tampouco se resolvem “automaticamente” as questões de múltiplas exigências para o controle de fusões e riscos de decisões conflitantes nestes processos, grandes preocupações do mercado atual. Diante da existência de aproximadamente 60 regimes diferentes de controle de fusões, o requerimento deste procedimento em vários países, simultaneamente, pode provocar aumento dos custos da operação para se adequar às exigências específicas de cada país e para notificar dezenas de jurisdições, além da insegurança jurídica, já que os resultados do exame da fusão podem ser diferentes e contraditórios, dependendo do país que o julgar, considerando que os padrões substantivos anti-concorrenciais diferem.⁴⁹

A doutrina majoritária, entretanto, contrária à manutenção da situação “anárquica” atual, apresenta três sugestões para a uniformização do direito antitruste internacional: 1) uma progressiva harmonização das legislações, evitando grandes disparidades entre os sistemas; 2) a celebração de tratados visando à colaboração das autoridades antitruste e à diminuição dos problemas advindos da extraterritorialidade; e, ainda, 3) a necessidade de criação de um órgão supranacional, competente para julgar casos internacionais de antitruste e estabelecer as regras de interpretação a serem seguidas pelos tribunais nacionais.⁵⁰

Uma das alternativas de harmonização progressiva foi a criação da International Competition Network (ICN)⁵¹, em 2001, com o objetivo de ser uma rede de agências antitruste de todo o mundo, com interação próxima de agentes públicos e privados preocupados com questões de concorrência internacional.

A ICN pretende promover a convergência de políticas antitrustes, considerando primeiramente questões procedimentais e a longo prazo também

⁴⁹ RILL, James F. e SCHECHTER, Mark. Les difficultés que présente la mondialisation sous le rapport de la politique de la concurrence. Trabalho apresentado no Seminário *La politique de la concurrence du Canada: pour préparer l'avenir*. Toronto (Ontario), 19 de Julho de 2001. Disponível em: <www.strategis.ic.gc.ca/SSI/ctf/jamesdrill_f.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2004.

⁵⁰ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 397-398.

⁵¹ Nos primeiros 2 anos mais de 70 agências antitrustes e mais de 60 jurisdições ingressaram na ICN. O Brasil está representado pelo CADE e pela Secretaria de Direito Econômico.

questões substantivas. Isso é feito através de recomendações não vinculantes, sugestões das “melhores práticas”, de modo informal, sem intenção legislativa.

Uma das questões que os Grupos de Trabalho da ICN discutem atualmente é o processo de fusão no contexto multi-jurisdicional.

Quanto ao conflito de jurisdições, a ICN posiciona-se da seguinte forma: um dos objetivos é a cooperação sistemática e a interação permanente. Assim, diferentes regimes e concorrência de jurisdições devem ficar mais congruentes com o passar do tempo, sem erodir a soberania dos Estados, o que deve reduzir decisões conflitantes e conflitos de jurisdições.

Como a maioria dos casos de concorrência tem como causa interesses não puramente concorrenciais, mas questões de fundo como estratégias de comércio, política industrial, preocupações com emprego, combinadas com considerações político-econômicas (interesses políticos, *lobbys*), não se sabe como a ICN vai enfrentar as situações em que as agências membros podem ser influenciadas por políticas nacionais. Isso faria com que interesses políticos ingressassem na ICN, distorcendo a orientação puramente antitruste para a solução de conflitos.⁵²

Além disso, não se sabe como serão superados os desafios para a harmonização da “melhor prática”: empresas podem criar novas e desconhecidas formas anti-concorrenciais e o desenvolvimentos científico trará novas teorias de concorrência e modelos e novas avaliações dos modelos existentes (por exemplo, é possível que sejam revistos os critérios atuais para a proibição de fusão, a permissão de exceções de cartéis ou a avaliação de práticas predatórias). Isso iria tornar as recomendações de melhores práticas obsoletas.⁵³

Certamente a ICN pode reduzir os conflitos jurisdicionais e aumentar a eficiência, principalmente uniformizando os requisitos procedimentais para as operações de fusão, mas não está claro ainda se a ICN será um harmonizador de normas substantivas antitruste na ordem jurídica internacional e se seu sistema informal será suficiente para se alcançar estabilidade de cooperação entre os Estados membros.

Quanto à segunda sugestão, alguns tratados bilaterais já estão tentando harmonizar legislações antitruste. Um exemplo é o acordo firmado entre a Comissão das Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos, instituindo uma cooperação entre as autoridades antitruste das partes (Comis-

⁵² BUDZINSKI, Oliver. Op. cit., p. 5.

⁵³ BUDZINSKI, Oliver. Op. cit., p. 19.

são Européia, Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e Federal Trade Commission), tentando reduzir ou limitar o impacto de possíveis diferenças na aplicação das regras de concorrência.⁵⁴

A terceira opção, por sua vez, no sentido de que o direito econômico internacional prescinde um órgão supranacional, com poder coercitivo, já foi ensaiada pela Câmara de Comércio Internacional, que elaborou esboço de um “Código Internacional Antitruste”, evidentemente restringindo os poderes dos Estados na aplicação de políticas públicas nacionais.⁵⁵

Muitos defendem que a OMC é o fórum mais adequado para as questões antitruste, em razão do estreito vínculo existente entre normas antitruste e mercado, já que as questões econômicas acabam interferindo nas relações comerciais e vice-versa.

A criação de um Código internacional imposto por um organismo com poderes supranacionais em matéria antitruste, contudo, continua sem resolver a mencionada questão de como abrigar, na ordem econômica internacional, inevitáveis conflitos de soberania interna dos Estados no estabelecimento de políticas econômicas próprias, que dificilmente serão postas de lado em detrimento do estrito cumprimento de ordens alienígenas.

Conclusão

O direito econômico é constantemente forçado a percorrer o caminho de sua internacionalização. Nas últimas décadas, a pressão tem sido ainda maior, em virtude das dinâmicas comerciais e econômicas envolvendo multinacionais, intensificadas pela globalização.

Embora a uniformização seja desejável, pois, em tese, terminaria com os conflitos jurisdicionais, submetendo os países membros aos ditames de uma ordem coercitiva única, sua completa realização, nos moldes como concebemos organizações internacionais hoje, é, evidentemente, utópica.

Como visto, ainda que países como os Estados Unidos tenham conseguido criar um sistema em que a invasão a outras jurisdições para fazer cumprir suas leis nacionais esteja plenamente norteadas por princípios reconhecidos pela ordem jurídica internacional, em contrapartida, os Estados afetados reagiram prontamente, com a criação de *blocking laws*, verdadeiras

⁵⁴ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 398.

⁵⁵ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 399-401.

barreiras de defesa contra decisões e atos emanados por autoridades estrangeiras na tentativa de impor suas políticas econômicas e comerciais além de seus territórios nacionais.

Ademais disso, não é possível separar a intenção das normas antitrustes de eliminar os efeitos destrutíveis do mercado, de seu caráter instrumental de viabilizador de políticas públicas nacionais.

De fato, se a criação de qualquer entidade internacional começa com a perda de parte da soberania interna em benefício da comunidade internacional, não se sabe como poderia um órgão antitruste internacional compatibilizar a manutenção e o resguardo de tantos interesses econômicos internos distintos, parcela da soberania interna intransponível, ou seja, que não poderia ser incluída dentre as outras questões disponibilizadas para a ordem superior comum.

No meio de tantas incertezas, resta claro ao menos que, dificilmente os Estados aceitariam submeter-se à autoridade internacional, assim como não se submetem aos Estados estrangeiros em questões que envolvem políticas públicas econômicas internas.

De qualquer modo, é salutar a busca pelo menos por harmonizações, já que a uniformização plena resta desacreditada. Nesse ponto, é bem-vinda a iniciativa da ICN em tentar uniformizar normas procedimentais dos processos de fusões. Caso tais recomendações sejam adotadas por grande número de jurisdições, isso certamente refletirá positivamente no mercado pois, a situação atual em que as fusões envolvendo multinacionais demandam a notificação de diversas autoridades antitruste em países distintos termina onerando o negócio e gerando incerteza jurídica diante do risco de decisões conflitantes.

Seja qual for o próximo passo dado pelo direito econômico rumo a sua internacionalização, ainda que as soberanias internas continuem prevalecendo, a globalização, este processo sem volta, exige do direito econômico adaptação à nova realidade, compreendendo, até mesmo, certas aberturas e concessões. Pois, como diz Anthony Giddens: “a globalização não é um acidente em nossas vidas de hoje. É uma mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora”.⁵⁶

Bibliografia

BUDZINSKI, Oliver. *The international Competition Network: Prospects and*

⁵⁶ *Mundo em descontrolé*. 3ªed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 29.

Limits on the Road towards International Competition Governance, Fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=503023>>. Acesso em: 27 jun. 2004.

DUTRA, Pedro. A livre concorrência e sua defesa. *Revista de Direito Econômico*, v. 22, jan./mar. 1996, p. 81-86.

FONSECA, João Leopoldo da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOX, Eleanor M. International Antitrust and the Doha Dome. *Virginia Journal of international Law*, vol. 43, n. 4, Summer 2003, p. 911-32.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HOEKMAN, Bernard & MAVROIDIS, Petros C. Economic Development, Competition Policy and the WTO. *Working Bank Policy Research Working Paper 2917*, Outubro de 2002. Disponível em: <http://econ.worldbank.org/files/20844_wps2917.pdf> Acesso em: 27 jun. 2004.

KOVACIC, William. *Extraterritoriality, Institutions, and Convergence in International Competition Policy*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2004.

LOWE, A. V. Blocking extraterritorial jurisdiction: the British protection of Trading Interests Act, 1980. *American Journal of International Law*. Abril 1981, vol. 75, n. 2.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Poder Econômico: exercício e abuso*. In: FRANCESCHINI, José Luiz V. de A. (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MORE, Rodrigo Fernandes. *A efetividade das decisões judiciais nacionais em território estrangeiro*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2956>>. Acesso em: 27 jun. 2004.

RILL, James F. e SCHECHTER, Mark. Les difficultés que présente la mondialisation sous le rapport de la politique de la concurrence. Trabalho apresentado no Seminário *La politique de la concurrence du Canada: pour préparer l'avenir*. Toronto (Ontario), 19 de Julho de 2001. Disponível em: <www.strategis.ic.gc.ca/SSI/ctf/jamesdrill_f.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WALLER, Spencer Weber. An International Common Law of Antitrust. 34 *New England Law Review*, 163, 1999.

CRESCIMENTO (E VERTICALIZAÇÃO) DA INDÚSTRIA DE CIMENTO NO BRASIL

Edgard Antonio Pereira, João Paulo G. Leal

Introdução

O movimento de integração vertical, de fabricantes de cimento na direção de empresas que prestam serviços de concretagem, verificado no Brasil nos últimos anos, deve ser compreendido em seu contexto: da necessidade de expansão das fronteiras de crescimento do primeiro conjunto de empresas.

Alguma preocupação de natureza concorrencial foi naturalmente suscitada por esse movimento. Poderia haver o interesse por parte de uma empresa cimenteira (individualmente considerada) em atuar no mercado de serviços de concretagem de forma discriminatória (genericamente falando) em relação às concreteiras independentes (no sentido de não vinculadas societariamente às cimenteiras)? A atuação mais incisiva de um conjunto de empresas cimenteiras no mercado de serviços de concretagem poderia trazer perda de bem estar econômico?

Grande progresso na compreensão de questões dessa natureza foi alcançado pelo Conselheiro Cleveland Prates Teixeira em votos de vista proferidos nos Atos de Concentração n^{os} 08012.007704/99-07, 08012.010301/99-09 e 08012.000345/00-55¹. O próximo item é dedicado a um breve apanhado de sua análise, a qual é complementada, na seqüência, por considerações de natureza mais setorial, menos concorrencial, que se espera possam contribuir para compreender o movimento de verticalização pelo qual passa a indústria do cimento.

1. Aspectos concorrenciais da verticalização

Qualquer movimento de integração vertical, isto é, quando uma empresa passa a atuar em etapa anterior (integração para trás) ou posterior

¹ Os votos foram consolidados e publicados em co-autoria com Beatriz Soares da Silva e Rutelly Marques da Silva, intitulado “Integração Vertical na Indústria de Cimento: A Experiência Brasileira Recente” (in Mattos, César. *A Revolução do Antitruste no Brasil. A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo, Editora Singular, 2003). Doravante será feita referência apenas ao artigo.

