

REVISTA DO

IBRAC

11 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 11 número 4

2004

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***



Viver sem fronteiras

São Paulo

Volume 11 número 4 - 2004

ISSN 1517-1957

***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.

Periodicidade: 6 números em 2002

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

SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA ARGENTINA <i>Carlos Botassi</i>	09
CONCORRÊNCIA, EFICIÊNCIA DINÂMICA E ANÁLISE ANTITRUSTE <i>Jorge Fagundes</i>	27
O USO DE MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISES DE FUSÕES <i>Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk</i>	51
NINETEEN PROPOSALS TO CURB ABUSE IN ANTIDUMPING AND COUNTERVAILING DUTY PROCEEDINGS <i>Aluisio de Lima-Campos</i>	73
SOBRE AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS <i>José Carlos da Silva Nogueira</i>	125
A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS <i>Marco Antônio Ribeiro Tura</i>	145
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	165

ÍNDICE

SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA ARGENTINA

Carlos Botassi	09
I - El proceso privatizador de servicios publicos	09
II - El servicio telefonico en la Argentina	13
III - Fallos judiciales relacionados con el servicio telefonico	18
IV - La crisis economica del ano 2002 y el rol del Estado en la post-privatizacion....	20

CONCORRÊNCIA, EFICIÊNCIA DINÂMICA E ANÁLISE ANTITRUSTE

Jorge Fagundes	27
I - Introdução	27
II - Concorrência Schumpeteriana	29
III - Três Conceitos de Eficiência Dinâmica	32
IV - Concorrência e Eficiência Dinâmica	37
V - Conclusões	43
Bibliografia	47

O USO DE MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISES DE FUSÕES

Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk	51
1 - Introdução	51
2 - Uso de simulações em defesa da concorrência	52
3 - Simulações versus análise estrutural tradicional	56
4 - Produto final	58
5 - Algoritmo: Visão geral	60
6 - <i>Front end</i> : A estimação econométrica da demanda	61
7 - <i>Back end</i> : A simulação propriamente dita	63
8 - Uma nota metodológica	66
9 - Conclusão	69
Referências bibliográficas	69
Apêndice técnico	70

 NINETEEN PROPOSALS TO CURB ABUSE IN ANTIDUMPING AND COUNTERVAILING DUTY PROCEEDINGS

<i>Aluisio de Lima-Campos</i>	73
Introduction	73
A. Set a higher standard for initiating investigations	76
B. Increase the number of voluntary responses allowed	79
C. Prohibit selective market examinations such as captive production	81
D. Import market share is the right basis for determining negligible imports	83
E. Dumping margin consideration on injury determinations must exclude BIA margins..	86
F. Abolish sunset reviews and let duties expire after 5 years	88
G. Clarify certain cumulation issues and reject cross-cumulation proposals	91
H. Make the application of “facts available” fair	93
I. Price comparison rules must apply equally to investigations and reviews	96
J. “De minimis” levels must be raised and applied uniformly in investigations and review	98
K. Prohibit “all-others rate” based on facts available	101
L. Redefine and make more realistic treatment of sales below cost of production	104
M. Oppose introduction of anti-circumvention provisions in the agreements	107
N. Expressly forbid the “zeroing” practice and any of its possible derivatives	109
O. Make both the lesser-duty rule and a calculating formula mandatory	112
P. Subsidy margins per company should continue to be the norm	114
Q. Define, once and for all, the treatment of prior subsidies in privatized firms ...	116
R. Introduce discipline to the calculation of constructed value	120
S. Define “ordinary course of trade”	122
Concluding Remarks	123
Selected Bibliography	124

SOBRE AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS

<i>José Carlos da Silva Nogueira</i>	125
Introdução	125
A legislação brasileira	129
As possíveis práticas anticoncorrenciais das associações comerciais	131

Divulgação de informações (inclusive para fins de cartelização)	133
A padronização de condutas promovida pelas associações	137
Grupo de boicote	139
Movimentos de influência	141
Conclusão	142
A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	
<i>Marco Antônio Ribeiro Tura</i>	145
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	165

SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN LA ARGENTINA

Carlos Botassi

I – El proceso privatizador de servicios públicos

En la República Argentina durante el gobierno del ex presidente Menem (1989/1999) el Estado Nacional no solo abandonó su rol de administrador de empresas industriales y comerciales (extracción y destilación de hidrocarburos, fabricación de aluminio y acero), sino que transfirió al sector privado los servicios públicos que habían sido estatizados por el gobierno peronista de 1945/1955 en cumplimiento de lo establecido en el art. 40 de la Constitución de 1949 (derogada en 1957)¹ incluyendo el servicio postal y los servicios telefónicos.

1. Alcances:

La aerolínea de bandera (Aerolíneas Argentinas), la flota fluvial y marítima (ELMA), los ferrocarriles, la generación y provisión de energía eléctrica, la distribución domiciliaria de gas, la provisión de agua potable y servicios de desagües cloacales, la telefonía fija y móvil y un sinnúmero de servicios de menor entidad (por ej. los subterráneos de la ciudad de Buenos Aires), fueron transferidos a capitales privados, mayoritariamente extranjeros. En el caso de Aerolíneas Argentinas se trató de una “transestatización” ya que la Empresa fue adquirida por la firma estatal española Iberia.

El proceso de privatización en Argentina fue más profundo que el de Brasil donde se mantuvieron en el sector público la extracción de petróleo y gas².

¹ Const. de 1949, art. 40: “*Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine*”.

² Según se relata en Cardoso de Matos Novais, Elaine, *Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional*, en la obra colectiva *Estudos de Direito Administrativo, em homenagem ao professor Celso A. Bandeira de Mello*, Max Limonad, San Pablo, 1996, pág. 138

Lo concreto es que aquel proceso “estatizador” de los años 40 y 50 se transformó en su opuesto, convirtiéndose en el máximo exponente del desguace del Estado, en la década del 90. El golpe de timón en materia de política económica ha transferido la responsabilidad operativa de la casi totalidad de los servicios públicos al sector privado. Se trata de los mismos deberes esenciales del Estado ahora denominados “servicios públicos privatizados”, o, con mejor precisión, “servicios públicos de gestión privada”. De esta manera las miradas ansiosas de quienes esperan mejorar su calidad de vida se dirigen a las macro-empresas prestantes que han recibido, por delegación del Estado, el derecho-deber de atender las necesidades esenciales de la población.

2. *Críticas:*

El proceso privatizador fue blanco de fuertes críticas por parte de políticos, economistas y juristas. En síntesis se reprochó:

1.º Las empresas estatales fueron adquiridas con escaso dinero efectivo ya que la mayor parte de su precio fue pagado con bonos o títulos de la deuda externa cuyo valor de mercado era muy inferior a su representación nominal en pesos. En consecuencia uno de los fundamentos de la enajenación del patrimonio nacional, es decir el achicamiento de la deuda, no cumplió ese objetivo ya que –debido a las altas tasas de interés- poco tiempo después el pasivo oficial creció desmesuradamente.

2.º Las ganancias excepcionales obtenidas por las empresas (debido sobre todo a la paridad cambiaria: “un peso igual a un dólar”) erosionó el valor social de los servicios públicos convirtiendo la atención de necesidades comunitarias esenciales en una mercancía, dejando desprotegido al ciudadano frente a la voracidad del mercado.

3.º La transferencia de activos estatales a favor de monopolios extranjeros significa entregar la riqueza nacional a empresas que acumularán sus excedentes fuera de nuestras fronteras, razón por la cual jamás esas ganancias serán invertidas en nuestra economía.

4.º El liberalismo económico y la correlativa subsidiariedad del Estado en la economía, no constituyen fines en sí mismos. Son técnicas de política económica que solo se justifican si sirven a un fin valioso: atender las necesidades colectivas de una población cada vez más numerosa y

empobrecida. Si el libre mercado no apunta a ese objetivo o resulta ineficaz para lograrlo el Estado debe intervenir activamente en la economía, asumiendo la prestación directa de los servicios públicos para asegurar que lleguen a todos los sectores a un precio accesible.

5.º Las empresas privatizadas han venido gozando de una cantidad de privilegios inexistentes para otros operadores económicos locales: a) reserva de mercado o monopolios; b) dolarización de las tarifas, sujetas a permanentes alzas, según la evolución de los precios en los EE.UU., aún cuando en Argentina se presentaron numerosos períodos de deflación³; c) manifiesta debilidad regulatoria y de contralor (funcional a sus intereses) por parte de las agencias estatales competentes; d) exclusión del sometimiento al Poder Judicial local por aplicación de prórrogas contractuales de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros o por la vigencia de tratados de protección de inversiones foráneas que remiten el litigio a la decisión de organismos internacionales; e) renegociaciones reiteradas con resultados favorables en un único sentido (reconocimiento de beneficios al sector empresario): aumento de tarifas, condonación de incumplimientos y concesiones de nuevos privilegios; f) autorización de adquisiciones a sus casas matrices y compañías asociadas con perjuicio para los proveedores locales; g) reducciones impositivas que no se tradujeron en rebajas de tarifas.

3. *El servicio telefónico:*

Todas estas objeciones, más algunas otras derivadas de su carácter estratégico por su vinculación con la defensa nacional, fueron opuestas en materia de telecomunicaciones.

Existieron, naturalmente, voces a favor no solo de algunos sectores directamente interesados en el cambio de política económica sino también de aquellos usuarios que soportaban un servicio deficiente o directamente carecían de línea telefónica como era el caso de quienes, pagando durante muchos años una cuota anticipada (“Plan Megatel”), no podían concretar la

³ Se ha denunciado que la rentabilidad de las empresas de servicios llegó a ser 7 u 8 veces superior a la de las mayores firmas argentinas y que en una década sus ganancias llegaron a 10.000 millones de dólares (Basualdo, Eduardo y otros, *El proceso de privatización en Argentina. La renegociación con las empresas privatizadas*, Universidad Nacional de Quilmes y Diario “Página 12”, 2002, pág. 8).

conexión del deseado servicio. Una vivienda que contaba con teléfono elevaba significativamente su precio. La compraventa clandestina de líneas era moneda corriente.

En definitiva, entre la población, el interrogante fue ¿A Usted que le importa, que los teléfonos sean estatales, o que los teléfonos funcionen?⁴

4. Marcos legales y entes reguladores:

El proceso privatizador fue sustentado sobre la regulación legal de los servicios transferidos al sector privado y en la organización de oficinas dedicadas a controlar el esencial problema tarifario y el grado de eficacia en la prestación de las tareas⁵. Nacieron entonces los denominados “Entes Reguladores”, bajo la forma de sujetos de derecho público con competencia específica para controlar el desenvolvimiento de las empresas privadas prestadoras de servicios esenciales y actuar como factor de equilibrio en sus relaciones con los usuarios. Estos organismos aparecen expresamente aludidos en el art. 42 de la actual Constitución Nacional, donde se indica que *“la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control”*.

Los Entes Reguladores poseen las siguientes notas características:

- 1.º Generalmente su naturaleza jurídica es la de una entidad autárquica que intenta mantenerse independiente de las autoridades del gobierno central. Poseen recursos propios (generalmente una tasa que pagan las propias empresas prestadoras).
- 2.º Su dirección está a cargo de un órgano colegiado.
- 3.º Las decisiones de todos sus órganos son actos administrativos.
- 4.º Su principal objetivo es controlar que la prestación de los servicios públicos

⁴ Como recuerda Natale, Alberto, *Privatizaciones en privado*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pág. 113.

⁵ Aún los servicios de gestión privada deben cumplir los clásicos requisitos de ser prestados con continuidad, generalidad y razonabilidad en las tarifas.

se ajuste a los contratos de privatización y a los marcos regulatorios. Deben monitorear los niveles de calidad de la prestación, fiscalizar la evolución de las inversiones comprometidas y proteger los derechos de los usuarios.

5.º En algunos casos poseen la facultad de resolver controversias vinculadas al servicio entre los particulares y las empresas.

6.º Algunos Entes fueron creados por Ley (gas, electricidad, agua) y otros por Decreto (telecomunicaciones, correos y telégrafos, rutas, vías navegables).

La ausencia de criterios rigurosos y la casi total inexistencia de sanciones han provocado críticas contra estos organismos y resultan frecuentes las denuncias de “captación” es decir de consideración extrema por parte de los controladores con relación a sus controlados.

II - El servicio telefonico en la Argentina

1. Antecedentes históricos:

La República Argentina instaló su primer aparato telefónico en 1881, pocos años después de que Alexander Graham Bell patentara su invento en 1876.

La actividad fue netamente privada. En 1922 funcionaban en el país 94 empresas dedicadas a la actividad telefónica. En la década del '40 la “Unión Telefónica” (originalmente de capitales británicos fue más tarde adquirida por la estadounidense “American Telegraph and Telephone, ATT”) fue absorbiendo poco a poco a sus competidoras y quedó dueña del mercado.

En 1946, ya en el gobierno el general Perón, se incorporaron fondos estatales a la actividad telefónica y nació al “EMTA” (“Empresa Mixta Telefónica Argentina”). Dos años más tarde la “Unión Telefónica” fue adquirida por el Estado Nacional y el 18 de marzo de 1948, en acuerdo de ministros, se decidió la incorporación de la EMTA al patrimonio nacional⁶.

Aún después de la creación de la “Empresa Nacional de Telecomunicaciones, ENTEL”⁷ que prácticamente consagró el monopolio

⁶ Desde entonces el 18 de marzo fue considerado “Día del Trabajador Telefónico”.

⁷ ENTEL funcionó como “Empresa del Estado” de la Ley 13.653. Tuvo a su cargo la atención del 90% del servicio telefónico junto con la “Compañía Argentina de Teléfonos (CAT)” que operó en seis provincias.

estatal de la actividad, subsistieron algunas pequeñas empresas privadas –bajo la forma de cooperativas regionales- que continuaron prestando servicios telefónicos básicos.

2. *El proceso privatizador*

El déficit presupuestario crónico de los endeudados países iberoamericanos hizo imposible desde siempre invertir en el mejoramiento de los servicios públicos. La necesidad de mejorar las telecomunicaciones para adaptarlas a la calidad tecnológica imperante en un mundo globalizado impulsó su traspaso al sector privado. Incluso en la Cuba socialista, a partir de 1992 cuando quedó sin sostén económico debido al derrumbe del régimen soviético, “la primera concesión administrativa que se otorgó fue a la empresa mixta Teléfonos Celulares de Cuba S.A., CUBACEL, para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública de radiotelefonía celular. Siendo pionera de todo un proceso posterior...”, que incluyó en 1994 la concesión de la prestación del servicio público de telecomunicaciones (telefonía fija) a la empresa mixta “Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A.” (ECTESA)⁸.

En la República Argentina el proceso privatizador antes recordado había comenzado en 1989, como un capítulo de la denominada “Reforma del Estado” dispuesta por la Ley 23.696 que expresamente incluyó a la “Empresa Nacional de Telecomunicaciones” (ENTEL) entre las empresas sujetas a privatización. En cumplimiento de esa disposición fue primero intervenida por el Poder Ejecutivo Nacional y más tarde adjudicada a sus actuales prestantes. La interventora-privatizadora fue la ingeniera María Julia Alzogaray cuya gestión aparecería cuestionada más tarde y la obligaría a enfrentar media docena de procesos penales acusada de protagonizar actos de corrupción⁹.

⁸ Matilla Correa, Andry, *Cuba y las concesiones administrativas hoy*, Jurisprudencia Argentina, 2002-II.

⁹ En el libro publicado en 1991 por Barcia, Hugo y otros, bajo el sugestivo título de “*La carpa de Ali Babá*” (Editora Legasa, Buenos Aires), se incluye un capítulo denominado “*Teléfonos desprolijamente privatizados*” (págs. 18 y sigs.), donde se fundamenta la existencia de apresuramientos e ilegalidades en el trámite de transferencia de ENTEL. No han faltado, naturalmente, las objeciones opuestas con argumentos de política económica (ver, por ejemplo, Salas, Carlos E., *El mito de la privatización*, Edit. Club de Elefantes, Buenos Aires, 1991, pág. 65; Vicchi, Juan Carlos, *Privatizaciones. Mitos y realidades*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 1992, pág. 71).

El proceso de privatización de ENTEL originó un profundo debate político e ideológico en la sociedad argentina. Los motivos eran explicables. Se trataba del primer traspaso al sector privado decidido por un gobierno peronista (o, al menos que se decía peronista) de una empresa que había sido estatizada por Perón medio siglo antes, con una enorme infraestructura edilicia que abarcaba todo el país, con un gigantesco plantel de trabajadores y vinculada, naturalmente, con la defensa nacional. Se alzaron voces de protesta y el Gobierno de entonces (años 1989/1990) redobló la apuesta: sostuvo que ENTEL era tan deficitaria e ineficiente que hasta su regalo era buen negocio. Un aspecto sumamente cuestionado fue el denominado sistema de “garantía de rentabilidad”¹⁰ incluido en los pliegos licitatorios.

Una discusión semejante se produjo en el Brasil, según explica César Manoel de Medeiros¹¹ en su artículo publicado en “Folha de San Paulo” del 24.10.92, pág. 2, donde considera que “*a privatização deve ser inserida em um debate mais amplo sobre o novo papel do Estado na economia, evitando abusos de poder econômico, garantindo a soberania nacional, y a proteção ao consumidor*” y se manifiesta contrario a la privatización de las empresas estatales que posean importancia estratégica como Petrobrás, Telebrás y Embratel.

Lo cierto es que, en cumplimiento de lo establecido en la citada Ley de Reforma del Estado n° 23.696, por Decreto 731/89 se dispuso la privatización de ENTEL, con el explícito objetivo de “*desmonopolizar y desregular el servicio de telecomunicaciones para hacerlo más eficiente en beneficio de los usuarios*”¹².

El mecanismo de privatización empleado fue el de la “licencia” con exclusividad durante un determinado plazo. Mediante el Decreto 60/90 se crearon las sociedades licenciatarias “Norte S.A.” y “Sur S.A.” y se

¹⁰ Según el art. 9 del Decreto 60/90, que aprobó las condiciones del concurso internacional, el Estado Nacional, al establecerse topes tarifarios, se obligó a compensar a las empresas licenciatarias con una suma equivalente a lo percibido por debajo del 16% de su inversión en activos fijos afectados a la explotación del servicio.

¹¹ Economista y doctorado en planeamiento en la Universidad Federal de Río de Janeiro. Fue Superintendente General del Banco de Brasil.

¹² Toda la normativa aplicable, los pliegos licitatorios y los estatutos de las sociedades licenciatarias posteriormente privatizadas pueden verse en Dromi, Roberto, *Empresas públicas. De estatales a privadas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, págs. 705 y sigs.

ofrecieron en venta sus acciones. La apertura de propuestas se llevó a cabo el 27 de abril de 1990 y compitieron siete grupos: Cable and Wireless (Inglaterra), Nymes Corporation (EE.UU.), Telefónica de España con Citicorp e Inversora Catalinas; Stet (Italia) con J. P. Morgan y Pérez Companc, GTE Corporation (EE.UU.), France Cables et Radio (Francia) y Bell Atlantic Corporation (EE.UU.) con Manufacturers Hannover (el mayor tenedor de títulos de la deuda externa argentina).

Finalmente se adjudicó la zona sur del territorio nacional a “Telefónica de España” (su filial local adoptaría después el nombre de “Telefónica de Argentina”) y el área norte al consorcio integrado por Stet, J.P.Morgan, Pérez Companc y France Cables et Radio, reunidos bajo el nombre de “Telecom”.

El territorio nacional o, si se prefiere, la red telefónica, fue dividido en dos áreas (Dec. 59/90): una adjudicada a “Telefónica de Argentina” (zona sur) y la restante otorgada a “Telecom Argentina” (zona sur). Vencido el plazo de exclusividad, es decir finalizado el período de monopolio legal, la licencia para ambas firmas se mantiene permanente mientras dure su desempeño regular y eficiente.

El Dec. 62/90 no constituye solamente la norma del llamado a licitación sino que, junto a sus numerosas reformas (Decretos 320/90, 575/90, 677/90 y 1130/90), constituye el marco regulatorio principal de la regulación del servicio telefónico. Esto generó un nuevo cuestionamiento proveniente de quienes piensan que esa regulación debe realizarse mediante ley formal dictada por el Congreso de la Nación.

A pesar de todos los obstáculos políticos y jurídicos el 8 de noviembre de 1990 el servicio pasó efectivamente a manos de los licenciatarios. La transferencia produjo para el Estado 2.600 millones de dólares al contado más 5.000 millones de dólares en títulos de la deuda externa argentina.

3. La normativa aplicable

La regulación del servicio público telefónico (prestado antes por una empresa estatal y atendido ahora por empresas privadas) abarca disposiciones de derecho internacional¹³, regional¹⁴ y nacional, de derecho

¹³ Regulaciones de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y de la Unión

público y privado, federal, provincial y municipal¹⁵, leyes formales del Congreso y leyes materiales o reglamentos dictados por el Poder Administrador. También cabe incluir como normativa a respetar por el Estado, los licenciatarios y los usuarios las disposiciones del pliego licitatorio aprobado por Dec. 62/90 y los respectivos contratos administrativos celebrados en su consecuencia. Su mera exposición se transforma en una tarea inabordable; debido a ello nos limitaremos a comentar brevemente las principales disposiciones vinculadas con el trazo grueso del sistema privatizado, con especial referencia a la protección de los usuarios.

Las relaciones jurídicas generadas a partir de la nueva situación, involucrando al Estado titular del servicio, a los licenciatarios (a veces llamados “prestadores” y “concesionarios” por las mismas normas aplicables) y a los usuarios en una compleja trama de vínculos entrelazados, provocaron la aparición de obras de doctrina específicas sobre la materia¹⁶ y numerosas intervenciones de la autoridad administrativa competente y del Poder Judicial, conforme se verá seguidamente.

La Ley Nacional de Telecomunicaciones n° 19.798 y el Reglamento de Licencias aprobado por Decreto n° 764 del 3 de septiembre de 2000, constituyen la normativa básica en la materia¹⁷.

4. La Secretaría de Comunicaciones dependiente de la Presidencia de la Nación

En la Constitución Argentina de 1994 no existe una disposición

Internacional de Telecomunicaciones (UIT).

¹⁴ El Mercado Común del Sur, *Mercosur*, que integran Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, desde el Tratado de Asunción de 1991, contiene directivas técnicas específicas e impone la preeminencia de las normas comunitarias por sobre las regulaciones internas de los países miembros.

¹⁵ Son numerosas las disposiciones locales vinculadas con algunos aspectos del *poder de policía* de los servicios públicos aplicables al servicio telefónico (limitaciones al tendido de cables en áreas urbanas, habilitación de locales comerciales, pago de tasas por seguridad e higiene, etc.).

¹⁶ Las más conocidas son: Dromi, Roberto, *Derecho Telefónico*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, 478 págs. y Tau Anzoátegui, Carlos A., *Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones y la Radiodifusión*, La Ley, Buenos Aires, 2001, 254 págs.

¹⁷ Su texto puede consultarse en Tau Anzoátegui, Carlos A., *Régimen Jurídico...*, cit., págs. 125 y sigs.

semejante a la Ley Fundamental Brasileña de 1988 que reserva a la Unión Federal la explotación (directa o indirecta) del servicio de telecomunicaciones (art. 21, numeral XI). Sin embargo, debido a que se trata de un servicio trans-estatal (abarca todas las provincias argentinas), excediendo por añadidura el interés de un Estado local o provincia en particular, la competencia legislativa y fiscalizadora corresponde a la Nación, es decir al Estado Federal. En definitiva la actividad telefónica, fija y móvil, constituye en ambos países un servicio público regulado y controlado por el Estado Federal (la Unión), sin que interese que sea prestado por el Poder Público o por una empresa privada, concesionaria o licenciataria.

En la Argentina, conforme lo establecido en el artículo 3 del Dec. 764/00 la autoridad federal que regula y fiscaliza la prestación del servicio público telefónico es la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (SCN)-“autoridad de aplicación”-, sin perjuicio de la competencia asignada a la “Comisión Nacional de Comunicaciones” (CNC) –“autoridad de control”-, creada por Decreto 1185/90 y que funciona como un organismo descentralizado de la misma.

III - Fallos judiciales relacionados con el servicio telefonico

Todo usuario que se considere agraviado por una eventual *mala praxis* del proveedor del servicio puede acudir a una vía administrativa de reclamo o denuncia ante la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Bajo determinadas condiciones y en función de la materia en crisis los beneficiarios del servicio pueden intervenir en el procedimiento de “audiencia pública”, que constituye un mecanismo de participación democrática muy interesante, a condición de que sea realizado en debida forma¹⁸.

El “Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico”, aprobado por Decreto 92/97, prevé la presentación de reclamos por incumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas licenciatarias. Las cuestiones que se presentan con mayor asiduidad son las vinculadas con excesos en la facturación y con la interrupción de los servicios.

¹⁸ Ampliar en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, F.D.A., Buenos Aires, 4ª edición, 2000, t. 2 (*La defensa del usuario y del administrado*), págs. XI-1 y

De acuerdo al plexo normativo aplicable, las decisiones de la CNC dejan agotada la vía administrativa en cuyo caso el particular puede acudir a la instancia judicial, salvo que opte por deducir un recurso administrativo de alzada ante la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (SCN).

Sobre la base de considerar a la telefonía un servicio público titularizado por el Estado y cedido en su gestión al sector privado, los tribunales argentinos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre numerosas cuestiones conflictivas suscitadas entre el Estado y las empresas licenciatarias y entre estas y los usuarios. Los casos más relevantes son los siguientes:

1. Obligatoriedad de su prestación:

El vínculo entre la licenciataria y el usuario es de tipo “contractual” pero, debido a que las empresas emplean formularios con cláusulas predispuestas (contratos de adhesión) la reglamentación establece que en caso de duda en la solución de un eventual conflicto, prevalecerán las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones n° 19.798 y de Defensa del Consumidor n° 24.240.

El particular posee un derecho subjetivo para exigir la prestación del servicio. Correlativamente, el Estado o la empresa privada autorizada tienen la obligación de prestarlo en forma regular y eficiente¹⁹; sin que resulte atendible la excusa del mal estado de la red telefónica recibida²⁰.

2. Responsabilidad de la Empresa Licenciataria:

El corte injustificado del servicio acarrea la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el usuario, incluyendo lo gastado en el arrendamiento de un teléfono celular o móvil²¹.

Un sector de la doctrina considera que, además de la responsabilidad “contractual” de la empresa prestante del servicio existe una responsabilidad subsidiaria o de garantía del Estado titular del servicio, de fuente “extracontractual”

¹⁹ CNFed. C. y C., Sala 3ª, *Biestro de Bover c/ Telefónica de Argentina*, 16.12.94.

²⁰ CNFed. C. y C., Sala 1ª, *Goyena c/ Telecom*, 11.7.95.

²¹ CNFed. C. y C., Sala 2ª, *Carpentieri de Charlín c/ Telefónica de Argentina*, 15.8.95.

y que opera subsidiariamente en caso de que el daño provenga del mal ejercicio de una prerrogativa pública transmitida al licenciataria²².

3. *Facultades de los gobiernos locales:*

En principio las provincias y las municipalidades tienen capacidad para fijar normas regulatorias de ornato e higiene, sancionando las conductas que constituyan infracciones a esa normativa²³, sin embargo esa potestad no incluye la facultad de aplicar tributos que graven el uso del suelo, el subsuelo o el espacio aéreo, pues ello importaría desconocer la protección que la ley federal otorga al servicio público de telecomunicaciones²⁴.

IV - La crisis económica del año 2002 y el rol del Estado en la post-privatización

Cuando se mira en derredor y se visualiza la marginación y la miseria en que se encuentran sumidos millones de compatriotas uno no puede menos que admitir el fracaso del “Estado de bienestar”, o, al menos, la ineficiencia de los gobernantes que tuvieron a su cargo el manejo de la cosa pública (la *res publicae* antiguamente venerada y hoy cruelmente vapuleada).

En rigor la mala prensa del Estado considerado como mera detentación (y en no pocas ocasiones “ostentación”) de poder, despojado de éxitos sociales y olvidado de sus naturales objetivos axiológicos, no es nueva. Ortega y Gasset, con inocultable preocupación, ya alertaba sobre sus peligros hace más de medio siglo, cuando el hoy remozado *principio de subsidiariedad* comenzaba su retroceso frente al irresistible avance de su opuesto, el *intervencionismo estatal*. Fue entonces que el filósofo español alertó de la presencia de “una máquina formidable, que funciona prodigiosamente; de una maravillosa eficiencia por la cantidad y precisión de sus medios. Plantada en medio de la sociedad, basta tocar un resorte para que actúen sus enormes palancas y operen fulminantes sobre cualquier trozo del cuerpo social”²⁵.

²² Chávez, César, *Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos*, R.A.P. n° 224 (mayo 1997), pág. 17.

²³ C.S.J.N., *Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús*, 18.4.97.

²⁴ C.S.J.N., *Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de General Pico*, 27.2.97

²⁵ *La rebelión de las masas*, Cap. XIII: *El mayor peligro, el Estado*, “Obras Completas”,

Por nuestra parte entendemos que la toda estructura política es una herramienta que, como tal, puede emplearse para bien o para mal. La cuestión consiste en hacer que aquella operación sobre la sociedad sobre la que alertaba Ortega sea en beneficio de los más necesitados, para consolidar la justicia social y desarrollar el espíritu solidario del ser humano, y no para emplearse en el sólo beneficio de los grupos gobernantes y de sus socios “satisfechos”²⁶.

Al finalizar de la década del '70, cuando la intervención del Estado en la economía era una realidad consolidada, Octavio Paz se pronunció en términos no menos apocalípticos, como anticipando la retirada que impulsarían gentes de tan disímiles extracciones políticas y realidades nacionales como Margaret Thatcher en Inglaterra y Carlos Menem en la Argentina. El mexicano, que fuera galardonado con el premio Nobel de literatura en 1990, afirmó que *“el Estado del siglo XX se ha revelado como una fuerza más poderosa que la de los antiguos imperios y como un amo más terrible que los viejos tiranos y déspotas...En un régimen de ese tipo el jefe de Gobierno –el Príncipe o el Presidente- consideran al Estado como su patrimonio personal. Por tal razón, el cuerpo de los funcionarios y empleados gubernamentales, de los ministros a los ujieres y de los magistrados y senadores a los porteros, lejos de constituir una burocracia impersonal, forman una gran familia política ligada por vínculos de parentesco, amistad, compadrazgo, paisanaje y otros factores de orden personal”*²⁷.

Naturalmente Ortega y Paz, como tantos otros lúcidos pensadores, atribuyen el fracaso del denominado “Estado benefactor” más que a una perversión intrínseca de toda forma de organización política a su mal manejo por parte de personas movilizadas por la pura ambición de poder, preocupadas por conservar sus privilegios y, de ser posible, ampliarlos ilimitadamente.

En ese marco de desconfianza y escepticismo el Estado Argentino del naciente Siglo XXI sigue enfrentado al desafío de proveer de servicios

Edic. Revista de Occidente, Madrid, 1951, t. IV pág. 225.

²⁶ Empleamos el concepto de ciudadano “satisfecho” como lo hace Galbraith, es decir aludiendo a aquellas personas favorecidas por su posición económica, social y política, que por su acceso a la educación y su posición de influencia en la sociedad, retroalimentan la creencia de que el sistema que ellos y unos pocos disfrutan posee virtudes sociales y permanencia política. Y lo hacen aun cuando exista una abrumadora evidencia en sentido contrario (Galbraith, John K., *La cultura de la satisfacción*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1999, especialmente págs. 13, 27, 29 y 153).

²⁷ *El ogro filantrópico*, Seix Barral, Barcelona, 4º edic., 1983, págs. 85 y sigs.

públicos esenciales (entre los que resaltan el abastecimiento de agua potable y el funcionamiento del sistema cloacal) a millones de personas apiñadas en urbanizaciones caóticas que destacan por sus niveles de pobreza extrema.

1. Renegociación de contratos públicos:

A principios de 2002 se desató en Argentina una crisis económica de enorme magnitud. La Ley 25.561 de “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario”, sumado a otras medidas excepcionales, dispuso el inicio de negociaciones con las empresas de servicios privatizados con el inocultable propósito de requerir colaboración para paliar la crisis. La devaluación dejó a las empresas sin ese verdadero seguro de cambio que era la convertibilidad legal del peso (1\$ = 1 U\$S). Por su parte la correlativa inflación elevó el precio de sus insumos y gastos operativos. Debido a ello, como era de esperar, se dedujeron sendos pedidos de recomposición de tarifas con apoyo en la “teoría de la imprevisión”, es decir en la necesidad de mantener la ecuación económico financiera de los contratos y licencias.

La citada ley de emergencia prevé la renegociación de las condiciones de prestación de los servicios públicos privatizados, y expresamente dispone que en las mismas deberá considerarse *“el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; la seguridad de los sistemas comprendidos; y la rentabilidad de las empresas”* (art. 9).

Las tratativas se desarrollan en el seno de una comisión mixta que incluye un representante de los usuarios. Se cumple así la manda constitucional que indica que *“los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”*, agregando que *“las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”* (Constitución Nacional de 1994, art. 42).

Las empresas privatizadas alegan no solo un aumento desmedido de los insumos sino que explican que han contraído deudas en el exterior las cuales se han potenciado enormemente a partir de la devaluación del peso argentino. De esta forma, en los finales del año 2002, se presenta una situación paradójica: aquella renegociación oficialmente dispuesta para abaratar tarifas se ha convertido en su opuesto. Debido a la devaluación y al comienzo de un proceso inflacionario las empresas de servicios han denunciado que trabajan a pérdida y han solicitado un urgente aumento que va desde un 35% en el caso de las empresas telefónicas hasta un 140% en materia de gas domiciliario. Esta actitud provocó el rechazo de los usuarios: la “Asociación Acción del Consumidor, (ADELCO)”, junto a otras personas que actúan a título individual, presentó una acción de amparo ante la Justicia para impedir que el aumento se concrete y el Colegio de Abogados de La Plata publicó una solicitada en los diarios expresando *“su oposición a un aumento de tarifas que no contemple el endeudamiento externo de las empresas como riesgo empresario de las mismas, ni las ganancias obtenidas por los concesionarios desde los años de la convertibilidad y no compute la afligente situación social de la inmensa mayoría de los usuarios”*²⁸.

Como respuesta el Ministerio de Economía, mediante Resolución n° 308/02, decidió no penalizar determinados incumplimientos de las empresas privatizadas en la medida que demuestren *“razonablemente que el incumplimiento imputado se produjo en razón del impacto que sufriera en su desenvolvimiento económico-financiero”*. De manera que aquellos prestantes de servicios públicos que puedan justificar que incumplieron los niveles de calidad debido a la situación de emergencia económica decretada por el propio Estado no serán sancionadas. Entre aumentar las tarifas o bajar la calidad de los servicios el Ministerio de Economía se inclinó por esta última alternativa. En el caso de las telefónicas ya no tendrán obligación de reponer los servicios interrumpidos en el perentorio plazo de tres días, ni ajustarse al plazo de 24 horas para restituir las líneas cortadas por error, ni tampoco estarán compelidas a rehabilitar dentro de los dos días los servicios suspendidos por falta de pago tras la cancelación de las deudas. De esta manera, aunque bajando la calidad del servicio se reducen costos.

²⁸ Diario “El Día” de La Plata, ejemplar del 3.9.02.

2. *El servicio público como deber político:*

La cuestión está plagada de dificultades. El alargamiento de los plazos para solucionar reclamo no conforma a las empresas y la renegociación continúa. Mientras tanto la atribulada población se pregunta hasta cuándo y hasta cuanto podrá elevarse el costo de la vida en un escenario de sueldos e ingresos congelados y hacia la baja. En este punto resulta de toda necesidad que los gobernantes recuperen la noción de “bien común”. Si bien el Estado no se confunde con el “servicio público” como sostuvieron los clásicos franceses tampoco puede considerarse un sistema de poder desprovisto de objetivos éticos: la satisfacción de necesidades de la población sigue siendo su deber esencial. Es aquí donde la cuestión de la *publicatio*, es decir de la reserva de la titularidad del servicio privatizado en favor del Estado, constituye un aspecto esencial del debate jurídico. Se ha dicho con razón que “*los Estados débiles son justamente lo que necesita el Nuevo Orden Mundial, que con frecuencia se parece a un nuevo desorden mundial, para sustentarse y reproducirse. Es fácil reducir un Cuasi-Estado débil a la función (útil) de una estación de policía local, capaz de asegurar el mínimo de orden necesario para los negocios, pero sin despertar temores de que pueda limitar la libertad de las compañías globales*”²⁹.

