

A QUESTIONÁVEL DECISÃO DA FTC NO CASO BOEING/MCDONNELL DOUGLAS

Carlos Alberto Bello¹

Trata-se da compra da McDonnell Douglas (MD) pela Boeing por US\$ 13,3 bilhões, ambas grandes corporações (faturamentos de US\$ 13,1 e de US\$ 21,9 bilhões em 1994 respectivamente²) atuantes na produção de aviões comerciais e de defesa (mercados relevantes para a análise antitruste), sendo que será discutido aqui apenas a primeira³. As empresas negociavam a transação desde o início de 1996, anunciaram-na em dezembro desse ano e foram autorizadas a consumá-la em julho de 1997, pela FTC em 1/7 e pelo DG-IV⁴ em 23/7, após acirrados conflitos entre as autoridades das respectivas agências e governos. Não será discutido aqui o mérito da decisão europeia mas as declarações das autoridades serão utilizadas para discutir o mérito da decisão da FTC por um lado, as relações entre o governo dos EUA e a agência por outro -para avaliar o grau de autonomia desta última.

Apenas três concorrentes disputavam o mercado mundial, sendo que a Boeing detém entre 60 e 65% das encomendas, frente aos de 5 a 10% da MD e aos 30 a 40% da Airbus, grande empresa europeia. Os comissários da FTC⁵ (doravante FTC), à exceção de Mary Azcuenaga, concluíram que o ato de concentração (AC) não diminuiria substancialmente a concorrência ou tenderia a criar um monopólio nos mercados de aviões comerciais ou de defesa, sendo que para este último mercado não houve divergência entre os comissários. Basearam-se na conclusão de que a MD não era nem poderia vir a ser um concorrente significativo no mercado de aviões comerciais.

¹ Pesquisador do NEDIC -Núcleo de Estudos dos Direitos e da Cidadania- da USP, na qual faz doutoramento em Sociologia (com apoio da FAPESP), e mestre em economia pela PUC-São Paulo. O autor agradece os comentários de Thomaz Ferreira Jensen, isentando-o de responsabilidade pelas opiniões aqui expostas.

² Vide Folha de São Paulo (FSP), 17/11/1995, 2-12, remetendo a uma matéria do Wall Street Journal. Aliás, o levantamento de informações disponíveis na imprensa não seria possível sem o *clipping* do IBRAC.

³ Uma vez que a polêmica referiu-se principalmente ao mercado de aviões comerciais.

⁴ Órgão da União Europeia encarregado da política antitruste.

⁵ A saber, Robert Pitofsky, Christine A. Varney, Roscoe B. Starek III e Janet D. Steiger. Todas as informações e textos da agência provieram do endereço eletrônico www.ftc.gov.

A *Consumer Project on Technology* (CPT⁶) enviou duas cartas à FTC (agência) expressando sua oposição ao AC. Elas aduzem informações não comentadas pela agência, inclusive por Azcuenaga, que colidem frontalmente com a conclusão da FTC, manifestando preocupações também quanto ao mercado de aviões de defesa. Analisando informações da imprensa e contando com a colaboração de especialistas, a relevante contribuição da CPT demonstra a importância da participação das entidades da sociedade civil no aporte de informações, evidências e opiniões pertinentes à política antitruste, ainda mais quanto às decisões relativas aos AC, situadas no complexo terreno da avaliação das probabilidades de efeitos prejudiciais à concorrência.

A FTC inicia desmentindo especulações (basicamente da imprensa) de que teria tomado essa decisão por acreditar que os EUA deviam possuir uma única empresa poderosa para concorrer no mercado (a Boeing), a qual assumiria o papel de campeão nacional ("*national champion*") para contribuir com a balança comercial externa e com a geração de empregos. Os comissários afirmam que os estatutos antitruste não permitiriam esse posicionamento - somente o Congresso poderia assumi-lo - e sustentam a posição de que tais objetivos seriam melhor atendidos pela existência de uma vigorosa concorrência interna e externa, salientando que as cortes subscrevem essa posição (aludem ao caso *Alcan* de 1945).

No entanto, analisando-se as conclusões relativas a um ciclo de audiências públicas realizadas em 1995 -denominado "*Anticipating the 21st century: Competition policy in the new high-tech global marketplace*", nota-se que a agência deu grande atenção à questão da competitividade externa das empresas dos EUA. O relatório do *staff* da agência sobre esse ciclo⁷ sustenta ter sido confirmada uma das premissas sobre as quais as audiências se basearam: a concorrência global está sendo expandida aceleradamente e os rivais mais ferozes (*fierce*) das empresas dos EUA geralmente são empresas estrangeiras. Em consequência, foram feitas várias sugestões para ajustamentos na política antitruste, no sentido de não impedir desnecessariamente a capacidade das empresas dos EUA competirem globalmente.

A FTC preocupa-se com a competitividade das empresas no exterior, sem ter mandato (texto legal ou jurisprudência) ou um padrão normativo geral (diretriz) para tanto. Validando a argumentação empresarial, deixa de

⁶ Trata-se de uma organização não governamental, dirigida por James Love e integrada também por Ralph Nader, conhecido defensor dos direitos dos consumidores nos EUA. As informações foram obtidas no endereço eletrônico www.cptech.org, e referem-se a cartas enviadas em 23/11/1996 e 26/6/1997.

⁷ Denominado "**Competition and consumer policy in the new high-tech global marketplace**", foi elaborado pela *Office of Policy Planning* da FTC.

lado o discurso oficial das agências (partilhado também pela DA⁸) de que o melhor meio de incrementar a competitividade é zelar ou incentivar a concorrência interna, uma vez que esta capacitaria melhor as empresas dos EUA a enfrentarem a concorrência externa, de forma que a política antitruste não seria contraditória com a política de competitividade.

Cabe salientar que a FTC não expôs claramente quais ajustamentos na política antitruste seriam requeridos para que não fosse prejudicada a capacidade competitiva das empresas dos EUA. De acordo com as diretrizes das agências, pode-se supor que não seria necessário alterar a política se o mercado em questão já estiver amplamente sujeito à concorrência internacional (forte possibilidade de penetração das importações), situação na qual a FTC não teria razão para barrar o AC pois não haveria poder de mercado a ser questionado. Haveria preocupação se o mercado não estiver nessa situação e se as empresas, ao invés de adotarem condutas pró-concorrenciais, buscassem elevar o poder de mercado e as barreiras à entrada, para se contraporem a uma concorrência internacional ainda não amplamente efetiva e/ou para potenciar estratégias mais agressivas no mercado internacional.

No primeiro caso, as diretrizes somente permitiriam à FTC aprovar o AC se ele previsse a obtenção de economias de escala ou o incremento dos esforços inovativos -as chamadas eficiências que expressariam condutas pró-concorrenciais- e se, ao mesmo tempo, fossem eliminadas as barreiras à concorrência internacional, para evitar que o AC resultasse basicamente em maior poder de mercado. Não parece que as discussões se refiram a casos dessa espécie, já que não houve menção a mercados ainda não globalizados. Dessa forma, o fomento a estratégias mais agressivas no mercado internacional parece ser a única hipótese plausível. Se de fato essas estratégias fossem consumadas (se as empresas realmente cumprirem suas promessas), elas estariam utilizando o poder de mercado interno como alavanca para disputar os mercados externos, de maneira a não incorrer em custos demasiadamente elevados ou em perdas de margens de lucro julgadas excessivas.

É altamente temerária a perspectiva de chancelar a concentração de mercado, tendo como contrapartida promessas de substanciais avanços no mercado externo. Face às leis e jurisprudências antitruste dos EUA, tal perspectiva não deveria ser levada a cabo pela FTC. Na ausência de outros estatutos ou de espaços democráticos de discussão, expressaria uma política de governo propensa a favorecer determinados interesses empresariais. Cabe acres-

⁸ Divisão Antitruste do Departamento de Justiça.

centar que Pitofsky⁹ comenta esse relatório, justificando a consideração pelas eficiências em função do objetivo de recuperar ou reforçar a competitividade dos EUA, alegando que é preciso se adequar ao fato de que as políticas anti-truste dos outros países são mais permissivas. Fica latente a sugestão de uma política mais permissiva, de forma que Pitofsky, ao adotar a argumentação manifesta pelos meios empresariais desde os anos 70, compromete o discurso geral da FTC e as posições que ele próprio defendia nos anos 80¹⁰.

No caso em pauta, Pitofsky e os comissários que com ele votaram recusaram abertamente articular essa posição com as doutrinas antitruste, já que suas considerações teóricas sobre a competitividade não foram aplicadas ao caso porque não houve discussão sobre a obtenção de ganhos de eficiência ou a necessidade de alcançar uma melhor inserção internacional. Noutras palavras, o discurso da agência não alegou ter levado em conta a questão da competitividade, muito menos aderido à doutrina do "*national champion*".

No entanto, os textos citados acima demonstram que a FTC não pode alegar estar cumprindo rigorosamente os estatutos antitruste, já que estes não lhe atribuem competência para levar em conta a questão da competitividade. Mais ainda, essa ampliação em sua margem de discricionariedade sugere que a agência pode ter sido receptiva a argumentos como a melhoria da balança comercial externa e a geração de empregos. Uma hipótese ainda mais indesejável seria se a FTC tivesse sido sensível aos interesses do governo, haja vista a presença de Charlene Barshefsky, representante dos EUA na OMC (Organização Mundial do Comércio), na reunião da União Européia que avaliava o caso Boeing/MD. Ao final desse artigo, será mostrado que tal hipótese é plausível.

O principal fator que levou a FTC a aprovar o AC foi concluir que a MD não mais se constitui em uma força concorrencialmente significativa no mercado de aviões comerciais pois a grande maioria das companhias de aviação (foram ouvidas cerca de 40 empresas) deixariam de comprar da MD em função da deterioração da sua linha de produtos. A FTC recolheu evidências de que a MD tem investido muito menos do que seus concorrentes em instalações produtivas, pesquisa e desenvolvimento e em novas linhas de produtos, de forma que seus aviões teriam performance muito inferior, além de não

⁹ Vide PITOFSKY, Robert (1996) - **The Changing nature of competition: Legal and policy implications**, perante a seção antitruste da ABA (*American Bar Association*), Washington, 7/11/96.

¹⁰ Vide PITOFSKY, Robert (1991) - "*Does Antitrust have a future*" in FIRST, Harry, FOX, Eleanor & PITOFSKY, Robert (1991) - **Revitalizing antitrust in its second century: Essays on legal, economic, and political policy**, Quorum Books, New York.

possuírem características comuns que propiciassem obter economias de escala no uso de partes intercambiáveis ou no treinamento de pilotos.

Azcuenaga discorda dessa argumentação dizendo haver evidência de que a MD exerce uma pressão concorrencial no mercado, apesar de sua participação ser de apenas 4%, por estar disputando as encomendas das companhias de aviação, até mesmo vencendo em alguns casos. Comparando os resultados de 1995 e 1996, revela que a MD possuía encomendas de US\$ 7 bilhões em 1996, apenas US\$ 200 milhões a menos do que em 1995.

Há uma substancial divergência entre as evidências recolhidas por ambas as partes, o que somente poderia ser esclarecido se fosse informado quantas e quais encomendas a MD conquistou nos últimos anos. O fato de a American Airlines, segunda maior companhia, ter firmado um contrato de exclusividade com a Boeing por 20 anos em dezembro de 1996¹¹, substituindo aviões da MD, e de a Continental Airlines ter firmado um contrato semelhante em junho de 1997¹² são sinais de decadência da MD mas não são suficientes para corroborar a avaliação da FTC. Por outro lado, declarações das companhias de aviação podem estar expressando o receio de elas sofrerem represálias da Boeing, de forma que somente poderiam ser levadas em conta se houvesse evidências sobre substanciais diferenças de performance e/ou sobre as preferências dessas companhias, desde que provindas de laudos técnicos independentes. Os comentários da CPT que se seguem permitiram compreender melhor a situação da MD.