(integração para frente) ao seu próprio processo de produção, traz, em termos teóricos, possibilidades de prejuízo à concorrência no mercado a montante (*upstream*) e a jusante (*downstream*): no primeiro caso, há o risco de os competidores terem suas vendas de alguma maneira cerceadas e, no segundo, preocupa a possibilidade de criação de dificuldades de acesso ao insumo.

Mais detalhadamente, se a empresa adquirida (*downstream*) responder por parcela significativa das vendas dos ofertantes no mercado *upstream* e, após o ato de concentração, canalizar suas compras apenas para a empresa adquirente, os concorrentes dessa poderiam ter uma perda de competitividade, por exemplo, por dificuldades para obter economias de escala.

Considerando as especificidades dos mercados de cimento e de serviços de concretagem, as preocupações de ordem concorrencial, na prática, têm se direcionado para o mercado *downstream*, uma vez que empresas cimenteiras independem fortemente do mercado de serviços de concretagem para a realização de vendas e/ou distribuição do cimento². Nesse caso, portanto, interessa identificar em que medida a verticalização traria dificuldades de acesso ao cimento (matéria-prima do concreto) pelos concorrentes no mercado de serviços de concretagem.

Antes que se avance na apresentação das razões de Teixeira *et al.*, que afastam fortemente os riscos concorrenciais decorrentes da integração vertical “cimento – concreto”, é importante notar as diferenças de formas de manifestação do poder de mercado envolvendo concentrações horizontais e verticais.

1.1. Controle preventivo de mercados versus repressão de condutas ilícitas

A concentração (fusão ou aquisição) entre duas empresas que atuam num mesmo mercado relevante (portanto, horizontal) pode elevar, sob certas circunstâncias, o poder de mercado conjunto delas. Sua forma de expressão seria principalmente o aumento do preço praticado. É essa, em poucas palavras, a preocupação que dá sustentação à intervenção do Estado, subordinando a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos envolvidos à garantia de preservação do bem-estar econômico do conjunto dos consumidores.

Com relação às concentrações verticais (como no caso da aquisição de uma concreteira por uma cimenteira), a forma de manifestação do poder de

² De acordo com o Sindicato Nacional da Indústria do Cimento (SNIC), *apud* Teixeira *et al.* (2003:374), em todo o Brasil, as vendas de cimento para empresas concreteiras (inclusive as concreteiras pertencentes a cimenteiras) somaram apenas 12% das vendas totais de cimento de 2002 (4.676 mil toneladas em 37.620 mil toneladas).

mercado seria de outra natureza. Estaria associada, em tese, à possibilidade de implementação pela adquirente (cimenteira) de práticas excludentes, que objetivem imediatamente eliminar os concorrentes presentes no mercado de serviços de concretagem. Somente após o sucesso desse expediente, existiriam condições para um aumento de preço em detrimento do bem-estar social (possibilidade referida em tese, pois esse aumento de preço não deve ocorrer pelas condições analisadas por Teixeira *et al.*). Eventual aumento de preço deveria ser necessariamente mediado pela supressão da concorrência.

É improvável, ou mesmo impossível, que o exercício de poder de mercado determinado por uma concentração vertical manifeste-se direta e imediatamente na forma de aumento de preço. As características estruturais dos mercados *upstream* (cimento) e *downstream* (serviços de concretagem), que são responsáveis pela determinação das condições de equilíbrio (preço e quantidade) desse mercado, não são alteradas *por causa da* concentração vertical. A participação de mercado das empresas a montante e a jusante não são alteradas *em decorrência do ato de concentração*. Não há risco imediato de aumento de preço.

Na concentração vertical, o que há, como questão concorrencial, é a possibilidade, *a posteriori*, de adoção de práticas prejudiciais aos concorrentes. Ocorre que a ilicitude dessas práticas é prevista em lei, o que coloca a análise concorrencial para uma área cinzenta entre o controle preventivo exercido sobre o mercado (ato de concentração) e a repressão ao exercício abusivo de posição dominante (condutas prejudiciais à concorrência). Há, por assim dizer, a eliminação ou a mitigação do potencial (imediato) de dano ao mercado, o que deve diminuir *pari passu* as preocupações concorrenciais eventualmente associadas aos atos de concentração dessa natureza.

1.2. Mercados relevantes de serviços de concretagem

Teixeira *et al.* definem dois mercados relevantes de atuação de empresas de concretagem: i) o de serviços de concretagem para obras de médio porte; e ii) o de serviços de concretagem para obras de grande porte. O primeiro teria por ofertantes as empresas especializadas em serviços de concretagem (pertencentes ou não a cimenteiras) e o segundo, além destas empresas, seria composto também pelas próprias empresas construtoras ou empreiteiras das grandes obras, cujo vulto tornaria economicamente viável realizar investimentos específicos em uma central de dosagem para a preparação do próprio concreto.

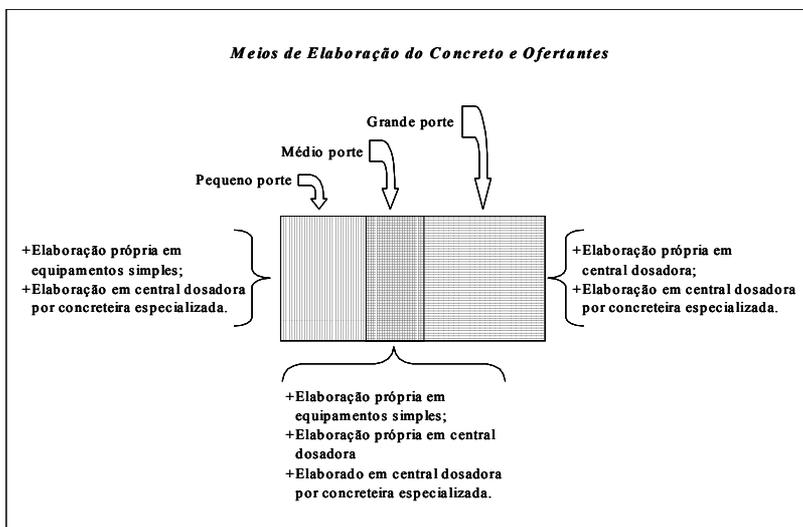
Obras de pequeno porte não poderiam ser, segundo os autores, executadas por concreteiras (central própria de dosagem), pois “o pouco volume

de concreto utilizado não viabiliza economicamente a contratação do serviço de concretagem” (2003:381). Os autores (2003:383) esclarecem ainda que:

“A delimitação de parâmetros que definam o que seria cada tipo de obra, no entanto, ainda é um trabalho a ser realizado. Conversas com especialistas da área, à época do julgamento dos casos, indicam que uma usina hidrelétrica, por exemplo, poderia ser considerada uma obra de grande porte, dado seu extenso cronograma de execução, que pode durar anos, além do grande volume de concreto utilizado. Por outro lado, como já argumentado anteriormente, o volume de concreto utilizado na construção de um edifício pode ser grande demais para virar na obra, mas pequeno demais para justificar o uso de centrais dosadoras próprias.”

De fato, não é trivial estabelecer esses parâmetros. Todavia, há indicações seguras de que a unidade mínima viável para o fornecimento de concreto (dosado em central), qual seja, uns poucos metros cúbicos, encontra-se dentro do limite (máximo) requerido por obras de pequeno porte. Por certo, obras de pequeno porte não justificam o investimento na aquisição de uma central de dosagem, visando a preparação do próprio concreto. Porém, o concreto que pode ser elaborado cativamente (em pequenas betoneiras manuais ou elétricas ou mesmo “virado na obra”) também pode ser adquirido junto às concreteiras especializadas. O concreto dosado em central por concreteiras especializadas é substituto do concreto elaborado cativamente (mas não em central de dosagem própria) para atendimento das necessidades de obras de pequeno porte.

Gráfico



Com relação às obras de maior envergadura, a decisão de investir ou não nos equipamentos para a preparação do próprio concreto (central dosadora) depende, é claro, de vários fatores. O valor do investimento, por exemplo, depende do uso de equipamento novo ou usado, assim como de seu valor de revenda após o uso. A recuperação do valor investido depende do volume de concreto a ser utilizado na obra em questão, bem como da possibilidade de encadeamento temporal de seu uso em mais de uma obra. Em outros casos, não seria o encadeamento temporal, mas a simultaneidade de pequenas ou médias obras que ensejariam a oportunidade para uma construtora de investir na própria central de dosagem e no caminhão-betoneira responsável pelo transporte do concreto.

Em poucas palavras, não é o porte da obra em si mesma que viabiliza o investimento em uma central dosadora. É o porte da construtora, vale dizer, o volume de concreto utilizado em uma mesma região, que justifica tal investimento. Note-se, ainda, que o preço da central dosadora é baixo, é facilmente encontrada em mercado “de usados” e tem custo de transporte (relocalização) reduzido, podendo ser deslocada conforme a necessidade. Esses fatores fazem com que possa haver uma espécie de continuidade entre obras de médio e grande porte: a sucessão e/ou a simultaneidade de obras de médio porte (ou mesmo pequeno porte) dão origem a uma obra de grande porte. As fronteiras (ou parâmetros) a definir e a separar cada um dos mercados são muito fluidas.

1.3. Ausência de condições para o exercício de poder de mercado

A despeito da possível (e provável) sobreposição dos segmentos de mercado definidos por Teixeira *et al.* e independentemente de qualquer consideração fática sobre estruturas de oferta, outras condições devem estar presentes para o exercício do poder de mercado, dentre as quais devem existir significativas barreiras ao ingresso de novos concorrentes.

No caso específico dos serviços de concretagem, essas barreiras são reduzidas. Em obras de pequeno porte, o executor pode adquirir o cimento e elaborar o concreto para consumo próprio, utilizando meios rudimentares para isso. Em obras de grande porte (e obras de médio porte simultâneas ou encadeadas no tempo executadas por construtoras), a elaboração do concreto em central dosadora própria é perfeitamente viável. Também a constituição de empresas para prestação de serviços de concretagem (utilizando central dosadora) enfrenta reduzidas barreiras, conforme análise de Teixeira *et al.* (2003:385):

“Pelo exposto nos autos, poderia se inferir a primeira vista que há uma alta probabilidade de que a entrada no mercado relevante de serviços de concretagem não seja difícil. Isso decorre do fato da tecnologia para fabricar concreto ser simples e de domínio público, e do investimento inicial requerido para o empreendimento ser relativamente pequeno. Note-se ainda que também existe um mercado secundário para os bens de capital relacionados ao serviço de concretagem, tornando possíveis custos irrecuperáveis reduzidos.”

É essencial, portanto, que, diante de reduzidas barreiras à entrada, seja determinado se existem ou não condições para um aumento de preço no(s) mercado(s) de serviços de concretagem. Propõe-se que essa análise seja feita em “dois estágios”: o primeiro seria o “caso geral”, isto é, não importa se as concreteiras são verticalizadas ou não; o segundo seria o “caso específico”, que assume especificamente uma estratégia de exclusão de concreteiras independentes no âmbito do movimento de verticalização dos fabricantes de cimento.

No caso geral, seguindo a linha de exposição de Teixeira *et al.* (2003:386), são nulas as chances de aumento do preço do serviço de concretagem para obras de grande porte:

“Neste caso específico, conforme já destacado no parecer da Seae, mesmo um aumento pequeno, mas não transitório, de preços do serviço de concretagem dosado em central de terceiros poderia fazer com que a demanda se deslocasse para o concreto dosado em centrais próprias. Em outras palavras, as empresas de construção internalizariam a produção de concreto, o que em última análise significa um aumento da demanda por cimento”.

Pela mesma razão, seriam nulas as chances de aumento de preços do serviço de concretagem (dosado em central) ofertado para obras de pequeno porte (que utilizam equipamentos simples para preparação do próprio concreto, como alternativa à aquisição do concreto dosado em central e ofertado por empresa especializada).

Ainda no caso geral, mas com respeito às obras de médio porte, os autores concluem que haveria condições para o aumento de preço. Uma empresa concreteira (integrada a uma cimenteira ou não), que detivesse poder de mercado³, teria condições para exercê-lo, uma vez que seriam reduzidas as

³ Assume-se, para simplificar, que sejam também reduzidas as alternativas de substituição entre concreteiras. Assim, a possibilidade do aumento de preços passa a ser presumida

possibilidades de substituição do concreto adquirido de terceiros pelo concreto dosado em central própria (consumo cativo) por construtoras voltadas para obras de médio porte.