Desde ese mirador el Estado –y los consumidores- deberán examinar los reclamos sin perder de vista algunos hechos y circunstancias trascendentes:

1.º Las empresas de servicios que ahora ven disminuidos drásticamente sus beneficios obtuvieron ganancias muy significativas en la última década. La mayor parte de sus enormes utilidades fue remitida a sus casas matrices en el exterior sin que se cumplieran los planes de inversión acordados inicialmente.

2.º Mientras en argentina transcurrieron años de estabilidad monetaria y hasta se registraron períodos de deflación las empresas de servicios aumentaron sus tarifas en función de la evolución de los precios internos en los EE.UU.

3.º La “pesificación” de la economía hizo que los pasivos financieros en dólares quedaran convertidos a pesos en una paridad 1 U\$S = 1 peso cuando hoy la divisa norteamericana se ubica por encima de \$ 3,50. De esta manera

²⁹ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 82.

se produce una licuación de los pasivos internos ya que, a efectos de cancelar deudas contraídas con el sistema financiero argentino, un peso sigue siendo equivalente a un dólar por efecto de la legislación de emergencia antes citada. Esta situación debe ser considerada para balancear la mayor onerosidad de las deudas contraídas en dólares con bancos situados en el exterior³⁰.

4.º No se realizaron en su totalidad las inversiones comprometidas como metas de expansión para llegar a la universalización de los servicios.

5.º Las reducciones impositivas no se reflejaron en rebajas de tarifas sino que contribuyeron a engrosar los márgenes de utilidades.

6.º Las amenazas de presentación en convocatoria de acreedores y/o el abandono del país, lejos de torcer la voluntad oficial debe servir para organizar un plan alternativo de transferencia de los servicios a otras empresas que puedan asumirlos.

7.º La mayoría de los bienes de capital y de insumos provenientes del exterior son suministrados por las matrices o por compañías vinculadas, sin que se justifique la reclamada implementación de un tipo de cambio preferencial, el cual, por otra parte, consagraría un trato desigual respecto de otras empresas que no poseen el mismo poder de *lobby*.

³⁰ Ley 25.561. El problema se genera con los pasivos en el exterior donde no existe más moneda de pago que la divisa estadounidense. Según el estudio de Basualdo, Eduardo y otros ya citado, la deuda de “Telecom Argentina” y “Telefónica de Argentina” asciende a 6.000 millones de dólares.

CONCORRÊNCIA, EFICIÊNCIA DINÂMICA E ANÁLISE ANTITRUSTE

Jorge Fagundes*

I - Introdução

O conceito de eficiência de Pareto, fundamental para os problemas normativos da teoria microeconômica em geral e para a política de defesa da concorrência em particular, possui diferentes dimensões, cada qual com distintas implicações em termos de sua aplicação na execução de qualquer tipo de política antitruste. Como se sabe, o equilíbrio competitivo - supondo-se a ausência de falhas de mercado - apresenta três propriedades estáticas, a saber: eficiência produtiva, eficiência na troca e eficiência no *mix de produção* (condições marginais de Pareto), associadas, respectivamente, ao equilíbrio das firmas, dos consumidores e entre produção e consumo em cada mercado¹.

Desta forma, há uma relação entre mercados perfeitamente competitivos e suas propriedades em termos da chamada eficiência econômica

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

¹ Os recursos produtivos de uma sociedade - compostos pelo estoque de capital físico e humano, mão-de-obra e recursos naturais - são capazes de gerar distintas combinações alternativas de bens, a partir de diferentes combinações de insumos, definidas pela tecnologia vigente. Tradicionalmente, a eficiência na alocação de recursos *produtivos* (ou fatores de produção) entre as *firmas* é definida como eficiência *produtiva* - ou técnica -, que consiste no fato de a combinação de bens, seja ela qual for, ser produzida com o menor uso de recursos produtivos possível. Uma outra dimensão importante do desempenho do sistema econômico, independentemente da combinação de bens produzida e da eficiência técnica na produção dessa reside na *eficiência distributiva ou nas trocas*, associada à questão de como alocar um *determinado* conjunto de bens entre os membros da sociedade, tendo em vista proporcionar a cada um desses membros a maior satisfação (utilidade) possível. Finalmente, a eficiência alocativa dos recursos produtivos do sistema econômico entre as diferentes combinações alternativas de bens factíveis, denominada eficiência no *mix de produção ou ainda condição de alto nível (top-level condition)*, diz respeito à sua capacidade de produzir uma *combinação de bens* que *compatibilize* os planos de *consumo* que gerem as maiores satisfações possíveis para cada um dos consumidores com os planos de *produção* tecnicamente eficiente das firmas. Esses três *tipos* de eficiências ou condições marginais de Pareto são necessárias à obtenção da eficiência alocativa de Pareto. Ver Fagundes (2003), cap. I.

de Pareto - definido como aquela alocação econômica tal que não existe nenhuma outra capaz de aumentar a utilidade de pelo menos um indivíduo sem gerar a perda de utilidade por parte de um outro indivíduo qualquer²-, motivo pelo qual essa *estrutura* de mercado adquire significado normativo para as políticas de defesa da concorrência tradicionais, bem como para outras políticas públicas de cunho microeconômico.

No entanto, as condições marginais de Pareto tradicionais, 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, tal critério incorpora somente três tipos de eficiências - a de trocas, de produção e na produção agregada - como condições necessárias a sua ocorrência.

Neste artigo, *um tipo complementar* de eficiência, denominado eficiência dinâmica, é criticamente discutido. A ampliação dos tipos de eficiências - ou condições marginais - necessárias para a obtenção da eficiência de Pareto, implica o surgimento de inúmeros *trade-offs* entre o grau de concorrência nos mercados e os níveis dos diferentes tipos de eficiências econômicas que podem afetar o ótimo de Pareto “ampliado”, gerando um aumento considerável da complexidade - e da incerteza - das análises inerentes ao processo de formulação e tomada de decisão por parte dos executores das políticas de defesa da concorrência (ou de qualquer outra política pública relacionada com a eficiência econômica dos mercados).

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

² Assim, uma alocação ótima de Pareto é um *estado* ou *configuração* do sistema econômico em que não é possível aumentar a utilidade de ninguém sem reduzir a de outrem. Note-se, portanto, que a eficiência de Pareto deve ser entendida como uma definição social de eficiência e não como um tipo de eficiência econômica em particular. A maior virtude do conceito está justamente no fato de que ele confere um significado normativo, bastante aceitável em termos de suas implicações de juízo de valor, à palavra eficiência, ao associar diretamente essa última às utilidades (bem estar) dos indivíduos.

maior parte das estratégias empresariais - de natureza estrutural ou comportamental - redutoras da concorrência produzem, simultaneamente, distintos tipos de ineficiências e eficiências econômicas (e ainda 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.

Este artigo está dividido 4 em seções, além desta introdução. A seção II apresenta e discute a idéia de concorrência Schumpeteriana, enquanto a seção III discorre sobre os conceitos de eficiência dinâmica. A seção IV analise as relações entre concorrência e eficiência dinâmica. Segue-se uma breve conclusão.

II - Concorrência Schumpeteriana

O enfoque Schumpeteriano da concorrência intercapitalista - e suas implicações em termos da eficiência do sistema econômico - fornece uma alternativa conceitual radical em relação às concepções tradicionais de concorrência e de eficiência econômica associada aos modelos de equilíbrio geral e parcial tradicionais. Ao conceber a competição como um processo disruptivo - e não como ajustamento - propélido, sobretudo, por todos os tipos de inovações³, cujo resultado é a monopolização, supostamente temporária, das oportunidades de mercado e a conseqüente diferenciação das taxas de lucro (Schumpeter, 1988, cap. 4; 1984, cap. 7 e 8), o autor austríaco também propôs um novo conceito de eficiência, de natureza dinâmica, associado não somente à redução dos custos de produção e distribuição através de inovações ao longo do tempo, mas também ao surgimento de novos produtos e novos processos de produção (Scherer, 1991, p. 35). Em outras palavras, Schumpeter descartou a eficiência de Pareto estática como critério particularmente relevante para o bem estar social, uma vez que seu foco está colocado sobre as propriedades dinâmicas da concorrência e dos mercados, cujo impacto alocativo, e respectivas

³ As inovações são o principal elemento causador das transformações econômicas, segundo Schumpeter, podendo assumir as seguintes formas: (i) novos produtos; (ii) novos processos de produção; (iii) novos mercados; (iv) novas fontes de matérias primas e (v) novas organizações industriais. Estes fatores são entendidos como formas de concorrência, cuja eficácia em relação aos meios tradicionais - preço, qualidade, etc. - é como “um bombardeio comparado a se forçar uma porta” (Schumpeter, 1984, p. 114).

implicações normativas, deve ser visto pela ótica da geração, filtragem seletiva e difusão das inovações no bojo do progresso técnico.

Com efeito, na visão de Schumpeter, a concorrência é a interação das empresas no espaço em que elas valorizam seus capitais (os mercados de qualquer natureza), com o objetivo de se apropriarem de lucros extraordinários (Schumpeter, 1939 e 1984). Trata-se de um processo que gera desequilíbrios e diferenças, que são as bases da apropriação dos lucros extraordinários perseguidos pelas firmas no intuito de valorizar seus capitais. Portanto, a dimensão mais relevante da concorrência - inclusive para efeito de extrair dos mercados o máximo de eficiência econômica, de cunho *dinâmico* - não é apenas aquela associada à ocupação dos mercados já existentes, de modo a promover o ajustamento e a dissolução dos lucros anormais, como na tradição neoclássica, mas, sobretudo, a de *criação* de novos *espaços econômicos* por meio de *inovações*⁴.

Neste contexto, a obtenção de lucros não pressupõe nem conduz a algum equilíbrio; ao contrário, está relacionada a desequilíbrios oriundos do esforço de diferenciação e criação de vantagens competitivas pelas empresas, que se esforçam por retê-las na forma de ganhos monopolistas, ainda que - supostamente - temporários e restritos a segmentos específicos de mercado (Burlamaqui e Fagundes, 1993). Para Schumpeter, portanto, o lucro decorre de um monopólio temporário de vantagens obtidas através de inovações - que, para o autor, se constituem na forma mais eficaz de competição -, esvaindo-se com a difusão destas ao longo do processo de concorrência ou pelo aparecimento de outras inovações⁵.

⁴ Para Schumpeter, o caráter evolutivo do processo capitalista “não se deve ao fato de que a vida econômica acontece num ambiente social que muda.....tampouco se deve.....a um aumento quase automático da população e do capital...o impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria” (Schumpeter, 1984, pág. 112). A firma capitalista é o locus de dinamismo do sistema econômico; suas diferentes ações estratégicas, no decorrer perene do processo competitivo, são os veículos endógenos de materialização do movimento e das mutações na realidade econômica.

⁵ Portanto, para Schumpeter, em sentido rigoroso, os lucros não são “normais” em alguma acepção relevante, tendo mais a natureza de rendas ou quase-rendas marshallianas do que de rendimentos de um fator em equilíbrio, como na tradição neoclássica. Ver Possas, Fagundes e Ponde (1995).

Note-se que, nesta perspectiva, o sistema capitalista é inerentemente dinâmico, justamente em função da presença constante da concorrência entre as firmas, motivadas pela obtenção de lucros extraordinários (vistos, portanto, também como fonte de incentivos) por meio da implantação de estratégias competitivas, entendidas como a busca de uma posição (lucrativa e sustentável) favorável em uma indústria (Porter, 1985), cujos conteúdos se compõem das mais diversas *formas* de competição⁶.

Segue-se, então, que na visão de Schumpeter, o monopólio não é o contrário da concorrência, mas sim é o resultado temporário do processo competitivo: as firmas buscam, com suas estratégias competitivas, alcançar posições monopolistas, em função do prêmio representado pelos lucros extraordinários inerentes a esta posição, de modo que o lucro anormal - um lucro econômico positivo no longo prazo - torna-se consequência imediata da existência de vantagens competitivas erguidas por intermédio das estratégias de diferenciação (Porter, 1986, cap. 1). Contudo, tais posições são temporárias, pois a própria concorrência as ameaça, seja por meio das estratégias também inovadoras de outras firmas (“os ventos perenes da destruição criadora” nas palavras do próprio Schumpeter), seja pela difusão das fontes das vantagens competitivas, que forneceram o substrato para o seu próprio surgimento, entre as empresas concorrentes.

Diante da noção de concorrência schumpeteriana, que enfatiza seu caráter disruptivo, ativo e desequilibrador, abrem-se as possibilidades para a análise das estratégias competitivas, e, portanto, das formas de competição em cada mercado (Possas, 1989A). A diferenciação entre as empresas torna-se, simultaneamente, pressuposto e resultado do processo de concorrência e da evolução do sistema econômico. No universo da destruição criativa, o princípio das ações estratégicas conduzidas pelas firmas no embate competitivo torna-se o centro das forças de mudança das estruturas de mercados (Gaffard, 1990, segunda parte, p. 150), na medida em que tais estratégias são capazes de transformar o meio ambiente, gerando novas tecnologias, produtos, serviços, métodos de gestão e de alterar as preferências dos consumidores, com o objetivo de conquistarem, temporariamente, poder de monopólio e lucros extraordinários.

⁶ O sucesso - ou fracasso - destas estratégias (re)produz diferenças e assimetrias entre as firmas: algumas crescem, adquirem e/ou reforçam suas capacitações tecnológica e organizacional, enquanto outras desaparecem ou passam a desempenhar funções marginais no sistema econômico.

O conceito schumpeteriano de concorrência, por estar desvinculado de qualquer compromisso com normas de natureza estática ou equilibrada, remete, portanto, a uma análise cujos resultados não são determinísticos, nem determináveis *ex-ante*. São as estratégias competitivas utilizadas pelas firmas em seu processo de enfrentamento no mercado, ou seja, como conquistam e/ou mantêm suas posições competitivas e, principalmente, como constroem e renovam seus potenciais competitivos ao longo do tempo, que passam a ocupar um lugar de destaque na formulação do discurso econômico⁷.

III - Três Conceitos de Eficiência Dinâmica

Na visão de Schumpeter, as *eficiências dinâmicas* resultantes do progresso técnico são, portanto, mais importantes, no que tange aos seus possíveis efeitos sobre o nível de “bem estar social”, do que as eficiências estáticas - de natureza Paretiana - associadas à alocação e utilização de recursos dados (os tipos de eficiências associados às condições marginais de Pareto). Entretanto, como aponta Possas (2002, pp. 229-232), existem pelos menos três formas de se conceituar as eficiências dinâmicas, a saber: (i) eficiência dinâmica como eficiência alocativa (de Pareto) *intertemporal*; (ii) eficiência dinâmica *qualitativa*; e (iii) eficiência dinâmica em condições de *incerteza*, situação na qual o autor propõe sua redefinição em termos de eficiência *seletiva* dos mercados.

No *primeiro* sentido, a eficiência dinâmica, associada ao *trade-off* alocativo entre “bem-estar” presente e futuro (intertemporal, portanto), significaria que as perdas de eficiência estática no presente, provocadas, por exemplo, por preço supra-competitivos, possam gerar benefícios futuros, na forma, por exemplo, de redução de custos⁸. Para Baumol e Ordover (1992, p. 83), a eficiência dinâmica “... consiste nas alocações de recursos ótimas de Pareto entre o presente e o futuro”. Em termos de “bem-estar social”, o pressuposto implícito é o de que o processo de inovação é essencial para o

⁷Evidentemente, as estratégias competitivas não são constituídas no vazio. Sua formulação depende de fatores internos - capacitação tecnológica, mercadológica e organizacional - e externos - pressão competitiva, ambiente macroeconômico, etc. - à firma.

⁸Ver também Geroski (1988, p. 189) e Jorde & Teece (1992, Introd., pp.15-16). Em termos das implicações antitruste, por exemplo, a cooperação entre as firmas torna-se uma possível, mas não necessária, fonte de geração de inovações e, portanto, de eficiência dinâmica.

desenvolvimento econômico, proporcionando benefícios sociais futuros, ainda que às custas de perdas de eficiência estática, na forma de ineficiências no *mix* de produção (Jorde e Teece, 1992, p. 60).

Já no *segundo* conceito, a eficiência dinâmica possui uma dimensão *qualitativa*, de modo que seus efeitos ao longo do tempo se manifestam através de outras variáveis diferentes do preço/custo. Assim, segundo Possas (2002, p. 230, grifos do autor): “...quando se trata, por exemplo, de ‘eficiências’ decorrentes de uma fusão ou aquisição, lida-se não só com redução, imediata ou esperada, de *custos* - por exemplo devida ao aproveitamento, direto ou não, de economias de escala -, mas com vários outros atributos do(s) produto(s). Assim, por exemplo, mudanças esperadas no *design*, no desempenho ou em especificações do(s) produto(s) que venham a beneficiar (ou prejudicar) o consumidor ou usuário, ainda que *não* se traduzam em menores custos, devem ser considerados não apenas entre as eficiências potencialmente compensatórias desses atos de concentração, mas também,, na própria *delimitação do mercado relevante*, ao ter em conta a possibilidade de a substituição entre produtos vir a se dar não via preços, mas via *outros* atributos (*e.g.* de desempenho) dos produtos”⁹.

⁹ O mercado relevante, conceito empregado em análises antitruste, é usualmente definido pelo teste do monopolista hipotético, onde o grau de substituição pelo lado da demanda representa um papel-chave. Segundo o Merger Guidelines do Departamento de Justiça dos E.U.A.: “um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste” (Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 1992, p. 4). Tal mercado apresenta, portanto, duas dimensões: produto e geográfica. Na dimensão produto, é preciso verificar se os consumidores ou usuários poderiam substituir - sem custos significativos e num curto período de tempo - o(s) produto(s) sob análise por outros, caso houvesse um incremento no preço desse(s) produto(s), provocado, por exemplo, por um aumento no poder de mercado do produtor em decorrência da maior concentração no referido mercado. Quanto à dimensão geográfica, é preciso analisar as possibilidades de os consumidores - sem custos significativos e num intervalo de tempo razoável -, em resposta a um aumento no preço relativo do produto relevante, substituírem nas suas aquisições os vendedores localizados em um dado território por outros situados em regiões distintas. Ver Possas (1996) e Werden (1992).

A consequência derivada da exclusão das dimensões qualitativas das eficiências dinâmicas, em termos da análise antitruste de atos de concentração e condutas anticompetitivas, encontra-se na possível subestimação não somente da amplitude do mercado relevante - e, portanto, na superestimação dos eventuais impactos anticompetitivos do caso sob exame, sobretudo em indústrias caracterizadas por elevado dinamismo tecnológico e concorrência extra-preço¹⁰-, mas também da magnitude dos benefícios delas derivados, uma vez que tais benefícios são dificilmente passíveis de quantificação¹¹.

Embora os conceitos de eficiência dinâmica acima apresentados representem um avanço importante frente à hegemonia dos conceitos de eficiências estáticas, é importante notar que seu arcabouço teórico ainda possui como referência básica os modelos de equilíbrio geral e parcial e os tipos de eficiência alocativa de natureza paretiana (as condições marginais de Pareto). A economia capitalista, caracterizada pela concorrência schumpeteriana, não se encontra - nem caminha para - numa posição de equilíbrio no longo prazo; pelo contrário, sua dinâmica está associada ao movimento de uma posição temporária de equilíbrio para outra, dado o contínuo aparecimento de inovações como resultado do processo competitivo (Burlamaqui e Fagundes, 1993)¹². Em particular, pode ser impossível realizar

¹⁰ Como afirma Possas (2002, p. 230, grifos do autor): “caso essa possibilidade de substituição entre produtos por fatores de *desempenho qualitativo* não seja levada em conta, mas apenas o efeito de variações do preço, a tendência natural é a de exagerar a importância da homogeneidade dos produtos para a análise de sua substituíbilidade e, com isso, delimitar o *mercado relevante* de forma muito restritiva, amplificando as medidas de concentração e *market share*, e portanto o *risco percebido de atos de concentração* em indústrias inovativas, dinâmicas e com forte concorrência extra-preço”. Ver também Jorde e Teece (*op. cit.*, p. 8).

¹¹ Jorde e Teece (*op. cit.*, pp. 8-9) apontam para uma possível solução do problema, mediante a tentativa de, através de consultas a especialista na indústria e dos usuários envolvidos, se traduzir em termos de reduções de custos as mudanças nas variáveis de desempenho extra-preços dos produtos. Assim, segundo Possas (2002, p. 231, grifos do autor), “o efeito esperado sobre a quantidade demandada seria então expresso, a partir de uma estimativa da elasticidade-preço da demanda - que de qualquer forma seria necessária para aplicar a metodologia do *trade off* -, em termos de uma *variação ‘equivalente’* em custos (preços)”.

¹² Na verdade, na visão neo-schumpeteriana, nem mesmo uma única seqüência de equilíbrios existe. A dinâmica das economias capitalistas não só é marcada pela presença de diferentes possíveis trajetórias no tempo, como se revela sensível às condições iniciais do movimento (*path-dependency*). Pequenas variações nos recursos, capacitações ou comportamentos iniciais dos agentes econômicos podem dar origem a diferentes padrões de desenvolvimento. Ver Boyer (1993, pp. 98).

qualquer exercício quantitativo de aferição dos benefícios decorrentes das inovações ou mesmo prever com algum grau de segurança os efeitos decorrentes de atos de concentração ou condutas supostamente anticompetitivas sobre o grau de inovatividade das firmas e sobre o ritmo do progresso técnico, sobretudo em indústrias de alto dinamismo tecnológico.

A partir do reconhecimento desse problema, Possas sugere um terceiro conceito de eficiência dinâmica, presente num contexto de *incerteza* estrutural¹³. Nas palavras de Possas (*op. cit.*, p. 231): “o *terceiro aspecto*, mais importante e complexo, refere-se a um problema de importância crescente na análise antitruste atual: o fato de que muitas fusões e *joint ventures* são destinadas a, ou poderiam em grande parte justificar-se pelo fato de, produzir *inovações* ou *mudanças tecnológicas* cujo resultado em termos de ganhos de eficiência e cujo horizonte temporal é em grande medida *desconhecido* no momento presente, devido ao alto grau de *incerteza* envolvido nesse tipo de previsão”.

Dessa forma, segundo Possas, Fagundes e Pondé (1995, p. 17, grifos dos autores), no enfoque schumpeteriano, “a noção de eficiência dinâmica dos mercados deve ser redefinida pela ótica da visão dinâmica da *própria concorrência*, e não apenas de seus efeitos alocativos. Nesta direção é preferível uma noção de *eficiência seletiva* dos mercados, que na tradição neo-schumpeteriana evolucionista inaugurada por Nelson & Winter são vistos como, essencialmente, ambientes de *seleção de inovações* em sentido amplo (Nelson e Winter, 1982, Cap. 1). Uma operação eficiente dos mercados, nesta acepção, dispensa equilíbrio e otimização alocativa estática e implica um *ambiente* suficientemente *competitivo* para que as inovações encontrem oportunidade adequada para serem não só *difundidas*, como *geradas* e *incorporadas* num ritmo intenso, dentro dos limites possibilitados pela tecnologia e pela limitação de recursos e dos padrões internacionais”.

Segundo Possas (2002, p. 235, grifo do autor), a eficiência dinâmica, vista como eficiência seletiva, pode ser (re)definida como: “a *capacidade hierarquizadora do processo de seleção, refletindo o grau em que a filtragem das inovações pelo mercado se correlaciona com sua ordenação, tanto quanto possível objetiva, em termos de indicadores de progresso ao longo de uma*

¹³ A incerteza estrutural tem origem não só na impossibilidade de o mercado fornecer todas as informações necessárias ao processo de decisão empresarial, mas também na incapacidade dos agentes econômicos em listarem todas os eventos possíveis resultantes de suas ações no presente. Ver Possas (1987).

trajetória inovativa.” Operacionalmente, mas ainda do ponto de vista qualitativo, Possas sugere que a avaliação da eficiência seletiva de um mercado leve em consideração dois aspectos básicos, a saber: (i) a *pressão competitiva* sobre as firmas, associadas às condições ambientais de mercado; e (ii) a *competitividade das firmas* desse mercado. A primeira depende de fatores ligados às diferentes dimensões das políticas públicas de cunho micro e macroeconômico, tais como a política comercial, de regulação e *antitruste*; enquanto que a segunda depende das próprias estratégias empresariais^{14 15}.

É importante notar, no entanto, que conceitos de eficiência dinâmica, em qualquer uma de suas formas, ainda encontram resistência na comunidade administrativa e legal, inclusive na sua dimensão mais convencional, associada ao *trade-off* alocativo entre eficiência presente e futura (Areeda, 1992). De fato, é preciso reconhecer que tais critérios não somente não oferecem garantias de que as reduções de eficiência alocativa estática de Pareto, devido a um aumento do poder de monopólio, por exemplo, justificadas, em teoria, por alguma inovação, venham a ser compensadas no futuro por menores custos de produção/distribuição, como também são de difícil operacionalização, como reconhece Possas (*op. cit.*, p. 231), ao afirmar que: “dada a necessidade, intrínseca à aplicação de normas legais e à segurança jurídica, de se dispor de referências razoavelmente precisas, cria-se com isso um problema de difícil solução para os órgãos de

¹⁴ **No entanto, em meu juízo, ambas as dimensões - a pressão competitiva e a competitividade das firmas - também guardam relação com as variáveis estruturais tradicionais de mercado, tais como número de competidores e os níveis das barreiras à entrada. Tais variáveis influem no incentivo que as firmas possuem para adotar estratégias inovativas.** Dessa forma, é possível que surja um conflito entre duas fontes de incentivos distintas, mas necessárias, para o surgimento de estratégias inovativas, a saber: a pressão competitiva do ambiente de mercado, de um lado, e o poder de mercado por elas detido, de outro. Ver seção IV a seguir.

¹⁵ Do ponto de vista de sua aplicação no campo das políticas de defesa da concorrência, um quarto conceito de eficiência dinâmica, na verdade complementar aos demais, me parece ser útil. Trata-se, nesse caso, de defini-la como sendo o conjunto de *incentivos e habilidades* necessárias ao incremento da produtividade e ao engajamento, por parte das firmas, em atividades inovativas ao longo do tempo (De La Mano, 2002). Em função dos aspectos qualitativos e da incerteza estrutural associados à eficiência dinâmica, essa definição permite que as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência se concentrem na avaliação dos efeitos dos atos de concentração e das condutas anticompetitivas sobre as *causas* do comportamento inovativo, inclusive o grau de concorrência, ainda que não sobre os seus resultados em termos quantitativos.

defesa da concorrência, reguladores ou outros que intervêm sobre mercados”¹⁶. Além do mais, e esse talvez seja o problema mais grave, as relações entre concorrência, estrutura de mercado e progresso técnico (inovações) são ambíguas, não fornecendo uma base normativa suficientemente segura para orientar as decisões das políticas de defesa da concorrência, como se verá a seguir.

IV - Concorrência e Eficiência Dinâmica

A despeito da importância das eficiências dinâmicas do ponto de vista de seus potenciais impactos sobre o bem estar social, não existe consenso teórico, tampouco evidências empíricas, sobre o grau de concorrência ideal para a promoção de um ritmo adequado de inovações. Em outras palavras, não existe uma base normativa segura a partir do qual seja possível estabelecer uma *direção* para a ação das políticas de defesa da concorrência no que diz respeito à aceitação de argumentos baseados em eficiências dinâmicas, sobretudo nas suas versões qualitativas e num contexto de incerteza. Segundo Scherer e Ross (1990, p. 682): “...os elos entre estrutura de mercado e inovação são fracos, cercados de muito ‘ruído’ associado a outras influências medidas e não medidas”.

Como visto nas seções anteriores, o pressuposto básico da abordagem schumpeteriana é o de que o progresso técnico é um importante fator de incremento da produtividade - e, portanto, de potenciais aumentos dos níveis de bem estar da sociedade no *longo prazo* - da economia (Viscusi, 1992, p. 81). O problema é que não existe um vínculo teórico ou empírico

¹⁶ Nesse sentido, Possas sugere somente que (*op. cit.*, p. 232, grifos do autor): “além de uma aplicação sistemática do critério de *rule of reason* - com análise específica dos efeitos líquidos do ato ou prática considerado - para tais casos, o melhor caminho é não se deixar imobilizar pela presença de *incerteza forte* quanto às previsões - de resto, comum em diferentes graus à análise de uma economia dinâmica como é, regra geral, a economia capitalista. Como primeira aproximação, deve-se procurar identificar a presença de uma série de fatores que costumam acompanhar ou influir sobre o esforço inovativo bem-sucedido. Entre outros, vale mencionar, seguindo os mesmos autores (Jorde e Teece): o *regime de apropriabilidade* dos benefícios econômicos da inovação; a *intensidade* do *progresso técnico* no setor; a *diversidade* de novas fontes de *conhecimento*; e a necessidade de *ativos e tecnologias complementares* que podem vir a justificar uma fusão, *joint venture* ou outra forma de aliança estratégica..... A combinação desses elementos, em diferentes graus, pode em princípio corroborar uma expectativa favorável quanto - seguindo o exemplo da análise antitruste de uma fusão - às eficiências futuras alegadas como resultado do investimento atual e futuro em inovações por meio da fusão considerada”.

único entre determinadas estruturas de mercado, grau de concorrência e o ritmo do progresso técnico, sendo que esse último depende mais de certas condições ligadas às características das *trajetórias tecnológicas* do setor - tais como grau de apropriabilidade, oportunidade e cumulatividade -, mas não do grau de concorrência enfrentado pelas firmas nos seus mercados de atuação¹⁷. De acordo com Scherer (1991, p. 45): “existe uma dualidade pervasiva sobre os efeitos da competição no ritmo das inovações. Mais competição estimula e acelera a inovação dentro de certos limites; mas quando a competição se torna excessivamente intensa de modo que qualquer rival possa antecipar a apropriação de somente uma pequena parcela dos benefícios derivados da inovação, então ainda mais competição retarda a inovação”. Isso porque, *ceteris paribus*, a competição entre as firmas e os lucros potenciais são as duas fontes básicas de incentivos à introdução de estratégias inovativas por parte das firmas, existindo um *trade-off* entre ambos: supõe-se que quanto maior a competição num mercado, menor o poder de mercado detido pelas firmas e, portanto, menores as probabilidades de que sejam capazes de se apropriar dos lucros decorrentes de suas inovações.

Assim, a visão inicial de Schumpeter, na qual as grandes empresas e o monopólio temporário eram vistos como elementos necessários ao progresso técnico¹⁸, foi sendo gradativamente substituída por uma abordagem mais

¹⁷ A primeira destas propriedades - a oportunidade tecnológica - se apresenta como um aspecto inerente às firmas ou aos setores, relacionando-se à facilidade ou maior possibilidade de introdução de novas tecnologias rentáveis. As oportunidades tecnológicas estão condicionadas pelas características técnicas e base tecnológica de cada indústria e pelo grau de desenvolvimento do paradigma tecnológico que definem as trajetórias tecnológicas de cada setor de atividade econômica. A segunda, denominada de cumulatividade, está associada aos padrões de inovação e à capacidade de inovar das firmas. Esta característica somente pode ser apreendida através do tempo, na medida em que depende, em grande parte, dos processos de aprendizado. Por fim, a terceira característica se refere às condições de apropriabilidade das inovações, ou seja, às diferentes possibilidades de converter os diferenciais de custo, gerados pelo progresso técnico, em lucros. O grau de apropriabilidade é específico a cada firma/setor, dependendo da base de conhecimento, das condições de mercado, das curvas de aprendizado, da posse de ativos específicos e do ambiente legal. Ver Dosi (1988).

¹⁸ Tal visão, conhecida pela literatura como “hipótese schumpeteriana”, pode ser traduzida em três postulados sobre a relação entre competição e monopólio, de um lado, e progresso tecnológico, de outro lado, a saber: (i) somente grandes empresas são capazes suportar os riscos e os custos inerentes ao avanço da tecnologia; (ii) os lucros dessas empresas são a fonte - e o incentivo - ideal de financiamento das inovações; e (iii) o monopólio

complexa, pela qual as relações de causalidade entre concorrência e progresso técnico são mediadas por uma série de outras variáveis, tais como o grau de oportunidade e apropriabilidade da tecnologia empregado no setor de atividade das firmas. Por exemplo, quando o avanço do conhecimento viabiliza elevados graus de oportunidade para o progresso técnico, a inovação provavelmente será otimizada a partir de uma estrutura de mercado mais fragmentada, ao passo que quando o conhecimento relevante avança lentamente, monopólios ou mesmo oligopólios parecem ser as estruturas ideais para a promoção das inovações¹⁹.

Do ponto de vista empírico, os resultados também são ambíguos. Segundo Scherer (*op. cit.*, pp. 47-48), tais evidências podem ser resumidas nos seguintes pontos: (i) o custo normal de pesquisa industrial e desenvolvimento de projetos, bem como os riscos associados, são baixos; (ii) não existem evidências de que grandes empresas sejam mais progressivas do que médias empresas no que tange a atividades de P&D, invenções patenteadas e inovações tecnológicas; pelo contrário, firmas relativamente pequenas aparentam originar uma parcela desproporcional das inovações radicais; (iii) a relação entre grau de concentração da oferta e níveis de atividade de P&D é descrita, aparentemente, por uma curva em formato de U invertido, com o pico ocorrendo para C4 entre 50% e 60%²⁰. No entanto, tal relação desaparece quando diferenças inter-industriais em termos dos graus de apropriabilidade e oportunidade tecnológica existem: “as condições básicas de demanda e oferta são claramente mais importantes que a estrutura de mercado como determinantes do vigor tecnológico” (*ibid*, p. 7); (iv) as evidências de que maiores lucros induzam maiores atividades em P&D são fracas. O crescimento das atividades de financiamento de capital de risco mostra que recursos próprios oriundos de lucros extraordinários não são necessariamente a única fonte de *funding* para a inovação tecnológica; e (v) linhas de negócios originadas de fusões aparentam ser menos vigorosas no suporte de atividades de P&D.

temporário é necessário para permitir a adequada apropriação das recompensas derivadas do esforço inovativo. Ver Nelson e Winter (1982A).

¹⁹ Ver Scherer (*op. cit.*, pp. 46-47).

²⁰ Tais índices de concentração merecem ser destacados, para ilustrar eventuais diferenças de interpretação quanto à definição do que seja uma indústria ou mercado concentrado. Por exemplo, segundo os *Guidelines* norte-americanos para fusões horizontais, um mercado é considerado concentrado quando seu índice Herfindahl-Hirschman é superior a somente 1000. Ver FTC/DOJ (1992).

Dessa forma, não se pode concluir que a concentração e o poder de mercado são sempre funcionais do ponto de vista da promoção das eficiências dinâmicas. Nesse contexto, a preocupação de certos autores com os possíveis efeitos negativos das políticas antitruste sobre a eficiência dinâmica deve ser vista com ressalvas²¹. De acordo com Scherer (1991, p. 49, grifos meus): “embora ainda haja muito a ser aprendido, as descobertas teóricas e empíricas possuem implicações definitivas para a política antitruste. Talvez o mais importante seja o fato de que elas conduzem ao *abandono* da romântica, embora ingênua, *crença schumpeteriana* de que firmas gigantes organizadas em oligopólios altamente concentrados são essenciais para a manutenção de um ritmo vigoroso de progresso técnico. Provavelmente, existem casos isolados para os quais a visão schumpeteriana está correta, mas eles devem ser tratados como tais. Normalmente, oligopólios fracamente estruturados são provavelmente pelos menos tão progressivos quanto indústrias dominadas por um ou poucas firmas, e empresas relativamente pequenas, orientadas para a tecnologia, freqüentemente provam ser inovadores mais dinâmicos que empresas gigantes”.

Na verdade, uma leitura atenta da mensagem de autores preocupados com os efeitos da política antitruste sobre a eficiência dinâmica já revela a preocupação dos mesmos em apontar o caráter excepcional das situações em que a maior concentração pode ser positiva para a eficiência do sistema econômico, como, por exemplo, Baumol e Ordover (*op. cit.*, p. 83, grifos meus), ao afirmarem que: “...enquanto o monopólio é acertadamente reconhecido como um inimigo da eficiência estática, existe um número de razões pelas quais se suspeita que seus efeitos sobre a eficiência intertemporal não são tão *claramente unilaterais*. Na medida em que tanto as grandes empresas quanto a posse de poder de mercado podem, nessa visão, ser importantes para a inovação e incremento da produtividade, sugere-se, *em algumas ocasiões*, que as atividades antitruste.....podem ser uma fonte de ineficiência intertemporal”.

Ou ainda Katz e Ordover (1990) que, num artigo sobre cooperação entre empresas em P&D²², após listarem quatro fontes geradoras de diferenças entre os benefícios privados e sociais derivados dessas atividades, entre elas as políticas antitruste que inibam equivocadamente os investimentos em P&D, concluem que nem toda a cooperação *ex-ante* nessa área é capaz de gerar

²¹ Como, por exemplo, Schuartz (2001).