A CPT inicia sua argumentação dizendo que vários executivos das companhias de aviação avaliavam que o AC teria efeitos altamente preocupantes (conforme matéria do Washington Post de 17/12/96), embora aqueles que se identificaram publicamente não estivessem receosos. No entanto, a forma pela qual esses últimos manifestam seu destemor dá margem para pensar o contrário. Parece haver receio frente ao poder político da Boeing, derivado de seu poder de mercado, haja vista as seguintes declarações: "O que ocorreu é a situação mais favorável que poderia ocorrer" e "Nós não estamos perdendo qualquer sono com isso"¹³.

A CPT diz que a MD não concorre expressivamente no mercado de grandes jatos (aviões com capacidade para cerca de 500 passageiros) mas o faz de maneira agressiva nos mercados de aviões menores (de porte médio e para vôos regionais, podendo transportar respectivamente 250 e 150 passagei-

¹¹ Vide Gazeta Mercantil (GM), 2/7/1997, A-11, matéria transcrita do Financial Times.

¹² Vide GM, 12/6/1997, A-13, matéria de Amélia Torres para a agência Reuters.

¹³ Declarações de Robert Crandall (American Airlines) e de Jake Brace (United Airlines) respectivamente, ao New York Times (NYT) de 19/12/1996.

ros¹⁴), para os quais já recuperou os gastos de desenvolvimento e teria menores custos de produção que a Boeing e Airbus. Embora estas últimas geralmente conquistem as encomendas, porque bancam a oferta da MD, fica demonstrado o impacto positivo da MD nos preços praticados. Além disso, a MD também seria um forte concorrente para as encomendas das menores companhias (*second and third-tier airlines*), para as quais suas grandes rivais não ofereciam os mesmos descontos concedidos às maiores companhias. Aliás, a CPT comenta ter sido amplamente divulgado que a Continental Airlines, que não é uma companhia pequena, obteve expressivos descontos da Boeing e havia conversado antes com a MD.

A desistência da MD em entrar no mercado de super jatos (mais de 1000 passageiros) foi tomada pouco antes da transação com a Boeing ser anunciada (já em 1996), mostrando que a MD tencionava se expandir e poderia fazê-lo, e sugerindo que esta pode ter sido a principal motivação da Boeing para propor a transação quanto aos aviões comerciais. É possível que a maior motivação fosse o segmento dos aviões de defesa, já que os especialistas do setor dizem que os lucros da MD provém desse segmento, havendo déficit quanto aos aviões comerciais¹⁵. Como a MD estava em decadência, como não houve menção à possibilidade de o mercado não estar sendo plenamente abastecido e como não foi alegado que a aquisição geraria expressivos ganhos de eficiência, a única motivação plausível parece ser o aumento do poder de mercado da Boeing (em ambos os segmentos), sendo que a possível expansão da MD poderia ter tornado este momento o mais propício.

O sucesso da MD como fornecedora no mercado de defesa e sua grande experiência na aviação comercial fundamentam a possibilidade de expansão e de entrada no mercado de super jatos. O fato de as companhias de aviação efetuarem contratos de longo prazo, adquirirem aviões duráveis e poderem optar em comprar, alugar (*leasing*) ou reformá-los, faz com que a concorrência potencial possa exercer substancial influência em suas decisões - por exemplo, adiá-las enquanto aguardam a entrada de uma nova empresa. Assim, a MD não se colocava como um concorrente fadado necessariamente a ficar restrito a pequenos e pouco valorizados nichos de mercado. É feita menção também ao fato de a MD ser rentável, embora não tenham sido citados números a respeito (taxa ou margem de lucro).

Mesmo que as alegações acima não fossem em sua maioria corretas, é injustificável que a FTC tenha tratado o mercado de aviões comerciais como

¹⁴ Agradeço os valiosos esclarecimentos de Thomaz Jensen a respeito das diversas espécies de aviões.

¹⁵ Vide O Estado de São Paulo (OESP), 9/1/1996, B-12, matéria de Andrew Lorenz do The Times.

um só, não distinguindo aeronaves por porte ou potência ou os clientes de primeiro ou de segundo nível de preferência. Aliás, uma recente matéria¹⁶ revela que a Boeing reconheceu que a demanda de mercado dirige-se cada vez mais para os aviões menores. As companhias de aviação, preocupadas em reduzir seus gastos, tem procurado mais jatos com cabine de corredor único (a Boeing prevê que a frota mundial desses jatos deve crescer 40% até 2007), motivando a Boeing a produzir bi-jatos 737 na fábrica da MD. Além disso, pela primeira vez em sua história a empresa produzirá jatos regionais (até 100 passageiros).

Era necessário discutir as alegações e as evidências sobre os menores custos da MD nos aviões menores, cabendo notar ainda que a FTC não fez menção específica aos custos de produção. Se de fato a MD pretendia ou estudava entrar no mercado de super jatos, a FTC não poderia deixar de comentar por qual razão a empresa cogitava dessa possibilidade, se avaliou que a MD estava em profunda decadência. Também deveria ter demonstrado porque a empresa estava em má situação financeira, embora fosse rentável. Essa argumentação surpreende pois dados de 1994 indicam que a margem líquida de lucro (lucro líquido dividido pelo faturamento) da MD era maior que a da Boeing -4,56 versus 3,91%¹⁷.

Examinando uma série de declarações das autoridades européias à imprensa, nota-se que várias outras questões concorrenciais relevantes foram suscitadas, sendo que apenas a que se segue foi abordada pela FTC. Esta agência manifestou preocupação quanto aos contratos de exclusividade por 20 anos que a Boeing firmou com três companhias de aviação (American Airlines, Delta Airlines e Continental Airlines¹⁸) mas a FTC decidiu apenas monitorar os potenciais efeitos anticoncorrenciais desses contratos, levando em conta que as três companhias detinham apenas 11% do mercado¹⁹, e apesar de elas poderem então se qualificar como os primeiros clientes dos novos aviões da Boeing, em detrimento das outras companhias. O órgão antitruste da Comissão Européia (DG-IV) considerava tais contratos inaceitáveis²⁰.

A exclusão da concorrência de uma parte significativa do mercado, embora não majoritária, mostra-se como conduta anticoncorrencial injustifi-

¹⁶ Vide OESP, 20/7/1998, B-7, uma matéria de Frederic M. Biddle do Wall Street Journal.

¹⁷ Conforme FSP, 1995, op. cit

¹⁸ As duas primeiras eram a segunda e a terceira maiores do mundo, atrás da líder United Airlines.

¹⁹ Azcuenaga também considerou que esse percentual não suscitava preocupações.

²⁰ Vide GM, 3/5/1997, A-15, matéria de Andrea Rothman e Marydeth Bergers, Bloomberg News.

cável, inclusive porque a FTC não alude a algum resultado pró-concorrencial (como eventuais ganhos de eficiência) que teria sido viabilizado através desses contratos. Embora eles não tenham relação direta com a transação em pauta, revelam o exercício do poder de mercado e assim aumentam as preocupações com os futuros efeitos da transação sobre o mercado. Apesar do DG-IV ter proibido tais contratos, as três empresas disseram que pretendiam cumprir o acordo de exclusividade, atestando o poderio da Boeing²¹.

Outra questão levantada pelo DG-IV refere-se ao fato de que a Boeing passaria a prestar serviços e fornecer peças de reposição para os possuidores de aviões da MD. Como esta última responde por 24% dos aviões então em uso, a Boeing passaria a ter acesso a informações de numerosos clientes, podendo então até vincular aqueles serviços à venda de novos aviões da Boeing²², exercendo de forma abusiva sua posição dominante. É injustificável que a FTC não tenha atentado para essa questão, sequer tendo mencionado o expressivo número de aviões da MD então em uso.

Uma outra questão não abordada pela FTC refere-se à possibilidade de que os recursos oriundos dos contratos da Boeing com o Departamento de Defesa estivessem servindo como subsídios indiretos para o desenvolvimento de aviões comerciais, significando uma transferência da tecnologia produzida através das atividades militares²³. O fato de a FTC não ter discutido essa questão não é propriamente injustificável, muito menos surpreendente, porque há muitos anos os EUA vem protestando contra os subsídios dados pela União Européia à Airbus.

A alusão do DG-IV a um dispêndio anual de US\$ 3 bilhões, referente àqueles contratos, não parece constituir razão suficiente para preocupação, uma vez que os subsídios da União podem chegar a 3% do faturamento anual ou a 30% do custo dos projetos da Airbus, conforme acordo realizado há cinco anos com os EUA²⁴. Além disso, países da União também realizavam gastos militares que poderiam permitir uma tal transferência, embora tenha sido dito que os gastos são muito fragmentados. Dessa forma, ambos os governos nacionais violam as regras básicas de concorrência, parecendo que o impacto dos gastos europeus é mais expressivo, inclusive porque cobrem prejuízos da Airbus.

A última questão suscitada pelo DG-IV refere-se à possibilidade de a Boeing pressionar seus fornecedores, para obter exclusividade e/ou interferir

²¹ Vide GM, 24/7/1997, A-10, matéria da AP/Dow Jones.

²² Vide GM, 3/7/1997, A-13, matéria de Emma Tucker do Financial Times.

²³ Vide GM, 23/7/1997a, A-10, matéria do The Economist.

²⁴ Vide GM, 23/7/1997a, op. cit.

nas relações com seus rivais (no caso, a Airbus)²⁵. É importante notar que esta questão poderia afetar um expressivo contingente de empresas dos EUA, ao contrário das questões discutidas até aqui, tendentes basicamente a prejudicar a Airbus. Por isso, a omissão da FTC em discuti-la parece altamente injustificável. Aliás, várias empresas européias fornecedoras da Boeing manifestaram preocupação com a possibilidade de uma guerra comercial, o que certamente influenciou a posição de alguns governos europeus no sentido de buscar chegar a algum acordo²⁶.

A CPT manifesta também grande preocupação com a eliminação da concorrência potencial, avaliando que a Boeing e a Airbus podem agir conjuntamente para bloquear a entrada no mercado, recusando o licenciamento de tecnologia (para o qual a MD se mostrou menos intransigente no passado) e/ou punindo ou recompensando as companhias de aviação que ajudem ou barrem possíveis concorrentes. Analistas postulam que, face às elevadas barreiras à entrada, as duas empresas não enfrentariam concorrência adicional por 15 ou 20 anos (NYT, 17/12/1996), sendo que, dado o montante de subsídios aportados à Airbus (não foi dito quanto), foi sugerido que um novo entrante teria que arcar com perdas de US\$ 30 bilhões durante 15 anos até alcançar viabilidade econômica. Tais barreiras refletem custos irrecuperáveis relacionados ao desenvolvimento dos aviões, ao preenchimento dos requisitos regulatórios, à aquisição de patentes e à constituição de uma complexa rede de fornecedores subcontratados.

A FTC não discute essa questão pois não vê a mínima condição de a MD exercer uma concorrência potencial no mercado de aviões maiores, possibilidade que a CPT buscou mostrar não ser tão remota.

A FTC argumenta que não está aplicando a doutrina da empresa em iminente falência (*failing firm*) pois a MD ficaria no mercado num futuro próximo, em função de ainda possuir uma modesta carteira de pedidos para entrega futura. A perspectiva de uma virtual inexistência de futuras encomendas, combinadas a uma sombria (*dismal*) posição financeira, levaram à previsão de que a MD não poderia reverter essa situação, não sendo e nem podendo vir a ser um efetivo concorrente no mercado.

Azcuenaga salienta que há jurisprudência para casos dessa espécie, nos quais a participação no mercado superestima o futuro significado concorrencial de uma empresa, mas diz que ela não deveria ser aplicada aqui (refere-se ao caso General Dynamics²⁷). O fato de a MD ter conquistado menos clientes do que pretendia não significa que ela seja incapaz de concorrer por enco-

²⁵ Vide GM, 24/7/1997, op. cit.

²⁶ Vide GM, 18/7/1997, op. cit.