Em que pese essa possibilidade, não se sabe ao certo se esse segmento subsiste como um mercado relevante autônomo e separado dos dois outros segmentos. Ademais, é improvável que as vendas para obras de médio porte (melhor seria dizer para “agentes econômicos de médio porte”) tenham dimensão econômica significativa.

Desse modo, sendo impossível exercer poder de mercado (aumento de preço) para os segmentos polares, de obras de pequeno e de médio portes, e sendo reduzido o volume de vendas para obras de médio porte (que talvez nem exista como um segmento autônomo), é duvidoso, para dizer o mínimo, que haja racionalidade econômica em uma estratégia de verticalização por parte de uma cimenteira com vistas à suposta dominação do mercado de serviços de concretagem.

Independentemente de considerações teóricas mais sofisticadas feitas por Teixeira *et al.*, e a seguir retomadas, do até aqui resumido e aditado, fica evidente que são pequenos os estímulos “espúrios” (possibilidade de aumento do preço dos serviços de concretagem) à verticalização de empresas cimenteiras. Parte importante das vendas de concreto (para grandes obras), demonstram os autores, é imune a um aumento de preço. Outra parte das vendas de concreto (para obras de médio porte) tem provavelmente dimensões reduzidas e está sujeita também à arbitragem de seu preço pelo próprio preço do cimento (sua curva de demanda não se diferencia da curva de demanda dos demais “segmentos”, sendo inviável a discriminação de preços para diferentes segmentos do mercado geral de serviços de concretagem).

Retomando mais de perto o curso da análise de Teixeira *et al.*, mesmo se admitida a significância econômica do mercado de serviços de concretagem para obras de médio porte, “uma tentativa, por parte das empresas de cimento, de estender um suposto poder de monopólio seria pouco provável e economicamente não lucrativa” (idem, p. 388), pois a produção de concreto é feita em proporções fixas de cimento, areia e brita. Aplicando o modelo de Viscusi, Vernon e Harrington, Teixeira *et al.* concluem (idem, p. 389):

no modelo e restaria demonstrada a probabilidade do aumento para o segmento de obras de médio porte. “Ao contrário do mercado de grandes obras, a possibilidade de internalizar a produção de concreto no caso de obras de médio porte não se mostra, na maioria das vezes, viável.” (Teixeira *et al.*, 2003:387)

“Dessa forma, parece pouco crível que caso uma empresa de cimento resolva se verticalizar, ela opte por adotar uma estratégia de fechamento de mercado. Como visto, essa suposta estratégia, nos moldes sugeridos, se mostrará não lucrativa à empresa integrada. Obviamente, não parece razoável que uma empresa mantenha deliberadamente uma política constante de não maximização do lucro. Além disso, o impacto sobre a concorrência será, na pior das hipóteses nulo”.

Note-se que essa conclusão é válida qualquer que seja a definição de mercado relevante de serviços de concretagem. Ademais, outro fator mencionado por Teixeira *et al.* (2003:389), despido da devida ênfase, que elimina qualquer possibilidade de prejuízos à concorrência no mercado de serviços de concretagem é a possibilidade de arbitragem por distribuidores e revendedores das vendas de cimento para empresas independentes de concretagem.

É condição para a discriminação de preços a impossibilidade de venda do produto por empresas não afetadas negativamente pela prática. *In casu*, considerando que a demanda das empresas independentes que prestam serviços de concretagem, consideradas individualmente ou coletivamente, é bastante reduzida em termos relativos (vide, a propósito, nota de rodapé n.º 3), não há obstáculos para que aquela demanda seja atendida em condições economicamente satisfatórias por distribuidores e/ou revendedores de cimento.

Construtoras e grandes empreiteiras, que, alternativamente, podem preparar o concreto em central própria, beneficiam-se dos grandes volumes adquiridos diretamente das próprias cimenteiras. Empresas de concretagem de porte reduzido (que atuam no mercado de serviços de concretagem para obras de porte médio) podem adquirir cimento em saco junto ao comércio atacadista, que usufrui de melhores condições de transporte do produto (até mesmo em comparação com pequenas quantidades transportadas a granel por concreteiras).

Em outros termos, a suposta adoção por empresas cimenteiras de práticas de exclusão de empresas de serviços de concretagem é economicamente irracional, (i) seja pela possibilidade de substituição desses serviços pela elaboração *in house* do concreto por construtoras e empreiteiras em obras de grande porte; (ii) seja pelo nível reduzido de barreiras à entrada no mercado de serviços de concretagem, que elimina a possibilidade de obtenção de lucros monopolísticos; e, ainda, (iii) pela possibilidade de o suprimento de cimento para as concreteiras independentes ser realizado por empresas revendedoras.

Teixeira *et al.* (2003:391) vão além, assumindo hipótese especial, e concluem pela impossibilidade de que práticas restritivas venham a ser adotadas:

“De toda forma mesmo que se assuma uma hipótese limite de que estaríamos assistindo a uma estratégia coordenada entre as empresas de cimento para adquirir empresas de concreto e, conjuntamente, fechar o mercado para possíveis novas empresas de concreto – ou, o que teria o mesmo efeito, aumentar o custo das concreteiras rivais, não verticalizadas, já instaladas – o resultado para a concorrência não seria deletério. Basta lembrar, que no caso extremo, estaríamos voltando para os efeitos derivados de uma possível estratégia de extensão de monopólio, que, como já destacado no caso da indústria de cimento, não geraria maiores problemas.”

Afastadas, as preocupações de natureza concorrencial, mesmo sob hipótese limite, resta avançar algumas considerações sobre os fundamentos econômicos desse movimento do movimento de verticalização das empresas cimenteiras na direção da prestação de serviços de concretagem.

2. Fundamentos econômicos da verticalização

Dois autores são essenciais (não convém ampliar em demasia o escopo dessa resenha) para a compreensão do movimento de verticalização das empresas cimenteiras: Josef Steindl⁴ e Edith Penrose⁵.

O primeiro, seguindo a leitura macroeconômica de sua principal obra, filia-se à Keynes e a Kalecki, compartilhando uma visão pessimista acerca da capacidade de crescimento da economia capitalista. O investimento de capital tenderia a ser insuficiente para conduzir ao pleno emprego dos recursos produtivos. A base microeconômica de Steindl é, no entanto, distintiva. Partindo uma tipologia de estruturas de mercado bastante simples, o autor propõe analisar a dinâmica microeconômica do investimento.

As vendas de uma empresa qualquer são limitadas pelo tamanho do mercado ou, em termos dinâmicos, o crescimento das vendas depende fundamentalmente do crescimento do mercado.

Mais detalhadamente, Steindl (1983:67) estabelece a seguinte relação:

$R = u' - k' + g' + a$, onde:

⁴ *Maturity and Stagnation in American Capitalism* (1952). Tradução de Leda Maria Gonçalves Maia, Abril Cultural, 1983.

⁵ *The Theory of the Growth of the Firm* (1959). Terceira edição. Oxford University Press (1995).

R é a taxa proporcional de expansão das vendas;
u' é a variação proporcional na utilização da capacidade produtiva;
k' é a variação proporcional na intensidade de capital;
g' é a variação proporcional na taxa de endividamento;
a é a taxa proporcional de acumulação interna (lucros retidos).

Havendo um desequilíbrio entre R e a, ou seja, havendo uma acumulação de lucros (e, portanto, de uma capacidade de investimento em ativos reais) superior ao ritmo de crescimento das vendas, deve ocorrer uma variação compensatória do grau de utilização da capacidade produtiva instalada (aumento da ociosidade); um aumento da intensidade de capital (*e.g.*, investimentos em incorporação do progresso técnico); ou uma variação negativa da taxa de endividamento (ou, acrescente-se, uma mudança nos parâmetros de distribuição de dividendos, que diminua a retenção de capital).

O autor, todavia, é cético com relação à amplitude desses fatores que poderiam compensar ou, melhor dizendo, “desafogar” a pressão exercida pela acumulação interna de recursos.

“Se existem firmas que, devido a economias de escala, ou, falando de maneira geral, devido à adoção de qualquer inovação técnica que reduza os custos, possuem maiores margens de lucro bruto e maiores margens de lucro líquido do que as firmas marginas, essas firmas muitas vezes apresentarão uma tendência natural para expandir-se, em relação a outras firmas [...] Essa acumulação interna fará com que as firmas em posição vantajosa se ampliem, devido ao fato de que a sua primeira linha de investimento se encontra na sua própria indústria.” (Steindl, 1983:62)

Assim, segundo o autor, observadas as possibilidades bastante limitadas de compensação interna da acumulação de capital, o (re)investimento do lucro auferido, quando ultrapassa as perspectivas de crescimento das vendas dada pelo ritmo natural de expansão do mercado, canaliza-se para um aumento da pressão competitiva, numa tentativa de ampliação das vendas em detrimento das vendas dos concorrentes.

O acirramento da concorrência, no entanto, também têm seus limites. Em mercados concentrados, nos quais as empresas estabelecidas têm capacidades semelhantes de investir e, portanto, de resistir à pressão competitiva das demais, a tendência é de que um novo equilíbrio seja obtido com a estabilização das respectivas participações de mercado. No entanto, há, ainda, uma fronteira de expansão da acumulação e das vendas a ser transposta: a

diversificação dos investimentos para além dos limites do mercado original de atuação da empresa.

“Devemos, agora, introduzir um novo fator. Até aqui, consideramos a hipótese em que todo investimento é feito no interior da indústria. Mas é possível que os recursos acumulados pelas firmas sejam usados para criar novas empresas em outras indústrias. Assim, forma-se um escoadouro para os recursos para investimento em bens de capital” (Steindl, 1983:73)

Seus argumentos, em termos simples, são bastante claros. Níveis maiores de eficiência produtiva entre empresas concorrentes dão margem a diferenciais de lucro. Esses lucros, individualmente considerados, têm várias destinações possíveis: remunerar o capital investido, reduzir o endividamento, incorporar os avanços tecnológicos em difusão e, principalmente, ampliar o próprio negócio e as vendas. Caso o ritmo de crescimento do mercado seja inferior ao potencial de crescimento das vendas das empresas estabelecidas, dá-se o acirramento da luta por maiores participações de mercado. É razoável supor que as empresas mais eficientes sejam as vencedoras, levando à diminuição da participação de mercado das empresas menos eficientes. Ao longo do tempo, a concentração do próprio mercado emperra o funcionamento desse mecanismo de expansão das vendas. Daí a possibilidade (sempre presente, mas até então não considerada apenas para fins de exposição) de diversificação dos investimentos produtivos para outros mercados.

Penrose traz contribuição extremamente rica, ainda que seminal, para a compreensão dos caminhos do crescimento das firmas. A economista define as “áreas de especialização” de uma empresa, isto é, o conjunto de conhecimentos produtivo-tecnológicos e de mercado que orientam o processo de diversificação⁶:

“Each type of productive activity that uses machines, processes, skills, and raw materials, that are all complementary and closely associated in the process of production we shall call a ‘production base’ or ‘technological base’ of the firm, regardless of the number or type of products produced.” (Penrose, 1995:109)
 “Each group of customers which the firm hopes to influence by the same sales

⁶ “...firms diversifies its productive activities whenever, without entirely abandoning its old lines of product, it embarks upon the production of new products, including intermediate products, which are sufficiently different from the other products it produces to imply some significant difference in the firm’s production or distribution programmes.” (Penrose, 1995:108-109)

programme is called a ‘market area’, regardless of the number of products sold to that group.” (*idem*, p. 110)

Em termos simples, a diversificação envolve riscos, pois, em alguma medida, representa o uso de recursos em uma atividade econômica desconhecida. A minimização dos riscos inerentes pode ser feita pela orientação do processo de diversificação (qualquer que seja ele) para o interior das áreas de especialização da empresa: produzir algo semelhante do ponto de vista tecnológico, por exemplo, ou vender algo diferente mas para público semelhante do ponto de vista comercial.