²² As demais são: (i) os *spillovers* tecnológicos; (ii) a existência de ativos complementares; e (iii) o baixo grau de apropriabilidade das inovações em alguns setores.

ganhos líquidos de bem estar. Pelo contrário, sob certas circunstâncias²³, o resultado pode ser a redução da competição e da exploração - difusão - das inovações, fato que implica, sob o prisma normativo, uma abordagem caso a caso no âmbito das políticas de defesa da concorrência. Note-se, portanto, que a afirmação de que a cooperação, derivada de *joint ventures* entre concorrentes, inclusive no campo de P&D, é importante para o desenvolvimento tecnológico não deve ser interpretada como um imperativo universal, mas somente como uma possibilidade a ser investigada pelas autoridades antitruste²⁴.

Assim, a base normativa schumpeteriana certamente aponta para a importância da cooperação entre os agentes econômicos, sobretudo nas indústrias de alta tecnologia, e das possíveis eficiências dinâmicas derivadas de atos de concentração, em particular os de natureza horizontal, e de certas condutas horizontais, como acordos de cooperação em P&D. No entanto, tal postura não implica necessariamente conflito com as políticas de defesa da concorrência tradicionais em toda a sua extensão. Nesse quadro, portanto, e sob as devidas salvaguardas de eficiência potencial demonstrável ou passível de monitoração rigorosa, a política antitruste estará provavelmente favorecendo dinamicamente a concorrência e o possível bem-estar decorrentes de esforços inovativos bem-sucedidos (ainda que nem todos venham a sê-lo) ao admitir que a *cooperação*, em determinadas situações que envolvam P&D, pode representar um aspecto *da própria concorrência*, sendo pró-competitiva, e não uma conduta antagônica a esta, autorizando a realização desses contratos inter-firmas em lugar de restringi-los.

Por outro lado, os argumentos schumpeterianos devem ser relativizados para o caso de indústrias marcadas por trajetórias tecnológicas caracterizadas, por exemplo, por baixo grau de oportunidade. Nesses casos, o controle dos atos de concentração horizontais e a coibição de certas estratégias cooperativas entre rivais (na área de P&D) permanecem como um importante

²³ Por exemplo, se as firmas são competidoras, a realização de investimentos em P&D por parte de uma delas implica a geração de externalidades *negativas* sobre a outra, de modo que o resultado da cooperação entre elas seria a redução do incentivo ao investimento em P&D. Outra forma de resultado negativo do ponto de vista social derivado de cooperação *ex-ante* em P&D está na possibilidade de seu uso como mecanismo de colusão, através da troca de informações, no nível do mercado de produtos. Finalmente, cooperação em P&D pode evitar concorrência via corrida por patentes reduzindo o ritmo das pesquisas e dos investimentos em desenvolvimento de novas tecnologias.

²⁴ Para os resultados socialmente negativos associados à colusão na área de P&D entre firmas concorrentes, ver Philips (1993, cap. 10).

instrumento inibidor de efeitos anticompetitivos sobre os mercados. Note-se que tal postura não é contraditória com a hipótese de que as estruturas de mercado sejam endógenas, posto que as políticas de defesa da concorrência, em suas versões modernas, têm como alvo somente a concentração de mercado derivada de fusões, aquisições e *joint-ventures* ou mesmo de condutas anticompetitivas de natureza exclusionária que não são motivadas pela busca de eficiências (estáticas ou dinâmicas), ou seja, apenas voltadas para a eliminação da concorrência e para a criação e/ou aumento do poder de mercado, possibilidade que não pode ser, teoricamente, descartada *a priori*.

Além do mais, mesmo no âmbito de abordagens mais heterodoxas, de cunho schumpeteriano, o espaço para a promoção da competição em termos tradicionais - a manutenção de um certo número de competidores e a eliminação (ou imposição de restrições à criação) de barreiras à entrada de natureza estratégica, por exemplo - está (ou deveria estar) presente. Isso porque a competitividade no âmbito setorial também depende da existência de pressões competitivas, que devem ser mantidas e resguardadas pelas políticas de defesa da concorrência, sobretudo, mas não exclusivamente, no âmbito de sua atuação sobre as estruturas de mercado. É importante notar que tal afirmativa encontra respaldo não somente na teoria neoclássica e nos modelos de organização industrial baseados no esquema estrutura-conduta-desempenho, mas também na visão de origem schumpeteriana.

De fato, embora ainda carente de desenvolvimento teórico mais aprofundado, o número de firmas também é uma variável importante, ainda que não a única, em uma abordagem schumpeteriana, na medida em que implica maior *diversidade* e, portanto, *maior grau de experimentação de novas trajetórias tecnológicas e adaptabilidade do sistema econômico a choques exógenos* (Fagundes, 1998). Nesse sentido, um maior grau de concentração derivado de uma fusão entre concorrentes ou de uma estratégia predatória, por exemplo, ainda que implique eficiências produtivas via economias de escala, também pode gerar *ineficiências dinâmicas* expressivas, por intermédio da redução da diversidade presente da indústria.

Obviamente, tal posição não implica negar a existência de eficiências dinâmicas, tampouco que tais eficiências são mais importantes do que aquelas de natureza estática²⁵ ou que não devam ser consideradas no âmbito antitruste,

²⁵ Pelo que eventuais *trade-offs* entre eficiências estáticas e dinâmicas deveriam ser resolvidos pela opção que implicasse a ocorrência dessas últimas.

mas tão somente que a visão schumpeteriana tradicional não deve ser usada para sustentar que as políticas de defesa da concorrência deveriam ser, *a priori*, mais tolerantes, por exemplo, com fusões e aquisições de caráter horizontal, cartéis ou ainda com condutas anticompetitivas de caráter exclusionário.

Em minha opinião, o aspecto central a ser ressaltado se encontra no fato de que as pressões competitivas - efetivas ou potenciais - são, juntamente com a promessa de lucros extraordinários prospectivos, a mais importante fonte de *incentivos* ao comportamento e estratégias inovativas por parte das firmas²⁶. Assim, do ponto de vista dos impactos da existência de eficiências dinâmicas sobre a política de defesa da concorrência, é possível se concluir que (Scherer, 1991, p. 54, grifo meu): “lutando para manter a *diversidade* de competidores e para evitar que *barreiras à entrada sejam erguidas desnecessariamente*, (a política) antitruste está pelo menos apontando para a direção certa.....existe pouca evidência mostrando efeitos adversos sistemáticos do antitruste sobre o vigor das inovações tecnológicas e sobre a taxa de crescimento da produtividade”.

V - Conclusões

Diversos são os conceitos e, portanto, as dimensões da eficiência econômica como um todo. Esse caráter multidimensional implica o surgimento de diversos *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*²⁷. Com efeito, qualquer tipo de eficiência econômica pode ser,

²⁶ O fato de que os lucros extraordinários são um importante incentivo ao comportamento inovativo não produz grandes impactos normativos sobre as - modernas - políticas de defesa da concorrência, já que essas não inibem o crescimento das firmas em si, sobretudo aquele baseado na sua maior eficiência relativa frente aos rivais, mas sim aquele derivado de comportamentos anticompetitivos. Ou seja, a monopolização - e os correspondentes lucros extraordinários - derivada do sucesso das estratégias inovativas - lançamento de novos produtos, adoção de novos métodos de produção, etc. - não é um ilícito antitruste. Talvez o único argumento antitruste derivado do reconhecimento dessa fonte de incentivos seja o de que uma fusão ou aquisição entre concorrentes poderia favorecer o ritmo de inovação ao reduzir a probabilidade de que os demais concorrentes imitem o inovador, diluindo os lucros da inovação mais rapidamente.

²⁷ 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.

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: “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 geral. 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.

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 redução 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 e à redução dos incentivos para a inovação de produtos e/ou de processos (eficiências dinâmicas), bem como outras ineficiências, tal como à diminuição da eficiência X. 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, *eventualmente*, ganhos de economia de custos de transação, 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, eficiências dinâmicas, bem como outras, tais como economias de custos de transação, eficiência X e eficiências de diferenciação de produtos.

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, 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 tradicionais²⁸.

Além do mais, as políticas de defesa da concorrência devem ainda incorporar e utilizar um critério *distributivo*, por meio da explicitação de um juízo de valor sobre o peso ou importância do bem estar de determinados grupos ou categorias de agentes econômicos, basicamente consumidores e produtores, sob pena de sua implementação poder implicar a redução do bem estar social. Em outras palavras, o objetivo último das políticas de defesa da concorrência, bem como de qualquer outra política pública, é o de incrementar - ou, pelo menos, impedir a redução - do bem estar da sociedade, por meio do controle sobre determinada(s) variável(eis) específica(s).

Em particular, no caso da variável concorrência, mudanças na sua intensidade podem produzir alterações não somente nos níveis dos distintos tipos de eficiência econômica - e, portanto, sobre o nível da eficiência econômica total potencial - mas também, por intermédio de seus impactos

²⁸ 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.

sobre os níveis de preços, na *distribuição da renda agregada entre indivíduos*. Ambos os efeitos - o de eficiência e o distributivo - possuem efeitos, em certos casos opostos, sobre o bem estar social. O equacionamento desse novo e importante problema somente pode ser realizado mediante a escolha de um critério distributivo que possa guiar a análise e as decisões dos órgãos de defesa da concorrência, seja no âmbito de atos de concentração, seja no que tange às condutas anticompetitivas.

Bibliografia

AREEDA, P. (1992). “Antitrust Law as Industrial Policy: should judges and juries make it?”, In: JORDE, T. M. e TEECE, D. J. (Eds.) (1992), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, Cap. 2.

BAUMOL, W. e ORDOVER, J. (1992). “Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?”. In: JORDE, T. M. e TEECE, D. J. (Eds.) (1992), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, Cap. 4.

BOYER, R. (1993): “The Models Revolution: Cumulative Learning, Irreversibility and Diversity of Trajectories (Introduction)”. IN: FORAY, D. e FREEMAN, C (ED.) (1993) *Technology and The Wealth of Nations: The Dynamics of Constructed Advantage*. Pinter Publishers.

BURLAMAQUI, L. e FAGUNDES, J.(1993). “Keynes, Schumpeter e Política Industrial”. In Archè, número especial.

DE LA MANO, M. (2002). “For customer’s Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control”. *Enterprise Papers* n ° 11, European Commission.

DOSI (1988). The Nature of the Innovative Process. In: Dosi, Freeman, Nelson, Silverberg & Soete (ED. (1988); “*Technical Change and Economic Theory*”. Londres, Francis Printer

FAGUNDES, J. (1996). “Estado e Defesa da Concorrência”. *Revista de Direito Econômico*, jan/mar, número 22, págs. 95-99.

FAGUNDES, J (1997). “Economia Institucional: Custos de Transação e Impactos sobre Política de Defesa da Concorrência”. *Texto para Discussão*, número 407, IE/UFRJ.

FAGUNDES, J (1998). “Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial:

- Convergência ou Divergência?”. *Revista do IBRAC*, volume 5, número 6.
- FAGUNDES, J. (1998a). “Defesa da Concorrência e Regulação”. *Texto para discussão*, IE/UFRJ.
- FAGUNDES, J. (2003). “Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência”. Editora Singular.
- GAFFARD, J.L. (1990). “*Économie Industrielle et de L’Innovation*”. Dalloz, Paris.
- GEROSKI, P. (1988). “Competition Policy and the Structure-Performance Paradigm”, IN: DAVIES, S. e LYONS, B. (Eds.) (1988), *Economics of Industrial Organization*. Surveys in Economics. Londres: Longman, Cap. 5.
- Horizontal Merger Guidelines* (1992). U.S. Dept. of Justice and Federal Trade Commission.
- JORDE, T.M. & TEECE, D., (eds) (1992), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. Oxford University Press, 1992: 240.
- JORDE, T. e TEECE, D. (1992a). “Introduction”. In: JORDE, T. M. e TEECE, D. J. (Eds.) (1992), *op. cit.* New York: Oxford University Press, 1992.
- JORDE, T. e TEECE, D. (1992b). “Innovation, Cooperation and Antitrust”, In: JORDE, T. M. e TEECE, D. J. (Eds.) (1992), *op. cit.*, Cap. 3.
- NELSON, R. & WINTER, S. (1982). *An Evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge: Harvard University Press.
- NELSON, R. & WINTER, S. (1982A). “The Schumpeterian Tradeoff Revisited”. *American Economic Review*, v. 72, nº 1, pp. 114-32.
- PHLIPS, L. (1995). *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*. Cambridge University Press.
- PORTER, M. (1986) *Estratégia Competitiva*. Editora Campus.
- PORTER, M. (1989); *Vantagem Competitiva*. Ed. Campus.
- POSSAS, M.L (1987) “*Dinâmica da Economia Capitalista: Uma abordagem Teórica*.” Editora Brasiliense.
- POSSAS, M.L (1987). *Estruturas de Mercado em Oligopólio*. S. Paulo: Hucitec.
- POSSAS, M.L (1989A). Em direção a um Paradigma Microdinâmico: a Abordagem Neo-Schumpeteriana”. In: Amadeo (Org.); *Ensaio sobre Economia Política Moderna: Teoria e História do Pensamento Econômico*.” São Paulo, Marco Zero.

POSSAS, M.L (1989b). *Dinâmica e Concorrência Capitalista - Uma Interpretação a Partir de Marx*. São Paulo, Hucitec.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J. E PONDÉ, J. (1995). Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano. *Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia*, ANPEC, dezembro.

POSSAS, M.L. E FAGUNDES, J. (1998) “Competition, Strategic Behavior and Antitrust Policy: an Evolutionary Approach”. *Revista Brasileira de Economia*, v. 52, nº 1.

POSSAS, M. L. (2002). “Economia Normativa e Eficiência: Limitações e perspectivas na aplicação antitruste”. IN: Possas (org.):*Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. Ed. Singular.

SCHERER, F.M. (1988). “Merger Policy in the 1970s and 1980s”. IN: LARNER, R. J. (Ed.) (1988) *Economics and Antitrust Policy*. Westport: Quorum Books.

SCHERER, F.M. (1991). “Antitrust and a Dynamic Economy”. In First, H., FOX, E.M. & PITOFISKY, R. (eds.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century: essays on legal, economic and political policy*. EUA: Quorum Books.

SCHERER, F.M. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company.

SCHERER, F.M. (1994). *Competition policies for an Integrated World Economy*, Washington D.C.: The Brookings Institution.

SCHERER, F.M. (1991a). “Antitrust, Efficiency, and Progress”. In: FOX, E. e HALVERSTON, J. (Eds.) (1991) *Collaborations Among Competitors: Antitrust Policy and Economics*. Chicago: American Bar Association.

SCHUARTZ, L. (2001) Mercados de Alta Tecnologia. Crise Anunciada do Direito Antitruste?, in M. A. Greco e Ives Gandra da Silva Martins (orgs.), *Direito e Internet*, Revista dos Tribunais, pp. 95-135.

SCHUMPETER, JOSEPH A. (1976). *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: ZAHAR Editores, 1984.

SCHUMPETER, J. A. (1954). *History of Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press; trad. port. *História da Análise Econômica*, Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

SCHUMPETER, J. A (1912).”*Teoria do Desenvolvimento Econômico*” (1912), tradução para o português, São Paulo, Abril Cultural, Col. Os Economistas, 1988.

SCHUMPETER, J. A (1939) *Business Cycles*, Nova York, Macgraw-Hill.

TEECE, D. (1993). “Information Sharing, Innovation and Antitrust”. *Discussion Paper* August, Berkeley: University of California.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. (1992) *Economics of Regulation and Antitrust*. D.C. Heath and Company.

WERDEN, G. (1992). “Four suggestions on market delineation”. *The Antitrust Bulletin*, spring.

Werden, G. (1996), “A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products”, *Journal of Industrial Economics*, 44, pp.409-413.

O USO DE MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISES DE FUSÕES

*Jorge Fagundes**
*Fabio Kanczuk***

1 - Introdução

Simulações baseadas em modelos econômicos geram previsões quantitativas dos efeitos anticompetitivos de uma fusão ou aquisição. Permitem, portanto, que avaliações sobre a pertinência ou não das mesmas seja feita com uma dose menor de subjetividade. A utilização de análises quantitativas, quando são firmemente baseadas em informações sobre o caso e fundadas em modelos amplamente aceitos de monopólio e oligopólio, aumenta significativamente o foco e a precisão do exame de fusões ou aquisições horizontais e verticais em vários aspectos.

Alguns economistas e advogados tendem a ser relutantes com relação ao uso de simulações, por acreditar que elas não podem ser adequadamente compreendidas, tornando-se uma “caixa preta”. Para complicar, existe a crença de que os economistas são capazes de “provar” qualquer coisa. Acreditamos exatamente no contrário: quando modelos são utilizados e apresentados adequadamente, eles explicitam a forma como as conclusões são conseqüências dos fatos do caso em questão. Afinal, modelos econômicos são construídos sobre hipóteses que devem ser explicitadas. Quando houver mais de um modelo – com conclusões diferentes – seleciona-se aquele cujas hipóteses são mais condizentes com a realidade.

Uma vez explicitadas, as hipóteses podem ser discutidas, atacadas e defendidas, com base nos fatos disponíveis. O uso de simulações econômicas transforma, assim, a batalha dos peritos no que ela deve ser: um debate sobre argumentos econômicos que ligam fatos estabelecidos a determinadas conclusões. Análises e modelos econômicos identificam as ligações que são de fato importantes, e as colocam em termos compreensíveis e, mais importante, passíveis de serem quantificadas.

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

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

2. Uso de simulações em defesa da concorrência

Recentemente, modelos econômicos calibrados começaram a ser empregados em casos de análise da defesa da concorrência para simular os efeitos de atos de concentração. O uso nestes casos é muito elucidativo e sugere que simulações são uma importante ferramenta na análise da defesa da concorrência. Nas palavras de Roy Epstein, um economista especializado em defesa da concorrência: *“A simulação de fusões está fadada a tornar-se um instrumento econômico padrão na avaliação dos efeitos potenciais da elevação unilateral de preços decorrente de fusões”*.

Simulações são previsões baseadas em modelos econômicos calibrados para o mercado em análise. Os modelos adotados nas simulações são aqueles consagrados na literatura econômica, como os modelos Bertrand-Nash e Cournot-Nash. Esses modelos incorporam parâmetros estimados em estudos econométricos. Para lidar com as limitações de dados disponíveis para a estimação econométrica, que é um problema na maioria dos casos analisados, as simulações podem ser baseadas em funções padrões de demanda e oferta, o que reduz significativamente o número de parâmetros que precisam ser estimados.

As simulações são muito úteis porque permitem aos analistas dimensionar as relações de causa e efeito existentes entre variáveis observadas. Além disso, permitem integrar evidências empíricas quantitativas e qualitativas, dimensionando e contrapondo os seus diversos efeitos. Com isso pode-se concentrar a análise nos fatores que mais influenciam o bem-estar social e torná-la mais precisa, pois os efeitos são quantificados e as hipóteses subjacentes da análise são explicitadas. Em suma, o emprego de simulações torna a análise mais persuasiva, pois ela integra as evidências empíricas com modelos econômicos de monopólio e oligopólio de larga aceitação.

O crescente uso de simulações decorre de mudanças tanto do lado da oferta como da demanda. Pelo lado da oferta, os avanços na informática viabilizaram o processamento de dados de forma rápida e barata, tornando possível análises que antes seriam impraticáveis. Pelo lado da oferta também contribuiu para o uso de métodos quantitativos e simulações a disponibilidade de grandes bancos de dados obtidos por empresas especializadas de pesquisa de mercado.

Pelo lado da demanda, os órgãos de defesa da concorrência têm mostrado uma apreciação crescente por estudos empíricos e métodos

quantitativos e têm expandido o escopo de análise, que era primordialmente estrutural, para incluir os efeitos líquidos dos atos de concentração e de práticas restritivas. Esse tipo de análise requer contrapor efeitos diversos de forma simultânea, tarefa que só é possível por intermédio de modelos de simulação.

2.1. A evolução do emprego de métodos quantitativos e simulações

Atualmente, a metodologia adotada na análise de atos de concentração e de práticas restritivas é primordialmente estrutural. Um dos elementos centrais na análise estrutural é a definição do mercado relevante. A decisão final, em muitos casos, é determinada pela delimitação do mercado relevante.

O elemento fundamental para a definição dos mercados relevantes é o grau de substituição entre os produtos. Essa não é uma tarefa fácil, particularmente em setores caracterizados por produtos heterogêneos (produtos diferenciados). Nesses setores, é difícil delimitar o mercado relevante, pois esta tarefa envolve a caracterização subjetiva das preferências dos consumidores, que podem ser muito diversas e de difícil percepção.

O papel dos estudos econométricos em defesa da concorrência é sintetizar as evidências empíricas, de forma a melhorar a compreensão dos analistas sobre o posicionamento dos produtos em um determinado mercado. Estes estudos permitem uma estimação das elasticidades-preço e elasticidades-cruzadas dos diversos produtos possibilitando inferir o grau de substituição agregado entre os diversos produtos.

Ou seja, se, de um lado, é difícil estabelecer *a priori* as preferências dos consumidores, de outro, é claro que as mesmas são reveladas na forma como eles se comportam – o que, no final, resulta nos preços e quantidades observados. As técnicas econométricas atualmente disponíveis permitem inferir objetivamente as preferências, tornando menos subjetiva – e, eventualmente, desnecessária – a definição do mercado relevante.

O uso de simulações aparece na defesa da concorrência em decorrência do uso crescente de métodos econométricos e da necessidade de interpretar os parâmetros estimados empiricamente. Isto porque as simulações permitem transformar as estimações de elasticidades em previsões úteis para uma análise de antitruste, por exemplo, os impactos de uma fusão sobre os preços.

Uma razão adicional, que justifica a popularidade crescente das simulações, é a de permitir a quantificação dos efeitos de um determinado

ato de concentração sobre o bem estar social. Neste sentido, os cinco exemplos que se seguem mostram um pouco da evolução do uso de métodos quantitativos e simulações em defesa de concorrência:

1. O primeiro exemplo no qual um modelo foi empregado na defesa da concorrência foi o de carpetes de polipropileno julgado nos Estados Unidos. O modelo, proposto pelo Professor Martin Asher, foi utilizado para avaliar se houve fixação de preços e para quantificar os prejuízos causados por tal prática¹.

2. Outro exemplo ocorreu no ato de concentração examinado pelo *Federal Trade Commission*, envolvendo a aquisição da Office Depot pela Staples, duas mega-lojas de materiais de escritório. A regra de determinação do preço praticado pela Staples foi econometricamente estimada, considerando-se os seus próprios custos, o custo das empresas rivais, e uma série de variáveis de efeito fixo, dentre as quais: as características de cada loja e o número de concorrentes em cada mercado geográfico. Usando esse modelo, o Professor Ashenfelter estabeleceu a taxa de repasse de custos da empresa e simulou o efeito da aquisição, concluindo que o repasse para o consumidor das economias decorrentes de sinergias obtidas com a operação seria insuficiente para compensar a elevação de preços esperada em decorrência da redução da rivalidade provocada pelo ato de concentração².

3. Outro caso de grande importância foi o ato de concentração da Kraft e Nabisco, duas empresas líderes na produção de cereais matinais para adultos nos Estados Unidos.³ Um elemento chave dessa análise foi a modelagem da demanda como sendo um processo decisório de dois estágios. No primeiro estágio escolhe-se entre três grupos: cereais matinais para adultos, para crianças e para a família; em seguida se escolhe o cereal matinal desejado. Essa estrutura reduz enormemente o número de parâmetros a ser estimado. Houve uma grande discussão se esses três grupos deveriam ser tratados como mercados relevantes distintos ou um só mercado relevante. Uma análise das elasticidades-cruzadas levou as autoridades a considerar os três segmentos como um só mercado relevante.

4. Um caso julgado pelo Department of Justice em 1995 demonstrou como um modelo econômico calibrado pode ser uma ferramenta importante na

¹ *Polypropylene Carpet Litigation*, 996 F.Supp.18 (N.D.Ga.1997).

² *Federal Trade Commission v.Staples*, 970 F.Supp.1066 (D.D.C.1980).

³ *New York v.Kraft General Foods, Inc.*926 F.Supp.321, 333, 356 (S.D.N.Y.1995).

análise da defesa da concorrência, mesmo quando há pouquíssimos dados. No caso de um ato de concentração de dois fabricantes de pães de fôrma, a análise de elasticidade de demanda crítica foi empregada para argumentar que o ato de concentração resultaria numa elevação dos preços e em conseqüente perda de bem-estar social. A análise da elasticidade de demanda crítica consiste na determinação da elasticidade mínima da demanda necessária para tornar uma elevação unilateral do preço não lucrativa. Nesse cálculo considera-se a margem do preço (a diferença entre o preço e o custo marginal dividido pelo preço). Quanto maior a margem, menor é a elasticidade da demanda necessária para tornar uma elevação unilateral de preço não lucrativa. Neste caso, o valor crítico para a elasticidade da demanda foi superior à elasticidade estimada para o mercado relevante, o que levou os agentes a aceitarem uma cisão de ativos para mitigar os efeitos anticoncorrenciais do ato de concentração.⁴

5. Recentemente, o CADE considerou os resultados de exercícios de simulação na análise do ato de concentração Nestlé/Garoto. O uso de modelos de simulação permitiu reduzir o debate à questão da redução de custos marginais necessária para justificar a compra da Garoto, ou seja, que evitariam aumentos de preços pós-operação. Pareceristas das requerentes e da impugnante Kraft Foods concordaram que o ato de concentração somente poderia ser aprovado pelo CADE na hipótese de existência de sinergias decorrente do ato capazes de reduzir o custo marginal da empresa resultante em 12%. Trata-se de um exemplo em que o uso de modelos tornou mais claro o problema em questão, conforme exposição que se segue.

2.2. Os benefícios proporcionados pelo uso de simulações

O uso de simulações enriquece a análise de defesa da concorrência, proporcionando um arcabouço teórico através do qual os diversos elementos da análise tradicional podem ser integrados, como a definição do mercado relevante, as eficiências obtidas com o ato de concentração e/ou o reposicionamento de produtos. As simulações também proporcionam um arcabouço para analisar aspectos dinâmicos, como mudanças nas estratégias de investimento e no comportamento concorrencial dos agentes do setor, além da possibilidade de novas entrada.

⁴ *United States v. Interstate Bakeries Corp.*, No.95C-4194, 60 Federal Register 40,195.

É possível se identificar vários aspectos pelos quais o uso de simulações contribui para a avaliação dos impactos de operações de fusão e aquisição de empresas:

- Simulações permitem uma quantificação dos efeitos do exercício unilateral do poder de mercado. Com isso, os diversos efeitos (elevações de preços e reduções de custos marginais, por exemplo) podem ser contrapostos e comparados para se obter o efeito *líquido* resultante de um ato de concentração sobre o bem estar social;
- Simulações permitem integrar evidências empíricas quantitativas e qualitativas através das hipóteses adotadas nos modelos estruturais. Mais do que isso, simulações deixam explícitas as hipóteses utilizadas para a obtenção dos resultados. Com isso, a discussão em torno dos efeitos do ato fica mais clara e concreta;
- O arcabouço das simulações permite estudos para averiguar quão sensíveis são os resultados diante de alterações nos parâmetros estimados, além de modificações das hipóteses utilizadas; e
- Finalmente, simulações permitem a estudar os efeitos conseqüentes da implementação de diversas soluções antitruste para a operação estudada. Isto é particularmente importante quando se deseja identificar medidas mitigadoras para evitar os efeitos maléficos de uma fusão.

3. Simulações versus análise estrutural tradicional

As simulações devem ser consideradas complementares à análise tradicional, não substitutas à mesma. A principal vantagem das simulações com relação à análise estrutural é que seus resultados são conseqüência da adoção de hipóteses explícitas. Com isso, o foco da análise passa a ser a validade das hipóteses, o que pode ser feito de forma bastante objetiva.

A principal desvantagem das simulações, com relação à análise estrutural, é que os resultados das simulações dependem das hipóteses realizadas. E modificar as hipóteses não é sempre uma tarefa fácil ou factível.

O que distingue as simulações da análise estrutural é a linguagem utilizada. Simulações utilizam modelos matemáticos. A análise estrutural está baseada na descrição da indústria, que é feita com palavras.

Compreender essa diferença é essencial para compreender as vantagens e desvantagens de cada metodologia. Como é de se esperar, modelos matemáticos são extremamente precisos, tanto em suas hipóteses como em seus resultados. Em contraste, uma descrição da indústria permite uma análise muito mais rica em detalhes, com direito a nuances e sutilezas que simplesmente não podem ser abordadas com a linguagem matemática.

Vale considerar o seguinte exemplo.

A Parábola da Cerejeira

Você está em dúvida entre comprar ou não uma casa. A casa é simplesmente maravilhosa, fica num bairro nobre, e seu preço é US\$ 300 mil. Em dúvida, você busca o parecer de especialistas.

O primeiro especialista recomenda que você compre a casa. Seu argumento é que uma casa grande, num bairro nobre, vale muito. Mas esta tem ainda um diferencial. No quintal há uma cerejeira, que proporciona uma festa para os sentidos na primavera. Sensível por natureza, sua flor perde as pétalas ao mais suave toque. Curiosa, pelos detalhes de sua forma, floresce uma só vez por ano, promovendo um espetáculo de cores.

Em dúvida, você contrata um parecer que faz uso de simulações. Este está baseado na hipótese de que o valor do metro quadrado da casa em questão é igual ao valor do metro quadrado médio das casas no bairro em tela. Como o metro quadrado naquele bairro vale, em média, mil dólares, e a casa tem 200 metros quadrados, o resultado da simulação aponta para um valor de US\$ 200 mil. Como o preço da casa é US\$ 300 mil, superior ao resultado do modelo, o parecerista recomenda que você não compre a casa.

O exemplo exhibe as diferenças nas metodologias. A simulação está baseada numa hipótese explícita, qual seja, a de que o valor do metro quadrado da casa é igual ao valor médio do metro quadrado no bairro. Feita esta hipótese, o parecerista pode operar seu modelo, em duas etapas: (i) calcular o preço médio do metro quadrado no bairro, buscando informações disponíveis de vendas de casas no bairro, e (ii) calcular o valor da casa, multiplicando sua área pelo valor obtido em (i).

A simulação não considera o efeito da cerejeira sobre o preço da casa. A hipótese realizada elimina esse efeito, quando transforma a casa em uma casa média. Para considerar o preço da cerejeira, o parecerista

necessitaria saber qual é o preço médio de uma casa neste bairro dado que essa casa tem uma cerejeira. Talvez essa informação não esteja disponível. Talvez o tempo e os custos necessários para se obter essa informação torne essa hipótese uma alternativa inviável.

É possível, no entanto, verificar a incerteza estatística implícita na hipótese realizada. A informação contida nesse tipo de análise será discutida a seguir. Mas já vale antecipar que a hipótese feita não está correta no senso estrito, sem que isto, no entanto, a torne uma hipótese inválida. Isto é, o valor do metro quadrado da casa em questão só seria igual ao valor do metro quadrado médio do bairro por uma grande coincidência. Pode-se dizer que, com certeza, o valor da casa é diferente do resultado do modelo de simulação. A beleza da hipótese é que esta diferença é *pouco importante*.

O resultado da simulação deve ser usado como uma informação útil para se tomar uma decisão. A decisão final deverá considerar o resultado da simulação como base. A hipótese ideal, que considera a presença da cerejeira, só pode ser incorporada à análise de forma subjetiva. Tomando o resultado da simulação como base, e considerando em que sentido a cerejeira afeta o preço, aumenta-se a probabilidade de que a decisão correta seja tomada. No exemplo acima, a simulação permite reduzir o problema à seguinte questão: uma cerejeira maravilhosa vale R\$ 100 mil?. Se a resposta for afirmativa, deve-se comprar a casa; caso contrário, conclui-se que a casa é cara.

4. Produto final

Matemática é a linguagem utilizada para realizar simulações. Dessa forma, nada mais natural que o produto final de uma simulação é um teorema. Assim como um teorema, uma simulação transforma um conjunto de hipóteses em um resultado. Segue um exemplo:

Se:

- A demanda pelos produtos tem forma funcional Logit, e foi estimada com dados bimestrais de preços e quantidades a partir de janeiro de 1994, utilizando-se a técnica de painéis dinâmicos...; e
- As firmas escolhem preços de forma a maximizar seus lucros em cada período, levando em conta as reações estratégica das demais firmas, sem realizar conluio tácito (Equilíbrio “One Shot Nash”, ou “efeitos unilaterais”); e

- A fusão *não* implica reduções de custo marginal superiores a X%, não havendo possibilidade de entrada de novas firmas no mercado,

Então:

- A fusão implicará em aumentos de preços de Y% (e, portanto, não deve ser aprovada ou aprovada com restrições que eliminem a possibilidade de aumento de preços)

O importante a ser notado no exemplo é que as hipóteses podem ser modificadas e, em razão disso, a conclusão pode ser outra. Se a demanda for estimada com uma série de dados mais completa, talvez os resultados mudem. Se o conceito de equilíbrio for alterado, a fusão implicar em maiores reduções de custos, ou implicar na entrada de novos concorrentes, e a conclusão também pode ser outra. Se a demanda puder ser descrita melhor por uma alternativa à especificação Logit, a conclusão poderá ser também distinta.

De certa forma, a conclusão é menos importante do que as hipóteses feitas para se chegar à conclusão. É comum, nos EUA, casos em que economistas contratados pelas requerentes fazem simulações em que não há aumentos de preços expressivos, e sugerem aprovar a fusão. Ao mesmo tempo, economistas contratados por uma empresa competidora fazem simulações cujo resultado é um aumento expressivo de preços, sugerindo não aprovar a fusão. O leitor não deve interpretar isto como um sinal de que é possível “provar” qualquer coisa com simulações. Ao contrário, o leitor deverá observar *as hipóteses que levaram aos dois resultados distintos*. O conjunto de hipóteses que puder ser considerado menos restritivo deve ser considerado mais adequado.

Em 1997, Jonathan Baker, então diretor do Bureau de Economia do FTC, explicava: “...análise empírica de fusões mistura estimações e simulações, e ambas tarefas são conduzidas com hipóteses simplificadoras. Diferenças nessas hipóteses podem levar a divergências nas inferências sobre os incentivos de elevar preços após a fusão... Em uma transação recentemente considerada pelo FTC, um economista concluiu que o aumento de preços de uma marca líder após a fusão seria de somente 2%. Outro economista, trabalhando para outra parte, concluiu que o aumento seria de 14%...Esta história não deve ser tomada como uma sugestão que estimacões de demanda e ferramentas de simulação de fusão não são úteis em análise de fusões. A revisão desses estudos nos permitiu identificar as hipóteses cruciais, que implicaram nos diversos resultados...”

5. Algoritmo: Visão geral

Para obter uma idéia mais precisa do processo envolvido no uso de simulações, apresentamos os passos envolvidos na análise de um ato de concentração envolvendo um mercado de produtos diferenciados.

A simulação propriamente dita 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.

O primeiro passo da análise prévia (*front end*) é a definição da forma funcional para a demanda. Quatro formas funcionais de demanda são geralmente consideradas: (i) demanda linear, (ii) demanda de elasticidade constante (log-linear), (iii) logit, (iv) AIDS ou sistema de demanda quase ideal (Almost Ideal Demand System). O segundo passo é a estimação dos parâmetros para a forma funcional escolhida, através de técnicas econométricas.

A análise posterior (*back-end*), que é a simulação propriamente dita, é composta das seguintes etapas:

a. Escolha do modelo. Tipicamente se adotam 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. Esse modelo consiste numa concorrência de preços (os agentes definem os preços de seus produtos e os consumidores definem a quantidade que demandam de cada produto). No caso de produtos homogêneos, o modelo Cournot-Nash é mais adequado.

b. Calibração do modelo. O modelo de demanda é calibrado para refletir as condições de equilíbrio prevalentes antes do ato de concentração. Tipicamente, essa calibragem é feita através do ajuste do 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.

c. Previsão dos efeitos da fusão. Supondo-se que os custos marginais são constantes, os efeitos da fusão sobre os preços são obtidos facilmente

considerando a expressão que relaciona a margem das firmas à elasticidade-preço da demanda. Alternativamente, é possível computar a redução de custos necessária para evitar a elevação de preços. Em ambos os casos, se supõe que o objetivo das firmas é a maximização de lucros.

6. *Front end*: A estimação econométrica da demanda

Idealmente, as elasticidades de demanda que alimentam os modelos de simulação devem ser estimadas a partir de um rico banco de dados, capaz de produzir estimativas confiáveis de todas as elasticidades relevantes-(próprias e cruzadas). Demandas estimadas com bastante precisão aumentam a qualidade do ajuste entre o modelo e os fatos, e assim também aumentam a acurácia da previsão. Contudo, os dados disponíveis no mundo real nunca são ideais, tanto no Brasil como nos outros países. Surge, portanto, um dilema entre incerteza e viés estatístico.