²⁷ Decisão da Suprema Corte, 415 US 486 (1974).

mendas futuras. Diversamente, aquela jurisprudência está assentada na ausência de reservas de carvão estritamente necessárias à futura operação da United (empresa adquirida pela General Dynamics), permitindo avaliar que seria altamente provável sua saída do mercado. Azcuenaga lembra que as diretrizes para fusões prevêm estritos requisitos que demonstrem se tratar de uma *failing firm* ou que a empresa esteja numa situação assemelhada – saída dos bens do mercado (*exiting assets*), a qual teria sido adotada pela FTC nesse caso. Diz ainda ser inaceitável que a FTC atribua tamanha relevância às opiniões ou aos juízos dos executivos para chegar às suas conclusões, por natureza muito mais questionáveis do que a caracterização de finitas reservas de recursos naturais. Aliás, Azcuenaga já manifestava essa preocupação em 1991²⁸ pois então avaliava que as alegações das empresas baseadas no argumento dos *exiting assets* estavam fundadas em decisões voluntárias, logo reversíveis, e não em uma incapacidade estrutural de permanecer no mercado.

A posição da FTC encontra um certo apoio nas diretrizes para fusões. No item 1.4.1 -Calculando participações de mercado: Tratamento geral²⁹ consta que: "Participações de mercado serão calculadas utilizando o melhor indicador do significado concorrencial futuro". No item 1.5.2.1 -Mudanças na condições de mercado (página 120), está escrito: "Entretanto, mudanças recentes ou em andamento no mercado podem indicar que a atual participação de mercado de uma determinada empresa ou subestime ou superestime seu significado concorrencial futuro". É citado como exemplo uma empresa que não possa ter acesso a uma tecnologia importante para a sua viabilidade competitiva de longo prazo.

Tais textos permitem uma ampla margem de discricionariedade, possibilitando inúmeras interpretações, mas ainda assim é interessante notar que a FTC não os mencionou no caso em tela, assumindo estar tomando uma decisão que cria jurisprudência. Considerando que as diretrizes para fusões são relativamente recentes (datam de 1992), que a própria agência resolveu emendá-las em 1997 quanto ao tratamento das eficiências em função das discussões do citado ciclo de audiências, e que neste sequer foi colocada como questão a reavaliação das participações de mercado face a mudanças nas condições desse último, o novo enfoque adotado nesse caso resultou de uma análise totalmente *ad-hoc*, caracterizando um grau de discricionariedade injustificável.

²⁸ Vide AZCUENAGA, Mary (1991) - **New directions in antitrust enforcement**, conferência perante a National Economic Research Association, Santa Fé, Novo México, 4/7/1991.

²⁹ Vide a página 117 do texto original na Revista do IBRAC, vol. 3, nº1, jan/1996, tradução própria.

A discussão é ainda mais complexa porque a argumentação da FTC exige a articulação das doutrinas de *exiting assets* e da *failing firm*, pois só se sustenta quando a FTC acrescenta que a MD não poderia reverter sua precária posição no mercado, baseando-se por um lado nos depoimentos das companhias de aviação de que estas não fariam novas encomendas à MD, por outro na sua sombria situação financeira. Tais depoimentos estariam atestando a elevada probabilidade de saída (*exiting assets*) enquanto a impossibilidade de reversão associada àquela situação adiciona necessariamente um componente da doutrina da *failing firm* ao caso. Diversamente do caso General Dynamics, no qual a United não poderia ter acesso a reservas de carvão porque as empresas concorrentes não o concederiam, a MD poderia voltar a competir de forma mais efetiva se envidasse substanciais esforços de pesquisa e desenvolvimento e investisse em novos produtos. Somente a má situação financeira impediria isso, dada a larga experiência da MD nos mercados de aviação comercial e de defesa. Ficaria caracterizada uma incapacidade de recuperação que significaria uma variante da incapacidade de continuar no mercado (*irrecoverable firm* em vez de *exiting assets*), a primeira sinalizando uma decadência inevitável, a segunda uma saída iminente.

Pode-se observar que a FTC já estava considerando desde 1996 um relaxamento na observância dos estritos requisitos para aceitação da doutrina da *failing firm*, conforme constam das diretrizes para fusões. Estas estipulam que a empresa deveria ser incapaz de saldar suas obrigações financeiras de curto prazo e de se reorganizar sob o regime de concordata, deveria ter tentado vender tais ativos a outros adquirentes mas não obteve qualquer oferta que sequer igualasse o preço de liquidação dos seus ativos (valor deles se utilizados em outro mercado relevante) e que tais ativos saíam do mercado, se a transação em pauta não se consumasse³⁰.

Sumarizando as discussões relativas à análise da *failing firm* e das indústrias em decadência (*distressed industries*) como argumentos que justificariam a aprovação de AC, o *staff* da FTC afirma que os estritos requisitos para que seja aceita a defesa de um AC sob o argumento da *failing firm* podem ser flexibilizados pela análise antitruste quando esta leva em consideração fatores como mudanças nas condições da indústria, as quais poderiam reduzir as preocupações com a concorrência nesses casos.

Salientando que essa visão reduziria a necessidade de modificar a lei atual, fica patente que a FTC se arroga um elevado grau de discricionariedade na avaliação de argumentações dessa espécie. Desconsidera que os estritos requisitos até então utilizados existiam precisamente para circunscrever precisamente a possibilidade de aceitação de alegações das empresas cuja compro-

³⁰ Vide página 135-36 de IBRAC, op. cit

babilidade era julgada difícil, quando não impossível, uma vez que dependia de avaliações prospectivas. Diversamente dos diversos cuidados tomados quanto à discussão das eficiências, a posição assumida aqui carece amplamente de justificação, pelo menos da forma sumária como foi exposta.

Comentando esse relatório, Pitofsky defende uma mudança na análise do argumento da *failing firm*, considerando que não se deve exigir que as empresas estejam virtualmente na bancarrota para que as agências avaliem que sua aquisição não oferece perigo à concorrência. Sugere que o fato de uma empresa estar muito provavelmente a caminho de uma falência já seria suficiente³¹.

Apesar de tais considerações propiciarem um alto grau de discricionariedade à agência, não há evidências validando que a posição de Pitofsky pudesse ser aplicada no caso em tela, embora a posição mais imprecisa do *staff* da agência talvez o permitisse. Como não faz sentido aceitar plenamente a ressalva usualmente inserida nos relatórios do *staff* da agência -as posições aqui manifestas não expressam a visão oficial da FTC, especialmente em temas tão controversos (geralmente abordados com prudência, a qual recomendaria evitar expor opiniões não consensuais), fica sugerido que Pitofsky provavelmente defendia uma posição próxima àquela expressa pelo *staff*. Cabe salientar ainda que, como se trata de uma decisão que cria um novo paradigma doutrinário, sua justificação deveria ter sido fundamentada no espírito de decisões ou jurisprudências passadas, o que a agência ao que parece sempre procurou fazer nos casos mais polêmicos, mesmo quando as diretrizes ou decisões judiciais passadas eram bem mais elucidativas a respeito do paradigma vigente.

Cabe comentar a preocupação de Azcuenaga de que a decisão da FTC abre um perigoso precedente, incentivando as empresas a manipularem informações e a se conduzirem de maneira estratégica, na medida em que as agências venham a atribuir tamanha importância a opiniões ou juízos dos executivos das empresas. A FTC ironiza essa preocupação, afirmando que a comissão parece considerar as evidências de performance inferior da MD como um resultado da citada conduta estratégica, sustentando não haver evidência de que tal manipulação tenha ocorrido nesse caso.

Azcuenaga manifesta uma preocupação muito pertinente porque, mesmo que a decisão fosse considerada correta, deveria ser normatizada o mais breve possível (através de uma emenda às diretrizes, por exemplo, como foi feito com relação às eficiências) para circunscrever da forma mais clara

³¹ No original, "... clearly on the road to highly probably failure".

possível a possibilidade de aprovação a AC nos quais uma das partes não seja nem possa vir a ser um efetivo concorrente no mercado.

Do ponto de vista político, o conflito entre as autoridades extrapolou o nível das agências, uma vez manifesta a intenção do DG-IV em vetar a transação, considerando-a inaceitável especialmente quanto aos citados contratos de exclusividade³². Interessante notar que a primeira reação pública dos EUA proveio da Boeing, alertando sobre os riscos de o veto provocar uma guerra comercial transatlântica, se a FTC aprovasse a transação e o DG-IV não o fizesse, dizendo que este último tinha idéias pré-concebidas sobre o caso. Além disso, a Boeing questionou a jurisdição do DG-IV sobre a transação (inclusive sobre aqueles contratos) e salientou o apoio do vice-presidente Al Gore³³ e de sete senadores que estiveram com Clinton³⁴.

A Boeing fez declarações que só caberiam ao governo dos EUA, como aludir àquela guerra ou não reconhecer a jurisdição do DG-IV, esta última uma posição absolutamente injustificável para um empresa sediada no país onde a legislação antitruste possui tradição secular e à qual a própria empresa já se submeteu diversas vezes. O fato de o governo dos EUA não ter repudiado tais declarações mostra não só que provavelmente a FTC já estava decidida a aprovar a transação (só o fez em 1/7, um mês e meio depois) como também que já se pensava em retaliações contra a União Européia.

A CPT também manifesta grande preocupação com o impacto político da decisão da FTC. Se a agência não aplicou a lei porque a Boeing é um importante exportador dos EUA, ficaria inviabilizada sua capacidade de procurar fomentar uma maior e mais rigorosa aplicação internacional das leis antitruste pois seus esforços pareceriam hipócritas. Reforça esse risco a intervenção de Barshefsky na reunião da União Européia que avaliava o caso Boeing/MD, dizendo que os EUA queriam garantias de que a investigação feita pela União seria conduzida sobre os princípios da política de concorrência e não em outros princípios políticos³⁵.

Como ao que se sabe não houve conflitos entre as agências antitruste dos EUA e da União que não tenham sido resolvidos por negociações razoa-

³² Vide GM, 3/5/1997, op. cit.

³³ Declarou a um jornal de Seattle que o governo tomaria qualquer medida para evitar que a Europa dificultasse a transação.

³⁴ Vide GM, 14/5/1997, A-17, matéria de Michael Skapinter e Emma Tucker, do Financial Times.

³⁵ Literalmente, "... assurances that the inquiry must be conducted on competition policy principles and not on extraneous political principles", segundo entrevista concedida a repórteres em Haia em 28/5/1997.

velmente consensuais³⁶ e como a FTC não mencionou ter consultado o DG-IV antes de tomar sua decisão, a advertência de Barshefsky dificilmente poderia não ser entendida como uma ameaça de que os EUA não aceitariam uma decisão contrária à transação. Sugere um *lobby* a favor da Boeing, parecendo ainda mais hipócrita na medida em que Barshefsky tenta punir os governos do Japão e da União Européia por falharem em eliminar seus monopólios locais. Aliás, essa percepção parecia já estar gerando reações de outros países, uma vez que o governo da China parecia temer o forte poderio econômico e político da Boeing pois iria alterar seus padrões de compra para favorecer a Airbus, segundo disseram alguns analistas (NYT, 17/12/1996).

Após a aprovação da FTC, a qual não estabeleceu qualquer condicionamento à Boeing, e à medida em que se aproximava a data para o DG-IV decidir (23/7), ficou ainda mais evidente que a decisão do DG-IV não seria objeto de uma discussão de mérito da política antitruste e sim de um confronto direto entre os governos. As negociações da Boeing com o órgão não avançavam, de forma que era quase certo que a transação seria vetada, sendo mencionado que a recusa da Boeing em aceitá-la podia implicar em multas equivalentes a 10% do seu faturamento e em outras medidas que dificultassem seus negócios na Europa, sendo que o presidente francês Jacques Chirac e o Ministro da Economia da Alemanha Gunter Rexrodt reforçaram essa posição³⁷.

O presidente Clinton retrucou logo em seguida³⁸, dizendo haver procedimentos para tratar da questão na OMC (pedido de arbitragem) e que os EUA dispunham de opções para se contrapor à decisão européia, acreditando poder evitar uma guerra comercial. Foi ainda mais longe³⁹ ao dizer que os motivos da União Européia eram inconsistentes, sugerindo que ela estava tentando proteger a Airbus: "Preocupa-me muito o que os europeus disseram. Não acredito que a Airbus tenha um concorrente real na Europa". Somente às vésperas da decisão⁴⁰ foi evitado que o conflito assumisse proporções dramáticas, com a Boeing admitindo abrir mão dos contratos de exclusividade, o que coincidiu (não por acaso, supõe-se) com um entendimento entre os minis-

³⁶ Nos relatórios do *Bureau* de Concorrência da FTC (de 1995 a 1997), somente o caso Boeing/MD revelou conflito entre as agências. Mencionam, ao contrário, o êxito das negociações no caso Ciba Geigy/Sandoz.