Ademais, como analisado por Penrose, as áreas de especialização, de uma perspectiva dinâmica, originam as mais promissoras oportunidades de diversificação de uma empresa. Os esforços de desenvolvimento tecnológico originalmente direcionados para uma atividade específica podem ser adaptados para serem utilizados em outras atividades, facilitando a diversificação. De maneira semelhante, o conhecimento acumulado das características dos consumidores do produto ou dos produtos originalmente comercializados pode criar oportunidades de venda para a mesma área de comercialização, agregando nova linha de produto ao portfólio da empresa.

A aplicação dessas considerações abstratas ao caso concreto (com o perdão pelo trocadilho) é direta. Os serviços de concretagem destinam-se a uma mesma área de comercialização dos fabricantes de cimento – empresas construtoras – e têm uma técnica amplamente conhecidas por estes. A diversificação ou, melhor, a verticalização das empresas cimenteiras na direção do mercado de serviços de concretagem é natural.

Explicada a direção do movimento e, agora, retomando Steindl, resta analisar os estímulos à verticalização, que são explicitados, em outro contexto, em outra importante obra para aplicação ao caso em análise.

Lia Haguenaer⁷ define a indústria do cimento, em síntese, pelas seguintes características. O cimento é um produto homogêneo, o que significa dizer que o consumidor é largamente indiferente à marca comercial do produto, o que, por sua vez, faz com que tenham pouca importância gastos em propaganda e *marketing*. Predominam, assim, as barreiras à entrada na indústria associadas ao acesso à matéria-prima e à técnica. Nesse caso, mais preci-

⁷ “A Indústria Brasileira do Cimento” in Garcia, Farina e Alves (1997). *Padrão de Concorrência e Competitividade da Indústria de Materiais de Construção*. São Paulo, Editora Singular.

samente, a condição de entrada é dada pela escala mínima de produção eficiente e não pelo acesso à tecnologia em si de fabricação, que madura e amplamente incorporada aos equipamentos fornecidos pela indústria mecânica.

Não se pretende obviamente caracterizar a indústria a partir do parágrafo anterior, nem mesmo resumir o trabalho de Haguenaer nesses brevíssimos termos. São apenas características gerais, amplamente aceitas, que, em consonância com a contribuição de Steindl, auxiliam na explicação da *necessidade da verticalização* da indústria do cimento.

Para esse autor, os recursos de capital, que podem ser canalizados para investimentos em ampliação das vendas, podem ter como escoadouro, por exemplo, a intensificação do capital, isto é, o desenvolvimento e/ou a incorporação de novas tecnologias. No caso em análise, vê-se que essa “compensação” é pouco provável, dada a maturidade da tecnologia utilizada na fabricação do cimento. Para Steindl, outro possível sorvedouro do potencial de utilização dos lucros retidos é a diferenciação do produto, isto é, gastos que ampliem a preferência dos consumidores pelo produto comercializado e ampliem as vendas. Ocorre que o cimento é um bem homogêneo, muito pouco suscetível à ampliação das vendas por esforços de propagação.

Finalmente, a retração da produção de cimento, verificada no país de modo bastante acentuado a partir do final da década de noventa, compõe o contexto mais amplo de diversificação (verticalização) das empresas fabricantes de cimento. São reproduzidos abaixo dados apresentados por Cunha e Fernandez⁸, que denotam claramente a inflexão da produção, que coincide temporalmente com o início do ingresso dessas empresas no mercado de serviços de concretagem⁹.

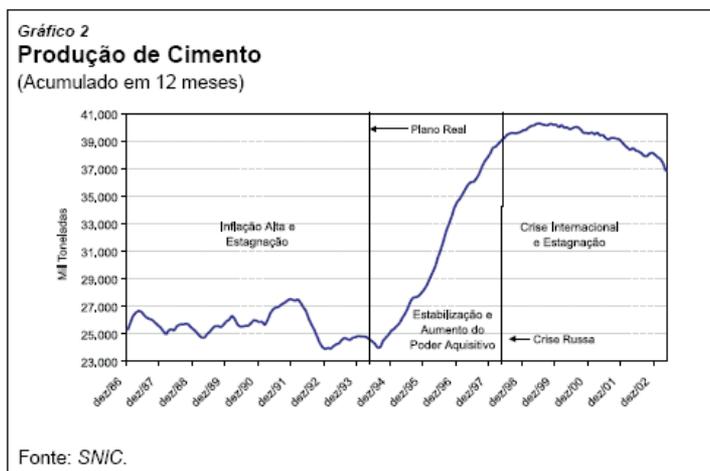
Para resumir, há elementos bastante evidentes e robustos que indicam que, por uma série de fatores (baixo dinamismo tecnológico, estagnação do consumo, excesso de capacidade produtiva, entre outros), para que os lucros acumulados na indústria do cimento tenham uma destinação produtiva,

⁸ “A Indústria de Cimento: Perspectivas de Retomada Gradual” in: *BNDES Setorial*, nº 18, setembro de 2003:149-164.

⁹ Ademais, mencionam os autores que (p. 162): “Segundo dados do SNIC, a capacidade instalada do parque industrial brasileiro pode produzir cerca de 60 milhões de toneladas/ano de cimento. Em relação à produção atual, esse número representa um nível de utilização de pouco mais de 63%, muito abaixo dos 80,4% da média da indústria brasileira em maio de 2003, divulgados pelo IBGE. Dessa forma, em virtude do índice atual da capacidade ociosa e dos projetos futuros da indústria, não se encontram perspectivas de restrição de oferta de cimento no Brasil, pelo menos no médio prazo.”

os investimentos devem ser canalizados para outros mercados, como de fato ocorreu no caso dos serviços de concretagem, que, aliás, estão próximos comercial e tecnologicamente do mercado a partir do qual se deu a verticalização.

Gráfico



apud: Cunha e Fernandez (2003:156).

O movimento de verticalização vivenciado pela indústria brasileira do cimento é, pois, perfeitamente explicável e até mesmo previsível, em razão, em suma, das reduzidas oportunidades de apropriação pelo próprio mercado cimenteiro do potencial de investimento da empresas nele atuantes.

3. Considerações finais

Passo a passo, foram apresentadas as razões, analisadas por Teixeira *et alii*, que demonstram serem infundadas as preocupações de natureza concorrencial advindas da verticalização das empresas fabricantes de cimento na direção da prestação de serviços de concretagem. Como esse movimento não objetiva a dominação do mercado a jusante, tampouco a obtenção de lucros extraordinários, foram apresentados, em breve síntese, alguns dos elementos teóricos, fundamentados nas características técnicas e econômicas da indústria do cimento, que racionalmente identificam os serviços de concretagem como natural repositório dos investimentos das cimenteiras.

Por fim, para concluir, um último elemento de caráter, esse sim, competitivo (mas não anticoncorrencial) que provavelmente justifica a preocupação da indústria do cimento com o futuro do mercado de concreto.

Guardadas as devidas proporções quantitativas constantes, é indiferente a comercialização de uma tonelada de cimento ou de uma tonelada de concreto. Porém, de uma perspectiva de longo prazo, o cimento ou o concreto está em concorrência com materiais de outras indústrias. Na construção civil o cimento tem vários usos: para fins estruturais, as estruturas de concreto armado podem ser substituídas pelas estruturas de aço; no uso em alvenaria, em coberturas, para revestimento de paredes, de pisos, materiais cerâmicos e plásticos, por exemplo, são alternativos ao cimento. O cimento (ou o concreto) e o asfalto são substitutos muito próximos para fins de pavimentação e, assim por diante, são encontrados vários substitutos do cimento (concreto) em cada uma de suas aplicações.

Para a indústria do cimento, em termos gerais, é conveniente e até mesmo vital que o principal “meio” de utilização do produto, isto é, que o concreto, seja ofertado nas condições mais apropriadas, em termos de qualidade e preço, para que, no longo prazo (não se está analisando a definição de mercado relevante de cimento), sejam perpetuadas as oportunidades de venda de cimento (concreto).

Limites razoáveis ao crescimento das vendas de cimento (concreto) tornam essencial para os fabricantes não ceder mercado para os produtos substitutos (efetivos e potenciais). Chamar para si a responsabilidade pela oferta de serviços de concretagem em bases competitivas, não é só uma questão de dar aplicação produtiva ao capital oriundo das vendas do cimento. É também uma forma de preservar o espaço conquistado pelo cimento em suas várias aplicações.

THE BRAZILIAN ECONOMY UNDER THE FTAA AGREEMENT: IS IT POSSIBLE STOP THE NEGOTIATIONS, WITH BASIS ON THE CONSTITUTION?¹

Rafael de Castro Spadotto

Today the world economy has suffering several events that changes the local economies in almost democratic countries, where some members governments do a lot of trade agreements.

The principle objective is to find some ways that bring hope and make comfortable the population in those countries. For this, we have some organizations that provides the trade between the nations, like the World Trade Organization (*WTO*).

Essentially, the WTO is a place where member governments go, to try to sort out the trade problems they face with each other. The first step is to talk. The WTO was born out of negotiations, and everything the WTO does is the result of negotiations. The bulk of the WTO's current work comes from the 1986–94 negotiations called the Uruguay Round and earlier negotiations under the General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT*). The WTO is currently the host to new negotiations, under the “Doha Development Agenda” launched in 2001.

Where countries have faced trade barriers and wanted them lowered, the negotiations have helped to liberalize trade. But the WTO is not just about liberalizing trade, and in some circumstances its rules support maintaining trade barriers — for example to protect consumers or prevent the spread of disease.

At its heart are the WTO agreements, negotiated and signed by the bulk of the world's trading nations. These documents provide the legal ground-rules for international commerce. They are essentially contracts, binding governments to keep their trade policies within agreed limits. Although negotiated and signed by governments, the goal is to help producers of goods and services, exporters, and importers conduct their business, while allowing governments to meet social and environmental objectives.

The system's overriding purpose is to help trade flow as freely as possible — so long as there are no undesirable side-effects. That partly means removing obstacles. It also means ensuring that individuals, companies and

¹ By SPADOTTO, Rafael De Castro. Brazilian researcher. Santa Catarina West University. rafael@unoescvda.edu.br.

governments know what the trade rules are around the world, and giving them the confidence that there will be no sudden changes of policy. In other words, the rules have to be “transparent” and predictable.

This is a third important side to the WTO’s work. Trade relations often involve conflicting interests. Agreements, including those painstakingly negotiated in the WTO system, often need interpreting. The most harmonious way to settle these differences is through some neutral procedure based on an agreed legal foundation. That is the purpose behind the dispute settlement process written into the WTO agreements.

The WTO agreements are lengthy and complex because they are legal texts covering a wide range of activities. They deal with: agriculture, textiles and clothing, banking, telecommunications, government purchases, industrial standards and product safety, food sanitation regulations, intellectual property, and much more. But a number of simple, fundamental principles run throughout all of these documents. These principles are the foundation of the multilateral trading system.

Under the WTO agreements, countries cannot normally discriminate between their trading partners. Grant someone a special favour (such as a lower customs duty rate for one of their products) and you have to do the same for all other WTO members.

This principle is known as most-favoured-nation (*MFN*) treatment. It is so important that it is the first article of the General Agreement on Tariffs and Trade (*GATT*), which governs trade in goods. MFN is also a priority in the General Agreement on Trade in Services (*GATS*) (Article 2) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (*TRIPS*) (Article 4), although in each agreement the principle is handled slightly differently. Together, those three agreements cover all three main areas of trade handled by the WTO.

Some exceptions are allowed. For example, countries can set up a free trade agreement that applies only to goods traded within the group — discriminating against goods from outside. Or they can give developing countries special access to their markets. Or a country can raise barriers against products that are considered to be traded unfairly from specific countries. And in services, countries are allowed, in limited circumstances, to discriminate. But the agreements only permit these exceptions under strict conditions. In general, MFN means that every time a country lowers a trade barrier or opens up a market, it has to do so for the same goods or services from all its trading partners — whether rich or poor, weak or strong.

Imported and locally-produced goods should be treated equally — at least after the foreign goods have entered the market. The same should apply to foreign and domestic services, and to foreign and local trademarks, copyrights and patents. This principle of “national treatment” (giving others the same treatment as one’s own nationals) is also found in all the three main WTO agreements (Article 3 of GATT, Article 17 of GATS and Article 3 of TRIPS), although once again the principle is handled slightly differently in each of these.

National treatment only applies once a product, service or item of intellectual property has entered the market. Therefore, charging customs duty on an import is not a violation of national treatment even if locally-produced products are not charged an equivalent tax.