O número de elasticidades que deve ser estimado aumenta com o quadrado do número de produtos incluídos na simulação. A menos que alguma estrutura seja imposta nos padrões de substituição entre os bens (hipóteses sobre o padrão de escolha dos consumidores, por exemplo), este número fica suficientemente grande para que os bancos de dados usuais sejam inadequados para a tarefa. No jargão dos econométricos, diz-se que as estimações têm uma incerteza (variância) elevada. Esta incerteza pode ser reduzida na medida em que se exige menos dos dados. Exigir menos dos dados é o mesmo que impor uma estrutura nos padrões de substituição. Mas isto implica em impor padrões de substituição que não são realistas, o que torna as estimações viesadas.

Por exemplo, a suposição de que o consumidor escolhe primeiro entre tabletes de chocolate e bombons e, feita esta escolha, decide a marca de chocolate é uma suposição feita para “ajudar” os dados a revelar as preferências dos consumidores. Trata-se, naturalmente, de uma hipótese restritiva. Porém, ninguém discute em termos *a priori* que tal hipótese se constitui uma boa aproximação. Com efeito, o consumidor deve saber antes de entrar no supermercado o tipo de chocolate que quer comprar.

O modelo Logit, citando outro exemplo, está em um dos extremos da escolha entre viés e incerteza. No modelo Logit, somente dois parâmetros determinam todas as elasticidades próprias e cruzadas. Um desses parâmetros é a elasticidade agregada da indústria. O outro mede o grau de substituição entre os produtos da indústria. Evidentemente, como só dois parâmetros são estimados com os dados, o grau de precisão é melhor, reduzindo-se a incerteza estatística.

Esse ganho de precisão, como era de se esperar, não vem sem custos. O modelo Logit faz com que o padrão de substituição entre os produtos exiba o que é chamado de propriedade de Independência das Alternativas Irrelevantes (IAI) – uma propriedade axiomática desejável em termos de escolha. Na prática, isto significa que a substituição entre diferentes produtos é proporcional aos seus *market shares* relativos.

Os economistas já concluíram há muito tempo que a propriedade IAI não é em geral compatível com as demandas observadas no mundo real. Em outras palavras, é sempre verdade que um modelo que impõe esta hipótese se ajusta melhor aos dados da indústria do que um modelo Logit. Mas isso não é relevante!

Conforme discutido, deve-se sempre lembrar que o objetivo de uma análise de simulação não é tentar rejeitar as hipóteses do modelo. Já sabemos, de antemão, que o modelo é uma simplificação da realidade, e por isso não é verdadeiro. Assim, a opção pelo modelo Logit é muitas vezes feita mesmo sabendo-se de que a propriedade IAI não é obedecida. Apesar dessa desvantagem, o modelo Logit permite uma redução da incerteza estatística importante para muitas séries de dados.

Além do modelo Logit, é comum utilizar-se as formas de demanda Log-Linear, Linear e AIDS. Cada uma delas tem suas vantagens e desvantagens relativas. A forma de demanda AIDS, por exemplo, tem o apelo de satisfazer as propriedades da teoria do consumidor, tais como homogeneidade de grau zero (vide Deaton e Muelbauer (1992))⁵, mas necessita de uma grande quantidade de dados. As formas Linear e Log-Linear podem ser estimadas sem dados de *market-share*, mas não satisfazem as referidas propriedades. A forma Linear tem a vantagem de gerar modelos de simulação fáceis de serem computados, mas não costuma ter um bom ajuste aos dados.

Mais recentemente, o *Department of Justice* dos Estados Unidos tem utilizado demandas com formato BLP (Barry, Levinsohn e Pakes (1995)). Estas demandas são uma generalização da forma Logit, sem o problema da hipótese IAI, que permitem análises que levam em consideração a heterogeneidade dos consumidores. A desvantagem da demanda BLP é necessitar de muitos dados. Por esta razão, alguns pesquisadores vêm desenvolvendo versões mais parcimoniosas dessa formulação.

⁵ O modelo Logit também satisfaz várias destas propriedades.

7. *Back end*: A simulação propriamente dita

Novamente, repartimos a etapa “*back end*” em três partes, discutidas a seguir.

a) Escolha do Modelo

A Teoria Econômica oferece um grande número de modelos que podem ser utilizados em uma variedade de maneiras. Modelos de oligopólios podem ser utilizados para estudar o comportamento de um monopolista hipotético e também para estudar os efeitos de uma fusão sobre os preços e quantidades praticados pela firma resultante e por seus rivais.

Nenhum modelo de oligopólio que captura todas as complexidades do mundo real é simples o suficiente para ser calibrado utilizando-se os dados disponíveis, ou numericamente resolvido de forma a gerar previsões úteis. A arte de modelar é a de simplificar a realidade de maneira a capturar o que é importante para os propósitos da análise em questão.

Modelos de oligopólio são modelos de “equilíbrio”, isto é, eles determinam um conjunto de estratégias competitivas (usualmente preços ou quantidades) tais que nenhum competidor tenha incentivos de alterar sua estratégia, dadas as estratégias dos oponentes. O leitor deve lembrar que este é o conceito de Equilíbrio Não-Cooperativo de Nash, formalizado pelo matemático John F. Nash, que recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1994.

O modelo típico de bens diferenciados é o modelo de Bertrand, em que se assume que o preço é a variável estratégica de curto prazo. Um equilíbrio de Bertrand é um conjunto de preços tal que cada competidor está satisfeito com o seu preço dado o preço de seus rivais (equilíbrio de “Nash em preços”).

Uma razão para acreditarmos que o modelo de Bertrand é adequado para prever os efeitos de uma fusão é que ele reflete com acurácia o comportamento da empresa resultante e dos outros competidores. Uma fusão internaliza a competição entre marcas que eram anteriormente separadas, e é exatamente isso o que ocorre no modelo. A empresa resultante pratica novos preços levando em conta essa alteração na estrutura competitiva. Ou seja, a firma resultante tem maior poder de mercado porque, ao elevar os preços de seus produtos, perde demanda para uma rival que, após a fusão, faz parte do mesmo grupo.

Outra razão que sugere que o Modelo de Bertrand é adequado está relacionada à compatibilidade de seus resultados com os dados reais, em uma situação pré-fusão. Isto é, a calibração do modelo, descrita a seguir, resulta em valores de custos marginais similares aos estimados diretamente. Isto é verdade em vários casos de fusões nos EUA, e até no Brasil.

No caso de bens homogêneos, o modelo tradicional é o de Cournot. Sua aplicação a fusões foi feita, por exemplo, por Farrell e Shapiro (1990). Neste modelo, as empresas têm quantidades, ao invés de preços, como sua variável de escolha. Isto é, as empresas escolhem as quantidades produzidas de forma a maximizar seus lucros, tomando a estratégia das outras empresas como dadas (equilíbrio de Nash em quantidades). Kreps e Sheinkman (1980) mostraram que o equilíbrio de um modelo de Cournot é igual ao de um modelo em que as empresas escolhem preços (em vez de quantidades), mas têm restrições na capacidade de produção. Desta forma, um analista pode utilizar um modelo de Cournot para obter as soluções sem se preocupar com o fato de que, na realidade, a variável operacional é normalmente o preço e não a quantidade.

Recentemente, há também o surgimento de modelos que permitem o estudo de fusões verticais. Neste tipo de caso, destacam-se os efeitos resultantes de estratégias de “Fechamento de Mercado” (*Market Foreclosure*) e de “Elevação dos Custos dos Rivais” (*Raising Rivals Costs*), descritos, por exemplo, por Krattenmaker e Salop (1986) e Ordoover, Saloner e Salop (1990). O modelo de Hendrick e McAffe (2000) é uma importante contribuição no sentido de capturar essas estratégias dentro de uma modelagem rigorosa e fácil de ser calibrada, de forma a calcular previsões de efeitos de uma fusão vertical⁶.

b) Calibração

Calibrar um modelo envolve escolher seus parâmetros de tal forma que ele possa “prever” (reproduzir) os preços antes da fusão. Por exemplo, dados os preços antes da fusão, o modelo deve ser capaz de reproduzir os *market shares* dos produtos, também antes da fusão.

Se o sistema de demanda não é capaz de reproduzir a situação pré-fusão, não há nenhuma forma sensata de comparar a previsão dos preços

⁶ Este modelo foi recentemente por nós utilizado num parecer relativo a impugnação do ato de concentração Braskem, ainda não julgado pelo CADE.

pós-fusão com aqueles observados na situação pré-fusão. Essencialmente, o que está envolvido neste processo é o cálculo de parâmetros (por exemplo, os interceptos das curvas de demanda) de tal sorte que sua previsão seja exatamente aquela dos preços pré-fusão, dadas as elasticidades estimadas.

No caso de um modelo Bertrand, a calibração envolve escolher um conjunto de *market shares* e preços que representem a situação pré-fusão. Na maioria dos casos, a escolha deste conjunto de parâmetros está baseada em um período recente, longo o suficiente para evitar problemas de sazonalidade.

Como etapa final da calibração, recuperam-se os custos marginais pré-fusão. Isto é, obtêm-se os custos marginais de forma a que os preços e quantidades do equilíbrio de Bertrand sejam consistentes com os dados observados. Estes custos marginais são posteriormente utilizados para a previsão dos efeitos da fusão.

Implícita nesta última etapa há uma hipótese sobre a forma funcional dos custos de produção. Tipicamente, assume-se que os custos marginais são constantes na região relevante de produção, em linha com as evidências encontradas nos Estados Unidos.

c) Previsão dos efeitos da fusão

Uma vez calibrado o modelo, cálculos numéricos são novamente utilizados para a previsão dos preços e quantidades pós-fusão⁷. Conforme já mencionado, como a estrutura competitiva da indústria é alterada com a fusão, haverá um novo conjunto de preços de modo que as empresas maximizem seus lucros.

O cálculo de um novo equilíbrio de Nash, após as alterações devido a fusão, resulta em um novo conjunto de preços, quantidades e *market shares*. A decisão de aprovar ou não a fusão é normalmente baseada no impacto da fusão sobre o excedente do consumidor, que tipicamente está refletido em variações de preço⁸.

⁷ O apêndice no final mostra precisamente como as simulações são feitas.

⁸ Se houver diferentes qualidades de produtos, ou entradas de novos produtos, por exemplo, os preços deixam de ser uma estatística suficiente para a determinação do excedente do consumidor.

Um importante resultado de modelos de simulação é que alguns de seus resultados dependem da forma de demanda utilizada. Em particular, as formas funcionais convencionais impõem a taxa com que as demandas se tornam mais elásticas conforme o preço se eleva. Uma consequência disto é que a hipótese sobre a forma funcional tem influência sobre a magnitude da elevação de preços devido à fusão (vide Crooke et al (1999)). Das formas usualmente utilizadas, a forma Linear é a que gera os menores aumentos de preços, e a forma Log-linear é a que implica as maiores elevações de preços. As formas Logit e AIDS são intermediárias entre as duas anteriores. Tipicamente, a forma Logit implica em menores elevações que a AIDS.

Dada a dificuldade relacionada à escolha da forma de demanda, deve-se, na medida do possível, utilizar os modelos de simulação de forma a gerar resultados robustos a qualquer escolha. Uma forma de obter essa robustez é computar as reduções compensatórias de custos, isto é, as reduções de custos que exatamente cancelam as elevações de preços devido à fusão. As reduções compensatórias de custos não dependem da forma funcional escolhida, simplesmente porque os preços de equilíbrio após a fusão são os mesmos preços antes da fusão (no experimento).

A decisão de aprovar ou não a fusão pode ser tomada, assim, em função das reduções de custos compensatórios obtidas, e sua comparação com as reduções de custos marginais devido a eventuais ganhos de eficiência. Se as sinergias conseqüentes da fusão implicam reduções de custos marginais iguais ou maiores que as reduções compensatórias de custos, a fusão provavelmente não causará danos ao consumidor. Caso contrário, se as sinergias devido à fusão estão bem abaixo das reduções compensatórias de custos, então a fusão provavelmente implicará aumentos significativos de preços.

8. Uma nota metodológica

No Brasil, uma crítica comum ao uso de simulações é que o mundo real é bem mais complexo do que os modelos utilizados nas simulações⁹. A origem desta crítica reside em uma confusão, às vezes por parte de excelentes pesquisadores, sobre a metodologia que se está seguindo.

⁹ Diga-se de passagem, no Brasil essa também é uma crítica à Teoria Econômica, quando se faz qualquer uso de modelos matemáticos.

Basquete e futebol são esportes diferentes, mas seu objetivo é o mesmo: o de colocar a bola na rede. Em ambos os esportes uma bola é driblada e passada, mas o modo de fazê-lo é bem diferente. Segurar a bola com a mão não é uma boa prática no futebol.

Em inferência científica, há dois jogos complementares e fundamentalmente diferentes. O objetivo nos dois é o mesmo: o de fazer inferência científica. Um dos jogos é a inferência dedutiva. O outro jogo é a inferência indutiva. Em ambos os jogos se faz uma seleção de modelo. Contudo, as regras para selecionar o modelo são fundamentalmente diferentes nos dois jogos.

Essa diferença entre inferência científica indutiva e dedutiva é bastante importante quando se faz ou se critica uma simulação de fusão. Simulações estão baseadas em inferência dedutiva, ou inferência teórica quantitativa. Frequentemente, economistas cometem erros na realização ou crítica de uma simulação porque eles utilizam práticas que são boas para inferência indutiva, mas ruins para inferência dedutiva. O comportamento é análogo de um jogador de futebol que pega a bola com a mão e a arremessa em direção ao gol.

A diferença fundamental entre as duas práticas reside na forma em que se deve selecionar o modelo, já que o modelo tem papéis distintos. Quando se faz inferência indutiva, *o modelo é o produto ou resultado*. Por exemplo, o modelo pode ser uma lei física tal como “os planetas seguem uma órbita elíptica em torno do sol”, um resultado obtido através de observação e testes empíricos.

Em inferência dedutiva, *o modelo é uma ferramenta ou um instrumento de medição*, o qual é utilizado para se deduzir uma implicação da teoria. Um exemplo desse tipo de prática é a Lei da Gravitação de Newton: “a força gravitacional que opera entre dois corpos é proporcional ao produto de suas massas e inversamente proporcional ao quadrado de sua distância”. Esse modelo é um instrumento de medida que permite uma formalização das leis de Kepler sobre o movimento planetário. Ele é uma representação muito simplificada do que ocorre no mundo real. Ele não considera, por exemplo, nuances da Teoria de Relatividade, como a curvatura do espaço. Mas utilizado corretamente, com as metodologias apropriadas para medir massa e distância, esse modelo é útil para diferentes propósitos em engenharia, por exemplo, para prever e controlar a trajetória de foguetes ou para desenhar máquinas.

Em Economia, a Teoria de Equilíbrio Geral e a Teoria dos Jogos são as únicas ferramentas que têm alguma chance de comparação com os modelos da Física Teórica. Modelos de simulação de fusão são exemplos do

uso dessas ferramentas. Eles formalizam observações e idéias de forma a obter uma simplificação útil da realidade. Usados corretamente, eles funcionam como instrumentos de medição, ou “termômetros de preço”. Eles capturam os efeitos mais importantes, de forma a prever o que ocorrerá com o preço dos produtos após uma fusão.

O exemplo mais representativo de prática incorreta quando se critica um modelo de fusão é questionar seu teor purista, ou reclamar que ele não captura algumas nuances da realidade. O objetivo do modelo é capturar os efeitos *primordiais*. Ele deixará de cumprir sua função somente no caso em que não conseguir capturar tais efeitos.

Mas outras práticas incorretas também estão presentes em estimações econométricas de demanda e na calibração do modelo. Em particular, é comum a realização de testes de hipótese estatísticos de um modelo para apontar que os dados são ruins, e não refletem a realidade. Mas, novamente, um modelo é uma simplificação da realidade, e não a realidade de fato. Exatamente por isso, *caso haja dados suficientes, qualquer modelo pode ser estatisticamente rejeitado, a qualquer nível de significância*. Por exemplo, se for possível computar a altura média de todas as pessoas do planeta e concluir que o número é 1,70 metros, podemos rejeitar a hipótese de que a altura média das pessoas é igual a 1,699999. Na prática, tal rejeição não faz qualquer sentido. Estatisticamente, no entanto, ela é possível porque a amostra é igual à população neste exemplo.

Em simulações de fusões, o papel do economista não é utilizar os dados para testar uma hipótese (o que seria uma prática correta em inferência indutiva), mas sim o de calibrar alguns parâmetros fundamentais para o modelo. É neste sentido que se utilizam hipóteses propositalmente “irrealistas”, tal como a da Independência de Alternativas Irrelevantes (modelo Logit). Por outro lado, um modelo que se ajusta bem aos dados provavelmente implicará resultados mais precisos. Neste sentido, para auxiliar a interpretação e uso dos resultados, ou para a própria tomada de decisão, a análise de incerteza estatística é uma ferramenta útil.

Por sinal, a opção pela inferência dedutiva também é importante na hora de interpretar os resultados obtidos. Uma vez mais, o modelo tem o papel de instrumento de medição e é uma simplificação da realidade. Sendo assim, seus resultados devem ser vistos como uma aproximação, sujeito a imprecisões. Na hora de tomar uma decisão, a autoridade de defesa da concorrência deve considerar os resultados da simulação juntamente com

suas opções sobre o tipo de erro que julgar mais importante não cometer (“prender um inocente ou soltar um assassino?”). Um resultado de simulação nunca deve ser considerado uma verdade absoluta, mas uma previsão aproximada, conseqüente de um conjunto de hipóteses e do uso de um medidor que captura alguns aspectos importantes da realidade.

9. Conclusão

Os resultados de análises baseadas em métodos de simulação têm ganhado *status* cada vez mais importante no balizamento de decisões a respeito dos impactos econômicos de fusões e aquisições de empresas. Esse caráter advém, de um lado, do desenvolvimento de técnicas novas, passíveis de serem aplicadas graças ao desenvolvimento de computadores mais eficientes e, de outro, da crescente percepção dos tribunais e agências reguladoras de que, além das análises qualitativas, de natureza genérica, é necessário ter também uma avaliação quantitativa dos impactos econômicos de uma fusão ou aquisição.

Alguns economistas e advogados, especialmente no Brasil, tendem a ser relutantes com relação ao uso de simulações. Em nossa opinião, a fundamental diferença entre as simulações e a análise estrutural tradicional é uma diferença de linguagem. Conforme as nuances da linguagem passem a ser compreendidas, eventuais reações negativas ao uso de simulações tendem a diminuir, de forma que caminhemos, no Brasil, para o emprego corrente deste instrumento em análises antitruste.

Referências bibliográficas

BALTAGI, B. H. (2003) *Econometric Analysis of Panel Data*. Segunda Edição. John Wiley and Sons, New York.

BAKER, J. B. (1997) “Contemporary Empirical Merger Analysis” *George Mason University Law Review* 5: 347-61

DEATON, A. e MUELLBAUER, J. (1980) “An almost Ideal Demand System” *American Economic Review* 70-3, 312-26.

CROOKE, P., FROEB, L. M., TSCHANTZ, S. E WERDEN, G. J. (1999) “Effects of Assumed Demand Form on Simulated Post-Merger Equilibria”, *Review of Industrial Organization* 15, 205-17.

FARREL, J. E SHAPIRO, C. (1990) “Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis” *American Economic Review* 80(1): 107-126.

HENDRICKS, K. AND MCAFEE, R. P. (2000) “A Theory of Bilateral Oligopoly, with Applications to Vertical Mergers” manuscrito, disponível em www.antitrust.org

KRATTENMAKER, T. G. E SALOP, S. (1986) “Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Goods” *American Economic Review* 76(2): 109-113

KREPS, D. M. E SCHEINKMAN, J. A. (1983) “Quantity Precommitment and Bertrand Competition Yield Cournot Outcomes” *The Bell Journal of Economics* 14 (2): 326-37.

NICKELL, S. (1981) “Biases in Dynamic Model with Fixed Effects” *Econometrica* 49, 1417-26.

ORDOVER, J. A., SALONER, G. E SALOP, S. C. (1990) “Equilibrium Vertical Foreclosure” *American Economic Review* 80(1): 127-142.

WERDEN, G. J. E FROEB, L. M. (2002) “Calibrated Economic Models Add Focus, Accuracy, and Persuasiveness to Merger Analysis”, mimeo disponível em www.antitrust.org.

Apêndice técnico

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:

$$\pi_i = \sum_{j, F(j)=i} (p_j - c_j)q_j \quad (1)$$

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:

$$0 = \frac{\partial \pi_i}{\partial p_k} = q_k + \sum_{j, F(j)=i} (p_j - c_j) \frac{\partial q_j}{\partial p_k} \quad (2)$$

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 utilizado em duas etapas:

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

NINETEEN PROPOSALS TO CURB ABUSE IN ANTIDUMPING AND COUNTERVAILING DUTY PROCEEDINGS *

*Aluisio de Lima Campos ***

Introduction

This is the third article of a series designed to show the serious problems related to antidumping (AD) and anti-subsidy (AS) (also known as countervailing duty – CVD) procedures and propose solutions. In the first article,¹ published in 1995, I analyzed the changes introduced by the Uruguay Round Agreements Act (URAA), the U.S. law that implemented the agreements reached in the Uruguay Round of multilateral trade negotiations, and pointed out where the inconsistencies of the law were in a comparison with the then new World Trade Organization (WTO) instruments for AD and AS procedures.

It should be noted that most of the predictions in that text have come to pass. Among those, AD has become the procedure of choice against Brazilian products, safeguards have been rarely used and some significant inconsistencies of the U.S. law with the multilateral trade agreements, as discussed in that paper, have been successfully challenged in the Dispute Settlement Body (DSB) since then.²

In the second article, “Abuse and Discretion: The Impact of Antidumping and Countervailing Duty Proceedings on Brazilian Exports to

* I owe a special thanks to Maria Isabel Dungas, a Brazilian lawyer who worked with me from the first draft, for her dedication and thorough research of U.S. courts and WTO-related rulings. The responsibility for the contents, of course, is all mine.

** Economic Advisor, Brazilian Embassy in Washington (acampos@brasilemb.org)

¹ Aluisio G. de Lima-Campos, *Dumping e Subsídios: Impacto para o Brasil da Nova Legislação dos Estados Unidos*, RBCE No. 44, FUNCEX jul/set 1995, RJ, Brasil, pp. 17-31.

² Among the issues raised on the earlier article that were, as predicted, subject to dispute in the WTO are: captive production; dumping margins; sunset reviews; cumulative imports; sales below cost; *de minimis*; margins for non-investigated enterprises; voluntary responses and definition of subsidies.

the United States”³, published in February 2004, the applicable economic theories were reviewed in order to explain the impacts of 31 trade cases on imports. The behavior of imports affected by these investigations and reviews were examined, and the cases’ effects on trade discussed and quantified.

The findings demonstrated the powerful inhibiting effects of these investigations on imports and the enormous potential that these investigations have to nullify market access conditions negotiated under bilateral, regional or multilateral trade agreements, once trade increases. This is why it is critical that the necessary changes be done now, before those agreements are signed. Afterwards it will be too late and exporters will certainly regret not having insisted with their government negotiators to push for reform of the Agreement on Interpretation of Article VI of the General Agreement of Tariffs and Trade 1994 (AD Agreement) and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement).

Among other negative repercussions, it showed that AD and AS procedures affect trade negatively, in a significant way, even when imports are cleared of dumping or subsidy. When imports are judged dumped or subsidized, the effects are shown to be obviously worse, but more so than one could imagine, because once duties are imposed they tend to perpetuate themselves and ultimately drive imports out of the protected market.

Despite their significant trade-distorting effects, I do not advocate abolition of AD and AS trade defenses. On the contrary, I believe that competition still needs to be protected against truly unfair trade advantages. Especially so when tariff barriers are drastically reduced and ultimately disappear under free trade agreements. Thus, the present article focuses on proposals for resolving the problems identified in the first and second articles of this series, through reform of the AD and SCM Agreements.

As indicated in the previous articles, the evil is in the discretion left in the multilateral trade agreements for the investigating authorities, which has been the main source of abuses. Thus, the focus of the present work is to attack that “source of all problems” by advancing proposals designed to reduce discretion to a minimum in the most frequently abused provisions of the pertinent multilateral agreements.

³ Aluisio Lima-Campos and Adriana Vito, Abuse and Discretion: The Impact of Antidumping and Countervailing Duty Proceedings on Brazilian Exports to the United States, *Journal of World Trade* 38 (1), pp. 37-68 (2004).

Nineteen practices that either have been or can be most damaging to Brazilian exporters have been identified. This is a small number when compared with the over 170 compiled by the WTO's Negotiating Group on Rules (NGR)⁴ in August 2003. But, based on a 20-year history of cases brought in the United States against imports from Brazil, these nineteen practices are the ones in which changes would make the greatest difference.

It should be noted that this is a discussion about what needs to be or not to be changed in order to bring meaningful results in the way Brazilian exports are investigated in major markets. Negotiating strategy, including designation or ranking of priorities, as well as aspects of bargaining trade-offs, are not addressed in this paper and left entirely to negotiators to decide, in accordance with their respective needs and objectives. The text, however, indicates, to a certain extent, changes that this author considers relatively more important. In case only a few changes are feasible during negotiations, a short-list is provided in my concluding remarks.

The text is divided in two parts, i.e., this short introduction and the discussion of nineteen proposals for reform of the AD and SCM Agreements. Each proposal is contained in an independent module, which includes (i) discussion of U.S. law as amended by the URAAA; (ii) evaluation of the potential or actual impact of these changes on Brazilian exporters; (iii) examination of these changes in light of their compatibility with WTO provisions and legal opinions⁵; (iv) consideration of pertinent proposals which were either published by academia or submitted to the WTO's NGR; and (v) concluding remarks and recommendations.

The analysis of U.S. trade law provisions in each proposal module has the purpose of better informing the reader on the circumstances surrounding each issue and what sort of concerns lead to the stated conclusions and proposals. This is also related to the author's main assumption which is:

⁴ Negotiating Group on Rules (NGR): This group was established in the Doha Ministerial Declaration and has the purpose of identifying trade distorting practices for future discussion. The countries are allowed to present reports to the group suggesting changes or presenting their opinions regarding the Agreements.

⁵ Except for the practices discussed in items A, H, N, O, S and T, the URAA background analysis comes from an earlier work by the author published in Portuguese only, which examined the potential impact of the AD and AS legislation contained in the *Uruguay Round Agreements Act* on Brazilian exporters and the compatibility of those provisions with the multilateral AD and SCM Agreements. See Lima-Campos, *supra* note 1.

if the following proposals are designed to benefit Brazilian exports to the United States, they will more than likely benefit Brazilian exports elsewhere.

A. Set a higher standard for initiating investigations

Given the tremendous impact of AD and AS investigations on imports of Brazilian products into the United States, as shown in the author's Abuse and Discretion article, and its negative effects even if exporters are cleared of charges and AD and AS duties are not imposed, the screening of petitions is arguably the most important problem to be solved. This is where the whole process and, thus, all the problems under discussion here originate. Not surprisingly, this is also where the degree of discretion allowed by the WTO's AD and SCM Agreements⁶ is the highest and its resulting consequences to exporters the worst.

Section 732 of the Tariff Act establishes that the administering authority shall determine, using "necessary elements", whether or not to initiate an investigation based on available information. Although the investigating authorities must believe that the "necessary elements" for the imposition of duties exist, they themselves are the ones defining what that means under their own regulations. Investigators still have significant discretionary power in determining whether or not the investigation shall be initiated.

Besides the necessary identification and basic data (company names, addresses, domestic production and costs, import data), the requirements to file a petition are generally lax. Here are some examples. Petitioners need to represent only 25% of domestic production to bring a petition. If petitioners are unable to obtain sales or cost information on the imported product, they may use their own production costs in the United States, "adjusted to reflect production costs in the country of production of the subject merchandise."⁷

Article 5 of the AD Agreement establishes the standard for initiation of an investigation. The Article details a set of conditions that should be met before an investigation authority decides to initiate an investigation, but many

⁶ Formally known respectively as the *Agreement on Interpretation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* and the *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*.

⁷ 19 CFR § 351.202.

of these conditions are of a subjective nature, leaving the final decision in the hands of the investigating authorities.

Conclusions by WTO Panels on the matter have been mixed. In the dispute between Brazil and Argentina regarding poultry, in April 2003,⁸ the Panel upheld the Brazilian argument that Argentina initiated an investigation without having sufficient evidence of dumping. The Panel held that Argentina violated Article 5.3 of the AD Agreement when Argentina determined that it had sufficient evidence of dumping to initiate an investigation, “because its determination of dumping was based on an adjustment to normal value for which it did not have adequate evidence”.

However, in the recent Lumber Dumping case⁹, Canada claimed that the U.S. Department of Commerce (DOC) did not have enough evidence to initiate the investigation according to Article 5.2 of the AD Agreement. The Panel disagreed with Canada’s argument holding in favor of the U.S., but in its reasoning, the Panel stated that the AD Agreement lacks a clear definition for what should be considered “enough evidence” to start an investigation. The Panel based its decision on previous Panels findings.

This dispute illustrates that the evidentiary standards set out in the Agreement are unclear and that the Agreement does not provide adequate guidance to the process. I believe that it is necessary to create mandatory factors that must be considered before an investigating authority decides to initiate the investigation process. The central idea being to minimize discretion, more so in this embryonic procedural stage.

Many proposals before the WTO’s NGR have suggested improvements in the guidelines for initiating investigations.¹⁰ These proposals also agree that many of the terms present in the Agreement regarding the requirements for

⁸ WTO Panel Report: Argentina- Definitive anti-dumping duties on poultry from Brazil, WT/DS241/R (April 22 2003) available at www.wto.org.

⁹ WTO Panel Report: United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber From Canada, WT/DS264/R (April 13, 2003), available at www.wto.org. [hereinafter Dumping Lumber Case].

¹⁰ Compilation of Issues and Proposals Identified by Participants in the Negotiating Group Rules, TN/RL/W/143, page 25 (August 22, 2003). Available at www.wto.org. Last year, the NGR created a compiled document with all suggestions that were recently brought before them by country members [hereinafter NGR Compiled Issues].

initiation need further interpretation and improvements, leading to a more “meaningful examination of the basis for beginning an investigation.”¹¹

Initiation is such an important decision for both petitioners and respondents, including federal governments when parties to the procedure, that it deserves full consideration by all directly concerned in an AD or AS case. A pre-initiation procedure in which exporters would have an opportunity to contest petitioners’ allegations would give credibility to the process by testing the substance of the petition and discouraging the actions of “process-filers”.¹²

I recommend that such an opportunity be part of a more comprehensive procedure for screening petitions. It could be named “pre-initiation” and it should be activated when requested by respondents upon notification by investigating authorities. Rules defining the process should address notification to parties, time limits and at least one adversarial type of hearing, among other issues. The whole pre-initiation process should not take more than 60 days to conclude.

By the same reasons that a pre-initiation procedure is necessary, exporting countries affected by initiation should be able to challenge a pre-initiation decision at the WTO. Thus, the AD and SCM Agreements should allow for Fast Track initiation panels that would decide if the initiation was proper or not. While the panel deliberates and until its decision is affirmative, the challenged investigation must not proceed. If this panel’s decision is negative, the investigation, if initiated, must be revoked.¹³

In addition to the pre-initiation procedure and possibility for recourse of such decisions at the WTO, I recommend that the following ideas be incorporated in a more comprehensive set of minimum requirements for petitions:

¹¹ *Id.* Some of the countries that brought suggestions regarding initiation of investigations were Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, Japan, Korea, Norway; Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, Matsu, Singapore, Switzerland and Thailand.

¹² Those who file petitions mainly for the restricting effects of the investigation itself as opposed to the results of the procedure. See Lima-Campos and Vito, *supra* note 3, at 40.

¹³ The EU favors this approach and argues that the interruption of the investigation while the panel deliberates will accelerate the swift review and conclusion of the matter within a limited period of time. See NGR, Negotiations on anti-dumping and subsidies - Reflection Paper of the European Communities on a swift control mechanism for initiations, TN/RL/W/67(March 2003) available at www.wto.org.

1. Raise the standing threshold for petitions. No investigation should be initiated when domestic producers supporting the petition account for less than 50% of the total domestic production. A minority representation should not be allowed to bring cases in the name of an industry.
2. Increase the amount of evidence that petitioners must bring to the investigating authorities. The use of domestic costs “adjusted” for the exporter’s market should be limited to very specific circumstances.
3. Forbid the initiation of an investigation on products from a country if within the 2 years preceding the request, there has been a negative determination with regard to these same products and origin, unless petitioners demonstrate, in a pre-initiation phase, that (i) imports are being priced significantly lower than prices reported in the previous investigation, and (ii) there is no reasonable explanation for this difference in prices. The proposed two-year period would allow for collection of suitable import data, free of AD or AS duties, in line with the data period used by the U.S. International Trade Commission (ITC) in injury investigations. At the same time, this would discourage frivolous actions by process-filers.

B. Increase the number of voluntary responses allowed

Changes introduced by Section 231 of the URAA¹⁴ obliges the DOC to consider information submitted voluntarily by companies that produce and/or export the targeted merchandise but that were not targeted by the investigation, unless the number of companies in this situation is so large to the point of making it impracticable to conclude the investigation within the respective deadlines.

The previous U.S. legislation did not contemplate this obligation. The DOC had discretionary power to choose the companies to be investigated (normally those that represented more than 60% of production). Brazilian non-participating companies were routinely discouraged by the DOC from voluntarily responding to the questionnaires. The case of Ferbasa in the ferrosilicon antidumping investigation was a particularly damaging one for that Brazilian company. It insisted with the DOC but was denied the opportunity to voluntarily respond. As a result, it was subjected to a very

¹⁴ Section 782 (a) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1671.

high “all-others” rate, an average of the margins found for other companies, which seriously affected its exports to the U.S.¹⁵

By eliminating the DOC’s discretion, the new legislation would have, in theory, a favorable impact on Brazilian exporters. The Brazilian companies with relatively few exports to the U.S. that were submitted to the average margin of the investigated companies, which in several instances was larger than the margin they would have obtained if they were individually investigated¹⁶, would have been the main beneficiaries of this change. However, in reality, “if it is not practicable”, as when there is a “large number of exporters or producers”, for example, the DOC can still limit the number of respondents.¹⁷

These URAA provisions seem to be in conformity with Article 6.10 of the AD Agreement, which is probably why there have been no challenges at the WTO as of this writing. And given that smaller companies would be the likely victims in a case in which there are many respondents and the DOC decides to limit that number, the probability of a challenge seems rather small.

In order to avoid negative impacts for non-investigated companies, the acceptance of voluntary responses must be mandatory, as long as the response complies with present regulations. Some would argue in favor of limiting the number of respondents because there are administrative limitations, such as the number of qualified case handlers necessary to conduct a multiple number of investigations at the same time. But one should note that there are no limitations as to the number of respondents in anti-subsidy cases, even though, subsidy margins can also be determined by respondent companies. However, I recognize that in antidumping procedures there may be an

¹⁵ 63 Fed. Reg. 2362 (Dept Commerce 1998) (Amended final determination). On November 22, 1996, the DOC published the final results of the first administrative review of the antidumping duty order on ferrosilicon from Brazil. Subsequently, parties filed suit with the Court of International Trade regarding these final results of review. The Court on International Trade consolidated the court cases and gave leave to the DOC to consider certain alleged ministerial errors, and where appropriate, make corrections. Based on the correction of certain ministerial errors made in the final results of review, the DOC amended the final results of review and determined that the amended weighted-average margin for Ferbasa for the period August 15, 1993 to February 28, 1995 was 30.69 percent, although it had determined earlier in the first final review a weighted average margin of 0.05 percent.

¹⁶ See “Individual Margins per company” item Q.

¹⁷ Section 777A (c) (2) of the Tariff Act 1930.

administrative burden for investigating authorities if a massive volume of voluntary responses is filed. So, I propose a compromise by which voluntary responses must be accepted up to a total of five responses per country.

I recommend that at the end of the first paragraph in Article 6.10 (AD) the following sentence be inserted: ***“In any case, investigating authorities must accept voluntary responses if the total number of companies investigated in the exporting country from which the responses originate is less than five.”*** (emphasis for effect only)

C. Prohibit selective market examinations such as captive production

According to the definition contained in section 222 (b) (2) of the URAA¹⁸, captive production is a significant portion of the similar product produced by a domestic company and transferred downstream for consumption in the production of another product. For example, 40,000 mt of a total production of 100,000 mt of hot-rolled steel from one unit of a certain company is consumed by another unit of the same company in the production of pipes. In this case, in order to calculate the amount of domestic production, the new provision requires the ITC to consider only the production of the similar product destined to market sales (in other words, the portion not consumed by the company itself), which in our example corresponds to 60,000 mt. Previously, the whole domestic production of 100,000 mt would have been considered by the ITC.