³⁷ Vide GM, 17/7/1997, C-4, matéria de Emma Tucker, do Financial Times.

³⁸ Vide GM, 18/7/1997, op. cit.

³⁹ Vide OESP, 18/7/1997, B-12.

⁴⁰ Vide GM, 23/7/1997, A-10, matéria do Financial Times.

tros de Relações Exteriores dos EUA e da Alemanha⁴¹, o qual declarou: "Não podemos, de modo algum, permitir que ocorra uma guerra comercial apenas porque as partes envolvidas não tem muita noção da realidade".

Dessa forma, o conflito caracterizou-se como um confronto de forças, perdendo qualquer caráter de debate entre diferentes orientações antitruste. A declaração de Kinkel é emblemática quando fala da falta de "noção de realidade" das agências, na medida em que fica sugerido que a realidade é a busca de um solução que impeça uma guerra que afete os negócios, não uma decisão rigorosa quanto ao mérito das questões antitruste.

O governo Clinton e a Boeing ficaram muito mais satisfeitos com a decisão européia do que os próprios europeus, já que o comissário Karel von Miert, chefe do DG-IV, disse apenas ter conseguido em grande parte as condições pelas quais havia se empenhado. Essas posições não surpreendem porque, apesar de terem sido eliminados aqueles contratos (além disso, a empresa não poderia firmar outros contratos nos próximos 10 anos), as três companhias de aviação manifestaram o desejo de cumpri-lo e porque as demais condições impostas à Boeing não possuem um caráter estrutural⁴². A empresa foi obrigada a:

- não transferir tecnologias obtidas nos contratos de defesa para o setor de aviões comerciais;
- manter como entidade distinta a divisão de aviões comerciais da MD, para evitar que a prestação de serviços e o fornecimento de peças de reposição para os possuidores de aviões da MD pudesse levar à vinculação desses serviços à venda de novos aviões da Boeing; e
- não pressionar seus fornecedores ou interferir nas relações com seus rivais (Airbus).

Embora a decisão européia não tenha sido analisada em profundidade, a não contrariedade da Boeing sugere que o DG-IV terá grandes dificuldades em monitorar a empresa para assegurar o cumprimento dessas condições, se a Boeing tentar descumpri-las, inclusive porque certamente o DG-IV não contará com uma plena cooperação das agências dos EUA.

Internamente aos EUA, a CPT diz que a decisão suscitaria o perigo de consolidar o princípio "dois é suficiente" e assim ensejar uma nova onda de AC e/ou sinalizar que os agentes politicamente poderosos poderiam escapar de uma séria apreciação antitruste, ao contrário dos menores. A aquisição daria um poder político ainda maior à Boeing, preocupação aliás que deu ori-

⁴¹ Respectivamente a secretária de Estado Madeleine Albright e o ministro Klaus Kinkel.

⁴² Vide GM, 24/7/1997, op. cit.

gem às leis antitruste nos EUA, capacitando-a a influenciar as políticas de defesa e de comércio exterior.

A decisão da FTC e as declarações das autoridades, incluindo a manifestação do secretário de defesa William Perry de que qualquer fusão no setor de Defesa era boa⁴³, mostram que tais riscos são consideráveis. Cabe acrescentar ainda que analistas disseram que o governo Clinton teria interesse na transação. Preocupado em aumentar as chances de vitória no estado da Califórnia (1996 era um ano de reeleição), desejava garantir os empregos dos funcionários utilizados na produção de aviões comerciais (a fábrica da MD situava-se em Long Beach), o que a transação tornaria possível⁴⁴. O próprio Clinton foi claro a esse respeito, quando elogiou a decisão europeia por ela permitir que fosse promovida a consolidação e com ela a eficiência da indústria de defesa, além de por ela serem preservados os 14 mil empregos da MD⁴⁵.

Diante de tantas preocupações que extravasam o estrito âmbito de uma decisão antitruste -afetando a atuação internacional dos EUA (na OMC, na cooperação com agências antitruste e em outros fóruns), a política de compras do Departamento de Defesa e a percepção de que o governo protege o *big business*, melhor seria ter proibido a transação, mesmo que não o fosse por razões estritamente vinculadas à análise antitruste.

No entanto, isso não parecia ser necessário pois havia razões suficientes para barrar a transação, como foi discutido ao longo do texto. Além disso, os benefícios dela resultantes seriam menores que os malefícios. Se a MD de fato chegasse a uma situação de iminente saída do mercado ou falência, sua venda seria sem dúvida aprovada. Como há apenas duas empresas atuando no setor ao nível mundial, uma delas provavelmente adquiriria os ativos da MD e reempregaria parte de seus funcionários. Nem a futura perda de empregos (mesmo que numerosa), nem o fato de os acionistas da MD perderem com a venda da empresa então desvalorizada, justificariam a aprovação da FTC no momento atual. Além desses segmentos, somente as duas grandes empresas concorrentes teriam algo a perder se a transação fosse barrada. Enfrentariam uma certa concorrência da MD e correriam o risco de ela entrar no mercado de super jatos, possibilidades que restringiriam a utilização do poder de mercado daquelas duas empresas -mesmo que de forma limitada- e assim favoreceriam aos consumidores (as companhias de aviação e potencialmente aos seus clientes). A Boeing certamente perderia mais porque dificilmente deixaria de ser a compradora, dado seu maior poderio financeiro e o provável

⁴³ Conforme FSP, 1995, op. cit.

⁴⁴ Vide OESP 1996, op. cit

⁴⁵ Vide GM, 24/7/1997, op. cit.

apoio do governo dos EUA, preocupado inclusive em preservar o controle nacional nos fornecimentos para o Departamento de Defesa. Além disso, deixaria de auferir os substanciais lucros que a MD obtinha nas suas atividades voltadas à área da defesa.

Concluindo, mais importante que o questionável mérito da decisão da FTC foi a forma injustificavelmente discricionária e não fundamentada pela qual ela foi tomada, carecendo de legitimação pois afastou-se da orientação prevista no texto legal, nas jurisprudências e nas próprias diretrizes estatuídas pelas agências. Para isso contribui muito também a nítida falta de autonomia da agência, manifesta por um lado por ela não ter refutado as alegações da Boeing quanto à não-jurisdição da União Européia sobre a transação, por outro no fato de que outras autoridades, incluindo o presidente Clinton, assumiram publicamente a linha de frente da disputa, brandindo argumentos e sanções alheias aos dispositivos antitruste. Se a FTC não empreender alguma tentativa para recuperar sua autonomia, pode perder credibilidade ao ponto de as empresas sentirem-se completamente liberadas para realizar transações altamente prejudiciais à concorrência, gerando uma onda ainda maior de atos de concentração.

Por ter se mostrado vulnerável a pressões do governo e das empresas, a atuação da FTC descortina um perigo ainda maior: essa onda pode resultar em estruturas de mercado altamente concentradas nos EUA, sugerindo que a existência de um razoável grau de concorrência repousaria basicamente na ampla contestabilidade de seus mercados internos. No entanto, esta possibilidade está ameaçada pois essa onda em boa medida também vem ocorrendo globalmente, resultando muitas vezes em oligopólios mundiais ou em situações ainda mais perigosas – como o duopólio aqui analisado. Nesse contexto, países subdesenvolvidos como o Brasil terão imensas dificuldades em alcançar uma inserção internacional razoável, capaz de minimizar sua situação de subalternidade.

ANEXOS

STATEMENT OF COMMISSIONER MARY L. AZCUENAGA in The Boeing Company, File No. 971-0051

The Commission today announces that it will not challenge the proposed merger of The Boeing Company and McDonnell Douglas Corporation. I agree that no action is warranted against the combination of assets in the defense and space lines of business, which constitutes the greater portion of the proposed transaction, although I do not join the discussion of the other commissioners⁽¹⁾ on this point.

I also agree with my colleagues that no action is warranted concerning the twenty-year exclusive arrangements for commercial aircraft that Boeing recently reached with three major U.S. airlines. The arrangements account for an estimated 11% of the market, well below any level that should be of concern under the laws enforced by the Commission. Given the state of the law and the fact that the exclusive arrangements apparently are unrelated to the proposed transaction, what is curious is that my colleagues choose to mention them at all.

Another aspect of the proposed transaction is the combination of two of the three remaining manufacturers of commercial aircraft in the world. Boeing is the largest commercial aircraft firm in the world; McDonnell Douglas, through Douglas Aircraft Company ("Douglas"), is number three in the industry. This horizontal combination of two of the three firms in the market appears to present a rather straightforward case for a challenge by the Commission. Absent action by the Commission, the merger will eliminate one of three firms in a highly concentrated market in which entry is difficult and unlikely.

My colleagues conclude that most airlines will not buy planes from Douglas, a factual conclusion with a surprising reach for a simple announcement of failure to prosecute and a conclusion and implication of competitive insignificance with which I disagree after having reviewed the available information. It is true that Douglas has a small share of the commercial aircraft market, but that does not mean that it exercises no competitive constraint.⁽²⁾ The evidence shows that Douglas has added an element of competition at the stage at which commercial aircraft producers bid for the business of airlines, and it has continued to win some business.

My colleagues rely in their statement on the so-called General Dynamics(3) defense, that is, that market shares based on past performance may overstate a firm's future competitive significance.

In General Dynamics, the government's statistical case based on historical production of coal was deemed an inadequate predictor of anticompetitive effects in light of the acquired firm's inability to obtain additional coal reserves. The company could not compete for future sales, because its coal reserves already were committed and it could not acquire additional reserves.

No such definitive impediment is present here. Douglas may need more customers for its products, but having won fewer customers than it might want does not make Douglas unable to compete for future sales.(4) One problem with accepting a "flailing firm" or "exiting assets" claim is that it creates an incentive for strategic action to avoid competitive overlaps and government challenge under Section 7 of the Clayton Act.(5) This is a dangerous precedent when we move from the realm of finite reserves of natural resources to the more indeterminate realm of managerial discretion, because of the susceptibility of the defense to self-serving statements, manipulation and strategic behavior.(6)

After reviewing the available information, I conclude that the combination in the commercial aircraft market creates a classic case for challenge in accordance with the merger guidelines, and I find reason to believe that it would violate Section 7 of the Clayton Act. What is less clear on the existing information is the availability of an adequate remedy. On that issue, it seems to me that reasonable people can disagree but, on balance, I would pursue the matter further.

1. See Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek, III, and Christine A. Varney in The Boeing Company, File No. 971-0051 (July 1, 1997).

2. In 1996, Douglas obtained orders amounting to "4 percent of the total narrow-body and wide-body orders received in the commercial aircraft industry," and its backlog of commercial aircraft orders was \$7 billion at the end of 1996, down from \$7.2 billion at the end of 1995. 1996 McDonnell Douglas Corporation Annual Report 30 & 34 (Jan. 1997). Although the six months since the December 1996 announcement of the merger with Boeing may not be representative (because one would expect customers to be chary of placing orders for future delivery given the uncertainty about the business), Douglas has continued to seek aircraft business. See, e.g., "Customer

Interest Is Renewed as First MD-95 Takes Shape, Flight International, June 18, 1997; "Jet Leasing Takes Off in Taiwan; McDonnell To Hold 20% Stake in Venture," Int'l Herald Tribune, June 20, 1997.

3. United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974).

4. The stringent requirements of the failing firm defense apply to test whether a firm's imminent failure would, absent the proposed transaction, cause the firm to exit the relevant market. See 1992 Horizontal

Merger Guidelines 5. As I understand it, the parties to the transaction do not claim that the failing firm defense applies to this proposed transaction.

5. 15 U.S.C. 18 (barring acquisitions the effect of which "may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly").