Lowering trade barriers is one of the most obvious means of encouraging trade. The barriers concerned include customs duties (or tariffs) and measures such as import bans or quotas that restrict quantities selectively. From time to time other issues such as red tape and exchange rate policies have also been discussed.

Since GATT’s creation in 1947–48 there have been eight rounds of trade negotiations. A ninth round, under the Doha Development Agenda, is now underway. At first these focused on lowering tariffs (customs duties) on imported goods. As a result of the negotiations, by the mid-1990s industrial countries’ tariff rates on industrial goods had fallen steadily to less than 4%.

But by the 1980s, the negotiations had expanded to cover non-tariff barriers on goods, and to the new areas such as services and intellectual property.

Opening markets can be beneficial, but it also requires adjustment. The WTO agreements allow countries to introduce changes gradually, through “progressive liberalization”. Developing countries are usually given longer to fulfil their obligations.

Sometimes, promising not to raise a trade barrier can be as important as lowering one, because the promise gives businesses a clearer view of their future opportunities. With stability and predictability, investment is encouraged, jobs are created and consumers can fully enjoy the benefits of competition — choice and lower prices. The multilateral trading system is an attempt by governments to make the business environment stable and predictable.

In the WTO, when countries agree to open their markets for goods or services, they “bind” their commitments. For goods, these bindings amount to ceilings on customs tariff rates. Sometimes countries tax imports at rates

that are lower than the bound rates. Frequently this is the case in developing countries. In developed countries the rates actually charged and the bound rates tend to be the same.

A country can change its bindings, but only after negotiating with its trading partners, which could mean compensating them for loss of trade. One of the achievements of the Uruguay Round of multilateral trade talks was to increase the amount of trade under binding commitments. In agriculture, 100% of products now have bound tariffs. The result of all this: a substantially higher degree of market security for traders and investors.

The system tries to improve predictability and stability in other ways as well. One way is to discourage the use of quotas and other measures used to set limits on quantities of imports — administering quotas can lead to more red-tape and accusations of unfair play. Another is to make countries' trade rules as clear and public (“transparent”) as possible. Many WTO agreements require governments to disclose their policies and practices publicly within the country or by notifying the WTO. The regular surveillance of national trade policies through the Trade Policy Review Mechanism provides a further means of encouraging transparency both domestically and at the multilateral level.

The WTO is sometimes described as a “free trade” institution, but that is not entirely accurate. The system does allow tariffs and, in limited circumstances, other forms of protection. More accurately, it is a system of rules dedicated to open, fair and undistorted competition.

The rules on non-discrimination — MFN and national treatment — are designed to secure fair conditions of trade. So too are those on dumping (exporting at below cost to gain market share) and subsidies. The issues are complex, and the rules try to establish what is fair or unfair, and how governments can respond, in particular by charging additional import duties calculated to compensate for damage caused by unfair trade.

Many of the other WTO agreements aim to support fair competition: in agriculture, intellectual property, services, for example. The agreement on government procurement (a “plurilateral” agreement because it is signed by only a few WTO members) extends competition rules to purchases by thousands of government entities in many countries.

In other side the effort to unite the economies of the Americas into a single free trade area began at the Summit of the Americas, which was held in December 1994 in Miami, U.S.A. The Heads of State and Government of the 34 democracies in the region agreed to construct a *Free Trade Area of the Americas, or FTAA*, in which barriers to trade and investment will be

progressively eliminated. They agreed to complete negotiations towards this agreement by the year 2005 and to achieve substantial progress toward building the FTAA by 2000. The Heads of State and Government further directed their ministers responsible for trade to take a series of concrete initial steps to achieve the Free Trade Area of the Americas. Their decisions regarding these steps are contained in the Miami Summit's Declaration of Principles and Plan of Action.

During the preparatory phase (1994-1998), the 34 Ministers responsible for trade established twelve working groups to identify and examine existing trade-related measures in each area, with a view to identifying possible approaches to negotiations. The results of the preparatory work of the Groups were made available to the public. Four ministerial meetings took place during this preparatory phase: the first was in June 1995 in Denver, U.S.A., the second in March 1996 in Cartagena, Colombia, the third in May 1997 in Belo Horizonte, Brazil and the fourth in March 1998 in San José, Costa Rica.

In the San José Declaration, the Ministers set out the structure of the negotiations, agreed upon general principles and objectives to guide these negotiations, and recommended that their Heads of State and Government initiate the formal negotiation of the FTAA. The General Principles and Objectives agreed to by the Ministers are listed in Annex I of the Declaration.

The FTAA negotiations were formally launched in April 1998 at the Second Summit of the Americas in Santiago, Chile. The Heads of State and Government participating in the Second Summit of the Americas agreed that the FTAA Agreement will be balanced, comprehensive, WTO-consistent, and will constitute a single undertaking. They also agreed that the negotiating process will be transparent and take into account the differences in the levels of development and size of the economies in the Americas in order to facilitate full participation by all countries. Furthermore, they agreed that the negotiations should proceed in order to contribute to raising living standards, improving working conditions of all people in the Americas, and better protecting the environment. Finally, they agreed upon a structure under which the negotiations would be conducted.

The fifth Ministerial meeting - the first following the formal initiation of negotiations - took place in Toronto in November 1999. At this meeting, Ministers instructed the negotiating groups to prepare a draft text of their respective chapters, to be presented at the sixth Ministerial meeting. The negotiating groups responsible for market access issues were directed to discuss the modalities and procedures for negotiations in their respective areas. Ministers also approved several business facilitation measures, designed to facilitate commercial exchange in the Hemisphere. These measures, included

in the Annexes to the Ministerial Declaration, were concentrated in the areas of customs procedures and enhanced transparency.

At the sixth Ministerial meeting, held in Buenos Aires in April 2001, a number of key decisions were made regarding the FTAA negotiations. Ministers received from the Negotiating Groups draft text of the FTAA Agreement, and, in an unprecedented move designed to increase the transparency of the process, agreed to make this text publicly available. The Technical Committee of Institutional Issues was created to consider the overall architecture of an FTAA Agreement (general and institutional matters). Ministers also highlighted the need to foster dialogue with civil society, and directed the Committee of Government Representatives on the Participation of Civil Society to forward to the Negotiating Groups the Civil Society submissions in response to the open invitation, which refer to their respective issue areas, and those related to the FTAA process in general. Ministers reiterated the importance of the provision of technical assistance to smaller economies in order to facilitate their participation in the FTAA.

The Third Summit of the Americas was held in Quebec City on April 20 - 22, 2001. At this meeting, Heads of State and Government endorsed the decision of the Ministers to make the first draft FTAA agreement available as soon as possible to the public in all four official languages. This agreement was published on the Official FTAA Website on July 3, 2001.

In addition, deadlines were fixed for the conclusion and implementation of the FTAA Agreement. Negotiations are to be concluded no later than January 2005; entry into force will be sought as soon as possible thereafter, no later than December 2005.

As instructed by Ministers Responsible for Trade, recommendations on methods and modalities for negotiations were submitted by April 1, 2002, and market access negotiations were initiated on May 15, 2002. Principles and guidelines for these negotiations are set out in the Document on Methods and Modalities for Negotiations.

At the Seventh FTAA Ministerial Meeting, held November 1, 2002 in Quito, Ecuador, the Ministers took various steps to energize the negotiations. Among other things the Ministers confirmed the schedule for the exchange of initial market access offers, set deadlines by which new drafts of the texts of the FTAA Agreement will need to be produced, provided guidance to some of the FTAA entities on resolving issues in their negotiations, and made public immediately the second draft of the FTAA Agreement on the official FTAA website in the four official languages. Ministers also made public the Trade

Negotiations Committee document on Guidelines or Directives for the Treatment of the Differences in the Levels of Development and Size of Economies.

At Quito, Ministers took an important step to address the needs of less developed and smaller economies in the region by approving a Hemispheric Cooperation Program (*HCP*) to strengthen the capacities of those countries seeking assistance to participate in the negotiations, implement their trade commitments, and address the challenges and maximize the benefits of hemispheric integration. The Trade Negotiations Committee (*TNC*), with the support of the Consultative Group on Smaller Economies (*CGSE*) was mandated to supervise the HCP. In this context, Ministers instructed the TNC, with the support of the Tripartite Committee, to facilitate meetings of the CGSE, inviting appropriate development and financial officials, international financial institutions, international agencies, and interested private entities to discuss financing and implementation of the HCP and to report on this at the next Ministerial meeting.

At Quito, Ministers confirmed the timetable established by the TNC for market access-related negotiations to exchange initial offers between 15 December 2002 and 15 February 2003; review offers and submit requests for improvements to offers between 16 February and 15 June 2003; and initiate the presentation of revised offers and subsequent negotiations on improvements as of 15 July 2003. The Quito Ministerial Declaration also directs the Negotiating Groups to achieve consensus on the greatest possible number of issues in each of the draft chapters of the FTAA Agreement, and submit new versions of the Chapters to the TNC no later than eight weeks before the Ministerial meeting in November 2003.

Ministers also reiterated the need to increase civil society participation in the FTAA process and exhorted all countries in the Hemisphere to strengthen and deepen their consultation processes with civil society at the national level. Moreover, Ministers encouraged the holding of civil society events organized parallel to the Ministerial and Vice Ministerial meetings, as well as the organization of regional and national seminars related to the process of establishing the FTAA. In addition, they instructed the Committee of Government Representatives on the Participation of Civil Society to foster a process of increased and sustained two-way communication with civil society, to identify and foster the use of best practices for outreach and consultation with civil society, and that its Third Report which describes the activities of the Committee as well as the range of contributions received during this phase, be published on the official FTAA Website.

The final phase of FTAA negotiations will be guided by the co-chairmanship of the Brazil and the United States. It was agreed that two

meetings of the Ministers Responsible for Trade would be held, one in November 2003 in Miami, U.S.A., and one in 2004 in Brazil.

At their eighth meeting in Miami on November 20, 2003, Ministers reiterated their commitment to the Free Trade Area of the Americas and set forth a vision of the FTAA as follows:

“We, the Ministers, reaffirm our commitment to the successful conclusion of the *FTAA* negotiations by January 2005, with the ultimate goal of achieving an area of free trade and regional integration. The Ministers reaffirm their commitment to a comprehensive and balanced *FTAA* that will most effectively foster economic growth, the reduction of poverty, development, and integration through trade liberalization. Ministers also recognize the need for flexibility to take into account the needs and sensitivities of all *FTAA* partners.

We are mindful that negotiations must aim at a balanced agreement that addresses the issue of differences in the levels of development and size of economies of the hemisphere, through various provisions and mechanisms.

Taking into account and acknowledging existing mandates, Ministers recognize that countries may assume different levels of commitments. We will seek to develop a common and balanced set of rights and obligations applicable to all countries. In addition, negotiations should allow for countries that so choose, within the *FTAA*, to agree to additional obligations and benefits. One possible course of action would be for these countries to conduct plurilateral negotiations within the *FTAA* to define the obligations in the respective individual areas.

We fully expect that this endeavor will result in an appropriate balance of rights and obligations where countries reap the benefits of their respective commitments”.

Ministers instructed the *TNC* to develop a balanced and common set of rights and obligations applicable to all countries. These negotiations on the common set of rights and obligations will include provisions in each of the following negotiating areas: market access; agriculture; services; investment; government procurement; intellectual property; competition policy; subsidies, antidumping, and countervailing duties; and dispute settlement. On a plurilateral basis, interested parties may choose to develop additional liberalization and disciplines. The *TNC* shall establish procedures for these negotiations that shall, among other things, provide that: countries negotiating additional obligations and benefits within the *FTAA* shall notify the Co-Chairs of their intention to do so before the outset of the negotiations; and any country not choosing to do so may attend as an observer of those additional negotiations. Observers, by notifying the Co-Chairs, may become participants in these negotiations at any time

thereafter. The results of the negotiations must be WTO compliant. These instructions are to be delivered by the TNC to the Negotiating Groups and the Technical Committee on Institutional Issues (*TCI*), no later than the seventeenth meeting of the *TNC*, that will be held in early 2004, to enable the negotiations to proceed simultaneously and to be completed according to the schedule.

Ministers instructed that the negotiations on market access be concluded by September 30, 2004.