The exclusion of captive production from total domestic production of the subject product reduces the production total and thereby increases the percentage of imports over that production. Since this percentage of import penetration is an important indicator of injury, its increase by the reduction of the denominator contributes to a finding of injury, without which AD and AS duties cannot be imposed. If it is easier to determine injury to the detriment of Brazilian exporters, the impact of this provision is contrary to Brazilian interests.

The AD and SCM Agreements do not mention captive production. The relevant provisions establish that the impact of imports be evaluated relative to domestic production (3.2 of the AD Agreement and 15.6 of the SCM Agreement), a term under which all domestic production is addressed, including

¹⁸ Section 771 (7) (c) (iv) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. § 1677 (7) (c) (iv).

the captive production of the item under investigation. In addition, the definition of “domestic industry” in both agreements (4.1 of the Dumping Agreement and 16.1 of the Subsidies Agreement) refers to “domestic producers as a whole”, which does not allow for the exclusion of a kind of production, be it captive or other. In this case, if any Brazilian company considers itself to be injured by this provision, there would be, in theory, legal basis for requesting the Brazilian government to take action before the WTO.

Note, for example, that practically all the large American steel companies that petitioned for AD and AS investigations against Brazilian products have captive production. Therefore, the 4 investigations against Brazilian steel products initiated in 1992, which were concluded with no imposition of duties due to a negative injury determination by the ITC in 1993, would have probably concluded differently had this provision been in place at that time.

This question has been brought before the WTO but the result suggests that the matter is still controversial. The Panel¹⁹ and Appellate Body on the Hot-rolled steel case from Japan upheld²⁰ that captive production does not by itself compel a selective examination of the merchant market and, therefore, it is not inconsistent with Articles 3 and 4 of the AD Agreement. On the other hand, the Appellate Body reversed part of the Panel’s finding in this same case, and found that the United States *application* of the captive production provision in its determination of injury sustained by the United States’ hot-rolled steel industry is inconsistent with the AD Agreement.

The Appellate Body found that where “one part of an industry is subject to separate examination, the other parts should also be examined in like manner.” In the present case, they found that “the ITC examined the merchant market, without also examining the captive market in like or comparable manner, and that the ITC provided no adequate explanation for its failure to do so.” Therefore, the Appellate Body reversed the Panel’s finding and found that the United States acted inconsistently with Articles

¹⁹ WTO Panel Report, United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan WT/DS184/R (February 28, 2001), available at www.wto.org. [hereinafter Hot Rolled Steel Case].

²⁰ Appellate Body Report, United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan WT/DS184/AB/R (July 24th 2001), available at www.wto.org.

3.1 and 3.4 of the *Anti-Dumping Agreement* in the *application* of the captive production provision in this case.

These decisions illustrate the impact and consequences of the United States legislation on this issue. Although the WTO found that the American legislation was not, on its face, inconsistent with the AD Agreement, it found that the ITC must apply the captive production without ignoring the captive segment of the domestic industry. The interpretation of concepts such as “domestic industry” and “domestic producers” given by the Panel made it clear to the investigating authorities how they should apply the agreement, regardless of the method they select for making their analysis.

Nevertheless, the conflicting interpretation of Article 3 between the Panel and the Appellate Body in the Hot Rolled Steel case emphasizes the need for a clear and objective treatment of this concept. In order to avoid further controversies over this issue, Article 3 of the AD Agreement, which establishes the process of injury determination, should make a specific reference prohibiting selective examination. Our recommendation is that Article 3 should be amended, as follows: ***“When examining the impact of dumped imports in the domestic industry, the investigation authorities shall not conduct a selective examination of one part of a domestic industry.”***

D. Import market share is the right basis for determining negligible imports

Section 222 (d) of the URAA²¹ establishes that ... “imports from a country of merchandise corresponding to a domestic like product ... are negligible if such imports account for less than 3 percent of the volume of all such merchandise imported into the United States in the most recent 12-month period for which data are available...” There are two exceptions to this rule: (a) when the sum of the countries with less than 3% of participation adds to more than 7% and (b) in the case of subsidies in developing countries, when the sum of countries with less than 4% of participation exceeds 9%.

Before the URAA, the ITC examined the market participation instead of import share in order to determine if imports would be negligible. Those regulations established that when a country’s market participation was less than 0.8%, it could be excluded from the proceedings if other

²¹ Section 705 (b) (1) (B) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. § 1677 (24) (A) (i).

conditions were satisfied. Under the current law, if the Brazilian market penetration is less than 0.8% and share of imports is 40%, Brazilian exports will not be considered negligible.

As this author wrote in 1995, the present criteria for negligible imports leads to an absurd situation in which the smaller the market participation on total imports and the smaller the number of exporting countries involved, the smaller will be the probability of exclusion of a certain country.²² More recently, other experts have noted this technical incongruence. In the words of Lindsey & Ikenson “the lower the overall import penetration, the smaller the volume of imports that exceed the negligibility cutoff.”²³ In other words, negligible exporters become more vulnerable to penalties when imports of the investigated product are the smallest.

The AD Agreement establishes that the importers with participation of less than 3% of the total “must be normally considered” negligible (emphasis added). That is, according to the multilateral instrument, a participation of less than to 3% can or cannot be considered negligible. In eliminating the uncertainty and establishing an absolute limit for negligibility, under which all imports, with no exception, are considered negligible, the URAA showed improvement over the AD Agreement. But, by changing from market share into import share, the URAA’s balance in that provision was tilted in favor of the domestic industry.

In considering whether there is injury in a domestic industry, the ITC is authorized to cumulate imports from multiple countries. When cumulation is used the negligibility standard is the only escape for small exporters. One of the countries that has benefited from that provision is Lithuania. In the ITC investigation on Urea Ammonium Nitrate Solutions

²² See Lima-Campos, *supra* note 1.

²³ Brink Lindsey and Dan Ikenson, *Reforming the Antidumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, Center for Trade Policy Studies, Cato Institute (2002). Their study cites an example of a US antidumping investigation where countries were denied the negligibility exclusion because although each of those countries fell below 3% collectively they represented 11.8% of imports, exceeding the collective threshold. Moreover, in this case, all imports from all sources were only 26.4% of the US merchant market and only 11,5% of the total US consumption of the product. *See Hot-Rolled Steel Products from Argentina, China, India, Indonesia, Kazakhstan, the Netherlands, Romania, South Africa, Taiwan, Thailand, and Ukraine* (Investigations Nos. 701-TA-404-408(Preliminary) and 731-TA-898-908 (Preliminary), USITC Publication 3381, January 2001).

from Belarus, Lithuania, Russia and Ukraine,²⁴ the ITC found that because imports from Lithuania represented less than 3% of all such merchandise imported into the United States, they were deemed negligible. Thus, this investigation regarding Lithuania was terminated.

However, examples like Lithuania's are rare and the reason is the maximum limit of 7% of imports for countries with less than a 3% share, which prevents the exclusion of these negligible exporters if collectively they exceed that limit.

Proposals to change these limitations have come from several WTO member countries and academia. Proposals in the NGR²⁵ from the Friends of Antidumping²⁶ have suggested that an appropriate parameter be devised for the definition of negligible volume of imports. China, for example, suggested that the present 3% import share threshold be increased to 5%.²⁷

The problem with proposals of this kind, however, is that they leave unchanged the inadequate use of import share in lieu of import penetration for negligibility purposes. There is really no sound technical justification for the introduction of "import share" into Article 5.8 of the AD Agreement. As a matter of fact, "import penetration" was the parameter of choice in the basic text (the Dunkel text) of the Uruguay Round of trade negotiations. The change into import share in the final text was made later at the insistence of the United States.

My recommendation is that Article 5.8 (AD) be revised, replacing import share with import penetration, setting the negligible limit at 3% of domestic consumption and striking any collective limitations. Our purpose here is to increase the chances for negligible exporters, which really cannot cause any injury, of not being unfairly sucked into AD investigations by way of cumulation. This would also discourage process-filers.

²⁴ Investigations Nos. 731-TA-1006-1009 (Preliminary), USITC Publication 3517, June 2002.

²⁵ See NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 15. This proposal was brought by Brazil; Chile; Colombia; Costa Rica; Hong Kong, China; Japan; Korea; Norway; Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Singapore; Switzerland; Thailand; and Turkey.

²⁶ Group of "Friends of Anti-Dumping Negotiations": a Group of countries that want to change WTO rules to prevent abuse of anti-dumping measures and burdensome or unnecessary investigations.

²⁷ See NGR Proposal of the People's Republic of China on the Negotiation on Anti-Dumping, TN/RL/W/66, page 4 (March 6th, 2003)

Some may argue, however, that in a situation in which most import shares are below 3% there would not be adequate protection to the domestic industry under my proposal. Even though this is not the most common situation, I agree that it could happen but only if the “pulverization” of total imports, as represented by the volume of imports from negligible market share countries, account for a majority portion of those imports.

Then, the last sentence of Articles 5.8 (AD) should be changed to read as follows: “...*The volume of dumped imports shall be regarded as negligible if the volume of dumped imports from a particular country is found to account for less than 3 per cent of domestic consumption of the like product in the importing Member, unless countries which individually account for less than 3 per cent of domestic consumption in the importing Member collectively account for more than 50 per cent of imports of the like product in the importing Member*”.

I also recommend that the same sentence be inserted at the end of Article 11.9 of the SCM Agreement. There is no plausible reason for not having the same negligibility standard in both the AD and SCM Agreements. If import penetration is negligible, there is no related subsidy or dumping practice to be countervailed against.

E. Dumping margin consideration on injury determinations must exclude BIA margins

Section 222 (b) (1) (B) of the URAA²⁸ adds the magnitude of a dumping margin to the list of factors that the ITC must consider in the determination of the impact of imports on local producers.

The previous law did not oblige the ITC to consider dumping and subsidy margins in injury determinations, but also did not condemn such practice. Then, the ITC did not attribute significant weight to the dumping margin. Therefore, the simple requirement that the margin is now considered represents a potential loss to Brazilian exports. This potential will be greater if the dumping margin is excessively high, as is the case when the DOC uses Facts Available (FA) (usually, the estimates proposed by the American industry). Under these circumstances, the probability of an affirmative injury determination increases dramatically.

²⁸ Section 771 (7) (C) (iii) Tariff Act 1930 as amended by 19. U.S.C. 1677 (7) (C) (iii) (V).

There is no apparent conflict of the margin consideration requirement with article 3.4 of the AD Agreement. Neither has a WTO Panel issued any opinions on this specific matter. But there is still a possibility of controversy, especially in the case of a determination based on facts available.

One of the issues raised at the NGR was the necessity to limit the discretionary power of the authorities in evaluating injury and to give a precise guidance to the application of factors listed in Article 3.4.²⁹

As mentioned above, the consideration of dumping margins by the ITC can be a problem when the margin determination is based on “best facts available”. Because this methodology has raised controversies, mostly due to the lack of a consistent regulation, the best solution seems to be to restrict this practice explicitly.

In addition, a present inconsistency must be corrected. Article 9 of the AD Agreement, which regulates the imposition and collection of duties, provides for the exclusion of margins based on “facts available” from the average calculation for purposes of establishing margins for non-investigated enterprises. Thus, companies that were not under investigation and did not participate in the investigation process, can not be subject to margins based on “facts available”, which are usually higher than the normal margin.³⁰ For the same reason, the facts available exception should appear in Article 3.4, which establishes the factors to be considered in the determination of injury.

Thus, I recommend the following change in Article 3.4:

*“The examination of the impact of the dumped imports on the domestic industry concerned shall include an evaluation of all relevant economic factors and indices... return on investments, or utilization of capacity; factors affecting domestic prices; the magnitude of the margin of dumping, **except when margins are [completely or partially] based on best facts available;** actual and potential negative effects on cash flow, inventories, employment, wages, growth, ability to raise capital or investments....”*

²⁹See NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 40. These proposals were brought by Argentina, Australia, Brazil ; Chile ; Chinese Taipei ; Colombia ; Costa Rica ; Hong Kong, China ; Israel ; Japan ; Korea ; Norway ; Penghu,; Kinmen; Matsu; Singapore; Switzerland; Separate Customs Territory of Taiwan; Thailand; India.

³⁰ Lewis E. Leibowitz, Safety Valve or Flash Point? The Worsening Conflict between U.S. Trade Laws and WTO Rules, Center for Trade Policy Studies, Cato Institute (2001) p. 6.

F. Abolish sunset reviews and let duties expire after 5 years

Section 220 (a) of URAA³¹ establishes the procedures and basic rules for review of AD and AS duties levied for a period of five years. Section 221 (a) establishes the criteria to be used by the DOC and the ITC in determinations. The DOC decides if a continuation of dumping or subsidies is probable if the duties are revoked and the ITC examines the possibility of continuance or reoccurrence of injury. The revocation will happen after five years unless the DOC and the ITC decide on the affirmative at the end of the review.

The existence of an automatic procedure for revocation of duties after they have been levied for five years was a positive innovation. Previously, the U.S. law provided for revocation reviews but these would have to be requested on the grounds of “new circumstances.”

The establishment of an automatic review after five years is in conformity with articles 11.3 of the AD Agreement and 21.3 of the SCM Agreement. However, these agreements do not establish rules, procedures or specific criteria for the proceedings, leaving basically all to the discretion of investigating authorities. Not surprisingly, duties are rarely revoked in the United States.³²

Based on the criteria established by the U.S. legislation, the ITC can, for example, in certain circumstances, decide against revoking the duties even if it is not probable that there will be any injury to the domestic industry with the removal of AD or AS duties. That is, the revocation of duties can be denied even if the continuance or reoccurrence of injury is not probable. If that happens, the ITC would not be in compliance with the provisions of the AD or SCM Agreements.

This question still has not been subject to review by a WTO Panel as of June 2004.³³

³¹ Section 751 (c) (1) and (2) of the Tariff Act and Section 19 CFR 351.218 (a) and (c) (1).

³² From the period of January 2000 to March 2003, there were 31 full sunset reviews, from which only 2 resulted in the revocation of duties. *See* Lima-Campos and Vito, *supra* note 3, at 50.

³³ There was an opinion on the self-initiation of sunset reviews. The WTO Panel on corrosion-resistant steel from Japan found that the US legislation is consistent with the AD Agreement with respect to the automatic self-initiation of sunset reviews. The Panel interpreted that there is nothing in Article 11.1 of the AD Agreement that establishes

There have been proposals to change the sunset review provisions in the AD and SCM Agreements. Some have suggested that the root of the problem in sunset reviews is that “they are counterfactual and prospective and therefore highly speculative . . . it would be impossible to control investigating authorities that have such a discretionary power”.³⁴ Unfortunately for Brazilian exporters, the authorities do have that discretionary power.

The automatic termination of a dumping order after 5 years, giving the domestic industry the possibility of filing a new petition after that period expires, is also suggested. The review, made upon a new filing, would require evidence of injury or threat of injury by dumped imports. An expedited relief to petitioners would be required in case of a petition filed within 1 year of expiration of the determination.³⁵

These suggestions call for the exact evidentiary standard required for normal investigations, which I agree with. Giving the reviews the same framework used for initial investigations will ensure that petitioners and investigating authorities fulfill both processes in accordance with the principles and concepts of the AD Agreement. This, by the way, was the same argument made by Japan, in the corrosion-resistant case, where the Japanese tried to apply the requirements established in Article 11.3 to sunset reviews but were not successful. Proposal in the NGR had also followed this line. It suggested changes to Article 11 bringing the application of this provision to reviews.³⁶

specific requirements that the investigating authorities should follow before self-initiating a sunset review, nor is there anything in the history of the negotiation of the Agreement that provides guidance with respect to this matter. In that instance, Japan tried to apply the same evidentiary standard applicable for initiation of an investigation, to sunset reviews and did not succeed. WTO Panel Report!- United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan, WT/DS244/R, (August 14th 2003). Japan did not appeal the Panel’s decision. *See* Appellate Body Report United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan, WT/DS244/AB/R (December 15, 2003), page 4, available at www.wto.org. [hereinafter Corrosion Resistant Case].

³⁴ *See* Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 35.

³⁵ *Id.*

³⁶ *See* NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 58. These proposals were brought by Brazil ; Chile ; Colombia, Costa Rica ; Hong Kong, China ; Israel; Separate Customs Territory of Taiwan I; Japan ; Korea ; Norway ; Singapore Switzerland ; Penghu; Kinmen; Matsui; Thailand.

I agree in part with those proposals. That is, I certainly agree that duties should expire after 5 years and that normal investigation standards should apply to such reviews. However, in my view, a one-year interval between the removal of duties and the start of this review is inadequately short in terms of data for an injury examination. The ITC itself usually relies on at least two years of data for injury determinations, for that very good reason. In addition, after 5 years of restrictive duties, imports will take time to recover and new negotiations with buyers may take months before new sales can be made.

Thus, if requesting a review after the duties expire, I propose that petitioners must submit at least two years of import data free of AD or AS duties, counting from the immediate full month following the month in which AD or AS duties are effectively removed. This two-year interval is more in tune with the reality of trade and present injury investigation procedures. If this proposal is not achievable, the minimum interval could be set at 18 months, which is better than current proposals and still less than the two-year period one would be justified to request based on present ITC time-interval requirements for import data.

I recommend, therefore, that Articles 11.3 of the AD Agreement and 21.3 of the SCM Agreement, which establish the revocation of reviews, be revised as follows:

“Notwithstanding.....any definitive (anti-dumping/countervailing duty) shall be terminated on a date not later than five years from its imposition (or from the date of the most recent review under paragraph 2 if that review has covered both dumping and injury, or under this paragraph). The authorities may initiate an investigation of the same product after that date upon a duly substantiated request made by or on behalf of the domestic industry within a reasonable period of time after the duty’s effective removal. Such period of time shall be no shorter than it would be necessary to include in the petition 24 [or 18] consecutive months of subject import data free from the effects of(insert: antidumping or countervailing) duties. The immediate full month following the month in which (insert: antidumping or countervailing) duties are effectively removed shall be the starting month for purposes of compliance with this provision.”

G. Clarify certain cumulation issues and reject cross-cumulation proposals

This has been one of the most common practices for injury findings and the most effective in penalizing small exporters. This provision in U.S. law is practically mandatory and it requires only that petitions regarding several exporting countries be submitted on the same day. Since these petitions are usually contained in one volume or presented separately on the same date, there is practically no real impediment to its use.

Section 222 (e) of URAA³⁷ instructs the ITC to evaluate the cumulative impact of imports of all origins mentioned in the investigations (anti-dumping or anti-subsidies) related to the same product if the respective petitions have been filed on the same day. The same applies to self-initiated investigations.

The previous legislation did not refer to cumulating imports for evaluation of injury to the domestic industry, but the ITC was already using this technique years earlier. In practical terms, therefore, what changed in the new legislation is that the practice became compulsory. In the cases where the petitions are filed on the same day, the option of considering the imports individually by origin was eliminated in investigations involving more than one country. In this sense, the impact is negative from a Brazilian exporter's perspective.

Articles 3.3 of the AD Agreement and 15.3 of the SCM Agreement authorize the cumulation of imports from different origins in the context of dumping and subsidies injury investigations. But, they clearly do not authorize this cumulative analysis if the imports analyzed in a dumping investigation are added to imports subject to a subsidy investigation. This practice, known in the U.S. as "cross-cumulation", is permitted under the URAA provisions, which can be questioned before the WTO if it results in losses to Brazilian exporters.

No opinions have been issued by a WTO Panel on the U.S cross-cumulation practice. But there is still potential for controversy and the comments made here constitute strong arguments to contest this practice.

In the context of cumulative imports, the Panel in the Corrosion Resistant Case from Japan³⁸ upheld the United States claim that the investigating

³⁷ Section 771 (7) of the Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677 (7)(G)(i) (III).

³⁸ See Corrosion Resistant Case, *supra* note 33, at 70 and 77. Japan did not appeal of this finding. See Appellate Report, *supra* note 39, at 4.

authority in a sunset review is not required to carry out a cumulation analysis. The Panel found that there is no such requirement in Article 11.3 “nor is it stated in Articles 3.3 or 5.8 that the rules governing cumulation in investigations also apply to sunset reviews.”³⁹ One must note, however, that Articles 18.3 of the AD Agreement and 32.3 of the SCM Agreement state that all provisions of the AD and SCM Agreements must be applied to investigations and reviews.⁴⁰ The U.S. legislation nevertheless agrees with neither, preferring to extend full discretion to the investigators. It establishes that the ITC may carry out cumulative analyses in sunset reviews.

The “cumulation” provision in the AD and SCM Agreements, with its vague terminology, allows for this odd situation in which it apparently conflicts with umbrella type provisions (Articles 18.3 and 32.3) within those agreements and, at the same time, permits the use of a third, fully discretionary and conflicting interpretation (U.S. legislation). If this is not fertile ground for abuse, it is difficult to say what is.

Under these circumstances, it would be appropriate for the AD and SCM Agreements to clarify the provision’s purpose by stating clearly whether cumulation is or is not applicable to reviews.

Another aspect of this question is the “cross-cumulation” issue. The United States submitted a proposal in the NGR urging Members to consider whether the AD and SCM Agreements should be clarified to expressly provide for the cumulation of dumped imports with subsidized imports, in order to assess the effects of imports on the domestic industry.⁴¹ In its proposal, the U.S. established that all other prerequisites for cumulation had to be considered, and that where imports from a particular country are found to be both dumped and subsidized that the volume of such imports is only counted once for purposes of any injury determination. The U.S. seems to recognize that it is vulnerable on this point and wants the WTO Agreement to conform to its legislation.

This U.S. proposal is clearly a step in the opposite direction of a fair injury evaluation and should be rejected. The causal link must be made

³⁹ *Id.* at 27.

⁴⁰ See discussion in Item J

⁴¹ NGR, Identification of Additional Issues Under the Anti-Dumping and Subsidies Agreement, Paper Submitted by the United States, TN/RL/W/98 (May 2003), available at www.wto.org.

between dumped imports and injury or subsidized imports and injury. Otherwise, very small quantities of subsidized products may be considered injurious when lumped together with much larger quantities of dumped products and vice-versa, a result that would be utterly unfair and that can only interest those seeking more protection.

Changes are required, however, in order to prevent the use of cumulation on situations where there is no direct link between the imports and the domestic industry. Article 3.3 must explicitly permit cumulative assessment only in direct competition situations, otherwise products of a different quality or which do not compete in the exact same market as the one claiming injury, may continue to be cumulated.

Thus, I propose that Article 3.3 be revised as follows:

*“Where imports of a product from more than one country are simultaneously subject to anti-dumping investigations, the investigating authorities may cumulatively assess the effects of such imports only if they determine that (a) the margin of dumping established in relation to the imports from each country is more than de minimis as defined in paragraph 8 of Article 5 and the volume of imports from each country is not negligible, **as also defined in paragraph 8 of Article 5**, and (b) a cumulative assessment of the effects of the imports is appropriate in light of the conditions of **direct** competition between the imported products and the like domestic product.”*

A similar change should be made in Article 15.3 of the SCM Agreement by substituting the term “anti-dumping” for “countervailing duty”; the word “dumping” for “subsidy”; and the sentence “as defined in paragraph 8 of Article 5” for “as defined in paragraph 9 of Article 11.”

H. Make the application of “facts available” fair

Section 231 of the URAA⁴² establishes that if the investigation authorities find that an interested party has failed to cooperate by not acting to the best of its ability to comply with a request for information they may use an inference that is adverse to the interests of that party in selecting from among the facts otherwise available.

⁴² Section 776 Tariff Act of 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677

Dumping and subsidy margins based on facts available are often very high. Because the legislation that regulates it is still vague and the methodology is often left to the discretion of the investigating authorities, this continues to be a problem for Brazilian exporters in cases where they have difficulty in providing the information requested.

Article 6.8 of the AD Agreement and Article 12.7 of the SCM Agreement authorizes determination based on best facts available in case interested parties refuse to provide the information for the investigation authorities. But both agreements lack a basic framework on how these determinations should be made, which gives wide discretion to investigating authorities.

The WTO Panel⁴³ on the *India Steel Plate* case found that the DOC violated article 6.8 of the AD Agreement by concluding that an Indian company had not provided the DOC with the necessary information to conduct the investigation. In this investigation, the DOC determined that it was not satisfied with some information provided by the company and decided to apply facts available on the case. The Panel found that the DOC did not explain why the information was rejected and therefore, was not entitled to exclude it from the data and rely entirely on facts available in determining the dumping margin applicable in the case. The United States did not appeal this decision.

Given its frequent use and negative implications for exporters, a reform of the AD and SCM Agreements regarding “best facts available” is highly recommended. It could be improved by creating provisions that set out specific factors and situations where the methodology can be applied and also explicitly forbid its application in situations where its applicability would be contrary to the principles that the Agreements seek to protect.

The “best facts available” issue has been discussed for a long time now and although many scholars have labeled it an important target of AD and SCM reforms, they all also agree that the nature of the methodology itself carries discretionary power to the investigating authorities⁴⁴.

Some suggest that for a better control in the use of facts available it would be helpful to lay-out broad and general standards, tightening up the

⁴³ WTO Panel Report- United States - Sunset Review of Anti-Dumping and Countervailing Measures on Steel Plate from India., WT/DS206/R, (June 28th 2002). *See also* Hot Rolled Steel Case, *supra* note 19.

⁴⁴ *See* Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 36.

process.⁴⁵ Regardless of the impossibility of completely eliminating the problem, they say there is still room for improvement of the method. There is a call for an improvement on the language of the Agreements themselves and as mentioned above, the creation of a set of clear criteria where it would be applied.

Article 6.8 of the AD Agreement and Article 12.7 of the SCM Agreement are the provisions that establish the application of facts available. The AD Agreement also presents an Annex, which is not applicable to the SCM Agreement, stating in more detail how the procedure should be applied. Therefore, our first recommendation is that the provisions from Annex II, applicable to the AD Agreement, be also applicable to the SCM Agreement. It is important to create a balance in the trade measures assuring similar evidentiary requirements where applicable.

Secondly, if the information requested is duly presented and it is verifiable, it must be accepted. In this case, in order to prevent investigation authorities from disregarding information on their own discretion, I recommend that the wording in Annex II be changed to: *“All information which is verifiable, ...which is supplied in a medium or computer language requested by the authorities, **must** be taken into account when determinations are made”*.

Additionally, in trying to prevent distortions on the practice of facts available, I make further recommendations that can serve as a first step towards a more ambitious reform of the facts available practice, as follows:

- *The concept of adverse facts available must be abolished, since it leads to creative abuses in the application of the law. Investigating authorities, as a rule, should do their best with the available information. It is obvious that the less information at hand will lead to a less precise result, which eliminates the need for a special provision to state that. In this case, a less precise result, as opposed to an “adverse inference”, becomes acceptable. Authorities should strive to keep this process honest and not give even the smallest impression that they are in the business of inventing margins. Keeping this unfair practice is bad for the law and promotes further abuses.*
- *The authorities must refrain from rejecting an evidence if that is considered the only evidence that the interested party can provide, in good faith, in response to a general or specific request during the investigation.*

⁴⁵ *Id.*

Authorities must not apply facts available if they have to base their findings on lack of information from a non-interested secondary source.

I. Price comparison rules must apply equally to investigations and reviews

Section 229 of URAA⁴⁶ establishes that for dumping margin calculations, the DOC must compare the average normal values with the average margin of effective or constructed export prices, or compare the normal values and export values transaction per transaction.

Although the previous legislation allowed for a comparison of average to average and price to price, the normal DOC practice was to compare the normal average to individual export prices. This practice produced dumping margins even when the product had equal prices in Brazil and in the United States, because the sale in the United States at a price of less than the average would generate dumping.

For example, let's say there were 3 sales in Brazil and 3 sales in the U.S. of identical quantities, in similar dates, done by the same Brazilian company, and that the prices for sales in Brazil were \$10.00 in January, \$20.00 in June and \$30.00 in December, and that the export prices were exactly the same. Based on the old methodology used by the DOC, the \$30.00 and \$20.00 sales would show no or zero dumping, because the average normal value in this example is \$20.00. However, in the other sale, where the export price was \$10.00, lower, therefore, than the normal average value of \$20.00, a dumping margin would be found.

Based on current U.S. law, this Brazilian company would not be dumping, because the average normal value (domestic prices) and the average export price would be the same, at \$20.00. Therefore, by eliminating distorting measures from the past, the impact of this new provision was, in theory, an improvement from a respondent point of view.

Article 18.3 of the AD Agreement establishes that "... the provisions of this Agreement shall apply to investigations and reviews of existing measures...". The URAA, however, limited the application of the new

⁴⁶ Section 777 (A) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C 1677 f-1.

methodology to investigations only and expressly favored the utilization of the old, distorting methods for reviews. The U.S. justification, as described in the SAA annexed to the URAA, is that Article 2.4.2 of the AD Agreement, which establishes the new methodology, only mentions investigations.

Conversely, however, in the context of the cumulative impact of imports, the United States interpreted the term “investigations” in Article 3.3 as referring to reviews as well (in order to make possible that kind of analysis for sunset reviews). In this instance, the U.S. holds two radically different positions for a same situation, giving a prime demonstration of “self-interest above all else” in these matters.

This is one prime example of bias in favor of petitioners in U.S. trade law and a strong indication that the topic is, at least, controversial. But, at the same time, as we can see, this situation offers adequate basis to pursue questioning of a DOC’s decision before the WTO, in case Brazilian exporters feel prejudiced by an inequitable price comparison.

The fact that a WTO Panel still has not issued an opinion on this question tends to preserve the *status quo* in the U.S., making it necessary that the applicable language in the AD Agreement be changed. Some have noted that “a clear rule against individual-to-average comparison,” which is the methodology the US currently applies to reviews, is necessary to prevent the “zeroing” practice.⁴⁷ Proposals in the NGR call for the first sentence of Article 2.4.2 to clarify that its provisions must apply to both reviews and investigations.⁴⁸

I agree with these proposals and recommend that Article 2.4.2 of the AD Agreement be amended as follows: “*Subject to the provisions governing fair comparison in paragraph 4, the existence of margins of dumping during the investigation **and review** phases shall normally be established on the basis of a comparison of...*”

⁴⁷ See Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 20. See separate discussion of “zeroing” in item N.

⁴⁸ See NGR Compiled Issues, *supra* note 10 at 10. These proposals were brought by Brazil; Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, Japan; Korea, Mexico, Norway, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Singapore; Switzerland and Thailand.

J. “De minimis” levels must be raised and applied uniformly in investigations and reviews

Section 213 of URAA⁴⁹ establishes that in the context of investigations, any producer or exporter with a dumping margin of less than 2% (*ad valorem*) will be considered *de minimis*. Section 263⁵⁰ establishes that a subsidy is “*de minimis*” if (a) the net margin of subsidies is less than 1 percent or (b) less than 2 percent if the country being investigated is considered a developing country or (c) less than 3 percent for countries considered “least developed”.

The *de minimis* margins are interpreted as zero margins. Foreign producers and exporters subject to *de minimis* margins of dumping or subsidy are excluded from the investigation and no AD or AS duty is levied on their investigated products.

In the old legislation, the *de minimis* margins were established by the DOC’s regulations, which could be modified without congressional scrutiny. Now they are set in law under the URAA and the current limits are higher than the 0.5% *ad valorem* of years past. By increasing that percentage to 2%, which theoretically allows more Brazilian companies to qualify under the *de minimis* standard, the change was a positive one.

Articles 5.8 of the AD Agreement and 11.9 of the SCM Agreement establish that “there has to be immediate termination in cases where the authorities determine the existence of “*de minimis*” margin...” or “where the amount of a subsidy is *de minimis*...”(emphasis added). These “cases” should include investigations and reviews, not only investigations as written in the URAA.

Articles 18.3 of the AD Agreement and 32.3 of the SCM Agreement address that issue by establishing that all provisions of the AD and SCM Agreements must be applied to investigations and reviews.

The URAA, however, kept the 0.5% threshold for reviews. There was, therefore, sufficient basis for questioning determinations of the DOC before the WTO, if they were issued in the context of reviews where the margins applicable to exporters fell between 0.5% and 1.99% and were not considered “*de minimis*”.

⁴⁹ Section 733 (b) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1673 b (b) (3).

⁵⁰ Section 703(b) (4) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1671 (b) (4).

Japan made the latest questioning on this issue. In the context of antidumping, the Panel on the Corrosion Resistant case⁵¹ found that the U.S. Regulations are not inconsistent with Articles 11.3 or 5.8 of the AD Agreement with respect to the *de minimis* standard as applied to sunset reviews. The Panel said that, considering the “qualitative differences between sunset reviews and investigations, it is unsurprising that the obligations applying to these two distinct processes are not identical.” (emphasis added).

That judgment reverted a decision made one year earlier by a Panel requested by Germany, related to a countervailing duty imposed in the U.S. on German corrosion resistant steel.⁵² It found that the “*de minimis*” standard of Article 11.9 “must be applicable to sunset reviews as it is to investigations” (emphasis added). It held that the principal rationale for the *de minimis* standard is that a *de minimis* subsidy is considered to be non-injurious. The Panel interpreted that AS duties are to be used to counter injurious subsidization, and the threshold set out in this provision demarcates the level below which subsidization is deemed to be so small as to be non-injurious for purposes of the imposition of AS duties. The Panel even stated that “finding otherwise would compromise the very object and purpose of the SCM Agreement and the disciplinary framework that the drafters sought to create through the Agreement.”⁵³

On appeal, however, the Appellate Body⁵⁴ reversed this Panel’s decision and found that the non-application of an express “*de minimis*” standard for sunset reviews is not inconsistent with the SCM Agreement. The Appellate Body understood that “limiting the application of such a standard to the investigation phase alone does not lead to irrational or absurd results.”⁵⁵ It found that the terms “subsidization” and “injury” each have an independent meaning in the SCM Agreement which is not derived by reference to the other.

⁵¹ See Corrosion Resistant Case, *supra* note 33, at 38. Japan did not appeal this finding of the Panel. See Appellate Report, *supra* note 33, at 4.

⁵² WTO Panel Report, United States - Countervailing Duties on Certain Corrosion-resistant Carbon Steel Flat Products from Germany, WT DS213/R (November 28th 2002).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ WTO Appellate Body, United States - Countervailing Duties on Certain Corrosion-resistant Carbon Steel Flat Products from Germany, WT DS213/R, (November 28th 2002).

⁵⁵ *Id.*

These results allow for the implementation of different *de minimis* standards for investigations and sunset reviews, even though Articles 18.3 (AD) and 32.3 (SCM) forbid any differentiation. Panels made no explicit reference to reviews other than sunset, but, since annual reviews normally not even look at injury, it could be argued that these findings also apply to such reviews. This situation suggests that there are inconsistencies within the AD and SCM Agreements on this question.

It is clear that if left to WTO interpretation, some aspects of this issue will remain unclear and key provisions that are pertinent to this matter will continue clashing against each other. The solution is to clarify the applicable provisions of the AD and SCM Agreements. Some suggest a change in Article 5.8 that would allow the *de minimis* standard to apply to both investigations and reviews.⁵⁶ Others may prefer to clarify that investigations and reviews should have different *de minimis* standards.

My preference is for one general standard. I agree with the conclusion of the Panel Report of the Subsidy case on Corrosion Resistant Steel from Germany, mentioned earlier. However, one must recognize that the central question, whether the *de minimis* standard applies to both investigations and reviews (administrative and sunset), was not fully addressed by the Panel due to limitations in the terms of reference. It was this weakness that allowed for a reversal of that decision on appeal, not the claim itself.

Articles 5.8 and 11 are the provisions that establish the application of the “*de minimis*” standard in AD and AS procedures, respectively. But, as became clear in the German Corrosion-Resistant case, Article 5 (SCM) refers solely to investigations, and by changing only Article 5.8, the controversy that exists today regarding the applicability of the “*de minimis*” standard to reviews would continue.

For this reason, Article 11 of the AD Agreement and Article 21 of the SCM Agreement, which establish the process for reviews, should also make explicit and specific reference to the *de minimis* provision. The appeal and Japan’s Panel findings that the *de minimis* standard is not applicable to sunset reviews was originally based on the lack of express mention of this matter in Article 11.3. The NGR has suggested changes to Article 11 in order

⁵⁶ Lindsey and Ikenson, *supra note 23*, at 33: “the same definition of the *de minimis* should apply to both original investigations and administrative reviews.”

to clarify that Article 5 of the Agreement should apply to reviews “in particular, the *de minimis* rule and its threshold in Article 5.8” (emphases added).⁵⁷

There have been suggestions to raise the *de minimis* margin from 2% to 5%.⁵⁸ I agree that the *de minimis* standard needs to be raised, but more important still is that the rule must apply to both investigations and reviews.