6. See Azcuenaga, "New Directions in Antitrust Enforcement," remarks before NERA 12th Annual Antitrust & Trade Regulation Seminar 11-15 (July 4, 1991).

Statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Janet D. Steiger, Roscoe B. Starek III and Christine A. Varney in the Matter of The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation

File No. 971-0051

After an extensive and exhaustive investigation, the Federal Trade Commission has decided to close the investigation of The Boeing Company's proposed acquisition of McDonnell Douglas Corporation. For reasons discussed below, we have concluded that the acquisition would not substantially lessen competition or tend to create a monopoly in either defense or commercial aircraft markets.

There has been speculation in the press and elsewhere that the United States antitrust authorities might allow this transaction to go forward -- particularly the portion of the transaction dealing with the manufacture of commercial aircraft -- because aircraft manufacturing occurs in a global market, and the United States, in order to compete in that market, needs a single powerful firm to serve as its "national champion." A powerful United States

firm is all the more important, the argument proceeds, because that firm's success contributes much to improving the United States' balance of trade and to providing jobs for U.S. workers.

The national champion argument does not explain today's decision. Our task as enforcers, conferred in clear terms by Congress in enacting the antitrust statutes, is to ensure the vitality of the free market by preventing private actions that may substantially lessen competition or tend to create a monopoly. In the Boeing-McDonnell Douglas matter, the Commission's task was to review a merger between two direct competitors.

We do not have the discretion to authorize anticompetitive but "good" mergers because they may be thought to advance the United States' trade interests. If that were thought to be a wise approach, only Congress could implement it. In any event, the "national champion" argument is almost certainly a delusion. In reality, the best way to boost the United States' exports, address concerns about the balance of trade, and create jobs is to require United States' firms to compete vigorously at home and abroad. Judge Learned Hand put the matter well a half century ago in describing the reasons for the commitment in the United States to the protection of the free market:

"Many people believe that possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourages thrift and depresses energy; that immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress; that the spur of constant stress is necessary to counteract inevitable disposition to let well enough alone."(1)

On its face, the proposed merger appears to raise serious antitrust concerns. The transaction involves the acquisition by Boeing, a company that accounts for roughly 60% of the sales of large commercial aircraft, of a non-failing direct competitor in a market in which there is only one other significant rival, Airbus Industrie, and extremely high barriers to entry. The merger would also combine two firms in the U.S. defense industry that develop fighter aircraft and other defense products. Nevertheless, for reasons we will now discuss, we do not find that this merger will substantially lessen competition in any relevant market.

The Commission reached its decision not to oppose the merger following a lengthy and detailed investigation into the acquisition's potential effects on competition by a large team of FTC attorneys, economists and ac-

countants. The Commission staff interviewed over forty airlines (including almost every U.S. carrier, large and small, and many foreign carriers), as well as other industry participants, such as regional aircraft producers and foreign aerospace companies. Staff deposed McDonnell Douglas and Boeing officials responsible for marketing commercial aircraft, assessing their firms' financial conditions, and negotiating the proposed acquisition. Finally, the Commission staff reviewed hundreds of boxes of documents submitted by the merging companies and third parties, such as airlines and aircraft manufacturers.

With respect to the commercial aircraft sector, our decision not to challenge the proposed merger was a result of evidence that (1) McDonnell Douglas, looking to the future, no longer constitutes a meaningful competitive force in the commercial aircraft market and (2) there is no economically plausible strategy that McDonnell Douglas could follow, either as a stand-alone concern or as part of another concern, that would change that grim prospect.

The evidence collected during the staff investigation, including the virtually unanimous testimony of forty airlines that staff interviewed, revealed that McDonnell Douglas's commercial aircraft division, Douglas Aircraft Company, can no longer exert a competitive influence in the worldwide market for commercial aircraft. Over the past several decades, McDonnell Douglas has not invested at nearly the rate of its competitors in new product lines, production facilities, company infrastructure, or research and development. As a result, Douglas Aircraft's product line is not only very limited, but lacks the state of the art technology and performance characteristics that Boeing and Airbus have developed.⁽²⁾ Moreover, Douglas Aircraft's line of aircraft do not have common features such as cockpit design or engine type, and thus cannot generate valuable efficiencies in interchangeable spare parts and pilot training that an airline may obtain from a family of aircraft, such as Boeing's 737 family or Airbus's A-320 family.

In short, the staff investigation revealed that the failure to improve the technology and efficiency of its commercial aircraft products has lead to a deterioration of Douglas Aircraft's product line to the point that the vast majority of airlines will no longer consider purchasing Douglas aircraft and that the company is no longer in a position to influence significantly the competitive dynamics of the commercial aircraft market.

Our decision not to challenge the proposed merger does not reflect a conclusion that McDonnell Douglas is a failing company or that Douglas Aircraft is a failing division. Nor does our decision not to challenge the pro-

posed merger reflect a conclusion that Douglas Aircraft could maintain competitively significant sales, but has simply decided to redeploy or retire its assets. While McDonnell Douglas's prospects for future commercial aircraft sales are virtually non-existent, its commercial aircraft production assets are likely to remain in the market for the near future as a result of a modest backlog of aircraft orders. As a result, it is unlikely that the aircraft division would have been liquidated quickly. Moreover, the failing company defense comes into play only where the Commission first finds that the transaction is likely to be anticompetitive. Here, the absence of any prospect of significant commercial sales, combined with a dismal financial forecast, indicate that Douglas Aircraft is no longer an effective competitor, and there is no prospect that position could be reversed.

The merger also does not threaten competition in military programs. Though both Boeing and McDonnell Douglas develop fighter aircraft, there are no current or future procurements of fighter aircraft by the Department of Defense in which the two firms would likely compete. Finally, there are no other domestic military markets in which the products offered by the companies are substitutes for each other. The Department of Defense, in a letter to the Commission dated July 1, 1997, indicated that competition would remain in the defense industry post-merger.

While the merger seems to pose no threat to the competitive landscape in either the commercial aircraft or in various defense markets, we find the twenty year exclusive contracts Boeing recently entered with three major airlines potentially troubling. Boeing is the largest player in the global commercial aircraft market and though the contracts now foreclose only about 11% of that market, the airlines involved are prestigious. They represent a sizeable portion of airlines that can serve as "launch" customers for aircraft manufacturers, that is, airlines that can place orders large enough and have sufficient market prestige to serve as the first customer for a new airplane. We intend to monitor the potential anticompetitive effects of these, and any future, long term exclusive contracts.

1. *United States v. Aluminum Company of America*, 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945).

2. Our colleague Commissioner Azcuenaga seems to speculate that these problems may be the result of "strategic behavior" to avoid government challenge, and that others in the future may pursue a similar

strategy. Speculation is easy, but there is absolutely no evidence that any such behavior occurred here.

Letter on Boeing McDonnell Douglas Merger by Ralph Nader

P.O. Box 19312, Washington, DC 20036
December 23, 1996

Robert Pitofsky
Chairman
Federal Trade Commission
Washington, DC

Janet Reno
Attorney General
U.S. Department of Justice
Washington, DC

Dear Chairman Pitofsky and Attorney General Reno:

We are writing to express our opposition to the proposed merger between Boeing and McDonnell Douglas (MD), and to request a meeting with your staffs to discuss this important issue.

As a preliminary matter, we are asking for an investigation into the circumstances surrounding McDonnell Douglas's recent decision to forgo entry into the market for Jumbo jets. According to press reports, Boeing and McDonnell Douglas (MD) have been meeting to discuss a potential merger for three years. (1)

We specifically request an investigation into those discussions, to determine if Boeing and MD discussed MD's possible entry into jumbo jet market, and if the MD decision to reject entry in this market was an outcome of those ongoing discussions. We further request an investigation to determine if Boeing and MD held discussions concerning strategies for limiting technology transfers, in order to deter new entry into the market for commercial aircraft.

General Objections to the Merger

The merger is illegal and contrary to the public interest for the following reasons.

1. The merger would reduce the number of competitors in the market for commercial aircraft from 3 to 2, in a market with large barriers to entry. This reduction in competition will increase the likelihood of collusive behavior between Boeing and Airbus, and eliminate an important competitor in the market for small planes, and a potential competitor in the market for jumbo planes.

2. It would significantly reduce competition for important areas of defense procurement. Press reports indicate Boeing pursued the merger with McDonnell Douglas (MD) precisely because it expected MD to acquire Hughes Electronics Corp., or that MD might acquire the Texas Instruments' defense division, which is up for sale.(2)

3. MD is not a failing firm. Absent the merger, it would remain an important competitor to Boeing in defense procurement, and to Boeing and Airbus in the market for commercial aircraft.

4 As competitors, both Boeing and MD have been profitable and innovative. Boeing owes its current success to its ability to respond favorably to competitive pressures. In the absence of competition, Boeing could enter a period of stagnation which is often a hidden cost of market power.

5. Boeing is already so large that it can use its awesome market power to shield the company from criticism by commercial airlines -- who are increasingly becoming captive customers. In this respect, it is interesting to compare the on-the-record comments with those offered off-the-record, in recent news coverage of the merger.

For example, in a December 19, 1996, New York Times story, when asked about the merger, Robert Crandall from American Airlines said "What's occurred is about as favorable a situation as you can have," and Jake Brace from United Airlines said "We are not losing any sleep over it."(3)

However, in a story two days earlier in the Washington Post "several airline executives, who spoke on the condition that they not be identified" had a different story to tell.(4)

McDonnell Douglas had had little effect on prices for big jets, where the Boeing 747 enjoys a virtual monopoly. But in the case of smaller planes,

McDonnell Douglas was described as an "aggressive bidder" with its 160-seat MD-80, for which the company had already recouped its development costs and had lower production costs than competitive models from Boeing or Airbus.

"What would often happen is that MD would come in with a very attractive offer, including a number of concessions, and Boeing and Airbus would be forced to match it," said one executive. McDonnell Douglas would generally lose the competition, he said, but have a "positive impact" on the price and terms of the contract.

Another noted that while McDonnell Douglas was an also-ran for contracts with the major airlines because it did not offer a full line of jets, it remained a strong competitor for the business of second- and third-tier airlines that were not offered the same discounts as big airlines by Airbus and Boeing.

The reticence of Boeing's customers to talk publicly about the merger is evidence that Boeing already has excessive political power, which is derived from its vast market power. With the disappearance of yet another competitor, Boeing's customers will have even fewer opportunities to be candid about important public policy issues involving Boeing.

6. If the United States bends the antitrust laws for Boeing, because it is an important U.S. exporter, the United States will undermine its ability to seek better antitrust enforcement abroad. U.S. efforts to develop global antitrust enforcement regulations will appear hypocritical if there is no antitrust enforcement in the United States in a merger involving the extremely high levels of market concentration in the Boeing-McDonnell Douglas case.

7. If this merger is permitted, it will set a new and dangerous benchmark for permitted mergers, and will likely set off yet another wave of mergers. How could the Government then expect to distinguish this case from TCI and Time-Warner, General Motors and Ford, Coke and Pepsi or other mergers leading to high market concentration (but less concentration than that resulting from the Boeing-MD merger and in industries with lower barriers to entry)? Indeed, how could the government then prevent a merger between United and Delta, or even the consolidation of the entire airline industry as long as foreign competitors were allowed into the domestic market?

The DOJ Horizontal Merger Guidelines

It hardly seems necessary to review the Department of Justice (DOJ) horizontal merger guidelines to see how clearly the merger crosses all known benchmarks for legal mergers. However, consider the following.

Changes in the HHI

While we have yet to complete our own market analysis, press reports put Boeing, Airbus and McDonnell-Douglas (MD) market shares for commercial Aircraft in the neighborhood of 60-65, 30-40 and 5-10 percent, respectively. Assuming, for example, that the correct shares of the current market for new orders of commercial aircraft are 60, 35 and 5 percent, the Herfindahl-Hirschman Index ("HHI") of market concentration would be 4,850 before the merger, and 5,450 after the merger.

Under the guidelines, any market with an HHI above 1,800 is considered highly concentrated. The merger would increase the HHI by 600, about six times higher than the threshold of 100 from the guidelines, that are "presumed [to] . . . create or enhance market power or facilitate its exercise."