They reaffirmed their commitment to take into account, in designing the FTAA, the differences in levels of development and size of economies in the hemisphere to create opportunities for their full participation and increase their level of development. They took note of the TNC Report on the results of the progress achieved in relation to the treatment of differences in the levels of development and the size of economies in each of the Negotiating Groups and reiterated the instruction to the TNC and to all the negotiating groups, in particular those undertaking market access negotiations, to translate this principle into specific measures so that they are reflected in the results of the negotiations.

They also welcomed the efforts of the CGSE, with the assistance of the Tripartite Committee, to implement *the Hemispheric Cooperation Program (HCP)* and cited the important steps that took place at the first meeting with donors. They received the TNC Report on progress in the implementation of the HCP and encouraged the countries, with the help of the Tripartite Committee, to finalize the *TCB* strategies as appropriate and to organize sub-regional meetings with donors to continue discussions on the *TCB* strategies. Ministers reiterated the commitment they made in Quito that the *HCP* will respond to the immediate assistance needs for the purpose of strengthening the participation of countries in the negotiations.

In accordance with their commitment to transparency assumed at the Santiago and Quebec City Summits, Ministers made the third draft of the chapters of the *FTAA* Agreement available to the public on the official *FTAA* website in the four official languages.

The Fourth Report of the SOC, which describes the activities of the SOC as well as the range of contributions received from civil society during this phase, was received. Ministers also welcomed receipt of the report on Best Practices and Illustrative Examples of Consultations with Civil Society at the National/Regional Level that was prepared by the *SOC* and instructed the *SOC* to make recommendations to the *TNC* on the means to broaden the mechanisms for disseminating information on the discussions, drawing upon the experiences of countries for distributing information to their civil societies.

Ministers also recognized the decision to hold meetings with civil society, in conjunction with the regular meetings of the *SOC*, focusing on issues that are topics of discussion in these negotiations and including a broad representation of *FTAA* government officials and civil society including business, labor, agricultural producers, *NGOs*, academics, rural and indigenous groups. They express their satisfaction that at least two such meetings are planned in 2004, one in the Dominican Republic on the topic of intellectual property rights and one in the United States on the topic of market access, including small business issues.

Ministers also expressed interest in creating a civil society consultative committee within the institutional framework of the *FTAA* upon the Agreement's entry into force and requested the TNC to make a proposal on this issue for their future consideration, based on the recommendations made by the *SOC* in coordination with the *TCI*.

The *FTAA* negotiations are carried out under an agreed structure that is member-driven and ensures broad geographical participation. The Chairmanship of the entire process, the site of the negotiations themselves, as well as the Chairs and Vice Chairs of the various negotiating groups and other committees and groups, all rotate among participating countries.

The Chairmanship of the Negotiations rotates approximately every eighteen months, or at the conclusion of each Ministerial meeting. The following countries were designated to serve as Chairs and Vice-chairs of the *FTAA* process for successive periods during the negotiations:

TABELA

| <i>Chairmanship of the Negotiations</i> | | | |
|---|---|-------------------------------------|-------------------|
| | | <i>Chair</i> | <i>Vice-Chair</i> |
| | May 1, 1998 - October 31, 1999 | Canada | Argentina |
| | November 1, 1999 - April 30, 2001 | Argentina | Ecuador |
| | May 1, 2001 - October 31, 2002 | Ecuador | Chile |
| | | <i>Co-Chairs</i> | |
| | November 1, 2002 - conclusion of the negotiations | Brazil and United States of America | |

The Ministers Responsible for Trade exercise the ultimate oversight and management of the negotiations. They meet generally every eighteen months and, since the negotiations were launched, do so in the country which is holding the *FTAA* Chairmanship.

The Vice Ministers Responsible for Trade, as the Trade Negotiations Committee (*TNC*), have a central role in managing the *FTAA* negotiations. The *TNC* guides the work of the negotiating groups and other committees and groups and decides on the overall architecture of the agreement and institutional issues. The *TNC* is also responsible for ensuring the full participation of all the countries in the *FTAA* process, ensuring transparency in the negotiations, overseeing the administrative secretariat, and overseeing the identification and implementation of business facilitation measures. The Committee meets as required, no less than twice a year, at rotating sites throughout the hemisphere.

Nine *FTAA* Negotiating Groups were created in the following areas: market access; investment; services; government procurement; dispute settlement; agriculture; intellectual property rights; subsidies, antidumping and countervailing duties; and competition policy. These negotiating groups have specific mandates from Ministers and the *TNC* to negotiate text in their subject areas and meet regularly throughout the year.

Three Committees and Groups address horizontal issues related to the negotiations. They are the Consultative Group on Smaller Economies, the Committee of Government Representatives on the Participation of Civil Society, and the Joint Government-Private Sector Committee of Experts on Electronic Commerce.

In addition, a Technical Committee of Institutional Issues was created to consider the overall architecture of an *FTAA* Agreement (general and institutional matters). Finally, an ad hoc group of experts was established to report to the *TNC* on the implementation of the customs-related business facilitation measures agreed upon at Toronto.

Technical and Analytical Support: The Tripartite Committee, which consists of the Inter-American Development Bank (*IADB*), the Organization of American States (*OAS*) and the United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (*UNECLAC*).

The Tripartite Committee provides analytical, technical and financial support to the process and maintains the official *FTAA* Website. The individual Tripartite institutions also provide technical assistance related to *FTAA* issues, particularly for the smaller economies of the Hemisphere.

Administrative Support: The *FTAA* Administrative Secretariat, located at the same site as the meetings of the negotiating groups, provides administrative and logistical support to the negotiations. It keeps the official archives of the negotiations, and provides translation and interpretation services.

The Secretariat is funded by a combination of local resources and the Tripartite Committee institutions.

Venue of the Negotiations: has also been established on a rotating basis. Three countries have been designated as hosts of the negotiations, namely: from May 1998 to February 2001: the United States (Miami); Panama (Panama City) from March 2001 to February 2003; and from March 2003 to the conclusion of the negotiations: Mexico (Puebla).

As we have saw the conclusion of the negociatitions are shared by Brazil and the United States of America, so both contries have the power to stop these negotiations, if have some offense in the internal legal system of these contries.

The brazilian constitucion has a chapter that regules the economic order. The 170 article, says that the economic order is based in some principles, one of them means that any economic policy made whithout soberany has no effect in the internal economy.

So, it is possible to conclude that any agreement that forces the brazilian signature must will invalid in our legal system.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

| <i>Autor</i> | <i>Título</i> | <i>Vol./Nº</i> |
|---|--|----------------|
| Alexandre, Leticia Frazão | Dumping e preços predatórios | 9-1 |
| Alexandre, Leticia Frazão | A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro | 12-2 |
| Almeida, José Gabriel Assis de | Aplicação 'extra-territorial' do direito da concorrência brasileiro | 8- 3 |
| Aluisio de Lima-Campos | Nineteen proposals to curb abuse in antidumping and countervailing duty proceedings | 11-4 |
| Alves, Cintia Gonzaga | Extraterritorialidade e defesa da concorrência | 8-2 |
| Alves, Rodney Almeida | The free trade areas of the Americas (FTAA) and a the Brazilian perspective | 11-2 |
| Amaral, Caroline dos Reis | A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis | 12-2 |
| Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de | Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual | 9-1 |
| Andrade Santos, Maria Cecília de | Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul | 8-3 |
| Andrade, Antonio Carlos Machado de | A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica | 8-2 |
| Andrade, Maria Cecília | A política da concorrência e a Organização Mundial Do Comércio | 8-5 |
| Araújo Jr, José Tavares de | Trade transparency and competition: FTAA and CER | 8-3 |
| Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis | Integração regional e política de concorrência | 4-6 |
| Arruda Sampaio, Onofre | Considerações a respeito de processo administrativo | 3-6 |
| Bagnoli, Vicente | A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura | 10-1 |
| Bagnoli, Vicente | O direito da concorrência | 11-2 |
| Bandeira de Mello, Celso Antonio | Parecer DIRECTV X GLOBO | 8-7 |
| Bangy, Azeem R. | Legislação da defesa da concorrência em Portugal | 4-6 |
| Barrionuevo, Arthur | Parecer DIRECTV X GLOBO | 8-7 |
| Bastos, Alexandre A. Reis | Informação e defesa da concorrência | 4-3 |
| Bello, Carlos Alberto | Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana | 4-3 |
| Bello, Carlos Alberto | A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas | 5-8 |
| Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena | Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano | 8-4 |
| Benjô, Isaac | A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro | 4-4 |
| Bertran , Maria Paula | Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável | 12-2 |
| Bogo, Jorge | Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia argentina. | 4-6 |

| | | |
|------------------------------------|---|------|
| Bourgeois, H. J | European community competition policy: the impact of globalization | 3-5 |
| Camargo, Tomás Junqueira de | O Comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial | 8-2 |
| Cardoso, Fernando Henrique | Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência | 4-6 |
| Carlos Botassi | Servicio de telecomunicaciones en la Argentina | 11-4 |
| Carvalho, Arilson Coelho de | O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação | 12-3 |
| Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de | Apuração de práticas restritivas à concorrência | 1-4 |
| Carvalho, Evandro Menezes de | O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica | 10-1 |
| Casagrande, Paulo Leonardo | Controle estrutural no setor de telecomunicações | 11-1 |
| Casagrande, Paulo Leonardo | Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia | 10-1 |
| Castañeda, Gabriel | The Mexican experience on antitrust | 3-6 |
| Castro, Renault de Freitas | Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações | 9-2 |
| Cavalcante, Léia Baeta | Poder de compra do varejo supermercadista | 11-1 |
| Cazetta, Luís Carlos | A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE | 8-4 |
| Cerviño, José Luis López | Contradiciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo | 11-3 |
| Chiesa, Melisse | Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990 | 9-1 |
| Conrath, Craig W. | Dominant position in a relevant market power: how to identify it | 4-6 |
| Considera, Claudio Monteiro | Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência | 9-5 |
| Costa, Maurício de Moura | Medidas anti-evasão de direitos anti-dumping na comunidade europeia | 12-4 |
| Costa, Maurício de Moura | Breves observações sobre o compromisso de desempenho | 4-2 |
| Costa, Maurício de Moura | O princípio constitucional de livre concorrência | 5-1 |
| Costa, Maurício de Moura | A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94 | 5-6 |
| Coutinho, Paulo C. | Prolegômenos da economia da defesa da concorrência | 8-4 |
| Cruz, Tatiana Lins | Defesa da concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais | 8-2 |
| Cunha, Ricardo Thomazinho | A aplicação do acordo antidumping no Brasil | 7-5 |
| Cysne, Rubens Penha | Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência | 4-6 |
| Dias, José Carlos Vaz | Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência | 5-9 |
| Dobler, Sônia Marques | Infração à ordem econômica: preço predatório | 3-5 |
| Domingues, Juliana Oliveira | Considerações sobre os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço | 12-2 |
| Donald J. Johnston | Competition policy and economic reform conference | 4-6 |
| Dutra, Pedro | Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP | 9-5 |

| | | |
|--|--|------|
| Dutra, Pedro | A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE | 4-1 |
| Dutra, Pedro | A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94, | 3-8 |
| Dutra, Pedro | Defesa da concorrência e globalização | 3-6 |
| Dutra, Pedro | Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações | 4-3 |
| Dutra, Pedro | O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência | 3-5 |
| Dutra, Pedro | O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal | 4-1 |
| Dutra, Pedro | Poder econômico: concentração e reestruturação | 4-2 |
| Dutra, Pedro | Preços e polícia | 4-4 |
| Dutra, Pedro | Regulação: o desafio de uma nova era | 5-2 |
| Dutra, Pedro | Regulação: segurança jurídica e investimento privado | 5-3 |
| Dutra, Pedro | A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração | 5-4 |
| Dutra, Pedro | Reforma do estado: avanço e memória | 5-5 |
| Dutra, Pedro | A saúde da regulação | 5-6 |
| Dutra, Pedro | Agência de vigilância sanitária | 5-7 |
| Dutra, Pedro | Regulação na forma da lei | 5-10 |
| Dutra, Pedro | Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94 | 6-2 |
| Dutra, Pedro | O poder regulamentar dos órgãos reguladores | 7-5 |
| Dutra, Pedro | A CVM e o dever de guardar sigilo | 8-8 |
| Dutra, Pedro | Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações | 9-2 |
| Dutra, Pedro | Agências reguladoras - reforma ou extinção? | 11-3 |
| Escosteguy Carneiro, Maria Neuesschwander | O setor postal brasileiro: regulação para competição? | 11-1 |
| Fagundes, Jorge | Crítérios alternativos de eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência X e custos de transação | 12-4 |
| Fagundes, Jorge | Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? | 5-6 |
| Fagundes, Jorge | Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão | 8-3 |
| Fagundes, Jorge | Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago | 10-3 |
| Fagundes, Jorge | Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price standard | 10-5 |
| Fagundes, Jorge | Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste | 11-4 |
| Fagundes, Jorge, e Kanczuk, Fabio | O uso de modelos de simulação em análises de fusões | 11-4 |
| Fagundes, Jorge, Kanczuk Fabio | Uma visão mais técnica do algoritmo de simulações de fusão | 12-4 |
| Faria, Werter R | O controle das concentrações de empresas | 7-7 |
| Faria, Werter R. | Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações | 3-8 |
| Faria, Werter | Parecer DIRECTV X GLOBO | 8-7 |
| Farina, Elizabeth | Globalização e concentração econômica | 3-6 |
| Farina, Elizabeth | Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação | 3-8 |
| Farina, Laércio | Do processo administrativo, da natureza do ato | 3-6 |