Thus, I recommend that the *de minimis* level be raised to 5% in Articles 5.8 (AD) and 11.9 (SCM), and that a new paragraph be added to Articles 11 (AD) and 21 (SCM), as follows: “***There shall be immediate termination of reviews where the authorities determine that the margin of (dumping/subsidy) is de minimis.***”

K. Prohibit “all-others rate” based on facts available

Sections 219 (b)⁵⁹ and Section 264 (b) (2)⁶⁰ of the URAA establish that non-investigated companies can receive dumping and subsidy margins resulting from the weighted average of the margins applied to investigated enterprises, excluded from the average any zero margins, “*de minimis*” and those entirely based on available facts. Margins partially based on available facts are not excluded and these can be as bad as fully based.

The DOC common practice is to investigate enterprises that contribute to at least 65% of the imports of the targeted product, and if there are others with less volume of exports to the U.S. the DOC applies the weighted average of the margins calculated for the investigated enterprises. If, for example, the total exports of a product from Brazil to the U.S. is 5,000 mt, comprising 8 companies and 3 of those companies respond for 80% of imports (3,500 mt), the DOC will investigate only 3 even though there are 5 other Brazilian enterprises that export the product to the United States.

Let’s say that the result for the 3 investigated enterprises was the following: one with 1,800mt exported, received 10% margin; a second, which

⁵⁷ See NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 58. This proposal was brought by Brazil; Chile; Colombia, Costa Rica ; Hong Kong, China ; Israel; Japan ; Korea ; Norway ; Singapore ; Switzerland ;The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu; Kinmen; Matsu; Thailand.

⁵⁸ See Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 31 and 32. See also NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 30, proposals by China and India.

⁵⁹ Section 735 (c) (5) (A) Tariff Act of 1930 as amended by 19 U.S.C. 1673d (c) (5).

⁶⁰ Section 705 (c) (5) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1671d (c) (5).

exported 1,200 mt, got a 20% margin; and a third, with 1,000 mt, received a punitive margin of 90% based on the “best facts available”. This last enterprise in our example, refused to cooperate with the investigation. In this scenario, the margin to be applied to the 5 non-investigated enterprises is 33% (weighted average of the three margins), but, under the new legislation, the best facts available margin of 90% would be excluded from the weighted average, which then becomes 14%. In this sense, the URAA was an improvement for Brazilian exporters who have a lower volume of exports to the U.S., and for whom the costs of representation in these proceedings can prove to be prohibitive.

However, if the dumping margin is based on partial, as opposed to total, facts available, the DOC does not exclude that margin from the “all other” average rate. And this is a violation of the AD Agreement.

Article 9.4 of the AD Agreement clearly prescribes the exclusion of margins based on “facts available” from the average calculation, for purposes of establishing margins for non-investigated enterprises. Therefore, it should be irrelevant whether the margin calculations relied partially or totally on “facts available.” In both situations, the margins should be excluded from the average calculation. The URAA, however, prescribes exclusion only in the cases where the margin calculation was fully based upon best facts available, which cannot be considered a strict interpretation of the multilateral agreement. In this case, the Brazilian exporter that feels affected by the calculated averages based on margins obtained through the best information scheme has legal basis for requesting the Brazilian government to challenge the DOC practice before the WTO.

Indeed, the Panel on hot-rolled steel from Japan confirmed this interpretation.⁶¹ It found that the US statute governing the calculation of the all others rate, Section 735(c)(5) of the Tariff Act of 1930, as amended, is, on its face, inconsistent with Article 9.4 of the AD Agreement, once it requires the consideration of margins based partially on facts available in the calculation of the all others rate. The Panel found that the exclusion of margins based on “best information available” from the average calculation of non-investigated companies, provided in Article 9.4, is mandatory, no exceptions provided.

After that decision, on November 2002, the US DOC issued a new final determination in the hot-rolled steel anti-dumping duty investigation

⁶¹ See Hot Rolled Steel Case *supra* note 19.

that implements the recommendations of the DSB with respect to the calculation of anti-dumping margins in the original investigation.⁶² On a recent Status Report given to the DSB, the US Administration expressed its support for specific legislative amendments that would implement the DSB's recommendations and rulings with respect to the US anti-dumping duty statute, and is working with the US Congress to pass these amendments.⁶³ Japan has agreed to allow the United States until December 2003 to comply with the Appellate Body decision but the DSB extended this period until July 2004.⁶⁴ On July 30, 2004, however, the United States filed a request with the DSB for an extension until July 2005.⁶⁵ In other words, the United States had not complied until this writing.

The SCM Agreement, on the other hand, does not establish margins for companies which are not under investigation, except in the case where a company refuses to give the necessary information for the investigation process. In this specific case, Article 12.7 of the Agreement allows determinations to be made on the basis of facts available. Therefore, Brazilian companies that feel harmed by subsidy margins established by the DOC without appropriate investigations will be able to legally contest them before the WTO.

This issue has not been challenged at the WTO under the SCM Agreement. But, in view of the fact that it has no specific provisions to deal with this matter, this is already a good reason to amend the SCM Agreement accordingly. Amending it now would also avoid the risk of future opinions that may keep the controversy going instead of resolving it.

Proposals in the NGR suggested that WTO members "consider what clarification could be appropriately made in the SCM Agreement in regard of all-others rate".⁶⁶

⁶² Status Report by the United States, United States – Anti-dumping Measures on Certain Hot- Rolled Steel Products from Japan, WT/DS184/15/Add.3 (Feb. 19, 2002), available at www.wto.org.

⁶³ Status Report by the United States - Addendum, United States – Anti-dumping Measures on Certain Hot- Rolled Steel Products from Japan, WT/DS184/15/Add.17 (March 9, 2004), available at www.wto.org.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ See WT/DS184/18 (August 3, 2004), available at www.wto.org.

⁶⁶ *Id.* at 139.

I recommend including a new paragraph in Article 19, which establishes the imposition and calculation of countervailing duties, clearly indicating the correct methodology for the calculation of subsidy margins to be applied to companies not under investigation. In this case, I suggest that the same methodology applied to dumping margins also be applied to subsidy margins and that the language of Article 9.4 of the AD Agreement be used as a basis for a new paragraph in Article 19 of the SCM Agreement. This would also guarantee that the “all other rates” would have the same treatment in both processes.

Therefore, I recommend a new paragraph in Article 19 with the following text:

“When the investigating authorities have limited their examination in accordance with the second sentence of paragraph 3 of this article, any countervailing duty applied to imports from exporters or producers not included in the examination shall not exceed the weighted average margin of dumping established with respect to the selected exporters or producers, provided that the authorities shall disregard for the purpose of this paragraph margins established under facts available.”

L. Redefine and make more realistic treatment of sales below cost of production

Section 773 (b) (1) (A)⁶⁷ establishes that if sales below the cost of production occurred within an extended period of time and in substantial quantities, they can be excluded from the calculation of normal value.

The U.S. legislation defines “extended period” as “normally 1 year, but not less than 6 months.” It defines “substantial quantities” as the volume of sales below cost that represents 20% or more of total domestic sales or weighted average per unit price of total domestic sales lower than weighted average per unit cost of production for such sales.

Before the URAA, sales below cost of production should have been systematically done “**over**” an extended period of time in order to be disregarded, which obliged the DOC to demonstrate that these sales happened

⁶⁷ Section 773 (b) (1) (A) of the Tariff Act of 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677b (b) (1) (A).

during a minimum number of months (in general 6 months) before disregarding them. Now, by using the term “**within**”, current U.S. law allows the DOC to interpret the term literally in the sense, for example, that these sales can be disregarded even if they occurred in only one day within that period of time. In this sense, the impact of the new legislation is negative to targeted Brazilian exporters, because it increases the normal value and, consequently, the dumping margin.

The compatibility of the URAA provision with the AD Agreement is not clear. In order to establish a distinction between the AD Agreement and U.S. trade law one must show that Article 2.2.1 of the AD Agreement applies the term “**within**” in the sense of “**over**”. This would indicate that, in order to be disregarded, those sales must take place during the full length, instead of just a fraction, of the long period (defined normally as 1 year but not less than 6 months). If, however, the term is interpreted to mean **over**, there would be an unfortunate coincidence of the AD Agreement with the U.S. interpretation.

According to U.S. law, as interpreted in the SAA, the application of the term “**within**” instead of “**over**” in the legislation means that the DOC does not need to verify the occurrence of sales below cost in a minimum number of months before disregarding them and that, in examining the quantity of these sales, the DOC can seek occurrences during that period in the context of an investigation or review instead of the whole 6-month period. That is, the DOC is again given greater discretion with regard to the appropriate period in which sales below cost of production occurred for purposes of exclusion. This discretion renders meaningless the increase provided in the URAA for the period in which sales below cost are examined (from 6 months to 1 year).

In the event of a conflict between this interpretation and the AD Agreement, the DOC decisions could be vulnerable to questioning before the WTO. This situation could occur, for example, if the DOC disregards sales below cost of production that occurred in a period shorter than 6 months, in violation of the AD Agreement.

The terminology ambiguity discussed above has not yet been clarified by the WTO. But on interpreting Article 2, the hot-rolled Panel⁶⁸ concluded that it provides alternative methods for establishing normal value when domestic sales are too few to permit a proper comparison. The Panel

⁶⁸ See Hot Rolled Steel Case, *supra* note 19, at 35.

ruled that Article 2 as a whole sets out the basic rules for all aspects of the determination of dumping and that although the investigating authorities will have some discretion in determining a margin of dumping for each investigated company, not all of which are specifically addressed in Article 2 itself, these decisions must, in all cases, not be inconsistent with the specific requirements of Article 2, as well as with the rest of the AD Agreement. Thus, if the DOC applies sales below cost of production, it could, under specific circumstances, be considered a violation of the Agreement.

In order to address this problem in Article 2.2.1 the minimum period of time to be considered by investigating authorities must be increased and language that allows for no exclusion if sales conform to normal practices within the industry must be included. In a proposal in the NGR, it is recommended a better definition of the term “reasonable period of time” “for prices that do not provide for recovery of all costs”.⁶⁹

I believe that the reasonable period of time should be the period for recovery of costs, which is normal within the subject industry in the exporting country. This definition would make the investigation process reflect the reality of the situation, preventing the investigating authorities from applying their own time standards that more often than not result in time periods that have nothing to do with the case at hand.

In view of the above, I recommend that footnote 4 of the AD Agreement be deleted and the following changes to Article 2.2.1 be made:

“Sales of the like product ... may be disregarded in determining normal value only if the authorities determine that such sales are made during an extended period of time of at least 1 year and in excess of the average period for the like industry in the exporting country, in substantial quantities and are at prices which do not provide for the recovery of all costs within a reasonable period of time.” (underline for emphasis only)

The test designed to identify substantial quantities of below-cost sales, as described in footnote 5 of the AD Agreement, must also be changed

⁶⁹ See NGR Compiled Issues, *supra* note 10, at 3. These proposal was brought by Brazil; Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, Japan, Korea, Mexico, Norway, Singapore, Switzerland, Thailand and Turkey.

to allow for quantities which are in line with practices in the importing market. If domestic companies in the importing country cannot pass the substantial sales test and are able to sell greater quantities of below-cost products without suffering penalties from local authorities, imports in the same situation should not be penalized with antidumping duties.

In this case, respondents should be able to present evidence of domestic industry practices with regard to below-cost sales and investigating authorities, in turn, should be required to investigate. If the decision is in the affirmative, respondents' below-cost sales should not be excluded from dumping margin calculations.

M. Oppose introduction of anti-circumvention provisions in the agreements

Section 230 of URAA⁷⁰ establishes that the DOC can expand the scope of an AD or AS order if (a) the merchandise sold in the United States is covered by the order; (b) if the merchandise is finished or assembled in the United States using parts manufactured in the country targeted with the order; (c) the process of assembly or finalization in the U.S. or in another country is insignificant; (d) the value of the parts or components is insignificant; and (e) in the cases of assembly in a different country, the DOC determines that the implementation of the measure is necessary to prevent circumvention of the duties.

In determining if the process of assembly or finalization is unimportant or insignificant, the DOC must consider the level of investment in research and development in the U.S. or another country, the size of the industrial plants in the U.S. or in the third country and determine if the value of this process in the U.S. or in the third country represents a small portion of the cost of the product. Other factors to be considered include the importing party's pattern of imports, level of relationship between the importer and the exporter, and indication of increase in the imports of parts or components of the subject product after the initiation of the investigation that resulted in the imposition of duties.

As an example, suppose the U.S. imposed a 20% AD duty on imports of Brazilian bicycles and in order to avoid the payment of the AD duties the

⁷⁰ Section 781 Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677j.

Brazilian producers decided to export all the parts necessary to assemble a bicycle separately. In this hypothesis, if the DOC determines in the context of an anti-circumvention investigation that the process of assembly in the U.S. represents a small portion of the cost of production of the bicycle, the AD duty of 20% will be extended to the parts of the bicycle. In this case, the only option to avoid the duty is to start manufacturing in the U.S., or, in economic jargon, “tariff-jumping”.⁷¹

The current legislation codified and expanded the practices of the DOC, in certain cases, to extend the coverage of an investigation when there is an indication of circumvention. It is an amendment to the anti-circumvention provisions introduced by the “Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988”, approved in May of that year. Those provisions established that parts and components of products targeted with AD or AS duties could be subject to the same duties, even when imported separately, if the value added in the U.S. was small. As the new legislation lists additional circumstances, involving production phases in third countries, in which the AD duty can be extended to imported parts and components of the investigated product, the legislation became more restrictive from an exporter’s perspective.

The anti-circumvention topic was part of the 7-year negotiations of the Uruguay Round and received exclusive treatment in the versions that preceded the final text, but was removed from the final version at the request of the United States. However, circumvention in AD actions was included in the ministerial declaration in order to keep it as subject of study by the Committee on Anti-Dumping Practices. There is no reference though to this practice in the context of AS actions. This indicates that until the topic is further resolved by the WTO, the application of this provision by the U.S. (or by any other WTO member) will be, at least, controversial, if the imported item is not the same “like product” as the product found dumped and causing injury.

However, in light of the multilateral regulations in place, this practice could be questioned if duties are imposed with no injury and dumping or subsidy investigations. Article 1 of the AD and SCM Agreements and Article VI of the General Agreement establish that a WTO member country cannot impose AD or AS duties to a similar product from another member country without determinations of injury or threat of injury to the domestic industry and of dumping or subsidy with regard to the subject imports. In this case, if the DOC

⁷¹ See Lima-Campos and Vito, *supra* note 3, at 50-51.

extends the incidence of AD or AS duties from a specific Brazilian manufactured product to its parts and components, without conducting the investigations required by the multilateral agreements, there would be enough legal grounds to question the American decision before the WTO.

It should be noted that in this context, since its approval in 1988, the anti-circumvention provisions have not been used in the U.S. against Brazilian products, as of yet. But, countries affected by these provisions, such as Japan, China, Canada and Italy have not challenged the U.S. practice at the WTO. That may indicate that the incompatibility between U.S. and WTO rules is not clear.

What becomes clear from this analysis is that an anti-circumvention provision is really unnecessary under the AD and SCM Agreements. Since AD or AS duties cannot be applied without investigations of injury and dumping or subsidies, I do not believe that the creation of another set of rules for a “light” version of an investigation that takes about the same amount of time, as proposed by the U.S., is necessary or advisable. In addition, if investigations are started on parts and components of a product subject to AD or AS duties, the investigations are likely to proceed swiftly based on the information collected and legal precedents established on the final product’s investigation.

Since the agreements already provide for investigation procedures that can accomplish what is sought with the imposition of AS or AD duties where warranted, there is no reason to duplicate procedures. The process is already too complicated as it is. So, my recommendation is that the introduction of an anti-circumvention procedure in the AD or SCM Agreements be strongly resisted.

N. Expressly forbid the “zeroing” practice and any of its possible derivatives

Section 1677(35)(A)⁷² establishes that dumping occurs when normal value exceeds the export price or constructed export price of the subject merchandise. The same regulation establishes that “weighted average dumping margin” is the percentage resulting from “dividing the aggregate dumping margins determined for a specific exporter or producer by the aggregate export prices and constructed export prices of such exporter or producer.”⁷³

⁷² Section 19 U.S.C. 1677 (35) (A).

⁷³ Section 19 U.S.C. 1677 (35) (B).

The DOC understands that only positive margins should be included in the aggregate dumping margin calculation. Under the U.S. antidumping rules, when the DOC finds a negative dumping margin, meaning an export price higher than the product's normal price, it records a zero margin in the calculation instead of accounting for the negative margin and deducting it in the dumping calculation. Therefore, the resulting dumping margin will include only positive individual margins generating a higher dumping margin than would otherwise be the case.

Albeit unfair to targeted exporters, the DOC's zeroing methodology for the calculation of dumping margins is based in long-standing practice⁷⁴. It argues that if Congress intended that negative margins be offset by positive margins, "the statute would require the DOC to calculate a 'net' dumping margin, rather than 'aggregate' individual 'dumping margins.'" It goes on to explain that the statute defines the dumping margin as "the amount by which the normal value **exceeds** the export price or constructed export price of the subject merchandise" (emphasis added).⁷⁵ The DOC also interprets the weighted average dumping margin provision of the U.S. legislation as permitting only the inclusion of positive margins in the calculation of the aggregate dumping margin. "Where normal value fails to exceed the export price or constructed export price," the DOC assigns no dumping margin because, in its view, there is "no dumping."⁷⁶

It seems obvious that if the administering authority is allowed to pick only positive dumping margins, AD duties are more likely to be imposed or to be higher than the actual dumping being practiced. If this is the case, than "zeroing" has a negative impact on exporters in general, including Brazilian.

According to Article 2 of the AD Agreement "a product is considered as being dumped if introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of

⁷⁴ See United States Court of International Trade (USCIT) in the PAM Italian Pasta case. 265 F. Supp. 2d 1362; 2003 Ct. Intl. Trade LEXIS 50; SLIP OP. 2003-48; 25 Int'l Trade Rep. (BNA) 1577

⁷⁵ § 1677(35)(A)

⁷⁶ See United States Court of International Trade (USCIT) in the PAM Italian Pasta case. 265 F. Supp. 2d 1362; 2003 Ct. Intl. Trade LEXIS 50; SLIP OP. 2003-48; 25 Int'l Trade Rep. (BNA) 1577

trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.” Article 2.4 of the same Agreement establishes that “a fair comparison shall be made between the export price and the normal value. This comparison shall be made at the same level of trade, normally at the ex-factory level, and in respect of sales made at as nearly as possible the same time.”

This practice, known as “zeroing”, has been found in violation of Article 2.4.2 of the WTO Agreements.⁷⁷ The European Communities used to adopt this practice which was contested by India in the Bed-Linen case. The issue was also brought up at a recent case between Japan and the U.S. on Carbon Steel Flat Products. Although the WTO found this practice contrary to the Agreement, the United States refused to alter its practice, stating that it was not a party in the case.⁷⁸ Therefore, Brazilian exporters that are harmed by the application of “zeroing” by the DOC in their cases, have a strong legal basis to contest this practice before the WTO.

Even if zeroing is prohibited, one must be careful that anything less than zeroing is also prohibited. For example, let’s say this practice is prohibited and investigating authorities in a particular country interpret Article 2 to allow, for example, consideration of only 50% of the negative margin in the AD calculation, which technically would not be zeroing. This would still result in inflated margins of dumping and would probably require litigation in the WTO to settle.

In order to avoid further legal delay tactics by recalcitrant member countries and discourage new creative alternative practices that may give negative margins a lesser than full value in margin calculations, Article 2 must expressly prohibit zeroing and any of its possible derivatives. The solution is to insure that Article 2 requires full counting of negative margins in the average margin calculation.

I strongly support proposals already made by others and recommend that Article 2 be amended as follows: “ ***In investigation and reviews, authorities must consider, in the overall calculation of a foreign producer’s dumping margin, the full weight of the negative dumping. The practice***

⁷⁷ Appellate Body Report, European Union – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen From India, WT/DS141/AB/R (March 1, 2001). See also Dumping Lumber Case, *supra* note 5.

⁷⁸ See Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 19.

known as zeroing is prohibited by this Agreement.”⁷⁹ (underline added for emphasis only)

O. Make both the lesser-duty rule and a calculating formula mandatory

The United States legislation does not provide for application of the lesser duty, a methodology that suggests the imposition of duties in just enough amounts to eliminate the injury, even if the calculated dumping margin is higher. The application of lesser duty would be favorable to Brazilian exporters because it could decrease the dumping margin applied to their exports. At the same time, petitioners of AD duties will remain protected from dumped prices.

Article 9.1. of the AD Agreement establishes that “it is desirable that the imposition (of duties) be permissive in the territory of all Members, and that the duty be less than the margin if such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry.” (emphasis added). Therefore, the application of the so called “lesser duty rule” is not mandatory according to the Agreement but only recommended.

India brought this issue before the WTO in the *Steel Plate*⁸⁰ dispute where it suggested that the DOC should have considered applying a lesser duty in its case, despite the fact that US law does not provide for application of a lesser duty in any case. The Panel held that the application of a lesser duty is deemed desirable but not mandatory, and therefore, no Member is under the obligation to have “the possibility of a lesser duty” in its domestic legislation or apply it.⁸¹

Anti-dumping measures were created to protect a domestic industry from injury caused by dumped imports. It is logical to state that the imposition of duty should only be imposed to the extent required to eliminate that injury. I have heard many times that the U.S. resistance to this concept is based, not on the concept itself, but on difficulties to implement it. The most frequent objection I hear is the lack of a formula to calculate the lesser duty. But this

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ WTO Panel Report, United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Steel Plate from India WT/DS206/R, (28 June 2002), available at www.wto.org.

⁸¹ *Id.* at page 40.

objection ignores the fact that the European Commission and Brazil, for instance, have been using a simple formula for many years.

The European and Brazilian formulas define injury as the price undercutting by imports (ΔP), which is the difference between the c.i.f. import price, fully entered into U.S. commerce (P_m), and the ex-factory domestic price (P_d). The lesser duty rate (LD) then becomes ΔP divided by P_m . If LD is less than the margin of dumping (ΔAD), the lesser duty rate is applied. If the reverse is true, then AD is applied. In mathematical notation:

$$LD = \Delta P / P_m, \text{ where } \Delta P = P_d - P_m$$

If $LD < AD$, then LD is applied and if $LD > AD$, then AD is applied

The lesser duty rule is fair because it creates a balance between the imposition of duties and injury. It provides protection to petitioning domestic industries from dumping and to exporters from excessive duties. But, most of all, it limits the discretionary power of investigating authorities in the process and, therefore, reduces opportunities for abuse.

In 2002, the Permanent Mission of Brazil in Geneva brought a proposal before the NGR calling for a reform of Article 9.1 and making the lesser duty rule a mandatory provision⁸² The Mission pointed out the additional burden that an excessive duty could have on developing countries and suggested that in order to reduce trade restrictive effects the lesser duty rule should become mandatory.⁸³

Some who are in favor of a mandatory “lesser duty” rule point out that even those countries that have a lesser duty in their domestic legislation lack consistency and transparency in their methodologies.⁸⁴ That may be true, but I would argue that the formula used by Brazilian authorities is quite simple and straight forward and for that reason alone should not be difficult to be implemented on a consistent and transparent manner across the board.

Thus, I strongly support changes in Article 9.1 of the AD Agreement that make the lesser duty rule mandatory. But in order to address the

⁸² NGR, Implementation related Issues, Paper by Brazil, TN/RL/W/7, (26 April 2002) available at www.wto.org.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ See Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 30.

transparency and consistency objections, I would recommend that the formula described earlier also be made mandatory. In this case, where it reads:

“...It is desirable that the imposition be permissive in the territory of all Members, and that the duty be less than the margin if such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry”

It should read:

“The duty imposed must be less than the margin determined by the investigation authorities in cases where such lesser duty would be adequate to remove the injury to the domestic industry and it must be calculated by the following formula: [insert formula above].” (underlined for emphasis only)

For the same reasons, Article 19.2 of the SCM Agreement should be changed likewise.

P. Subsidy margins per company should continue to be the norm

Section 265 (1) of URAA⁸⁵ establishes the general preference for individual margins of subsidy for each producer and exporter under investigation, except in cases which involve a large number of producers and exporters. In these cases, the DOC can investigate a limited number of companies or calculate margins for each country as a whole based on aggregate data. If the option exists for investigating a limited number of companies, the DOC shall calculate individual margins for the companies under investigation and establish an average subsidy margin for the others.

The previous legislation established a preference for a single country-wide margin. In general, that practice benefited the companies that received more subsidies, harming companies with a lower or zero amount of subsidies. Therefore, the current preference for an individual margin per company theoretically benefits these companies.

⁸⁵ Section 777 A(c) (2) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. § 1677f-1.

Article 19.3 of the Subsidies Agreement establishes that a countervailing duty shall be levied “in the appropriate amounts in each case” (emphasis added) , on imports of such product found to be subsidized and causing injury to the importing country’s industry.

The same Article establishes that “any exporter” subject to a definitive countervailing duty but who was not actually investigated, except when refusing to cooperate in the investigations, is entitled to an expedited review to insure that the investigating authorities promptly establish an individual countervailing duty rate for that exporter’s product. Under these circumstances, Brazilian exporters that feel harmed by a final countervailing duty rate applied in a country-wide basis or by average margins for non-investigated companies, and are not provided an expedited review, would have legal basis to request the Brazilian Government to challenge the DOC’s determination at the WTO if their company was not investigated.

The WTO has not found violations of the US legislation in implementing Article 19.3 of the SCM Agreement. Basically, the law itself is not inconsistent with the SCM Agreement but it created controversies that were brought before a Panel. In the Subsidy Lumber Case⁸⁶, Canada brought a claim stating that the regulations implementing US obligations under the Agreement provided for expedited reviews for cases other than aggregates and therefore, precluded the possibility of such reviews on those cases. Canada stated that this limitation was contrary to Article 19.3, which established that any exporter whose exports were not being investigated for reasons other than the refusal to cooperate, was entitled to an expedited review to establish an individual countervailing duty rate.⁸⁷ In this case, the United States posted a notice indicating that it would accept requests for expedited reviews of aggregate basis cases, although its legislation did not require it.⁸⁸

⁸⁶ WTO- Panel Report – United States- Final Determination with Respect to Certain Softwood Lumber From Canada, WT/D257/R, (August 29, 2003), available at www.wto.org.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Canada’s Oral Statement at the Second Meeting, paragraph 71 referring to USDOC , *Countervailing Duty*

Order on Softwood Lumber Products from Canada: Request for Expedited Review, available online at

<http://www.ia.ita.doc.gov/lumber/expedite/index.html> (posted 24 May 2002). (Exhibit CDA-103).

This illustrates an example of exporters that felt harmed by the US legislation and tried to enforce their rights under the SCM Agreement. The Subsidy Lumber case demonstrates the vulnerability of exporters under the U.S. legislation, where, once again, the investigating authorities are left with broad discretion to make their determinations.

On this matter, my recommendation is that any attempt to change the applicable provisions be resisted. Article 19.4 assures that “no countervailing duty shall be imposed on any imported product in excess of the amount of the subsidy found to exist, calculated in terms of subsidization per unit of the subsidized and exported product.” Together with Article 19.3, the Agreement prevents investigating authorities from imposing duties on non-investigated companies without giving those companies a fair chance to contest unfair duties. And this right was upheld in the Lumber case.

Q. Define, once and for all, the treatment of prior subsidies in privatized firms

Section 251 of the URAA⁸⁹ establishes that partial or total transfer of a company’s property or productive assets, even if the transfer is being made on fair market value, does not require determination from the DOC that the countervailable subsidies received before the transfer of ownership are no longer countervailable after the transaction. The SAA, that clarifies the interpretation from the Executive branch, adds that the sale of a company, on fair market value, does not extinguish “automatically and in all cases” the subsidies received in the past.

In *British Steel PLC v. United States*, 879 F. Supp. 1254 (CIT 1995), the Court of International Trade (CIT) determined that if the privatization was made through sales of stocks and the privatized company is the same company that received benefits from the government, the DOC can bring an action against the new company. In this same decision, the CIT confirmed a previous judgment that the DOC made a mistake in considering that subsidies remain in the assets sold at fair market value, unless there was an express agreement between companies. On the Court’s opinion, therefore, it is permitted to countervail subsidies received in the past by a privatized

⁸⁹ Section 771 (5) (F) Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677 (5) (F).

company but it is a mistake to countervail subsidies inside an asset that was sold for fair market value.

On this last issue, there is a clear conflict with the current legislation. But, both the U.S. legislation and the Court agree that previous subsidies may be countervailed. Therefore, for Brazilian companies already privatized or that may be privatized in the future, there is a real risk that they may be subject to countervailing duties in the United States.

From a WTO point of view, Article 27.13 is the provision that refers to privatization in the SCM Agreement. It establishes that subsidies shall not be countervailed when such subsidies are granted within and directly linked to a privatization program of a developing country Member, provided that both such program and the subsidies involved are granted for a limited period, notified to the WTO Committee on Subsidies and Countervailing Measures and result in eventual privatization of the enterprise concerned. The Agreement defines “adverse effect” and “serious injury” and the procedures to be followed on this matter at the WTO. Therefore, countervailing duties are not applicable to notified, temporary privatization subsidies.

In 2001, the practice of the United States to countervail residual benefits that a privatized company may have accrued from prior government subsidies came into question at the WTO. In a case between the United States and the European Communities, a WTO Panel⁹⁰ found that when the privatization has taken place at arm’s-length and at fair market value, the investigation authorities must reach the conclusion that no benefit resulting from the prior financial contribution (or subsidization) continues to accrue to the privatized producer.

In its analysis, the Panel considered the interpretation of U.S. law by its courts and legislative history. The Panel found that the US Court of Appeals for the Federal Circuit⁹¹, and the SAA, require the DOC to apply a methodology where the benefit from a prior financial contribution is not systematically extinguished solely by virtue of an arm’s-length, fair market value privatization. Since this practice prevents the United States from exercising a WTO-

⁹⁰ WTO Panel Report, United- States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from European Communities, WT/DS212/R (July 31, 2002), available at www.wto.org.

⁹¹ Court of Appeals for the Federal Circuit ruling interpreting Section 1677 (5) (F) Delverde SRL v. United States 202 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2000).

compatible discretion, Section 1677(5)(F) was found inconsistent with the SCM Agreement, which is the same interpretation reached by the Panel and the Appellate Body Reports in *US – Lead and Bismuth II*.⁹²

Later, however, the Appellate Body reversed part of the Panel's finding, stating that before the Panel arrive at the conclusion that privatization at arm's length and for fair market value "must" necessarily extinguish a benefit bestowed by a prior financial contribution, the Panel found, in apparent contradiction to its ultimate conclusion, that the investigating authority was *not* obliged to discontinue its investigation after determining that the privatization was made at arm's length and for fair market value. The Appellate Body decision emphasizes that "The Panel acknowledged that the investigating authority could find reasons to continue scrutinizing the circumstances of the privatization with a view to determining whether a benefit still existed." The Appellate Body concluded by correcting the language used by the Panel and found that Privatization at arm's length and for fair market value *may* result in extinguishing the benefit.

The interpretation by the US Court of Appeals for the Federal Circuit of Section 1677(5)(F) was also discussed by the CIT which remanded back to the DOC a Final Affirmative Countervailing Duty Determinations issued in 3 cases.⁹³ The CIT instructed the DOC to issue another determination that better interpreted the relevant facts pertaining to the privatization operation of those cases.

Apparently the CIT and the DOC have different opinions on how this analysis should be made considering that both have different interpretations about the Court of Appeals for the Federal Circuit ruling in the Delverde III. The DOC concluded that if the company is the same person as before, the subsidies remain with the "new company". The DOC believed that the focus of the analysis should be the entity itself and not the owners of the company. The CIT did not agree and required the DOC to analyze the whole operation and determine whether the purchasers paid a full fair market value for the company.

⁹² WTO Appellate Body Report, United States- Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138/AB/R (May 10th 2000), available at www.wto.org. [hereinafter EU case].

⁹³ The cases are Acciai Speciali (AST) , 64 FR 15508, French Stainless ,64 FR 30774, and French Plate , 64 FR 73277.

The WTO analyses and the controversies between the CIT and the DOC illustrates the problem presented by the DOC practice. Brazil was a third party on the above mentioned case regarding the European Communities. The U.S. legislation provides the DOC with a degree of discretion to assess the impact of changes in ownership and this can still bring problems for Brazilian exporters.

Proposals in the NGR call for a clarification with respect to the privatization issue in the SCM Agreement. The disagreement between the Panel and the Appellate Body regarding the elimination of subsidies given prior to privatization is the result of an unclear framework dealing specifically with change in ownership situations and the methodologies that the investigation authorities should be applying.

In addition, there is the question of implementation of Panel and Appellate Body decisions which is characterized by delays. In the case of Brazil, for example, the United States is still imposing countervailing duties on its imports of carbon steel plates and hot-rolled carbon steel in coils, even though the first of many decisions against the U.S. treatment of prior-privatization subsidies in AS cases at the WTO was announced in December 1999.⁹⁴ It is simply unacceptable that over four years have passed without compliance due to delay tactics by the United States, as Brazilian export losses mount.

In order to prevent further controversy and, most of all, delays in compliance with WTO decisions on this issue, I recommend that Article 27, which refers to the privatization question in the SCM Agreement, be amended with the following text borrowed from the EU case's Panel report: *"A privatization at arm's-length and for fair market value extinguishes the benefit to the privatized producer, which benefit the market has valued when assessing the fair market price which the privatized producer has fully paid for upon the privatization. If an importing Member wants to continue to apply countervailing duties, the importing Member must demonstrate, based on its examination of the conditions of the privatization, that the privatized producer still benefits from the prior financial contribution."*⁹⁵

⁹⁴ WTO Panel Report, United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, (WT/DS138/R). Appellate Body Report, (WT/DS138/AB/R), available at www.wto.org.

⁹⁵ See EU case, *supra* note 92, at 77.

R. Introduce discipline to the calculation of constructed value

Section 224 of the URAA⁹⁶ establishes that if the administering authority determines that the normal value of the subject merchandise cannot be determined, they may construct the value of that merchandise. Moreover, if the investigation authorities determine that a foreign producer is selling below cost, it may also construct the normal value of the producer's cost with the purpose of targeting below cost exports. Constructed value is determined by calculating the unit cost of production for a specific product and then adding a profit margin.

The constructed value method has been subject to much criticism. It is based on “formalistic rules” that do not reflect the reality by which they were created and also do not reflect the economic situation.⁹⁷ The reality is that, intentionally or not, the method usually inflates the cost to a level beyond the respondent's reality. This is allowed to happen because the AD Agreement does not provide adequate guidance on how the methodology should be applied and, once again, much discretion is left for the investigation authorities.

Article 2.2.2. of the AD Agreement establishes the procedures that should apply in order to determine a constructed normal value. It states that the cost of production must be added to a “reasonable amount for administrative, selling and general costs and for profits.”(emphasis added) . The Agreement later establishes in Article 2.2.2 that the amounts for costs and profits shall be based on “actual data pertaining to production and sales in the ordinary course of trade of the like product by the exporter or producer under investigation.”⁹⁸

Constructed value was found to be used in 25% of the US AD determinations⁹⁹. In the majority of those it was found that the results were significantly influenced by the amount of profit inputted into the calculation.¹⁰⁰ This evidence has lead to suggestions to eliminate or revise the profit component in these estimations.

⁹⁶ Section 773 of the Tariff Act 1930 as amended by 19 U.S.C. 1677b.

⁹⁷ Konstantinos Adamantopoulos and Diego De Notaris, *The Future of the WTO and the Reform of the Anti-Dumping Agreement: A legal Perspective*, 24 *Fordham Int'l L.J.* 30, page 50 (December 2000).

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ See Lindsey and Ikenson, *supra* note 23, at 18.

¹⁰⁰ *Id.*

I think that it would be a mistake to completely disregard profit in constructed value. If one assumes that a private firm in a market economy needs to make a profit on its sales in order to remain economically viable, profit¹⁰¹ is a necessary component of that firm's product value. In such a firm, profit may be forgone for a determined period, such as in the introduction of a product in a new market, but not consistently, for a longer period of time, without hurting the firm's overall value. Since profit is a necessary component of a viable product's value, it must also be a part of constructed value calculations.

Thus, my preference is for reform of the profit and cost components in constructed value. Presently, Article 2.2 of the AD Agreement allows the DOC to use only above cost sales of the investigated company to determine its profit margin, which has been a significant source of inflated dumping margins when constructed value is applied. As in the zeroing case, the true profit margin can only be determined if "all sales", above and below cost, are considered.