The relevant market shares would suggest even more devastating impacts for those areas where MD is a more significant player. As indicated above, Boeing presently has a virtual monopoly in the market for jumbo jets, and MD is disadvantaged as a competitor in the market for "major airlines," since it has a limited product line. However, MD is more competitive among "second- and third-tier airlines." By excluding jumbo Jets, the MD market share is more important. And if one looks at the market for "second- and third-tier airlines," the MD share is more important yet.

A similar analysis of concentration in military contracting will need to identify the relative markets where MD and Boeing are current and potential competitors.

Potential Competition

MD clearly has a larger impact on the market than its market share would suggest, due to its role as a potential supplier. This is the point of the Pearlstein article, discussed above, where MD had first order impact on prices and contract terms, even when it was the losing bidder. The same point was made by Standard and Poor's Philip Baggaley, in a December 17, 1996 story in the New York Times.⁽⁵⁾

"The number of orders they may have placed is not a direct indication of the impact they might have on pricing," Philip Baggaley, an airline industry analyst at the Standard & Poor's credit rating agency, said. This fall, for example, Continental Airlines executives boasted about the favorable prices it received from Boeing for its order of 737's. But Continental was widely known to also be in talks with McDonnell Douglas about possibly ordering MD-95 jets, and the prospect of losing a big order to McDonnell Douglas undoubtedly pushed Boeing to lower its prices.

Moreover, MD is one of the few firms that could enter the market for Jumbo jets, and indeed, until it concluded its recently discussions with Boeing over the Merger, MD had been considering such a move. For example, Standard and Poor's December, 1996 Investor's Monthly not only reports MD's "recent decision to forgo building a new generation jumbo jet," but attributes this decision as a major factor in the performance of the stock.

We believe potential competition is very important for commercial airplanes. Because the products are very durable and supplied over long term contracts, and because commercial buyers have the opportunity to buy, lease, maintain or refurbish, or wait until market conditions change, viable potential competition can exert a substantial influence over the existing major producers. As a successful defense contractor with extensive experience in the market for commercial aircraft, MD has the research and development and technical expertise to create new products - a substantial advantage over other potential entrants into the market.

Impact of Merger on Collusion

As noted, we are concerned that the merger will increase the likelihood of collusive behavior between Boeing and Airbus. This is a particular concern in the market for commercial aircraft because it is possible to observe output and to learn about prices and other terms, including warranties and finance, from contracts and reports in the financial and trade press. The ability to observe market conditions and transactions are factors which the merger guidelines indicate make such collusion more likely.

The guidelines point out that a number of mechanisms are available to facilitate collusion or collective action, including "practices not necessarily themselves antitrust violations, such as standardization of pricing or product variables on which firms could compete."

Boeing and Airbus have parallel interests in blocking the entry of a new player in the market for commercial aircraft. One way to block entry is to refuse to license important technology, or to use outside procurement policies to punish or reward firms that help potential rivals. MD has demonstrated a greater willingness to license technology to new entrants than Boeing or Airbus.

With MD out of the picture, it is more likely that there will be collusion or tacit collective action between Boeing and Airbus to withhold new technologies from potential entrants. This would be substantially more difficult if MD does not exit the market.

Barriers to Entry

The merger guidelines correctly focus on barriers to entry as an important determinant of the ability of one or more firms to exercise market power. Clearly there are very high barriers to entry in the market for aircraft manufacturing. There are large sunk costs associated with the development of commercial aircraft, significant regulatory processes, patents and other controls on critical technology, and the difficulty of working with a complex web of subcontractors who have close relationships with Boeing or Airbus. As noted above, MD has demonstrated the greatest willingness to license technology to new competitors. Analysts project Boeing and Airbus would operate without additional competition for 15 to 20 years, at a minimum, should this merger take place.(6)

Closing Comments

Even if the U.S. government has so far displayed little concern about the anti-competitive effects of the merger, other nations appear to be more concerned. Ironically, analysts suggest that the People's Republic of China may alter its purchasing patterns in favor of Airbus if the merger goes through.(7)

As a commercial jet consumer with a minimal role in the production side of the market, China apparently is concerned about the effect of the merger on consumers. Surely U.S. government agencies can be expected to demonstrate as vigorous a commitment to antitrust problems as the People's Republic of China.

As a result of its acquired concentrated economic power, the merger will give dramatic political power to Boeing -- the exact concern that gave rise to our nation's antitrust laws. As one of two or three major defense com-

panies, Boeing will have undue influence in shaping weapons acquisition policy at the Pentagon, as well as on broader defense policy questions.(8)

As the only U.S. commercial jet manufacturer, Boeing will be positioned to unduly influence industry regulation. As a manufacturer with especially widespread manufacturing operations, Boeing will be able to exert strong influence over a range of industrial policy issues. And with its existing status as the largest U.S. exporter enhanced by the merger, Boeing will be positioned to improperly shape U.S. foreign policy on issues relating to China and international trade, among others.

Given the magnitude of the Boeing-McDonnell Douglas proposed merger and the extraordinarily high levels of market concentration involved, we do not perceive how the nation's antitrust authorities can act other than to prevent the merger as a violation of the Clayton Act's proscription against merger and acquisitions where "the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition or to tend to create a monopoly."

We would like to meet with your staff to discuss the process for FTC or DOJ review of the proposed merger. Please contact James Love, at 202-387-8030; fax 202-234-5176; love@tap.org.

Sincerely,
Ralph Nader

James Love, Director, Economic Studies, Center for Study of Study of Responsive Law

Robert Weissman, Staff Attorney, Center for Study of Responsive Law

Notes

1. John Mintz, "Auction Forced Boeing's Hand," Washington Post, Tuesday, December 17 1996; Page D1.

2. Ibid.

3. Adam Bryant, "Airline Execs Not Upset by Boeing Deal," New York Times, December 19, 1996.

4. Steven Pearlstein, "Merger May Raise Tough Antitrust Issues," Washington Post December 17 1996.

5. Adam Bryant, "Analysts are Optimistic About the Proposed Merger," New York Times, December 17, 1996.

6. Adam Bryant, "Analysts are," Ibid.

7. Seth Faison, "New U.S. Muscle May Send China to Europeans Instead," New York Times, December 17 1996; Page D02

8. See Lawrence J.Korb, "A Military Monopoly," New York Times, December 21, 1996

June 26, 1996 letter to FTC on Boeing Merger, by Ralph Nader, James Love and Robert Weissman

The following is a letter sent by Ralph Nader, James Love and Robert Weissman, on June 26, 1997 to the Federal Trade Commission (FTC) expressing opposition to the Boeing/McDonnell Douglas merger. James Love | love@cptech.org | 202.387.8030

Ralph Nader
P.O. Box 19312, Washington, DC 20036
Consumer Project on Technology
P.O. Box 19367, Washington, DC 20036
<http://www.cptech.org>
June 26, 1997

Chairman Robert Pitofsky
Commissioner Mary L. Azcuenaga
Commissioner Janet D. Steiger
Commissioner Roscoe B. Starek, III
Commissioner Christine A. Varney
Federal Trade Commission
6th Street and Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20580

Members of the Federal Trade Commission:

We are writing to express our dismay over published reports the Federal Trade Commission (FTC) staff may recommend approval of Boeing's acquisition of McDonnell Douglas (MD), and to urge the Commission to reject this merger. As we indicated in our December 23, 1997 letter to Chairman Pitofsky (<http://www.essential.org/antitrust/boeing/dec231996.html>), the reasons to reject the merger are obvious. At present there are only three firms that manufacture large commercial aircraft --

Boeing, McDonnell Douglas, and Airbus. The merger will eliminate one of two U.S. firms, leaving Boeing with a single European competitor. There are many measures of the current market shares. One can look at planes in the air, sales of new planes or new orders, and these numbers can be broken down by region (US, Europe and rest of the world) or by plane size (Jumbo and non-jumbo jet). By any reasonable measure of market shares, the concen-

tration before and after the merger shatters the FTC's own merger guidelines. This is particularly true when one factors in the importance of ex ante competition for contracts, and the solid empirical evidence that McDonnell Douglas's aggressive pricing often caused Boeing or Airbus to lower their prices.

Before the merger, Boeing has roughly 60 to 70 percent of the market (depending upon how the market is measured). Boeing's enormous economic clout is accompanied by enormous political power. Experts agree that there are huge entry barriers in this business. Given the extent of Airbus subsidies, some suggest it might cost \$30 billion in losses and 15 years before a new firm could become a viable new entrant. The concentration in airplane manufacturers is leading to additional concentration in the market for parts, and this combined with the decline in the numerical procurement of military aircraft makes entry that much more difficult.

We do not have details of the FTC's staff review of the merger. We have asked the FTC staff to investigate the discussions between Boeing and McDonnell Douglas regarding a possible merger, to determine if Boeing and McDonnell Douglas discussed the impact of a decision to develop a new jumbo jet on the legal viability of the merger, and to determine if either company had misrepresented facts concerning those discussions, or engaged in criminal conspiracy. We presented the FTC Staff with documents from McDonnell Douglas indicating that MD's aggressive negotiations had caused Boeing to significantly lower its price in a contract which was ultimately awarded to Boeing. We have also told the FTC staff that the reticence of the commercial airlines to go on the record in opposition to the merger is evidence that Boeing already has so much economic power that it can muzzle large business customer dissent or criticism. Boeing's most compelling argument for the merger is that McDonnell Douglas is no longer a viable manufacturer of airplanes. McDonnell Douglas, however, is not a failing firm. Not only is the firm profitable, the commercial aircraft segment is profitable by itself. Moreover, McDonnell Douglas actively considered the development of a new jumbo jet aircraft as recently as 1996. McDonnell Douglas's shareholders apparently believe they are better off with a merger than to continue as a competitor. But the shareholder perspective should not becloud the FTC to its mission, which is to protect consumers and to fight monopolization. McDonnell Douglas is not only a profitable and viable competitor -- it is perhaps the only viable competitor for a very long time. It is worth emphasizing that the "failing firm" defense is a narrow doctrine requiring a showing that a firm is on the verge of failure - - a designation certainly not applicable to McDonnell Douglas. There is sound logic in maintaining the narrowness of the doctrine -- one doesn't know what the future holds.

Nor can it be argued that the merger results in efficiencies. Boeing is at full capacity, and has hired McDonnell Douglas to manufacture planes to meet its current contract commitments.

The Commission must also consider the impact of a decision in the Boeing/MD merger on future mergers in the United States and elsewhere. We were appalled when United States Trade Representative Charlene Barshefsky recently intervened in the European Union's antitrust review of the Boeing/MD merger. In statements to reporters in the Hague on May 28, 1997, Ambassador Barshefsky was quoted as saying the U.S. wanted "assurances that the inquiry must be conducted on competition policy principles and not on extraneous political principles." The fact that Barshefsky was lobbying for the merger before the EU demonstrates how much corporate political power has influenced U.S. policy on the merger, and that U.S. policy makers are insensitive to the hypocrisy of Ms Barshefsky's transparent lobbying for the Boeing merger, while castigating the Japanese and EU governments for their failure to break up local monopolies. In any case, populist concerns have a proper role in antitrust policy; concerns about the concentrated political power which stems from concentrated economic power motivated the development of U.S. antitrust laws.

If the FTC approves the Boeing merger, what are the signals that we will send to the entire world? We can expect big businesses to respond with a wave of new mergers spurred on by the new "two is enough" decision in the Boeing/MD case. The stunning precedent of the Boeing/MD merger approval will handcuff the Department of Justice in their attempt to curb this wave. In foreign markets, the U.S. advocacy of antitrust enforcement will be rightly seen as self-serving. The hypocrisy will be no less evident at home, where the FTC's strong and sensible action in the Staples-Office Depot merger will contrast strangely with the agency's derogation of its responsibility in the Boeing/MD case. The obvious conclusion will be that the politically powerful can escape serious antitrust review, while the less powerful cannot.

The Boeing/MD merger is the most important current test of our nation's commitment to antitrust enforcement. We urge you to reject the merger.