| | | |
|---|--|------|
| Feres, Marcos Vinício Chein | O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito | 8-4 |
| Feres, Marcos Vinício Chein | Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro | 8-5 |
| Feres, Marcos Vinício Chein | Do princípio da eficiência econômica | 8-8 |
| Feres, Marcos Vinício Chein | Regulação, empresa e política de concorrência | 9-1 |
| Feres, Marcos Vinício Chein | Agências reguladoras - Uma visão crítica | 12-4 |
| Feres, Marcos Vinício Chein Feres | Restrição vertical por fixação de preços | 9-5 |
| Ferraz, Tercio Sampaio | Discretionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração | 4-6 |
| Ferraz, Tercio Sampaio | "Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal | 8-3 |
| Ferraz, Tercio Sampaio | Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo | 3-6 |
| Ferraz, Tercio Sampaio | Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante | 4-1 |
| Ferraz, Tercio Sampaio | Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração | 5-2 |
| Fonseca, Antonio | Concorrência e propriedade intelectual | 5-7 |
| Fonseca, Antonio | Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial | 6-3 |
| Fonseca, João Bosco Leopoldino | Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência | 4-5 |
| Franceschini, José Inácio Gonzaga | As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94) | 3-6 |
| Franceschini, José Inácio Gonzaga | Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência | 5-10 |
| Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni | Denunciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos | 4-6 |
| Franco, Leandro Alexi | A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência | 12-2 |
| Franco, Leandro Alexi | Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal | 12-3 |
| Freitas Pereira, Viviane de | Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações | 11-1 |
| Fujiwara, Thomas | O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados | 11-1 |
| Gaban, Eduardo Molan | Regulação econômica e assimetria de informação | 9-5 |
| Gaban, Eduardo Molan | Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência | 11-2 |
| Gama, Marina Moreira da | A teoria antitruste no Brasil: Fundamentos e estado da arte | 12-4 |
| Garcia, Fernando | Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência | 3-5 |
| Gatto, Ana Carolina dos Santos | A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor | 9-1 |
| Gheventer, Alexandre | A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante | 5-6 |
| Goldberg, Daniel K. | Spread, concentração e concorrência no setor bancário | 11-3 |
| Gomes, Carlos Jacques Vieira | Os escopos sociais do direito antitruste | 11-2 |
| Granado, Shalom Eintoss | Doutrina do Elo Verde: a importância do direito ambiental para o direito da concorrência | 5-8 |

| | | |
|---------------------------------------|--|------|
| Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula | Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari) | 6-1 |
| Grau-Kuntz, Karin | Da defesa da concorrência | 9-2 |
| Grinberg, Mauro | A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência. | 5-1 |
| Grinberg, Mauro | Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda | 3-8 |
| Grinberg, Mauro | O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial | 3-5 |
| Grinberg, Mauro | O Estado, suas empresas e o direito da concorrência | 4-2 |
| Guimarães, Denis Alves | As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências | 8-2 |
| Guimarães, Eduardo Augusto | Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário | 11-2 |
| Howe, Martin | The British experience regarding the defence of competition | 3-8 |
| Jobim Filho, Paulo | Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo | 4-6 |
| Junior, Marco Aurélio Serau | Os princípios constitucionais da ordem econômica no contexto da globalização | 12-4 |
| Kemmelmeier, Carolina Spack | Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca | 9-1 |
| Klajmic, Magali | A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos | 5-9 |
| Klajmic, Magali | Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos | 6-2 |
| Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia | Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória | 4-4 |
| Klein, Aline Lícia | O fomento industrial e a concorrência no mercado interno | 10-1 |
| Lafer, Celso | Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio | 3-9 |
| Lagrecia, Rodrigo Holtermann | O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrenciais: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros | 12-3 |
| Leal, João Paulo G. | Paralelismo de preços e o "cartel da ponte aérea" | 12-4 |
| Leal, João Pulo G. | Cartéis | 8-8 |
| Leidenz, Claudia Curiel | Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997 | 4-6 |
| Leite, Fábio Carvalho | a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro - | 9-1 |
| Lilla, Paulo Eduardo | A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais | 10-1 |
| Lilla, Paulo Eduardo | Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais | 11-1 |
| Lima, Edilson Vitorelli Diniz | A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil | 12-2 |
| Lima-Campos, Aluisio | O abuso e o arbítrio - o impacto das ações anti-dumping e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os estados unidos | 11-3 |
| Lira, Lucas Machado | O acordo de leniência: avanço ou precipitação? | 8-2 |
| Lobão, Carla | Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto | 8-8 |
| Londoño, Alfonso Miranda | El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones | 4-6 |
| Loss, Giovani Ribeiro | A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE | 8-2 |

| | | |
|---|--|------|
| Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira | Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94 | 9-1 |
| Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira | Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante | 10-1 |
| Magalhães, C. Francisco de | Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros) | 3-6 |
| Malard, Neide | Parecer DIRECTV X GLOBO | 8-7 |
| Malard, Neide Teresinha | Integração de empresas: concentração, eficiência e controle | 1-4 |
| Marco Antônio Ribeiro Tura | A autonomia das agências reguladoras | 11-4 |
| Marques Neto, Floriano de Azevedo | Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural | 8-4 |
| Marques, Daniela Ramos | A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica | 10-1 |
| Marshall, Carla C. | Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil | 8-4 |
| Martinez, Ana Paula | Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais | 10-1 |
| Martinez, Ana Paula | A defesa dos interesses dos consumidores | 11-1 |
| Martinez, Maria Beatriz | Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil | 12-2 |
| Martinez, Maria Beatriz | A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva | 11-2 |
| Mattos, César | O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos | 4-4 |
| Mattos, César | Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear | 5-5 |
| Mattos, César Michel G. Cowie | Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil | 8- 3 |
| Mattos, César | The Recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition | 4-6 |
| Mattos, César | Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação | 8-4 |
| Mattos, Ubiratan Andrade, Maria Cecília Vieira, Caroline Sanselme | Regulation 2004 - Brazil | 11-2 |
| Mazzucato, Paolo Zupo | Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional | 8-2 |
| Mello, Maria Tereza Leopardi | Defesa da concorrência no setor elétrico | 6-5 |
| Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas | Concorrência e propriedade intelectual: harmonização | 12-2 |
| Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas | A ordem econômica e a propriedade intelectual | 12-3 |
| Mestmäcker, Ernst Joachim, Bielefeld | Poder, direito, constituição econômica | 12-4 |
| Meziat, Armando | A defesa comercial no Brasil | 3-8 |
| Meziat, Armando | A defesa comercial no Brasil | 4-6 |
| Milagres, Marcelo de Oliveira | A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica | 9-1 |
| Nellis, John | Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does | 4-6 |
| Nogueira, José Carlos da Silva | Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais | 11-4 |
| OECD | Suggested Issues for Discussion III Sem. Int. de Direito da Concorrência | 4-6 |

| | | |
|---|---|------|
| Oliveira, Gesner | Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência | 4-6 |
| Oliveira, Gesner de | Programa de trabalho para o CADE | 3-6 |
| Oliveira, Gesner de | Regimento interno do CADE e segurança jurídica | 5-4 |
| Oliveira, Gesner de | Discurso de posse 1998 | 5-6 |
| Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro | da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) | 9-1 |
| Paim, Maria Augusta Fonseca | Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais | 12-4 |
| Peixoto, Bruno Vilhena Lana | preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica | 9-1 |
| Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz | Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados | 9-1 |
| Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz | As agências reguladoras e a defesa da concorrência | 8-2 |
| Pereira, Ana Cristina Paulo | Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência | 6-3 |
| Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria | Leilões ou regulação? Onde está o monopolista? | 8- 3 |
| Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria | O Marco Regulatório Brasileiro para o Setor de Telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância | 11-3 |
| Pereira, Edgard Antonio | Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste | 3-5 |
| Pereira, Edgard Antonio; Leal, João Paulo G. | Crescimento (e verticalização) da indústria de cimento no Brasil | 12-4 |
| Pereira, José Matias | A defesa da concorrência no Mercosul | 1-4 |
| Pereira, Maria João C. | A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico | 6-5 |
| Pereira, Viviane de Freitas | Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações | 10-1 |
| Pinheiro, Luís Felipe Valerim | A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal | 9-1 |
| Pittman, Russell | Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE | 5-8 |
| Polido, Fabrício Pasquot | Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração na defesa da concorrência | 12-2 |
| Possas, Mário Luiz | Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência | 3-5 |
| Possas, Mário Luiz e Schartz, Luís Fernando | Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência | 5-3 |
| Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz | Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição | 8-8 |
| Possas, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz | Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica | 8-8 |
| Rainer Geiger | Opening Statement ao III Sem. Int. de Direito da Concorrência | 4-6 |
| Reale, Miguel e Reale Jr. | Parecer Directv X Globo | 8-7 |
| Ribeiro, Amadeu Carvalhaes | Crítérios para apresentação de transações internacionais ao CADE | 11-2 |
| Rivière Marti, Juan Antonio | Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência | 3-5 |
| Rocha, Bolivar Moura | Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência | 5-7 |
| Rodrigues, José R. Pernomian | Dumping em serviços | 5-3 |

| | | |
|--|--|------|
| Rowat, Malcolm | Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation | 4-6 |
| Salgado, Lucia Helena | Aspectos econômicos na análise de atos de concentração | 4-1 |
| Salgado, Lucia Helena | Discurso de posse -1998 | 5-6 |
| Sampaio, Luiza Saito | O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis | 12-3 |
| Santacruz, Ruy | Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos | 9-5 |
| Santacruz, Ruy | Preço abusivo e cabeça de bacalhau | 5-2 |
| Santacruz, Ruy | Parecer Directv X Globo | 8-7 |
| Sayeg, Fernanda Manzano | Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI | 10-1 |
| Sayeg, Ricardo Hasson | A proteção do consumidor contra o monopólio | 3-5 |
| Schuartz, Luis Fernando | As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94 | 3-5 |
| Schymura, Luiz Guilherme | As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro | 4-6 |
| Silva, Anderson Souza da | Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência | 10-1 |
| Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da | Transgênicos e direito da concorrência | 12-2 |
| Solon, Ary | Diferenciação de preços | 3-8 |
| Sousa, Ricardo Noronha Ingles de | Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro | 8-2 |
| Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero | A cláusula da nação mais favorecida | 11-2 |
| Spadotto, Rafael de Castro | The Brazilian economy under the FTAA Agreement: is it possible stop the negotiations, with basis on the constitution? | 12-4 |
| Spíndola Silva, Vladimir | O instituto da leniência no direito antitruste norte americano | 9-1 |
| Steptoe, Mary Lou | Current antitrust issues in U. S. federal enforcement | 3-5 |
| Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L. | Developments in exclusive dealing | 4-1 |
| Takahashi, Iwakazu | Competition Policy and Deregulation | 4-6 |
| Tura, Marco Antonio Ribeiro | A autonomia das agências reguladoras | 11-2 |
| Vaz e Dias, José Carlos | Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência | 8- 3 |
| Vaz e Dias, José Carlos | Licença compulsória de patentes e o direito antitruste | 8-4 |
| Vaz, Isabel | Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade | 4-6 |
| Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti | E-banking: um forte aliado da concorrência. | 9-1 |
| Venancio Filho, Alberto | A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência | 5-9 |
| Viana, Diego Goulart de Oliveira | Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado | 8-2 |
| Wald, Arnoldo | A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste | 6-1 |