In the absence of domestic sales or suitable third market references, the use of surrogate costs and profit margin must be subject to strict rules, given the potential for abuse by investigating authorities. One major requirement here should be that third party costs and profits can only be used as a benchmark for another company's constructed value calculation if in line with the average for the subject industry in that particular country and if commensurate with the subject company's size and nature. This would prevent, for example, the use of a vertically integrated company's costs and profit, which are generally higher, in the constructed normal value of a smaller size, trading company, as was done by the DOC in the shrimp from Brazil AD investigation.¹⁰² The result, in this case, was a highly inflated margin of dumping, completely detached from the subject company's reality, which unfairly penalized its exports.

¹⁰¹ Profit in the accounting sense of the word, i.e., the excess of the selling price over all costs and expenses incurred in making the sale, which is the definition used by investigating authorities. In economics, the calculation of profit accounts for imputed costs as well as money outlays. For example, if a firm occupies its own building, an economist would deduct the amount of rent that the firm would earn if the building were rented out to the highest bidder (imputed rent). So, it is possible that some firms may be making an accounting profit, but a negative profit in the economic sense.

¹⁰² The victimized Brazilian company was Norte-Pesca. See USDOC Preliminary Antidumping Duty Determination on Shrimp from Brazil, 69 Fed. Reg. P. 47081-47091.

S. Define “ordinary course of trade”

Section 221 of the URAA defines ordinary course of trade as: “ the conditions and practices which, for a reasonable time prior to the exportation of the subject merchandise, have been normal in the trade under consideration with respect to merchandise of the same class or kind.”¹⁰³ The administering authority is instructed to consider outside the ordinary course of trade, sales and transactions, among others, below cost and transactions disregarded under section 773(f)(2).¹⁰⁴

The United States definition is not adequate because it excludes sales below cost. It is recognized in Article 2.2.1 of the AD Agreement that sales below cost are accepted sales if they do not occur within an extended period of time in substantial quantities and are at prices which do provide for the recovery of costs. Thus, there are instances in which sales below cost are in the ordinary course of trade, a situation that must be reflected in such a definition in order to make it consistent with the AD Agreement.

The Hot-rolled case¹⁰⁵ panel indicated that there was no definition of ordinary course of trade in the AD Agreement and that investigating authorities had the discretion to determine whether sales of a product below cost of production are actually reasonable.¹⁰⁶ But, as indicated in the author’s latest article, this discretion leads to abuses, which is exactly what needs to be eliminated in this case. Here, only a clear definition of the term “ordinary course of trade” can accomplish that.

I propose the following definition: ***“The term “ordinary course of trade” means the conditions and practices which, for a reasonable time prior to the exportation of the subject merchandise, have been normal in the trade under consideration with respect to merchandise of the same class or kind, including sales below cost which were made during the period of one year at prices that allow for the recovery of costs.”***¹⁰⁷

¹⁰³ Section 771 of the Tariff Act amended by 19. U.S.C. 1677(15).

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ See Hot Rolled Case, *supra* note 19.

¹⁰⁶ *Id.* at 38.

¹⁰⁷ Any changes made to the treatment of below-cost sales, such as the one contained in proposal L, should also be reflected here.

Concluding Remarks

This proposed reform of the AD and SCM Agreements or, as a matter of fact, any reform opposed by powerful protectionist lobbies in the United States, such as those representing steel, textiles and certain agricultural interests (orange juice, shrimp, cotton, among others), will certainly meet resistance. For as long as those lobbies are able to exert their political and financial pressure over the Legislative and Executive Branches, their positions, as has been the case in the past, have often become U.S. positions in bilateral, regional or multilateral trade negotiations.

So I expect that the recommendations in this paper that I regard as “restraints on abuse” will be called by those lobbies who opposed them “an attempt to weaken U.S. trade laws.” But, as evidenced by the rising number of successful WTO challenges of DOC and ITC rulings, it is becoming increasingly clear that the problem lies in the implementation of the AD and SCM Agreements in the United States, which, as we saw, is generally biased in favor of the petitioner.

Brazilian exporters, as well as others, have been victims of the powerful effects of AD and AS procedures on their exports to the U.S. market, especially due to the practices discussed here. I would like to see a major effort by countries representing these exporters to make possible the necessary changes and ensure a fairer, less abusive trade defense environment.

If, however, the situation at the multilateral negotiations is such that it is realistically impossible for Brazilian and other member-country representatives to achieve a consensual acceptance of all proposals hereby discussed, I would recommend that the following proposals make up a short-list of “must” changes. They are, in descending order of importance: adoption of new pre-initiation procedure (proposal A), termination of AD and AS duties in 5 years (proposal F), prohibition of zeroing and its derivatives (proposal N), mandatory lesser-duty rule and formula (proposal O), determination of negligible imports based on market share (proposal D), and equal application of price comparisons and “de minimis” standards in investigations and reviews (proposals I and J).

Selected Bibliography

103rd Congress, 1st Session, *Overview and Compilation of U.S. Trade Statutes*, Committee on Ways and Means, U.S. House of Representatives, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.: 1993.

103rd Congress, 2nd Session, *Uruguay Round Agreements Act*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.: 1994

Brazilian Embassy in Washington, *Barreiras a Produtos e Restrições a Serviços e Investimentos nos EUA*, Edições Aduaneiras, pp. 98-108, 2003.

GATT, *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, Marrakech: 15 April 1994.

GATT, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Marrakech: 15 April 1994.

LIMA-CAMPOS, ALUISIO. *Dumping e Subsídios: Impacto para o Brasil da Nova Legislação dos Estados Unidos*, Revista Brasileira de Comércio Exterior, FUNCEX, No. 44, July/September 1995.

LIMA-CAMPOS, ALUISIO and ADRIANA VITO. *Abuse and Discretion: The Impact of Antidumping and Countervailing Duty Proceedings on Brazilian Exports to the United States*, Journal of World Trade, 38(1): 37-68, 2004. Also, in Portuguese, in Revista Brasileira de Comércio Exterior, FUNCEX, No. 17 – July/September 2003.

LINDSEY, BRINK and DAN IKENSON, *Reforming the Anti-Dumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, CATO Institute, Trade Policy Analysis No. 21, December 11, 2002.

WTO, Appellate Body rulings, various cases and dates, available at www.wto.org.

WTO, Dispute Settlement Body rulings, various cases and dates, available at www.wto.org

WTO, Negotiating Group on Rules, proposals from various countries and groups, available at www.wto.org.

SOBRE AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS

*José Carlos da Silva Nogueira**

Introdução

O Direito Antitruste tem a sua base fincada na idéia de que apesar de existir um movimento de mercado em que a competição tende a ser reconhecida como a ferramenta essencial para o desenvolvimento tecnológico da sociedade, com todas as vantagens advindas desse processo, ações deletérias dos agentes econômicos transformaram-se em um dos principais receios daqueles para o qual esse mercado ágil e competitivo deve ser sempre estimulado e as condutas que possam servir de impedimento a esse objetivo devem ser sempre punidas com todo o rigor das leis adequadas à espécie.

Assim, pode-se dizer que as leis de proteção à ordem concorrencial obedecem ao princípio de que em um mercado competitivo, com a existência de um razoável número de fabricantes de um mesmo bem, ou prestadores de um mesmo serviço, os preços e a qualidade desses produtos serão sempre mais atraentes para os seus respectivos consumidores. Isso significa dizer que quanto maior for o número de competidores em um determinado mercado material e geográfico, maior será a vantagem outorgada aos consumidores via preço e qualidade.

Nesses termos, a política antitruste procura atingir a certos objetivos que visam garantir, por quatro amplos espaços dentro do universo econômico¹, o mercado competitivo, que por sua vez é capaz de promover um bem estar social a partir da oferta de produtos de boa qualidade a preços acessíveis. Nesse sentido, é certo que a política antitruste deve possibilitar o alcance de uma desejável performance econômica pelos agentes econômicos envolvidos no mercado específico, garantir a continuidade do processo competitivo no mercado relevante como um fim em si mesmo, estabelecer as regras para que o processo competitivo ocorra dentro dos princípios jurídicos básicos e, por fim, a prevenção quanto ao alargamento

* Mestre em Direito Comparado e Econômico pela University of San Francisco – CA

¹ Carl Kaysen & Donald F. Turner in *Antitrust Policy* 11-20 (1959).

dos agentes econômicos, evitando um indesejável aumento de poder de mercado.²

A política antitruste visa, portanto, dar garantias à concorrência considerando a expressão em causa como sendo a promoção que cada agente econômico busca fazer de sua empresa, com a finalidade de atingir ao lucro possível. Para dar garantias à concorrência, considerando que o mercado pensado em termos liberal clássico foi incapaz de assegurar a necessária competitividade, uma vez que foi possível perceber o incremento de certos grupos econômicos a nível monopolístico, estabeleceu-se parâmetros de comportamento para as firmas lançadas no mercado.

Carl Kaysen & Donald F. Turner, in *Antitrust Policy, 1959* – Harvard University Press – comentam sobre os resultados econômicos desejáveis afirmando que esses são os resultados perseguidos na economia como um todo. Nesse ponto, os autores acima citados lembram que é importante encontrar (i) eficiência no uso dos recursos, ou seja, a realização do maior número de produtos a partir do número de recursos disponíveis, (ii) crescimento do total de produtos e desenvolvimento de tecnologias que permitam a produção desses produtos com menos custo possível, (iii) uma certa estabilidade entre produção e emprego e, por fim (iv) uma distribuição equilibrada de resultados.

Não sendo objeto de nossas preocupações os itens acima mencionados, consideramos apropriado avançarmos no tema de nosso trabalho apresentando, ainda, dentro dos quatro apontados espaços do universo econômico, a linha da política antitruste. Assim, devemos abraçar o entendimento usual sobre o segundo ponto comentado que revela a necessidade da promoção de um processo competitivo.

Nesse ponto, o que se pode afirmar é que a competitividade é um fim que deve ser buscado independentemente do resultado econômico que de sua prática possa advir. É verdade que esse tipo de entendimento não encontra unanimidade entre os especialistas na matéria, uma vez que as Escolas

² Poder de Mercado pode ser definido como a capacidade (ou o poder) que uma firma tem de para fixar preços acima do nível competitivo de forma significativa e persistente. É verdade que o Poder de Mercado definido como sendo relacionado a preço é apenas uma forma de reconhecimento dessa condição por ser a de mais fácil aplicação e entendimento. E isto porque o Poder de Mercado pode ser exercido de várias formas conforme demonstra o artigo 21 da lei nº 8.884, do ano de 1994.

promotoras dos estudos acerca da política antitruste (Harvard / Chicago) divergem desse contexto, o que resulta em significativas mudanças de rumo nas decisões dos órgãos responsáveis pelo sistema de proteção à ordem concorrencial. Porém, não é estranho afirmar que a linha de pensamento que abraça a idéia da concorrência como um fim em si mesmo tem sido a de maior impacto tanto no mercado internacional quando no sistema pátrio.³

De qualquer forma, o que se pode aferir da afirmação de que a competição deve ser um fim em si mesmo é a idéia de que agentes econômicos com significativo poder de mercado devem ser monitorados e a elevação desse poder de ser coibida para se conter práticas monopolísticas que possivelmente devem advir dessa condição de domínio. Um mercado competitivo, sob esse ponto de vista, estabelece que as empresas inseridas em um determinado setor trabalhem próximas a idéias de lucros obtidos em longo prazo ao invés de assegurar lucros monopolísticos contrários aos interesses do mercado, e, em circunstância final, contrários aos interesses do consumidor e da economia como um todo.

Para tanto, é preciso que existam condutas corretas e justas, adequadas às normas jurídicas vigentes já estabelecidas para garantir o mercado competitivo, e capazes de se contraporem às práticas abusivas daqueles que eventualmente possuem poder de mercado. Desse modo, tipicamente são identificadas como práticas abusivas àquelas que permitem o ganho de poder de mercado utilizando-se de práticas coercitivas, a partir de um poder de mercado já existente. Assim, práticas tidas usualmente como *business bargaining* podem resultar na compreensão de condutas prontas para açambarcar o mercado, inibindo possíveis entrantes e eliminando os agentes econômicos competidores.

³ Revista do IBRAC – volume 10 número 3/ 2003 – “Os objetivos das Políticas de Defesa da Concorrência: A Escola de Harvard e a Escola de Chicago” – “Escola de Harvard, hegemônica na orientação da política antitruste norte-americana e de outros países entre as décadas de 50 e de 80, cujo conjunto de propostas teórico normativas tem como pilar de apoio o modelo de estrutura-conduta – desempenho (ECD). De outro lado, se encontra a “Escola de Chicago”, também conhecida como efficiency school, cujas origens teóricas remontam ao início dos anos 50, mas que somente passou a exercer sua influência sobre as políticas de defesa da concorrência dos E.U.A – de outros países, como o Brasil – a partir do início dos anos 80. Cada uma dessas Escolas, apesar dos elementos comuns, tem propostas diferentes para os objetivos das políticas de defesa da concorrência, gerando um debate perene em torno das metas mais adequadas e dos seus efeitos sobre o bem estar econômico e social (Dewey, 1990).”

No entanto, todos os atos praticados pelos agentes econômicos que possam ter causado impacto negativo em seus concorrentes deverão ser analisados de acordo com as normas jurídicas e econômicas, identificando a possibilidade de práticas abusivas por parte daqueles detentores do poder de mercado para se avaliar o prejuízo produzido ao mercado e a competitividade, como elementos de controle social.⁴ Esses atos que podem vir a ser considerados anticompetitivos estão previstos, sem ser de maneira exaustiva, como se verá mais adiante, no próprio corpo da legislação pátria que se ocupa da defesa da concorrência.

Dentro dos quatro campos de atuação da política antitruste no universo econômico pode-se apontar o controle quanto às estruturas de mercado, em que se procura evitar o aumento desproporcional em relação ao mercado dos agentes econômicos que buscam o crescimento de suas firmas por meio de operações societárias capazes de incrementar o seu poder de mercado. Esse último campo de atuação está diretamente ligado à concepção de ser possível e desejável promover uma certa distribuição de controle social com a divisão do mercado entre firmas relativamente menores do que mercados em que grandes corporações estão em atividade⁵.

A concepção de controle das estruturas de mercado remonta o período de início da prática antitruste nos Estados Unidos da América no período Jeffersiano. À época, então, considerou-se que as firmas, de forma individualizadas, eram politicamente irresponsáveis, mantendo completamente afastado de seu centro de interesses um compromisso com o bem estar social e a evolução da sociedade, e que, por conseqüência, grandes firmas deveriam

⁴ As práticas anticompetitivas estão lançadas no artigo 21, e incisos, da Lei nº 8.884, do ano de 1994, em caráter exemplificativo. Por meio das condutas exemplificadas é possível perceber as várias formas com que agentes econômicos podem exercer um certo Poder de Mercado, a fim de garantir a predominância no mercado eliminando os seus concorrentes ou bloqueando a entradas de possíveis competidores.

⁵ Esse entendimento é decorrente da própria Lei 8.884/94 que estabelece como requisitos para a aprovação de atos de concentração a inovação tecnológica, com realocação de recursos, os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente, e não se elimine a concorrência, além de outros. Se hoje no Brasil não há um comprometimento por parte das autoridades antitruste com as regras insertas na Lei acima citada, pautando as suas decisões em uma linha estreita de eficiência-pura, grande prejuízo se está imputando a sociedade na medida em que não se alcança, em face da situação econômica brasileira, com defasagem na distribuição de renda e estrutura concentrada da propriedade, o que deveria ser o objetivo da Política Antitruste, ou seja, o bem estar social.

ser consideradas extremamente perigosas. De fato, a experiência tem demonstrado que estruturas excessivamente concentradas tendem a apresentar condutas, por parte das firmas, infrativas, visando a eliminação dos concorrentes ou então visando impedir a entrada de novos agentes no mercado específico.

Em face de tais condições pode-se notar que as legislações de defesa da concorrência, no âmbito nacional e no âmbito internacional, preocupam-se em impedir a concentração de mercado, via controle de poder econômico. De fato, a larga experiência demonstra que tanto melhor que reprimir as condutas consideradas anticompetitivas é impedir que condições se estabeleçam de forma a permitir que atos contrários à concorrência dominem o cenário econômico.

Por outro lado, em alguns mercados a excessiva concentração ocorre porque certos segmentos exigem uma alta concentração de investimentos, de tecnologia e técnicas de administração, não suportando, por consequência, um número acirrado de competidores⁶. Contudo, segundo entendimento consensual, independentemente das condições pouco propícias para um mercado de competitividade acelerada, tendo em vista as possibilidades de os agentes econômicos burlarem a regra de uma *fair competition*, devem valer as normas legais segundo as quais a concentração de mercado deve ser evitada, permitindo-se a existência do maior número de competidores possíveis, sendo a análise em relação ao mercado diferenciado⁷ uma exceção à regra principal.

A legislação brasileira

Com base nesses preceitos a legislação brasileira estampou as regras para a defesa da concorrência no País. A atual Lei de Defesa da Concorrência – nº 8.884, do ano de 1994 – atende às inclinações do direito internacional na matéria, e, ainda, aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, especialmente o artigo 173, parágrafo 4, que trata da repressão ao abuso de poder econômico⁸. A partir de então foram promovidos dois aspectos essenciais para a coordenação do sistema de proteção à ordem concorrencial e é nesses dois aspectos que se encontram os pilares da defesa da concorrência e as sua principais características.

⁶ Siderúrgicas e Aviação como exemplos.

⁷ Aquele que por força do alto grau de investimentos tecnológicos e financeiros impede a entrada de vários competidores no mercado relevante.

⁸ Comentar o que eu digo no meu artigo na página 214 sobre o artigo 170.

Os dois pilares existentes na Lei de Defesa da Concorrência são os dois instrumentos para a efetivação de seus objetivos, que são lançados da seguinte forma:

- (i) controle preventivo das estruturas de mercado concentradas;
- (ii) controle repressivo das condutas anticoncorrenciais.

O controle preventivo, estabelecido no artigo 54 da Lei n 8.884, do ano de 1994, tem o condão de impedir a concentração de mercado por meios artificiosos⁹. Assim, os negócios jurídicos articulados por agentes econômicos que tenham um faturamento bruto superior a R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais), ou caso a operação em debate resulte em uma participação acima de 20% do mercado relevante, devem ser submetidos ao sistema de proteção à ordem concorrencial, a fim de se evitar que estruturas de mercados sejam consolidadas com poder de mercado capaz de impedir a competitividade do setor.

Nesse caso, os órgãos que compõem o sistema de proteção à ordem econômica, procurando assegurar um ambiente competitivo, evitando o surgimento de estruturas que ponham em risco esse ambiente desejável, promovem uma avaliação das operações societárias nos exatos termos do parágrafo 3 do artigo acima mencionado, estando as firmas envolvidas na operação obrigadas a apresentar o negócio realizado dentro de um determinado período de tempo (quinze dias úteis).

De qualquer forma, não parece interessante desenvolvermos essa primeira ferramenta do sistema de proteção à ordem concorrencial por não se tratar do objeto de nossa presente análise. De fato, o presente trabalho

⁹ Ganho de poder de mercado considerado natural, ou seja, decorrentes de uma conduta produtiva em matéria tecnológica – patentes, por exemplo -, além de talento administrativo, não deve ser considerado prejudicial pelo setor de proteção à competitividade. Ao contrário, o ganho natural deve ser entendido como o prêmio que o agente econômico detentor de significativa capacidade empresarial deve receber pelos seus esforços e criatividade. Além do mais certas concentrações não representam prejuízos potenciais para o mercado se houver, sob uma perspectiva econômica, uma razoável elasticidade da demanda. Nesse sentido, Posner (1992: 300) esclarece que: “so the greater the elasticity of demand, the smaller the ratio of the monopoly to the competitive price, and the less monopoly power the firm will have.”

prende-se, com mais vigor, as condutas anticoncorrenciais, segundo pilar da Lei n 8884, do ano de 1994. E o controle repressivo tem por objetivo coibir as práticas anticompetitivas tanto de natureza vertical – ao longo da cadeia produtiva – quanto aquelas de natureza horizontal – dentro de um mesmo mercado –, por parte de empresas que detém o Poder de Mercado¹⁰.

Evidentemente, as operações e as práticas que podem acarretar, em tese, prejuízo ao mercado – em face de um Poder de Mercado existente –, e que estão previstas nos artigos 20 e 21 da Lei comentada, deverão ser analisadas de forma cuidadosa¹¹. A verificação de ganhos significativos de eficiência econômica, por exemplo, que tragam vantagens para o bem comum, agregando valor ao mercado existente, deve prevalecer para que se possa obter uma aplicação eficiente da legislação aplicável à espécie.

As possíveis práticas anticoncorrenciais das associações comerciais

É no cenário das práticas anticompetitivas que podemos encontrar alguns atos patrocinados pelas associações comerciais possíveis de serem considerados indicadores de conduta concertada. De acordo com a literatura nacional e internacional, bem como decisões prolatadas no Brasil e nos Estados Unidos da América, pouca dúvida resta quanto ao entendimento de que as associações comerciais podem contribuir para atacar o mercado ou mesmo prejudicar um cenário de competitividade dentro de um determinado segmento mercadológico¹².

¹⁰ Nesse ponto é importante notar que a análise de certos elementos do mercado (mercado relevante, posição da empresa no mercado, barreiras à entrada etc) merece verificação para se avaliar a capacidade de um determinado agente econômico produzir prejuízos para o mercado a partir de práticas tidas, em um primeiro momento, como anticoncorrenciais. É certo, porém, que certos atos serão considerados ilegais *per se* independentemente da estrutura do mercado dada a sua malignidade para a concorrência, como o caso de práticas cartelizadas.

¹¹ É importante apontar que em termos gerais pode-se dizer que as condutas previstas no artigo 21 conduzem ao cenário estampado pelos incisos lançados no artigo 20.

¹² No caso *American Column and Lumber Co. v. United States* a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu haver violação da legislação antitruste a partir da divulgação de preços entre os competidores. Na verdade foi identificado que os membros daquela associação encontravam-se freqüentemente para discutir preços, métodos de benefícios e incentivos, quantidades para serem comercializadas e para ficarem em estoque. Existia, no caso, inclusive penas impostas para aqueles que não se comportassem de acordo com as normas estabelecidas, evidenciando um verdadeiro “gentlemen’s agreement”.

Como se sabe, as associações comerciais são entes jurídicos de direito privado. É de se notar que as empresas que compõem o ente em questão não se confundem com a sua própria estrutura, na medida em que cada associado tem a sua própria individualidade, não sendo possível, pois, confundir a existência jurídica das pessoas envolvidas. Assim, é verdade que as associações têm a sua própria individualidade, a sua própria autonomia, não se confundindo com a personalidade de seus membros afiliados.

As associações comerciais se propõem a uma série de atividades que no mais das vezes não podem ser consideradas como restritivas ou ameaçadoras à ordem concorrencial. Na verdade, em sua grande maioria as atividades das associações são extremamente benéficas, tanto para os seus associados quanto para aqueles que se utilizam dos serviços e/ou produtos lançados por seus membros, podendo-se apontar dentre essas atividades as reuniões para melhor orientar os seus associados sobre o nível de serviço ou produtos lançados no mercado, arbitragem entre os seus afiliados e consumidores diretos e indiretos, defesa dos interesses da categoria perante autoridade e publicação de periódicos sobre as atividades de seus componentes.

As associações comerciais também costumam promover outros tipos de atividades que muitas das vezes são objetos de análise tanto pelos órgãos de proteção à concorrência quanto pelo Ministério Público Federal. Essas atividades costumam levantar suspeita pelos órgãos acima comentados por força da divulgação de dados acerca de preços, condições de compra e venda de mercadorias, produção e outras informações sobre o cenário do mercado envolvido. A partir disso, dúvidas sobre o comportamento dos membros da associação podem surgir na medida em que certas informações podem ser usadas para práticas anticompetitivas.

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – tem apresentado decisões no sentido de condenar associações comerciais por atentarem contra a ordem econômica, conforme se verifica do voto proferido pela i. professora Lúcia Helena Salgado, Conselheira daquela Autarquia à época, quando esclarece no Processo Administrativo nº 155/94 que:

“A jurisprudência brasileira, contudo, é clara quanto à conduta de imposição de tabelas de preços entre concorrentes. Em 14 de fevereiro de 1996 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica decidiu pela procedência da representação da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados contra

a Associação Médica Brasileira¹³, aplicando multa e determinando a cessação da prática, além das seguintes providências entre outras: 1. abster-se de divulgar ou recomendar tabela de honorários médicos e serviços hospitalares ou instrumento similar que promova a uniformização dos preços de tais serviços; 2. comunicar à entidades associadas ou vinculadas que a tabela existente não poderia ser utilizada nem reajustada; 3.- determinar às entidades vinculadas ou associadas que comuniquem a decisão do CADE às entidades prestadoras de serviços médicos ou intermediários que adotam a tabela da AMB.”

Ainda nessa linha de entendimento, podemos verificar a jurisprudência firmada pela Autarquia competente no Processo Administrativo 121, do ano de 1992, contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo, em que o Conselheiro- Relator Marcelo Soares frisou o seguinte:

“As orientações tomadas em Assembléia Geral Extraordinária como também os contratos que nela se baseiam demonstram a existência de um agente com poderes suficientes para influenciar e induzir a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, em detrimento do livre mercado e dos consumidores, esses últimos tolhidos no seu direito de escolha.”

Divulgação de informações (inclusive para fins de cartelização)

De fato, as associações comerciais, por meio da divulgação de certas informações, podem contribuir significativamente com a competitividade do setor quando apresentam dados que permitem os seus membros saberem em que níveis devem estabelecer os seus preços de forma a poder competir de forma eficiente. As informações sobre as matérias primas e/ou os estoques também podem ser significativas e importantes porque são capazes de oferecer condições para os associados conhecerem os preços e as quantidades antes de negociarem a mercadoria.

Contudo, as informações sobre preços também podem servir para a adoção de práticas concertadas, como o cartel, que necessita de algumas condições propícias para ser implementado¹⁴. Nessa seara, a associação

¹³ Processo Administrativo nº 61/92.

¹⁴ Para a implementação dos Cartéis certas condições estruturais costumam existir de

comercial pode servir de instrumento ou orientadora de práticas ilícitas¹⁵ na medida em que as informações que advêm de suas reuniões, de suas deliberações, ou mesmo de encontros informais, podem estar disponibilizadas exatamente para a condução de políticas concertadas por parte de seus membros.¹⁶ Portanto, o raciocínio legal para a responsabilização de associações comerciais por práticas contrárias à concorrência é no sentido de que apesar do permissivo constitucional à livre associação (artigo 5, inciso XVII da Constituição Federal)¹⁷ deixar evidenciado a legitimidade do agrupamento de entes privados, o mesmo não autoriza a adoção de práticas

forma a estimular o seu desenvolvimento. Assim, podemos apontar (i) uma elevada concentração da produção e da venda, uma vez que a negociação, implementação e monitoramento de acordos de preços é mais fácil em tal situação; (ii) elevadas barreiras à entrada, fazendo com que o acordo entre as firmas envolvidas no processo de cartelização não seja prejudicado por novos entrantes; (iii) a presença de sunk costs elevados, evitando a entrada do tipo “hit and run” por parte de potenciais entrantes; (iv) a presença de significativa economia de escala (evitam também a entrada de pequenos concorrentes e se atende a idéia de um mercado concentrado; (v) elevada homogeneidade do produto, pois assim se encontra maior facilidade de monitoramento entre as firmas praticantes da atividade colusiva; (vi) ausência de diferenças significativas entre as empresa envolvidas em termos de economia de escala e tecnologia (a diferenciação acaba por resultar em uma maior dificuldade de implementação do acordo, uma vez que as firmas avançadas não seriam atraídas em função de terem posição de destaque no mercado; (vii) demanda com pequenas flutuações.

Esses pontos apenas indicam condições estruturais que podem ser propícias à prática cartelizada, mas outros resultados de mercado devem ser analisados para se verificar os indícios da prática anticompetitiva.

¹⁵ No caso *U.S vs Container Corp. of America* restou estabelecido que: “when the market is inelastic and the number in it is small, the exchange of price information tends to restrain trade and restrict competition”

¹⁶ Como se sabe, as práticas ilícitas não costumam estar estampadas em atas de reuniões, sendo incomum que pessoas tendentes a estabelecer atos anticompetitivos promovam registros de suas deliberações sabendo-se que tal documento constituiria prova irrefutável de sua conduta criminosa. É por essa razão, e por serem as associações entes jurídicos reconhecidos constitucionalmente que todos os atos denunciados e investigados pelos órgãos de proteção à concorrência merecem uma análise, em geral, com base na regra da razão (isso significa que as medidas adotadas pelas associações não podem ser consideradas ilegais per se).

¹⁷ O artigo 5, inciso XVII da Constituição Federal estabelece que: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

que afrontam outro preceito constitucional; o que estabelece o princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV da Constituição Federal)¹⁸.

Destarte, é fundamental que as associações reconheçam os seus limites como entidades jurídicas, capazes que são de fomentar o mercado, contribuir para a eficiência de seus membros, mas não podem, sob pena de responderem perante os órgãos de proteção à concorrência e ao Poder Judiciário por atos ilícitos contrários ao sistema de competição estabelecido pelo princípio da livre concorrência, patrocinar condutas que venham a açambarcar o mercado e restringir a competitividades do setor¹⁹.

Em decisões da Suprema Corte Americana podemos perceber a linha adotada pelos órgãos internacionais acerca das condutas das associações comerciais e seus limites como provedoras de informações e entidade atuante a favor dos interesses de seus associados. No caso *National Society of Professional Engineers* a Suprema Corte Americana decidiu, ainda que de forma indireta, que a associação era capaz e responsável por conspirar, combinar e acordar práticas anticompetitivas que contrariam as regras norte americanas (*Sherman Act*), e que, por conseqüência, não era sustentável a defesa no sentido de que a associação, pelo seu caráter legítimo, reconhecido pela ordem legal, estaria isenta das responsabilidades insertas nas regras do antitruste²⁰.

E a respeito da troca de informações sobre preços, o caso *U.S vs. Container Corp. of America* é emblemático²¹. Nesse caso, em razão de haver uma inelasticidade da demanda, a troca, ainda que informal, de informações a respeito dos preços praticados pelos agentes econômicos do mercado relevante analisado apontava para uma conduta concertada na medida em que os preços findaram por aparecer, em um determinado período de tempo, de forma semelhante. E essa prática foi compreendida pela Suprema Corte como uma conspiração para fixação de preços.

¹⁸ O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência.

¹⁹ A bem da verdade, a restrição do mercado não pode ser interessante para uma associação legítima, na medida em que, ao menos em tese, quanto maior o número de associados maior será a sua receita e poder de convencimento perante às autoridades para obter benefícios do interesse da categoria.

²⁰ 435 U.S. 679 (1978)

²¹ 393 U.S. 333 (1969)

A decisão do Juiz Douglas reconheceu que a prática adotada pelos Container Manufacturers conduzia a uma estabilização indesejada dos preços por meio de um acordo informal de preços. Em parte de sua decisão o Juiz em questão assentou que:

“The result of this reciprocal exchange of prices was to stabilize prices though at a downward level. Knowledge of competitor’s price usually meant matching that price. The continuation of some price competition is not fatal to the Government’s case. The limitation or reduction of price competition brings the case within the ban, for as we held in *United States v. Socony – Vacuum Oil Co.*, supra, 310 U.S at 224, n 59, interference with the setting of price by free market forces is unlawful per se. Price information exchanged in some markets may have no effect on a truly competitive price. But the corrugated container industry is dominated by relatively few sellers. The product is fungible and the competition for sales is price. The demand is inelastic, as buyers place orders only for immediate, short-run needs. The exchange of price data tends toward price uniformity. For a lower price does not mean a larger share of the available business but a sharing of the existing business at of § 1 of the Sherman Act. As we said in *United States v. Socony- Vacuum Oil Co.* “in terms of market operations, stabilization is but on form of manipulation.” The inferences are irresistible that the exchange of price information has had an anticompetitive effect in the industry, chilling the vigor of price competition. The agreement in the present case, though somewhat casual, is analogous to *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377; *United States v. American Linseed Oil. Co.*, 262 U.S. 371.

Price is too critical, too sensitive a control to allow it to be used even an informal manner to restrain competition.”

Em decisão que acompanhou a Corte, o Juiz Fortas reconhece que a simples troca de informações sobre preços não pode ser considerada violação *per se* da regras antitruste. Contudo, como no caso em apreço, a ação adotada pelas firmas do setor revela-se inapropriada em termos de controle da concorrência, e, por conseqüência, ilegal. O Juiz em questão apontou em sua decisão que a troca de informações possibilitou uma regulação indesejável de preços a partir do acordo informal realizado pelos agentes econômicos envolvidos no caso. Assim, asseverou o i. magistrado:

“In summary, the record shows that the defendants sought and obtained from competitors who were part of the arrangement information about the competitors’ prices to specific customers. “In the majority of instances,” the District Court found, once a defendant had this information he quoted substantially the same price as the competitor, although a higher or lower price would “occasionally” be quoted. Thus the exchange of prices made it possible for individual defendants confidently to name a price equal to that which their competitors were asking. The obvious effect was to “stabilize” prices by joint arrangement – at least to limit any price cuts to the minimum necessary to meet competition. In addition, there was evidence that in some instances, during periods when various defendants ceased exchanging prices exceptionally sharp and vigorous price reductions resulted.

On this record, taking into account the specially sensitive function of the price term in the antitrust equation, I cannot see that we would be justified in reaching any conclusion other than that defendants’ tacit agreement to exchange information about current prices to specific customers did in fact substantially limit the amount of price competition in the industry. That being so, there is no need to consider the possibility of a per se violation.”

Como se vê, na decisão em causa a Corte deixou evidenciado que em um cenário de mercado com demanda inelástica não existe razão para esse tipo de acordo que não seja regular preços, motivo suficiente para haver a repreensão da Corte para os agentes econômicos daquele mercado. O acordo informal revelado no caso analisado demonstrou haver um interesse por parte dos agentes econômicos envolvidos em permanecer adotando preços regulados a partir das revelações obtidas pelas informações colhidas entre as firmas condenadas. É importante notar que esse mercado se apresentava como um mercado em desenvolvimento, com crescimento significativo de empresas no setor, em função de baixas barreiras à entrada existentes, ainda que com uma demanda inelástica, mas ainda assim, devido às evidências de um mercado concentrado em padrão preço, a Corte resolveu apontar a ilicitude do acordo informal realizado para a troca de informações de preços praticados.

A padronização de condutas promovida pelas associações

Em outra linha de atuação concertada, na esteira das hipóteses acima levantadas, a literatura internacional aponta para a padronização de condutas

diferenciadas de fixação de preços. Para não fugirmos do ponto importante para a nossa análise convém não estabelecermos discussão sobre se a prática de padronização de comportamento diferenciada de preço está mais próxima de uma análise de fixação de preços ou de um grupo de boicote²².

Na ação concertada para estabelecer padrões de comportamento não vinculado a preços, os órgãos de proteção à concorrência tendem a fazer uma análise racional do mercado, verificando as condições estruturais do segmento em questão, para compreender se a prática tem como consequência a restrição do mercado por meios artificiosos, condenando, eventualmente, as condutas restritivas²³. No caso *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242, 62 L.Ed. 683, a Suprema Corte do Estados Unidos da América considerou não haver nenhuma violação aos comandos antitruste por ter sido estabelecida uma simples padronização de horário para a negociação de grãos. Restou estabelecido que uma regulação mínima não pode ser considerada uma infração, sendo certo que para a Corte o teste de legalidade passava por verificar se a restrição apresentada pela formalidade feita pela associação promovia a competitividade ou a eliminava. Considerando que a associação estabeleceu que depois de uma determinada hora o valor do grão estaria determinado de acordo com a cotação do final do dia, mas que nada impedia de o agente econômico, caso quisesse pagar um preço menor, esperasse pelo dia seguinte, a Corte entendeu não haver risco para a competição do setor, que somente afetava o mercado de Chicago e de forma ínfima.

O Juiz Brandeis lançou os seguintes comentários finais sobre o caso:

²² Essa diferenciação é de suma importância porque a fixação de preços será considerada ilegal per se enquanto que uma acusação de grupo de boicote deverá, em regra, seguir o princípio de uma análise antitruste baseada na regra da razão

²³ Em *Sullivan – Antitrust* – p. 275, o autor comenta o caso *National Macaroni Manufacturers Association v. FTC* com a seguinte nota: “the case is perhaps unique in predicating liability almost solely upon the standardization program. There, a disastrous growing season had driven up the price of durum wheat and manufacturers of macaroni had agreed to a standardized reduction of about fifty percent in the use of this flour in their products. All these aspects of the recipe were not standardized; it was anticipated that less expensive wheats than durum would be utilized in its stead. The court viewed this concerted activity, which directly tended to reduce the market for durum wheat and to depress its price and which manifestly had that purpose, as tantamount to price fixing and it held the program unlawful.”