Sincerely,

Ralph Nader /s/

James Love /s/

Robert Weissman /s/

DOUTRINA DO ELO VERDE: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO AMBIENTAL PARA O DIREITO ECONÔMICO.

Shalom Einstoss Granado*

***Dedicatória:** O presente trabalho é dedicado ao Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, incentivador incansável que, com seu exemplo pessoal, como estudioso e conselheiro do CADE, soube colocar a educação e a pesquisa ao lado dos mais elevados valores da vida.*

1. Introdução

Nas últimas décadas a luta pela defesa do espaço vital no qual se desenvolve a vida humana tem ganhado cores cada vez mais intensas, graças ao conhecimento que se tem das agudas e notórias ameaças que cercam a preservação da vida na terra.

Curioso notar que a preocupação com a Ecologia, considerada expressão de exuberância do movimento “Hippie” em idos de 1967, tornou-se objeto de grande preocupação do “establishment”, seja em virtude de sua própria importância, seja em razão dos deletérios efeitos econômicos propiciados por uma atitude de desprezo em relação à biosfera.

Nesse passo, procurando refletir os fatos e valores adotados pelo ser social, adotou o mundo jurídico novo ramo, de natureza eminentemente pública, dado o interesse resguardado, denominado de Direito Ambiental, se bem que os puristas lhe neguem tal autonomia.

A curiosidade dá lugar à verdadeira estupefação, ao se constatar que esse ramo do saber, então considerado estranho às preocupações de homens sérios, transmutou-se em diretiva constante daqueles que se dedicam à construção de riquezas, como os industriais, e fonte maior de preocupações e tratados de comércio internacional.

Dentro de tais quadrantes, o presente estudo tem por finalidade demonstrar as interações existentes entre o Direito Ambiental e o Direito da Concorrência, principiando pelas influências daquele ramo do saber jurídico na esfera do comércio internacional e interno, e concluindo pela existência de um verdadeiro “Elo Verde” entre dois ramos jurídicos que aparentemente

* O autor é membro do IBRAC e Advogado do Senado Federal
shalom@df.sol.com.br

distam muito entre si, mas que em verdade guardam relações que albergam sérias consequências.

2. Meio Ambiente: tema recorrente no direito internacional, bem como no comércio entre os Estados.

Desde a implementação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) de 1947, conhece, o comércio internacional, exceções ao princípio da não-discriminação de mercadorias importadas, baseadas na preservação do meio ambiente. De ver-se o que dispõe o citado artigo XX¹, in verbis:

Article XX: General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

¹ Artigo XX: Exceções Gerais

Sujeito ao requisito de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que constitua um modo de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou uma restrição dissimulada sobre o comércio internacional, nada nesse Acordo deve ser construído para frustrar a adoção ou execução, por qualquer das partes contratantes, de medidas:

(a).....
.....

(b)necessárias para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou de planta;

(c).....
.....

(d)necessárias para assegurar o cumprimento de leis ou regulamentos que não sejam incompatíveis com as provisões desse Acordo, incluindo aquelas relativas a normas alfandegárias, a coação de monopólios operando sob o parágrafo 4º do Artigo II e Artigo XVII, a proteção de patentes, marcas comerciais e patentes, e a prevenção de práticas enganosas;

(e).....
.....

(f).....
.....

(g)relativas à conservação de recursos naturais esgotáveis se tais medidas forem tornadas efetivas em conjunção com restrições na produção e consumo domésticos;
(Tradução livre)

- (a).....
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c)
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e)
- (f)
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

(Grifou-se e negritou-se)

Prosseguiu, a ordem jurídica internacional, produzindo uma miríade de tratados e declarações reconhecendo a influência de fatores ligados ao meio ambiente sobre a problemática do desenvolvimento das relações econômicas internacionais. Nesses moldes, editou-se a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, da qual se destacam, notadamente, alguns princípios, a seguir transcritos:

Principle² 4

In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it.

Principle 6

To achieve sustainable development and a higher quality of life for all people, States should reduce

² Princípio 4. Com o objetivo de atingir o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir uma parte integral do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isolada do mesmo.

Princípio 6. Para adquirir o desenvolvimento sustentável e uma maior qualidade de vida para todos os povos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas apropriadas.

and eliminate unsustainable patterns of production and consumption and promote appropriate demographic policies.

Entanto, texto dos mais elucidativos para o entendimento da tese apresentada neste trabalho vem a ser o princípio 16³ daquela carta de intenções mundial, in verbis:

National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.

Por igual, no âmbito da Organização Mundial de Comércio, não apenas em suas raízes⁴, como também em seus primórdios, empreendeu-se, e empreende-se, notável esforço no sentido da fixação de parâmetros que nor-teassem as relações entre meio ambiente e comércio internacional. Por consequente, editou-se a Decisão sobre Comércio e Meio Ambiente de 1994, em Marrakesh, por ocasião da própria criação da O.M.C. Desse documento, destaca-se que a primeira reunião do Conselho Geral daquele organismo internacional seria voltada à criação de um Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente.

Recentemente, o Diretor-Geral da O.M.C. reafirmou⁵ a importância do estabelecimento das devidas conexões entre a proteção da biosfera e o sistema mundial de comércio⁶:

³ As autoridades nacionais devem dirigir esforços para promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o entendimento de que o poluidor deve, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito ao interesse público e sem distorcer o comércio internacional e o investimento.

⁴ Cf. visto no GATT/47, adotado pela OMC.

⁵ Discurso para a conferência sobre “Globalização como um Desafio para os Negócios Alemães; oportunidades de exportação para companhias pequenas e médias no campo ambiental, no dia 9 de dezembro de 1997.

⁶ Um sistema comercial também é importante de maneiras mais fundamentais. Uma das chaves do desenvolvimento sustentável está em se atribuir preços aos recursos ambientais para refletir sua escassez e verdadeiro valor social. Encarando o panorama de aquecimento global, uma atmosfera cada vez mais rarefeita, água contaminada ou florestas desaparecendo, a idéia de que nós não podemos nos dar ao luxo de assumir o custo de proteger o meio ambiente está rapidamente dando lugar à idéia de que nós

An open trading system is also important in more fundamental ways. One of the keys to sustainable development lies in pricing environmental resources to reflect their scarcity and true social value. Faced with the prospect of global warming, a thinning atmosphere, contaminated water or disappearing forest, the idea that we cannot afford the cost of protecting the environment is rapidly giving way to the idea that we cannot afford not to protect it - and, moreover, that getting ahead of the business trend towards sustainable development can actually be profitable. This year, the OECD projects that the market for environmental goods and services worldwide is worth between US\$ 250 and 400 billion. Although the issue of assigning values and responsibilities for the environment is largely a question of putting in place the right domestic policies, trade liberalization has an important role to play here by reducing market inefficiencies which distort price signals.

(Grifou-se)

Conquanto relativamente recente a preocupação dos agentes econômicos internacionais com a problemática ambiental, nota-se que, no Brasil, a Indústria, consciente da demanda crescente por uma produção afinada com os valores ambientais que nortearão, cada vez mais, o consumidor globalizado, e assumindo a dianteira na defesa do rico patrimônio natural brasileiro, tem feito esforços notáveis para harmonizar sua produção aos mais elevados padrões de qualidade ambiental internacionais. Nesse passo, a Confederação Nacional da Indústria tem promovido diversos eventos dirigidos para a concretização da proteção de nossas riquezas naturais. De ver-

não podemos nos dar ao luxo de não protegê-la - e, mais ainda, de que ficar à frente da tendência dos negócios em direção ao desenvolvimento sustentável, o qual pode ser realmente lucrativo. Esse ano, a OECD estima que o mercado para bens e serviços ambientais ao redor do mundo é avaliado entre US\$ 250 e 400 bilhões. Apesar de a matéria de se fixar valores e responsabilidades para o meio ambiente ser grandemente uma questão de colocar no devido lugar as políticas domésticas, a liberalização comercial tem um papel importante a desempenhar aqui por reduzir as ineficiências de mercado que distorcem os sinais de preço.

se o que assevera⁷ o Presidente dessa representativa organização não-governamental, o Senador Fernando Bezerra, sobre a matéria, litteris:

O aumento da consciência sobre a necessidade de preservar o planeta e seus recursos naturais, como forma de garantir a qualidade de vida das gerações atuais e futuras, constitui autêntica força impulsionadora desse movimento na direção do desenvolvimento econômico em bases sustentáveis.

A questão deixou de ser matéria de exclusiva preocupação de ambientalistas, passando a influenciar fortemente as relações entre os mercados, tanto nacional, quanto internacional.

Ao mesmo tempo, o mundo avança aceleradamente para uma maior integração do comércio internacional de bens e serviços, ocupando a questão ambiental um papel significativo nas negociações entre as nações.

Este cenário, caracterizado por maiores exigências técnicas e pelo consenso da necessidade do desenvolvimento sustentado, tem levado as indústrias a empreenderem grandes esforços para realização de programas de melhoria de qualidade ambiental de produtos e processos, visando ao aumento da sua competitividade.

Com vistas a apoiar as empresas brasileiras, nas suas ações de adaptação e ajuste às novas condicionantes ambientais, de modo a torná-las atualizadas e qualificadas, a CNI vem atuando proativamente nos assuntos relativos à ecologia.

Através de um conjunto integrado de iniciativas, o Sistema CNI, tanto na área de sua representação empresarial, quanto na prestação de seus serviços, está colocando em prática importantes ações, como por exemplo:

- a instituição do Conselho Temático Permanente de Meio Ambiente, formado por representantes das Fe-

⁷ Pronunciamento do presidente da CNI, Senador Fernando Bezerra, no lançamento do Prêmio CNI de Ecologia e da publicação Iso 14001 - Manual de Implantação, em Brasília, 19.03.97.

derações estaduais e de associações setoriais, para o acompanhamento e formulação de estratégias do Sistema CNI;

- o acompanhamento e a participação ativa na formulação de normas e da legislação relativa ao meio ambiente nos diversos foros de âmbito nacional e internacional;

- disponibilização de meios de informação e acesso aos serviços sobre meio ambiente.

A atuação do Sistema CNI se estende também aos campos da divulgação das modernas tecnologias ambientais, de capacitação de recursos humanos em processos de tecnologias mais limpas, de assistência técnica e tecnológica e de educação ambiental.

3. Crítica à introdução do meio ambiente como ingrediente do sistema de comércio internacional.

Há que se reconhecer, entretanto, apesar da presença constante do meio ambiente nas discussões, declarações e protocolos mundiais relativos ao comércio internacional, que não se sabe ao certo como introduzir o tema sem correr o risco de se desvirtuar a finalidade primordial de tais organismos, no sentido de fortalecer o comércio internacional e a liberalização, bem como a queda de barreiras comerciais.

A adoção de barreiras fundadas em práticas consideradas contrárias à preservação da biosfera encontra censura no argumento de que isso violaria os princípios do multilateralismo e consensualismo no qual se assentam os mais importantes acordos de comércio internacional, à exemplo daquela que instituiu a O.M.C. Diz-se que o foro comercial não pode substituir acordos multilaterais sobre o meio ambiente porquanto um país que não for livremente persuadido a resolver um problema ambiental dificilmente aceitaria a “jurisdição” do organismo comercial mundial sobre tal ponto.

4. O caso atum-golfinho: análise da problemática do erguimento de barreiras comerciais baseadas na preservação do meio ambiente sob o amparo do GATT.

O caso atum-golfinho relfete significativamente a problemática aqui versada.

Em certas regiões tropicais do Oceano Pacífico o sistema de pesca de atum com redes provocou a morte, anualmente, de centenas de milhares de golfinhos, fato que chamou a atenção de organizações ambientalistas nos Estados Unidos, levando-as a pressionar o governo daquele

país a editar uma série de normas⁸ restritivas da compra de atum pescado por países que não pudessem comprovar, perante as autoridades norte-americanas, que cumpriam as normas de proteção aos golfinhos. Por volta de 1990, o Secretário de Comércio americano ainda não havia implementado o embargo, em prol das relações exteriores daquele país, entretanto uma organização ambientalista moveu uma ação para cumprimento das leis de proteção aos golfinhos, tendo sido vitoriosa no litígio.