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

| A. C. | Requerentes | V. N. |
|--------------------|---|-------|
| 12/94 | Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio | 2-3 |
| 12/94 | Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte) | 2-3 |
| 11/94 | Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco | 2-3 |
| 06/94 | Eternit S. A. e Brasilit S.A. | 2-3 |
| 01/94 | Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarrus Indústria e Comércio | 2-4 |
| 20/94 | CBV Indústria Mecânica | 2-4 |
| 07,08,09,e 10/94 | Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda | 2-4 |
| 16/94 | Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains) | 2-4 |
| 16/94 | Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains | 3-3 |
| 05/94 | Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com. | 3-4 |
| 43/95 | Federação Brasileira Dos Exportadores de Café | 3-4 |
| 04/94 | HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.) | 3-4 |
| 56/95 | Jovita Ind. e Com. Ltda. | 3-4 |
| 14/94 | Belgo Mineira, Dedini | 3-7 |
| 33/96 | Coplatex, Callas Têxtil | 3-7 |
| 15/94 | Velolme Ishibras S.A.. | 3-7 |
| 27/95 | K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A | 3-10 |
| 41/95 | Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway) | 4-1 |
| 38/95 | Basf. S. A. | 4-3 |
| 42/95 | Índico Participações | 4-3 |
| 29/95 | Privatização da Mineração Caraíba | 4-3 |
| 58/95 | Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company | 4-4 |
| 83/96 | Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih | 4-5 |
| 83/96 reapreciação | Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. | 5-1 |
| 02/94 | Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil | 5-2 |
| 62/95 | Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A. | 5-2 |
| 71/96 | Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A.. | 5-3 |
| 54/95 | Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica | 5-4 |
| 54/95 II | Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica | 5-5 |
| 58/95 | Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação) | 5-7 |
| 84/06 | Mahle GmbH e Cofap | 5-8 |
| 08012.002740/98-02 | Sherwin Williamas do Brasil | 5-8 |
| 133/97 | Madeco S/A e Ficaps/A | 5-8 |
| 135/97 | Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros | 5-8 |
| 179/97 | Cbp e Basf | 5-8 |
| 16/94 | Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains | 5-9 |
| 111/96 | Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda | 5-9 |
| 08012.007539/97-22 | Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio | 5-9 |

| | | |
|----------------------|---|------|
| 188/97 | Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A. | 5-10 |
| 22/95 | Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil | 5-10 |
| 32/04 | Smithkline Beecham Plc & Sterling | 5-10 |
| 34/95 | Alergan-Lok prod. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica | 6-1 |
| 93/06 | TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A. | 6-1 |
| 39/95 | Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A | 6-2 |
| 08012.007251/97-94 | Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A. | 6-2 |
| 103/96 | Santista Alimentos e Ideal alimentos | 6-2 |
| 141/97 | Canale do Brasil prod. Alimentícios | 6-2 |
| 08012.007.871/97-79 | Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda | 6-2 |
| 08012.001776/98-14 | Trw Automotive e Lucas industries PCL | 6-2 |
| 08000.013756/97-08 | National Starch Chemical Grace Brasil | 6-2 |
| 181/97 | Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox | 6-3 |
| 0812.004834/98-17 | Maccain Foods e Pratigel | 6-3 |
| 165/97 | Hoechst do Brasil e Clariant S. A. | 6-3 |
| 08012.000396/98-08 | Igaras e Trombini (papéis e embalagens) | 6-3 |
| 08012.007995/97-81 | Mahle GMBH e Cofap | 6-5 |
| 79/86 | Panex S. A. | 7-1 |
| 168/97 | Plus Vita S. A. Van Mill | 7-1 |
| 08012.002730/98-41 | Elgin/Sherwin Willians | 7-1 |
| 89/96 | NHK/ Sudamerica | 7-1 |
| 89/96 | NHK/ Sudamerica (Auto de Infração) | 7-1 |
| 89/96 | NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração) | 7-1 |
| 117/97 | AGCO e IOCHPE-MAXION | 7-1 |
| 08012.005760/98-18 | Perez Compac e Innova | 7-1 |
| 29/95 | Caraíba | 7-1 |
| 134/97 | American Home Products & Solvay S.A. | 7-1 |
| 08012.004735/98-35 | Galderma & Darrow | 7-1 |
| 08012.006375/98-42 | Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold | 7-2 |
| 08012.002611/98-51 | Herbitécnica & Defesa | 7-2 |
| 08012.000587/99-89 | Basf & Clariant | 7-2 |
| 08012.0006501/98-03 | Senior & Tecne | 7-2 |
| 102/96 | Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto | 7-2 |
| 08012.0019247/98-79 | ABC Supermercados & Maxbox | 7-2 |
| 08012.000578/99-98 | Exxo & Shell | 7-2 |
| 08012.007256/98-99 | Alcon& Grieshaber | 7-2 |
| 08012.000097/99-18 | BWT & Vonroll | 7-2 |
| 08012.007085/98-06 | Air Products | 7-2 |
| 08012.004611/98-22 | Abbott & Murex | 7-2 |
| 08012.000908/99-91 | Pillsbury | 7-2 |
| 08012.009110/98-14 | Chevron & Texaco | 7-2 |
| 78/96 | S.A. White Martins & Unigases | 7-2 |
| Parecer | SEAE – AMBEV | 7-3 |
| Parecer | SDE – AMBEV | 7-3 |
| Parecer | Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV | 7-3 |
| Parecer | Procuradoria do CADE no caso AMBEV | 7-5 |
| 08012.005846/99-12 | Relatório e votos no caso AMBEV | 7-6 |
| 0800.020.471/97-70 | Kellog do Brasil e Superbom | 8-8 |
| 08012.006762/2000-09 | Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações | 8-9 |

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

| N.º | Representante(s) - Representado(s) | V. N. |
|----------------|---|-------|
| 15 | Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A | 1-1 |
| 19 | Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos | 1-1 |
| 17 | Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A. | 1-1 |
| 20 | Presidência da República X Glaxo do Brasil | 1-1 |
| 18 | Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda. | 1-1 |
| 02 | Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Raji Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda | 1-1 |
| 38 | Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos | 1-2 |
| 12 | Presidência da República X Achê Laboratórios | 1-2 |
| 29 | Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A | 1-2 |
| 13 | Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda | 1-2 |
| 109/89 | Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros | 1-2 |
| 07 | Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras | 1-2 |
| 30/92 | Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A. | 2-1 |
| 23/91 | Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda. | 2-1 |
| 01/91 | Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda. | 2-1 |
| 31/92 | Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A | 2-1 |
| 10/91 | Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda. | 2-1 |
| 32 | SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats | 2-2 |
| 53/92 | Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES | 2-2 |
| 34/92 | Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas | 2-2 |
| Consulta 03/93 | Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias. | 2-2 |
| Consulta 01/93 | Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias | 2-2 |
| 15 | Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A | 3-11 |
| 121/92 | Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp | 3-11 |
| 40/92 | Refrio Ltda. X Coldex S/A | 3-11 |
| 20/92 | Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas | 3-11 |
| 35/92 | MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo | 3-12 |
| 211/92 | Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre | 3-12 |
| 45/91 | SDE X Sharp Ind. e Com. | 3-12 |

| | | |
|----------------------|---|------|
| 62/92 | DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo | 3-12 |
| 76/92 | DAP X Akzo -Divisão Organon | 3-12 |
| 38/92 | Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios | 3-12 |
| 61/92 | Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira | 3-12 |
| 49/92 | Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda. | 4-2 |
| 148/92 | Recurso Voluntário Kraft Suchard | 4-2 |
| 68/92 | MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda. | |
| 155; 159 a 172/94 | DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília | 4-3 |
| 03/91 | Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio | 5-1 |
| 21/91 | Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro | 5-1 |
| 155/94 e 164/94 | DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94 | 5-1 |
| 156/94 | DPDE/SDE Ex Ofício X Associação Médica de Brasília | 5-1 |
| 157/94 | DPDE/SDE Ex Ofício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal | 5-1 |
| 158/94 | DPDE/SDE Ex Ofício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal | 5-1 |
| 96/89 | Abradif X Ford Brasil Ltda. | 5-2 |
| | Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União | 5-8 |
| 140/93 | Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio | 6-2 |
| 08000.023859/95-05 | Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito | 6-2 |
| 08000.001504/95-48 | M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região) | 6-3 |
| 08000.015337/97-48 | Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS | 8-5 |
| 08012.003303/98-25 | Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A | 8-5 |
| 53500.000359/99 | DIRECT X GLOBO | 8-6 |
| 08000.013002/95-97 | Labnew X Merck S.A Ind. Químicas | 8-8 |
| 08012.006207/98-48 | CSN, Alcalis, Valesul, Proscint | 8-8 |
| 08012.002299/2000-18 | M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis | 9-2 |
| 022.579/97-05 | Messer X White Martins | 9-3 |

REPRESENTAÇÕES

| N.º | Representação | V. N. |
|--------|--|-------|
| 83/91 | MEFP X Abigraf | 4-2 |
| 006/94 | Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda. | 5-1 |
| 79/93 | Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A. | 5-1 |
| 89/92 | Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A. | 5-1 |
| 102/93 | Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda. | 5-1 |
| 160/91 | Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda. | 5-1 |
| 267/92 | Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos | 5-1 |

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Boeing/Macdonnell Douglas | 6-1 |
| British Telecom/ MCI | 6-2 |
| The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S | 6-3 |
| Coca-Cola / Amalgamated beverages GB | 6-5 |
| Guinness / Grand Metropolitan | 6-5 |

LEGISLAÇÃO

| | |
|---|-----|
| Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton | 3-1 |
| Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra | 3-2 |
| Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação | 3-9 |
| Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra | 4-1 |
| Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia | 4-1 |
| Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia | 4-2 |
| Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE | 4-3 |
| Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul | 4-3 |
| Acórdãos e Despachos | 4-3 |
| Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. | 4-4 |
| Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro | 5-1 |
| Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro | 5-1 |
| Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela | 5-2 |
| Lei Chilena | 5-3 |
| Lei Colombiana | 5-3 |

| | |
|---|------|
| Lei Panamenha | 5-3 |
| Regimento Interno do CADE | 5-4 |
| Proposta De Regimento Interno do CADE | 5-5 |
| Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução | 5-6 |
| Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority) | 5-7 |
| A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia | 5-9 |
| Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência | 5-10 |
| Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998 | 5-10 |
| Resolução CADE -16 -Código de Ética | 6-2 |
| Resolução CADE -18 -Consultas | 6-2 |
| LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências | 6-4 |
| LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências | 6-4 |
| LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência. | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94 | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE. | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE | 6-4 |

| | |
|---|------|
| RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96 | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996. | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avançados sob condição suspensiva | 6-4 |
| RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. | 6-4 |
| PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência | 6-4 |
| PORTARIA MJ Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria | 6-4 |
| PORTARIA Nº 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE | 6-4 |
| PORTARIA Nº 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 | 6-4 |
| PORTARIA Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 | 6-4 |
| Medida Provisória 2055 | 7-7 |
| Medida Provisória 2056 | 7-7 |
| Lei 8884/94 | 7-7 |
| The Antitrust Civil Process Act | 7-7 |
| Corporate Leniency Policu - USDOJ | 7-7 |
| Leniency Policy for Individuals - USDOJ | 7-7 |
| PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos) | 8-9 |
| CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001 | 8-10 |

TRANSCRIÇÃO DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

| | |
|--|------|
| “Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste” | 1-3 |
| "Dumping e Concorrência Externa" | 1-3 |
| "Concorrência no Mercosul" | 1-3 |
| “Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade” | 3-1 |
| II Seminário Internacional de Direito da Concorrência | 3-6 |
| V Seminário Internacional de Direito da Concorrência | 7-4 |
| Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000 | 7-7 |
| VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência | 8-1 |
| VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência | 9-4 |
| II Seminário Internacional de Defesa Comercial | 9-6 |
| VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência | 10-2 |
| III Seminário sobre Comércio Internacional | 10-6 |
| IV Seminário Internacional de Defesa da Concorrência | 12-1 |

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br