“The restraint imposed by the rule is less severe than that sustained in *Anderson v. United States*, 171 U.S. 604. Every board of trade and nearly every trade organization imposes some restraint upon the conduct of business by its members. Those relating to the hours in which business may be done are common, and they make a special appeal where, as here, they tend to shorten the working day or, at least, limit the period of most exacting activity. The decree of the District Court is reversed with directions to dismiss the bill.”

Grupo de boicote

Em casos envolvendo recusa por parte de agentes econômicos, competidores, em tese, entre si, em comercializar com outras firmas existentes no mercado, as decisões apontam para o reconhecimento de que práticas dessa natureza, submetidas à regra da razão²⁴, podem ser consideradas como atos contrários ao princípio da livre concorrência. Esse tipo de conduta, quando entre competidores, tem a natureza de uma infração em nível horizontal. Em uma segunda possibilidade existe a relação de natureza vertical, que se revela quando um determinado grupo de firmas força um fornecedor ou distribuidor a romper relações comerciais com um competidor daquele grupo. Ainda que o resultado seja em nível horizontal o acordo foi realizado em linha vertical²⁵.

O grupo de boicote clássico procura proteger os seus membros da competitividade que pode ser estabelecida por agentes econômicos não pertencentes ao grupo associado. E a forma pela qual grupos de boicote agem é por meio de ações concertadas, que impedem a entrada de potenciais concorrentes no mercado, ou padronizando comportamentos que podem eliminar as firmas competidoras que não atendem as expectativas daquele determinado grupo. Sullivan, in *Antitrust*, ed. West Group, à página 230, esclarece, em poucas palavras, as condições propostas por um grupo de boicote da seguinte forma:

²⁴ Pelas regras norte americanas poderá se verificar que o ato praticado merece ser considerado ilegal per se o que resultará em uma não apreciação de possíveis benefícios econômicos advindos da prática analisada.

²⁵ Nesse sentido, poder-se-ia definir o Grupo de Boicote como um grupo de firmas que agem de maneira concertada para restringir o mercado impedindo que outros concorrentes participem ou sejam excluídos do setor envolvido garantido assim o seu Poder de Mercado.

“The boycotting group members, in effect, say to their suppliers or to their customers, *“if you don’t stop dealing with non-group members, we will stop dealing with you”*. If continued trade with group members is more important to a supplier or customer than is trading with non-group members, this threat will be effective. And if all suppliers or customers reached in this manner are, in the aggregate, of significant commercial importance to the non-group members, the boycott will be successful and the victims of the boycott will have been foreclosed from competing with the perpetrators of the boycott.”

No julgamento da *Associated Press v. United States* – 326 U.S 1 (1945) restou decidido que quando firmas que competem entre si estabelecem, de forma concertada, por meio de deliberações e/ou resoluções, que outras firmas, do mercado direto ou indireto, não poderão usufruir dos seus produtos, existe a violação da legislação antitruste. No caso em apreço, a associação processada tentava evitar que outras firmas existentes no mercado e competidoras de seus associados recebessem informações produzidas em seu estabelecimento, bem como impedia a inscrição de certas firmas em sua associação impedindo a sua afiliação²⁶.

O raciocínio que permeia o caso acima mencionado é de que existe a liberdade de negociar e isso é inquestionável. Contudo, essa liberdade não assegura o direito de, de forma concertada, restringir acesso de outras firmas aos produtos lançados por associação de classe, sendo certo que nas condições existentes apresenta-se uma violação à legislação antitruste, não sendo necessário nem mesmo a existência de uma estrutura de mercado monopolizada para a sua condenação, na medida em que não se deve esperar a concretização de tal condição para se apontar o ataque à livre concorrência.

Evidentemente, o grupo de boicote encontra variadas formas de solapar a concorrência, produzindo não somente as ameaças diretas aos seus fornecedores e/ou consumidores, mas, também, cooptando parte dos agentes econômicos não pertencentes ao grupo, convencendo-os, por meios ardilosos

²⁶ Em seu relatório sobre o caso, o Juiz Black aponta que: “The heart of the government’s charge was that appellants had by concerted action set up a system of By-Laws which prohibited all AP members from selling news to non-members, and which granted each member powers to block its non-member competitors from membership. These By-Laws to which all AP members had assented, were, in the context of the admitted facts, charged to be in violation of the Sherman Act (...)”

e/ou fraudulentos, de que os agentes econômicos indesejáveis representam uma ameaça à imagem de todos aqueles inseridos no mercado afetado. Outra forma de cooptação é por meio de oferta de vantagens que somente são proporcionadas aos membros do grupo, mas que podem ser proporcionadas a alguns excluídos como forma de retribuição pelo atendimento às determinações do grupo infrator.

Movimentos de influência

Em outro caso bastante significativo – *Eastern Railroad President's Conference v. Noerr Motor Freight Co.*²⁷ – a Corte americana fez valer a posição de que propostas de leis apresentadas ao Congresso que de alguma forma restrinjam atividades comerciais não podem ser consideradas uma violação à legislação antitruste. No julgamento em questão, certas firmas de caminhão moveram uma ação contra a ferrovia e a associação de seus representantes alegando que a proposta enviada ao Congresso, socorrida por uma campanha difamatória e viciada, seria um ato ilícito por ser uma tentativa dissimulada de restringir a competitividade entre os segmentos de mercado envolvidos na disputa (viagens de longa distância).

Em um primeiro momento, a Corte local (District Court in Pennsylvania) foi favorável à medida legal patrocinada pela indústria de caminhões, atendendo toda a sua alegação e reconhecendo que o grupo ferroviário pretendeu, por meio de um expediente disfarçado, causar um dano à livre concorrência. Em seqüência, em seara de apelação, a Suprema Corte revisou a decisão reconhecendo que não se pode considerar como violação à legislação antitruste um simples pedido para o Governo de edição de uma lei. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que independentemente da forma de publicidade utilizada pelo grupo ferroviário, esse não era um caso em que a campanha poderia ser considerada como uma violação ao Sherman Act, especialmente porque o grupo caminhoneiro não conseguiu provar haver uma deliberada intenção de prejudicar a concorrência.

O Juiz Black lançou as razões finais no julgamento da questão comentada da seguinte forma:

²⁷ 365 U.S.127 (1961)

“In rejecting each of the grounds relied upon by the courts bellow to justify application of the Sherman Act to the campaign of the railroads, we have rejected the very grounds upon which those courts relied to distinguish the campaign conducted by the truckers. In doing so, we have restored what appears to be the true nature of the case – a “no-holds-barred-fight” between two industries both of which are seeking control of a profitable source of income. Inherent in such fights, which are common place in the halls of legislative bodies, is the possibility, and in many instances even the probability, that one group or the other will get hurt by the arguments that are made. In this particular instance, each group appears to have utilized all the political powers it could muster in an attempt to bring about the passage of laws that would help it or injure the other. But the contest itself appears to have been conducted along lines normally accepted in our political system, except to the extent that each group has deliberately deceived the public and public officials. And that deception, reprehensible as it is, can be of no consequence so far as the Sherman Act is concerned.

Reversed.”

No corpo de sua decisão, o ilustre magistrado também ressalta que a mera combinação para conseguir um resultado que pode prejudicar a uma das partes envolvidas na contenda não é ilegal simplesmente porque existem mais de uma pessoa para patrocinar a prática tida como ilícita (uma Associação demandando uma Lei ao governo que ao final poderá trazer prejuízo para um outro grupo). E também reconhece que uma campanha disfarçada para conseguir alcançar a restrição de um mercado pode ser considerada violação a legislação antitruste, mas que, sem dúvida, é preciso haver provas bem fundamentadas dessas alegações²⁸.

Conclusão

Portanto, não se pode pensar que as associações comerciais, por serem entidades reconhecidas constitucionalmente, não se submetem aos

²⁸ No caso *Rangen, Inc. v Sterling Nelson and Sons, Inc.*, 351 F.2d 851 (9th Circuit 1965) o Tribunal considerou haver violação a legislação antitruste quando se provou que os processados haviam subornado certos agentes governamentais para conseguirem obter benefícios comerciais.

princípios insertos na legislação antitruste. As associações comerciais são entes alcançáveis pela citada legislação, sendo certo que os casos acima expostos configuram apenas exemplos de atos que patrocinados pelas respectivas entidades resultaram ou em condenação ou absolvição à luz da legislação de proteção à ordem concorrencial americana.

Nessa linha de raciocínio é importante frisar que concernente a Lei nº 8.884, do ano de 1994, especialmente o seu artigo 21, e incisos, as hipóteses de condutas anticompetitivas previstas são de caráter meramente exemplificativo. Isso significa dizer que outras condutas, ainda que não previstas literalmente no ditame legal, podem ser passíveis de análise por parte dos órgãos de proteção à concorrência.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem seguido a linha de pensamento dos órgãos internacionais, reconhecendo a capacidade de articulação das associações comerciais para promoverem atos muitas vezes condenáveis nos termos da legislação analisada. De fato, decisões importantes têm sido proferidas pelo órgão antitruste no sentido de apontar que o papel das associações pode ser elemento aglutinador de concorrentes que, conhecendo informações relevantes do setor, estabelece padrões de comportamento altamente condenáveis em termos concorrenciais.

Em que pese a seriedade e responsabilidade com que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem atuado nessas questões, utilizando-se da regra da razão para julgar as condutas investigadas, é fundamental que as entidades representativas de setores do mercado compreendam que de acordo com a legislação em referência não existe a necessidade de intenção de prática restritiva para haver uma condenação. Conforme estabelece a Lei nº 8.884, e farta jurisprudência a respeito, para haver a condenação em seara antitruste basta acontecer a possibilidade de um dano ao mercado, ou, ainda, que ocorrido o dano, este não decorra de uma intenção por parte daquele que o levou a cabo.

E conforme já comentado no corpo do presente artigo, as autoridades antitruste costumam ser bastante atentas aos indícios capazes de apontar as práticas infratoras, considerando extremamente importante toda estrutura do mercado para iniciar a representação administrativa, que poderá se converter em um processo, com uma eventual condenação caso todos os caminhos indiquem ter havida uma conduta colusiva. As autoridades governamentais não se restringem a análise de documentação produzida pelas associações, pois, como sabe, atos ilícitos não costumam estar estampados em contratos ou acordos, ou mesmo em atas de assembléias, uma vez que,

em sendo verificado documentos dessa natureza, o grau de possibilidade de uma condenação torna-se bastante elevado.

A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS *

*Marco Antônio Ribeiro Tura ***

1. O tema da autonomia das agências reguladoras tem sido tratado pelos juristas das mais variadas matrizes teóricas e com as mais variadas concepções políticas. As posições vão desde aqueles que, simplesmente, negam tal autonomia, sob alegação de afronta à letra e ao espírito da Constituição, até aqueles que a defendem, inclusive sem qualquer preocupação com a letra ou com o espírito da Constituição. A questão da autonomia das agências reguladoras não pode ser analisada de maneira abstrata. Por isso, a compreensão adequada da autonomia conferida às agências reguladoras reclama considerações sobre a concretização do direito, em geral, e do direito constitucional, em especial. Faço, isso, portanto, começando por tratar do processo de concretização em termos teóricos, para, em seguida, alcançar a sua dimensão prática.

2. A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito.¹ Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito.² Concretizar o direito significa

* Trabalho apresentado ao Grupo de Pesquisa Institucional sobre Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

** Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Presidente da Associação Americana de Juristas no Estado de São Paulo. Membro Titular da Comissão Permanente de Direito Comunitário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Titular da Comissão Especial para a Reforma do Poder Judiciário da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo.

¹ Gadamer, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.^a edição, 1998, p. 460 e seguintes 482 e seguintes.

² Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a edição, 1997, p. 293 e seguintes.

aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

3. Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação.³ Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.⁴ E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolúvelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz

³ A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996, p. 168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50 e seguintes.

⁴ Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, p. 79 e seguintes. Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996.

pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

4. Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.⁵ Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.⁶ A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.⁷

5. Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição

⁵ Mello, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10.^a edição, 2000, p. 61: “Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 1989, p. 183; e 3.^a edição, 2001, p. 245: “Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão”. A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: Neves, Antônio Castanheira. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

⁶ Vilanova, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes.

⁷ Grau, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: “A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)”.

abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.⁸ E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.⁹ Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indistigáveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei ao final sobre a autonomia das agências reguladoras. Como demonstrarei, o conceito de autonomia depende de elementos lógicos, mas também de elementos sociológicos e teleológicos, que se relacionam de maneira profundamente contraditória e altamente complexa, dando ensejo a noções de autonomia.

6. Antes de saber, contudo, do que se trata a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, fundamental é saber o que são as agências no direito brasileiro. E, para tanto, busco, nas próximas linhas, abordar a organização estatal no direito brasileiro, definindo-a e classificando os seus elementos. Já que as agências reguladoras compõem a organização administrativa brasileira, fundamental é saber do que se trata a organização administrativa brasileira. Alerto, desde já, que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as

⁸ Idem. p. 66: “Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos”.

⁹ Idem. Ibidem. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. Montoro, André Franco. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p. 8.

normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.¹⁰ Portanto, as classes, categorias, espécies, que apresentarei a seguir são as classes, categorias, espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época: a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vigente.

7. A organização estatal admite desconcentração e descentralização. Ocorre desconcentração quando as tarefas de um órgão são distribuídas para outros. Ocorre descentralização quando as atividades de um ente são distribuídas a outros. A desconcentração pode dar origem a órgãos; a descentralização, a entes. Distinguem-se os entes dos órgãos.¹¹ Entes são dotados de personalidade e órgãos não a possuem.¹² Os entes são entes públicos ou entes privados, conforme possuam personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, respectivamente. Os entes públicos são entes políticos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade política, ou entes administrativos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade exclusivamente administrativa.

8. Os entes públicos administrativos são denominados autarquias.¹³ As autarquias se submetem, integralmente, no desempenho de suas atividades, ao regime de direito público. Entretanto, porções desse regime podem variar. Assim, há autarquias de regime comum e de regime especial. As autarquias de regime especial diferem das autarquias de regime comum em razão da maior

¹⁰ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3.^a edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.^a edição, 1979, p. 99.

¹¹ Com algumas adaptações, sigo Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 57 e seguintes. Também as lições de Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III: *Estrutura constitucional do estado*. Coimbra Editora, 4.^a edição, 1998, p. 180 e seguintes.

¹² Deixo de lado, por sua desnecessidade para este trabalho, a concepção civilista de entes como sendo tanto personalizados quando despersonalizados.

¹³ As fundações públicas não passam de autarquias. Ver, a respeito: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10.^a edição, 1998, p. 110.

amplitude da autonomia que possuem.¹⁴ As autarquias de regime especial, porém, podem possuir essa condição por força das leis ou da Constituição. Assim, diferem as autarquias de regime especial de natureza legal das autarquias de regime especial de natureza constitucional. A autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza constitucional é, evidentemente, incomparavelmente mais ampla do que a autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza legal. Mesmo com tal amplitude, contudo, é bom frisar, algo que retomarei ao final, autonomia não se confunde com soberania, de modo que não estão, as autarquias, especialmente as autarquias de regime especial de natureza constitucional, totalmente apartadas dos controles estatais.¹⁵ Com base em tais definições, classificações, categorizações e especificações, como podem ser vistas as agências reguladoras no direito brasileiro vigente?

9. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras dispõem serem elas autarquias de regime especial.¹⁶ Isso não as torna autarquias de

¹⁴ Meirelles, Hely Lopes. Op. cit. p. 310. Meirelles, Hely Lopes. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: RT, volume II, 1977, p. 321 e seguintes. Inexiste, como bem ressalta Meirelles, subordinação da autarquia ao poder criador. Ausente texto expresso, prepondera a autonomia. Medauar, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: RT, 1993, p. 71. Como ressalta Medauar, o controle administrativo sobre as autarquias, exercido pelo Ministro a que se vinculem, deve assegurar a autonomia destas entidades.

¹⁵ Nisso, e apenas nisso, concordo com o Ministro Paulo Brossard no voto proferido como relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 51, de 25 de Outubro de 1989. Evidentemente, autonomia não se confunde com soberania. A soberania qualifica o Estado brasileiro, em seu conjunto. Isso não significa que o poder constituinte originário não tenha reconhecido espaços legítimos de atuação livre completamente a salvo da atuação estatal, isto é, espaços de expressão autônoma. O problema é saber quais são os limites de tais espaços.

¹⁶ Lei n.º 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, artigo 1.º (ANEEL); Lei n.º 9.472, de 16 de Julho de 1997, artigo 8.º, *caput* (ANATEL); Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, artigo 7.º, *caput* (ANP); Lei n.º 9.782, de 26 de Janeiro de 1999, artigo 3.º, *caput* (ANVISA); Lei n.º 9961, de 28 de Janeiro de 2000, artigo 1.º, *caput* (ANS); Lei n.º 9.984, de 17 de Julho de 2000, artigo 3.º, *caput* (ANA); Lei n.º 10.233, de 5 de Junho de 2001, artigo 21, *caput* (ANTT e ANTAQ); dentre outras de menor importância. As agências não são totalmente novas, porque o espírito de sua modelagem já o encontrávamos na reforma administrativa de 1967, seguindo a linha da reforma intervencionista dos anos quarenta/cinquenta dos Estados Unidos da América, em cujo bojo surgiram as comissões de regulação. Entretanto, não se pode dizer serem continuações de um passado agora distante, simplesmente porque se acelerou a transnacionalização das estruturas econômicas e, também, o que poucos falam, das estruturas políticas. As agências reguladoras, não só as brasileiras, só podem ser entendidas, atualmente, tendo em vista o novo quadro de expansão capitalista.

regime especial de natureza legal, contudo. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras, na qualificação dos seus regimes, têm apenas caráter declaratório e não constitutivo. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras tiveram, apenas e tão-somente, a função de explicitar o regime especial que estava determinado, implicitamente, pela Constituição. Como a afirmação de que as agências reguladoras no direito brasileiro vigente possuem um regime especial de natureza implicitamente constitucional se trata de algo que não se encontra à evidência de todos, esclarecimentos se impõem. E, por isso, são imprescindíveis algumas considerações acerca da interpretação especificamente constitucional¹⁷ uma interpretação cujas especificidades se mostram, na verdade, em se processar com apoio em um conjunto unitário de cinco métodos e através de um complexo jogo de sete princípios.¹⁸

10. O primeiro método é o jurídico-clássico. A Constituição não tem nenhuma diferença essencial em comparação com as leis em geral. A diferença entre as leis e a Constituição está em elementos acidentais, de caráter estrutural e funcional. Por isso, a utilização das regras e dos procedimentos do método válido para a interpretação das leis em geral é possível, validamente, para a interpretação da Constituição. Assim, a Constituição há de ser entendida segundo as regras e procedimentos sintáticos (métodos gramatical, lógico e sistemático), as regras e procedimentos

¹⁷ Contrário a uma interpretação especificamente constitucional: Bulos, Uadi Lamêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. Favorável a uma interpretação especificamente constitucional: Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2.^a edição, 1999. A interpretação especificamente constitucional é reconhecida quase que pela unidade dos autores. Há diferenças estruturais e funcionais entre as leis e a Constituição de modo a impedir que sejam aplicados os mesmos métodos e técnicas a ambas, sem maiores correções. O que não significa que sejam completamente distintas a interpretação da Constituição e a interpretação das leis. A especificidade de interpretações não deve ser entendida como disparidade de interpretações.

¹⁸ Coelho, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 89 e seguintes. Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997, p. 169 e seguintes. Importante, nesse passo, é considerar que a interpretação constitucional se processa com o apelo aos múltiplos métodos segundo uma linha de atuação de caráter ideológico; seja estática, conservadora, seja dinâmica, transformadora, o fato é que a ideologia jurídica acaba por conformar e informar o trato e o manejo dos métodos. Para uma abordagem crítica da metódica constitucional, ver: Müller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2.^a edição, 2000.

semânticos (métodos histórico e sociológico) e as regras e procedimentos pragmáticos (métodos teleológico e axiológico).¹⁹

11. O segundo método é o tópico-problemático. A abertura, a fragmentação e a indeterminação da estrutura material da Constituição e o caráter prático que assume a sua interpretação impõem que se privilegie, no processo de interpretação constitucional, o problema em detrimento do sistema. Por isso, a interpretação constitucional assume um caráter de argumentação aberta. O sistema constitucional é constantemente construído e reconstruído a partir e tendo em vista os problemas constitucionais. Uma orientação deste tipo implica em se reconhecer que o sistema não é anterior e nem superior aos problemas. O sistema, aberto, incompleto e dinâmico, só adquire sentido em função dos problemas que se lhe apresentam. Inexistem, pois, falsos problemas constitucionais. Se no sistema constitucional não se encontram respostas satisfatórias para os problemas constitucionais, significa uma limitação do sistema e não dos problemas. Reclama-se, assim, uma adaptação do sistema construído e reconstruído para que as respostas sejam oferecidas.²⁰

12. O terceiro método é o hermenêutico-concretizador. A interpretação da Constituição é um processo de compreensão do texto em um certo contexto. O intérprete da Constituição, assim, é o responsável pela concretização da Constituição em uma situação histórica concreta e determinada. E no desempenho dessa tarefa o intérprete deve iniciar pela

¹⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999, p. 1137: “A articulação destes vários fatores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito”.

²⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrificio da primazia da norma em prol da prioridade do problema”. Sobre o método tópico-problemático, ver Viehweg, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1979. Sobre a compatibilidade do método tópico-problemático com a idéia de sistema, ver: Canaris, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

pré-compreensão do texto constitucional, admitindo que inexistente separação entre o objeto de interpretação e o sujeito da interpretação, pois não se interpreta a Constituição, mas uma visão contextualizada socialmente acerca do texto constitucional. A Constituição, portanto, inconfundível e irreduzível ao seu texto, é o produto de um processo complexo, desenvolvido no âmbito de um círculo hermenêutico, que compreende idas e vindas e múltiplas concepções e múltiplos preconceitos.²¹

13. O quarto método é o científico-espiritual. A Constituição deve ser compreendida como um sistema de normas. Entretanto, sistemas normativos pressupõem sistemas valorativos. A dimensão deontológica da Constituição só pode ser devidamente compreendida em correlação com a sua dimensão axiológica. Ainda mais porque a Constituição se propõe a ser uma orientação espiritual para a comunidade política, econômica e cultural que sobre ela se constrói e se reconstrói. A Constituição é, não por acaso, um catálogo de princípios jurídicos, um catálogo de normas jurídicas referidas, direta e imediatamente, a valores, um catálogo de normas cujas referências a fatos dão-se apenas e tão-somente de modo indireto e mediato. A Constituição, assim, deve ser concebida no sentido de sua principal e primordial função de integração da comunidade em que se insere e da qual resulta.²²

14. O quinto método é o normativo-estruturante. A Constituição tem de ser compreendida em sentido muito mais amplo do que o que tradicionalmente se admite. A Constituição não se resume aos elementos lingüísticos do programa normativo, do texto constitucional, mas envolve, igualmente, os elementos extralingüísticos do âmbito normativo, do caso

²¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema”. Sobre o método hermenêutico-concretizante, ver: Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

²² Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado)”. A respeito do método científico-espiritual, ver: Smend, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1988.

constitucional. A Constituição, pois, só pode ser adequadamente compreendida e, assim, dar respostas satisfatórias aos problemas constitucionais surgidos em determinados e delimitados contextos históricos e sociais, cumprindo seu papel de força integrativa da comunidade política, econômica e cultural, se, e somente se, admitir-se que sua força normativa depende da inserção de parcela da realidade no sistema do direito, depende da compreensão de que, se há tensão entre o mundo das normas e o mundo dos fatos, é uma tensão dinâmica – dinamizada e dinamizante.²³

15. Os métodos de interpretação constitucional devem ser compreendidos segundo o postulado da unidade. E em consonância com os princípios de interpretação devidamente relacionados entre si.²⁴ Os princípios de interpretação constitucional são, em síntese, os seguintes: a) princípio da unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada como um todo unificado segundo princípios e regras; b) princípio do efeito integrador: a interpretação constitucional deve dar primazia aos critérios que assegurem e promovam integração e unidade político-sociais; c) princípio da máxima efetividade: a interpretação constitucional deve preferir os sentidos que confirmam maior eficácia e efetividade às normas constitucionais; d) princípio da conformidade funcional: a interpretação constitucional deve ser conduzida de modo a não perturbar o esquema estrutural e funcional do poder estatal constitucionalmente estabelecido; e) princípio da concordância prática: a interpretação constitucional deve buscar fazer com que, em caso de colisão, na prática constitucional, um bem constitucionalmente protegido não seja afirmado com a negação do outro; f) princípio da força normativa da Constituição: a interpretação constitucional deve dar preferência às soluções que dotem as normas da densidade necessária para que possam apresentar e manter eficácia; g) princípio da interpretação conforme a Constituição: a interpretação de textos normativos inferiores à Constituição deve ser feita

²³ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “(...) a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”. Ver, a respeito do método normativo-estruturante: Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996.

²⁴ Para a verificação da reduzida autonomia dos princípios de interpretação constitucional no que se refere aos tradicionais elementos de interpretação do direito, ver: Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2.^a edição, 2000.

tendo em vista a necessidade de torná-los compatíveis com ela, sem que, para tanto, seja contrariado o sentido literal dos referidos textos e seja contrariado o objetivo inequívoco dos seus emissores.

16. Após a exposição sumária de elementos da interpretação constitucional, posso, agora, pesquisar o texto constitucional vigente e apontar onde se apóia minha afirmação sobre o fundamento constitucional da autonomia conferida às agências reguladoras no direito constitucional brasileiro vigente.

17. Dispõe o artigo 174, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Sobre o dispositivo os manuais se calam, ou são sumários.²⁵ O dispositivo está a dizer que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas, também, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal –, no campo das atividades econômicas em sentido amplo, no campo, pois, que envolve a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e a prestação de serviços públicos, se apresenta como agente normativo e agente regulador, exercendo as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento, obrigatório para o setor público, facultativo para o setor privado. Evidente a distinção operada pela Constituição entre as duas formas de atuação do Estado no campo das atividades econômicas em sentido amplo: de um lado, o Estado como agente normativo, de outro, o Estado como agente regulador.²⁶ Carlos Maximiliano, clássico da hermenêutica jurídica, ensina que as palavras do legislador não se devem presumir supérfluas.²⁷ Todas devem ser consideradas com igual valor, nenhuma se mostrando inútil ao

²⁵ Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.^a edição, 1990, p. 360 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.^a edição, 1990, p. 306. Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 8.^a edição, 1992, p. 685 e seguintes. Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo; Saraiva, 4.^a edição, 2001, p. 376 e seguintes.

²⁶ A distinção não passou despercebida de Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997. Entretanto, não foram extraídas todas as consequências.

²⁷ Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 10.^a edição, 1988, p. 110; e 19.^a edição, 2001, p. 91.

intérprete. Normação e regulação são duas formas de atuar do Estado, são duas atividades do Estado. Impõe-se dizer, portanto, qual, afinal, a distinção entre elas.

18. O Estado situa-se entre dimensões políticas e jurídicas, ambas expressivas e ligadas a questões técnicas. O Estado, portanto, tem funções políticas, jurídicas e técnicas. As funções políticas, normalmente sem qualquer tratamento nas constituições, referem-se à elaboração e à implementação de políticas públicas. As funções jurídicas, exaustivamente tratadas pelas constituições como as únicas, referem-se à elaboração e à implementação de normas jurídicas. As funções técnicas, nem referidas pelas constituições, e mesmo pelas leis, relegadas a um plano de insignificância, referem-se à elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

19. Materialmente falando, enfatizando as atividades e os atos em detrimento dos agentes e dos entes, as funções jurídicas se referem à elaboração de normas gerais e abstratas aplicáveis a situações particulares e concretas. Isto é: as funções jurídicas são a função normativa e a função executiva. Normas jurídicas, porém, podem ser elaboradas tendo em vista sentidos e alcances distintos. Por isso, a função normativa pode se traduzir em atividade legislativa, atividade regulamentar e atividade regimental. E a implementação dessas normas jurídicas pode se dar segundo um ou outro interesse. A função executiva, portanto, pode se traduzir em atividade administrativa e atividade judiciária, conforme seja o aplicador interessado ou desinteressado pela questão sob exame.²⁸

20. Também de um ângulo material, a regulação não é função política, pois não implica em elaboração e implementação de políticas públicas, entregues, como seria adequado em democracias, aos órgãos e entes legitimados democraticamente para tanto; a regulação, também, não é função jurídica, pois não implica em elaboração de normas gerais e abstratas e nem mesmo em implementação de normas gerais e abstratas a situações concretas e particulares, entregues, novamente, àqueles que as constituições democraticamente legitimaram a tanto; por fim, a regulação é função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

²⁸ Sobre o assunto, ver: Tura, Marco Antônio Ribeiro. A inconstitucionalidade do decreto-lei 70/66. In: Revista de direito internacional e constitucional, n.º 31.

21. Óbvio a diferença, assim, entre regulação e normação, de um lado, e regulação e execução, de outro. Inconfundíveis, pois a regulação é função técnica, não função política e nem função jurídica. As agências reguladoras, como todos os órgãos e como todos os entes estatais, são atravessadas por todas as manifestações estatais. Inegavelmente, manifestam-se funções políticas e jurídicas do Estado por elas. Mas, inegavelmente, também, que não se tratam de funções típicas das agências reguladoras. Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e aos objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas. A Constituição, ao fixar, no *caput* do artigo 174, a função regulatória como distinta da função normativa nada mais fez do que considerar ambas as funções como inconfundíveis, e como irreduzíveis, uma à outra, dando a ambas *status* constitucional. Esse o fundamento constitucional da regulação. E daqui deriva o fundamento da autonomia conferida pelo direito brasileiro às agências reguladoras. Pois se a Constituição dá tratamento diverso à função normativa e à função regulatória, não admitindo que sejam redutíveis uma à outra, evidente que não submete uma à outra. O exercício da regulação, propriamente dita, por sua natureza, não é passível de tratamento pela via de prescrição geral e abstrata. A regulação sempre está referida à situação e ao setor regulados. Nesse sentido, a lei se apresenta, para a regulação, como ordem-quadro, dentro da qual se desenvolve, com margens de manobra razoáveis, tendo em vista princípios, diretrizes e objetivos, a elaboração e a implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo. Fixada dita ordem-quadro, a regulação deve atuar, sem outras ingerências, na busca de atingir às metas socioeconômicas postas e de atender aos valores jurídico-políticos pressupostos pela ordenação constitucional e legal. É com base em tais considerações que se deve tratar a questão da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, o que farei agora.

22. Autonomia e soberania, como afirmou o Ministro Paulo Brossard, não se confundem.²⁹ Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a idéia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito.³⁰ A questão, contudo, é mais complexa.³¹

23. Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.³²

24. Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima

²⁹ Ver nota 15.

³⁰ Em tal sentido, ver: Aragão, Alexandre Santos de. *A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16 e seguintes. Também: Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 13.^a edição, 1990, p. 248 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 18.^a edição, 1990, p. 40 e seguintes.

³¹ Uma leitura imprecisa de Bodin costuma atribuir-lhe a idéia de que a soberania seria um poder sem limites. Tal, contudo, não lhe pode ser atribuída, pois sempre teve em mente a importância de submeter o poder do soberano aos ditames do direito. Ver, a respeito: Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002; Barros, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

³² Soberania e autonomia são princípios de direito pressuposto, condicionantes da produção e da reprodução do direito posto. Sobre a idéia de direito pressuposto, ver: Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998.

na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da autodeterminação individual e coletiva.

25. Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

26. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

27. Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder.³³ Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem lingüística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em

³³ Sobre o direito como linguagem e como poder, ver: Reale, Miguel. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 1994.

determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções.³⁴

28. Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se.³⁵ O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todos essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

29. Historicamente, essa idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma idéia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal idéia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de idéia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

30. Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autônias. Há noções e tipos de autonomia que podem

³⁴ Sobre a distinção entre conceitos e noções, ver: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, apêndice.

³⁵ A ponto de alguns defenderem a sua eliminação da linguagem jurídica. A respeito, ver: Aragão, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 15.

corresponder, em maior ou menor graus, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível.³⁶ Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei tratar-se de autonomia com fundamento constitucional, a autonomia, portanto, é fundada em norma constitucional. A autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é fundada em norma constitucional; implícita, porém constitucional. Mas de que tipo de norma constitucional estou a falar, propriamente?

31. Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras.³⁷ Princípios são

³⁶ Como mostrou Saussure *apud* Fiorin, José Luiz. Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos. São Paulo: Contexto, 2002, p. 60 e seguintes. Também: Warat, Luís Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.^a edição, 2.^a versão, 1995, p. 24 e seguintes.

³⁷ Passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras. Uma análise crítica da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em: Ávila, Humberto. Teoria dos princípios (da definição à aplicação). São Paulo: Malheiros, 2003. Uma resenha dos diversos autores que trabalharam a distinção pode ser vista em: Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997. Rothenburg, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 9.^a edição, 2000. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999. Farias, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.^a edição, 2000. Tornaram-se obrigatórios, no estudo da distinção entre princípios e regras, dentre outros, os seguintes trabalhos: Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Dworkin, Ronald. A matter of principle. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985. Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978. Sanchis, Luis Prieto. Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação.³⁸ Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

32. Conforme essa classificação, a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é princípio constitucional implícito. Se ao encarregado de exercer a regulação das atividades econômicas em sentido amplo, em certo setor e para determinadas situações, se atribui personalidade, segue-se, forçosamente, a atribuição de autonomia inerente às pessoas, sejam públicas, sejam privadas. Sendo exercício de função diversa das demais funções estatais, a regulação reclama acentuada autonomia, por determinação implícita do direito constitucional brasileiro vigente. Entretanto, a autonomia

³⁸ Sobre a ponderação, ver: Sarmento, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 2002. Também: Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999.

surge do direito constitucional brasileiro vigente não como uma prescrição referida, mediata e indiretamente, a valores, e, imediata e diretamente, a fatos. Não há, em sua hipótese, qualquer fato, mas um valor a ser atingido, isto é, que a regulação seja exercida de maneira a atender às necessidades derivadas da natureza da função regulatória e não para atender aos apelos de agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções estatais e nem, muito menos, para satisfazer aos anseios dos agentes e entes encarregados das atividades econômicas em sentido amplo. Trata-se, por isso, de princípio, de princípio constitucional implícito na expressão da função regulatória ao lado da função normativa.

33. Em conclusão, posso afirmar que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem tradução nas regras da independência administrativa, da independência financeira, da independência funcional, com vistas a assegurar a liberdade no exercício da função de regular as atividades econômicas em sentido amplo. O princípio da autonomia das agências reguladoras, que encontra seu fundamento constitucional na expressa referência do artigo 174, *caput*, da Constituição da República, ao dever do Estado em regular as atividades econômicas em sentido amplo tendo em vista, dentre outros, os valores da proteção da concorrência e da tutela do consumidor e do ambiente, só tem sentido na medida em que assegure o cumprimento deste dever, do dever de regular, do dever de bem regular as atividades econômicas em sentido estrito, assim como os serviços públicos. Como princípio, todavia, não é absoluto. É preciso dizer, portanto, que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem por finalidade assegurar o exercício de uma função albergada pela Constituição da República, a função regulatória. O princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vale se e na medida em que se mostre adequado, necessário e proporcional para o cumprimento do dever de regular as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos. Não se presta, o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, para a usurpação de competências constitucionais, explícitas ou implícitas, de quaisquer outros entes e órgãos. Assim, necessária interpretação que compatibilize, em cada caso, o princípio da autonomia das agências reguladoras com o princípio do monopólio da atividade legislativa, com o princípio da unidade da atividade administrativa e com o princípio da universalidade da atividade judiciária. Do contrário, voltar-se-ia à nefasta confusão entre a propugnada autonomia dos entes reguladores com a pretensa soberania da regulação.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	V. N.
Alexandre, Leticia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação "extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Alves, Rodney Almeida	The free trade ares of the americas (FTAA) anda the brazilian perspective	11-2
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	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
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
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
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
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
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 Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
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 Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
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

Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
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
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
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 intempetividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
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, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
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, 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
Pinheiro, Luis 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
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 Schuartz, Luis 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	CRITÉRIOS para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias 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
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
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
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Souza, Michelle Lúcia Siva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
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, Arnaldo	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 Albarus 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 Kolinos 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	Ultrafêtil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfêtil	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
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpapel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	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. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	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 Chimicale 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 Companc 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 investimetno s/a; Brasmetal 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 Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj 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 Siecees	3-11

40/92	Reffrio 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 Officio 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 Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abtradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panfior 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 dde 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 Iris 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 Uruguaí 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 N.º 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 N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 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

TRANSCRIÇÕES 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
Wordkshop 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

Apolo



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br