Por ser o país mais diretamente prejudicado por tais medidas, o México apresentou uma reclamação em 1991, com amparo no procedimento de solução de controvérsias do GATT, alegando que os EEUU não poderiam banir as importações de atum mexicano somente pelo fato de que as normas sobre pesca mexicanas não se ajustavam às daquele país. Tal imposição seria uma violação à soberania do México, concretizando verdadeira extraterritorialidade legal.

O painel de resolução de controvérsias decidiu favoravelmente ao México, com exceção da anuência à adoção de um selo indicativo de que o atum consumido na América foi obtido de modo seguro para os golfinhos. Entendeu-se que esta última restrição de venda de atum apenas asseguraria maior liberdade de escolha para o consumidor.

Por fim, México e EEUU deliberaram manter conversações bilaterais sobre a matéria controvertida, contudo o caso teve muita repercussão, porquanto expôs as dificuldades existentes na implementação de medidas comerciais restritivas com fundamento na proteção do meio ambiente e também porque colocou em perigo diversas outras medidas de proteção ambiental norte-americanas.

5. O Elo Verde do Direito da Concorrência: nova abordagem da interação entre normas ambientais e comerciais.

Como já se mencionou, o caso da pesca de atum ilustra magistralmente as dificuldades encontradas quando se lida com a interseção entre matérias ambientais e comerciais.

De um lado o receio de que a introdução da problemática ambiental leve ao desvirtuamento do sistema comercial, à imposição, simplesmente, de restrições ao comércio de produtos em virtude de seu método de produção, infundindo normas de produção de um estado em outro (extraterritorialidade) e, em sentido oposto, o imperativo da realidade, na qual

⁸ Marine Mammal Protection Act in 1972, Direct Embargo Provision, or “Comparability Provision” in 1984, the Pelly Amendment, the Dolphin Protection Consumer Act.

não se distingue com clareza onde termina a proteção à natureza e principia temas que digam respeito tão-somente à pauta econômica.

Certamente, nos próximos anos, ver-se-á a reiteiração de polêmicas como as do caso atum-golfinho, mas há uma clara tendência de se admitir a valoração econômica dos custos ambientais, conforme disse o próprio Diretor-Geral da O.M.C., reconhecendo-se a verdadeira escassez dos recursos naturais.

O presente estudo pretende, na linha do que foi exposto, reconhecer a importância dos processos de exploração de insumos extraídos do meio ambiente para efeito de se aferir em que situações tais métodos implicam em práticas anticoncorrenciais, declarando-se a existência de um Elo Verde que une o Direito Ambiental ao Direito da Concorrência.

Se uma indústria A utiliza recursos naturais, fabricando determinado produto sem obediência às normas ambientais, com isso auferindo redução em seus custos operacionais, por certo terá melhores condições competitivas para ganhar mercado da indústria B, graças à geração de um custo fictício representado por sua omissão, a qual tem por contrapartida a degradação do meio ambiente.

A conduta descrita cria, sem dúvida, distorção na cadeia de custos da empresa A, e, desse modo, prejudica a livre concorrência em certo mercado relevante. Diz-se que o custo é fictício pois não reflete a degradação do meio ambiente. Tal atitude equivale à subtração de um direito difuso a um meio ambiente sadio em favor de um patrimônio particular ou meramente coletivo.

Tome-se um exemplo hipotético: uma empresa siderúrgica que utiliza carvão extraído de florestas de terceiros, dessa forma causando elevados danos ambientais, viola, por conseguinte, o disposto no art. 21 do Código Florestal⁹, que assim dispõe, *litteris*:

Art. 21 -As empresas siderúrgicas de transporte e outras, à base de carvão vegetal, lenha ou outra matéria-prima florestal, são obrigadas a manter florestas próprias para exploração racional ou a formar, diretamente ou por intermédio de empreendimentos dos quais participem florestas destinadas ao seu cumprimento.

Tal indústria se encontra passível de sofrer as sanções inerentes ao Direito Ambiental, mas, além disso, com sua omissão,

⁹ Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

pode oferecer seu produto por preços artificiais, obtidos através da distorção na cadeia de custos. Compreende-se, destarte, que, neste caso, o Elo Verde demonstra inegável prejuízo à livre concorrência, haja vista a conquista de mercado resultante de processo não natural (em duplo sentido), e que não se fundamenta na maior eficiência do agente econômico e, portanto, passível de ser atacado pela atuação dos competentes órgãos de defesa da ordem econômica.

Os exemplos são inumeráveis. Indústria moveleira que utiliza como matéria-prima madeira desacompanhada da devida licença e, portanto, comprada por menor preço¹⁰. Indústria pesqueira que vende seus peixes por preços inferiores aos dos concorrentes graças à pesca em cursos d'água, em períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução. Fabricante de veículo automotor que reduz seus custos mediante a utilização de dispositivos anti-poluição mais baratos e que não atendem às normas pertinentes sobre emissão de gases¹¹.

6. O Elo Verde do Direito da Concorrência e a ordem jurídica brasileira.

No Brasil o legislador constituinte de 1988 como que vislumbrou o futuro, ao deixar assentadas as bases para o surgimento da doutrina do Elo Verde ao erigir, como princípio da Ordem Econômica a defesa do meio ambiente¹², in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente;

De outra parte, a doutrina pátria também cuidou de pensar nas interações trazidas pela configuração constitucional, como de-

¹⁰ Idem, inciso h, art. 26.

¹¹ Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993.

¹² Inciso VI do art. 170 da Constituição da República.

monstra o trecho em seguida, da lavra do eminente professor TOSHIO MUKAI¹³:

Já a livre concorrência só será legítima (sua invocação) se seu exercício se conformar ao princípio da defesa do consumidor, do meio ambiente, da busca do pleno emprego, etc., já que, pelo parágrafo único do mesmo art. 170, ‘é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei’, e porque o art. 225, em relação ao meio ambiente, dispõe que incumbe também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Enfim, há que se compatibilizar os princípios elencados pelo art. 170, posto que resulta dessa compatibilização, exatamente, o cumprimento do princípio maior que a Constituição brasileira de 1988 contempla: o da democracia econômica e social.

Nessa compatibilização, tendo em vista sempre o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, há que estar presente a ‘obrigação de ponderação’ dos interesses contrapostos.

Como se verifica, dado que os princípios da Ordem Econômica estão no mesmo pé de igualdade, nomeadamente os da garantia da propriedade privada (com sua função social), o da livre concorrência e o da defesa do meio ambiente, o problema que agora se coloca é o da compatibilização entre eles, para que todos sejam observados.

Resulta daí a questão tantas vezes afluída em tantos lugares, da necessidade de se compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente.

Tem-se, nas mais das vezes, afirmado que tal compatibilização é impossível e não factível, com argumentos fantasiosos e levianos.

Diga-se sem rebuços: a busca do ouro, a ganância, e até mesmo, a do desenvolvimento econômico natu-

¹³ Mukai, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. P. 31 e seguintes, Ed. Forense Universitária.

ral e legítimo, tem sido obtido, no Brasil, à custa da deterioração e de prejuízos incalculáveis ao meio ambiente.

Na realidade, no Brasil, tem se utilizado de argumentos falaciosos que colocam a busca do desenvolvimento no primeiro plano, e a defesa do meio ambiente em segundo.

A Constituição, ao contemplar no mesmo plano os princípios da livre concorrência e o da defesa do meio ambiente, não admite que este último seja colocado de lado com privilégio do primeiro.

Há que se compatibilizar, sempre e a todo custo, os dois princípios. E, em caso de conflito real, há que se efetuar uma ponderação de interesses, para que não haja o sacrifício total de um ou de outro.

No plano infraconstitucional, a Lei de Defesa da Concorrência¹⁴ declara, expressamente, em seu artigo 1º, que cuida da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, da qual faz parte, como já se viu, a defesa do meio ambiente.

De outro lado, ao tratar das infrações à ordem econômica, em seu Capítulo II, a lei não explicitou a hipótese de vulneração às normas ambientais, mas não precisava fazê-lo, eis que o artigo 21 ressalva que as condutas elencadas constituem infração à ordem econômica além de outras, não expressamente previstas em lei.¹⁵

7. Aplicação da doutrina do Elo Verde na repressão às condutas anticoncorrencias.

Traçadas as primeiras balizas sobre a existência do Elo Verde do Direito da Concorrência, cumpre indagar como seria possível efetivar tal ligação, deduzindo, perante a Secretaria de Direito Econômico, representação contra empresa que violasse normas ambientais.

¹⁴ Lei nº 8.8884, de 11 de junho de 1994.

¹⁵ Pode-se estranhar essa concessão em matéria repressiva, pois, à exemplo do Direito Penal, aplicar-se-ia, também aqui, o Princípio da Reserva Legal e seus desdobramentos (*lex praevia, scripta, stricta, certa*), contudo, o legislador, conhecendo a criatividade ínsita às atividades comerciais, sequer tentou enumerar exaustivamente as condutas anticoncorrencias.

A constatação da violação de normas ambientais deverá ser atestada pelas autoridades competentes para tal, atualmente o IBAMA ou as Secretarias estaduais ou municipais pertinentes, mediante requisição da Secretaria de Direito Econômico¹⁶ ou do CADE.

Uma vez verificada a violação à norma ambiental, faz-se mister que haja uma redução de custos tal, propiciada pela conduta ilícita, que provoque distorções no mercado relevante, em função do menor preço apresentado pela empresa que praticou a ação ou omissão danosa ao meio ambiente, e, assim, limita, falseia ou prejudica a livre concorrência ou a livre iniciativa, induzindo à dominação do mercado relevante ou ao exercício, de forma abusiva, de posição dominante.¹⁷

8. Resolução hipotética do caso atumgolfinho sob a ótica da doutrina do Elo Verde do Direito da Concorrência.

Retornando ao caso da pesca de atum, há que se considerar que, estando as empresas competidoras submetidas a ordenamentos jurídicos diversos, afigura-se a concorrência desleal quando uma determinada empresa atua submetida a normas ambientais mais suaves ou inexistentes, e, assim, a menores custos de operação, mas compete em um dado mercado que, submetido a ordenamento jurídico-ambiental mais rigoroso, e, portanto, demandando custos mais elevados, impõe às empresas nativas ou lá sediadas um método de produção mais dispendioso.

De conseguinte, sob a ótica da doutrina do Elo Verde, não seria lícito impor às indústrias norte-americanas que pescam atum a concorrência com outras, de nacionalidade diversa, que, a par de produzirem danificando o meio-ambiente, operam com menores custos, e, assim, mais capacitadas para obter fatias de mercado mediante práticas desleais.

Não há falar aqui, de extraterritorialidade, mas sim de aplicação do princípio da “fair competition” ao qual todas as empresas estão submetidas, por força de acordos internacionais. Ao revés, impor ao mercado interno de um país a competição de empresas que estão submetidas a normas mais suaves ou inexistentes, isso sim, configura, por vias transversas, o fenômeno da extraterritorialidade.

9. Conclusão

¹⁶ Com base no inciso II, do art. 14, da Lei de Defesa da Concorrência.

¹⁷ Art. 20 da LDC.

Sempre que determinada firma opere violando normas ambientais, obtendo menores custos de produção, e, destarte atribuindo preços reduzidos artificiais aos seus produtos ou serviços, fica configurado o fenômeno da concorrência desleal, passível de ser atacada pelos órgãos competentes e pelos legitimados para requerer Averiguações Preliminares, no âmbito da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, na forma do art. 30 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

FONTES CONSULTADAS

1) BIBLIOGRÁFICAS

- 1.1) MUKAI, Toshio. Direito Ambiental Sistematizado. Editora Forense Universitária, 1992.
- 1.2) Legislação sobre Meio Ambiente. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1996.

2) VIRTUAIS: Foram consultados os sítios da Internet das seguintes organizações:

- 2.1) Organização Mundial do Comércio
- 2.2) Organização dos Estados Americanos
- 2.3) Confederação Nacional da Indústria
- 2.4) Consortium for International Earth Science Information Network (CIESIN)