

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

volume 3 nº 8 - agosto 1996

CADERNO DE DOCTRINA

CADERNO DE DOCTRINA

São Paulo
Agosto de 1996

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748

Fax.: (011) 872 2609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, , Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria, Ubiratan Mattos. A REVISTA DO IBRAC é editada mensalmente, a partir de 1996, pelo Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. A Revista aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

ÍNDICE

A CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 54, DA LEI 8884/94	5
Pedro Dutra	5
REGRAS DE CONCORRÊNCIA E ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DAS INFRAÇÕES E DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES	23
Werter R. Faria.....	23
POLÍTICA INDUSTRIAL E POLÍTICA ANTITRUSTE: UMA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO.....	31
Elizabeth M.M.Q.Farina	31
DISTRIBUIÇÃO, CONCESSÃO, EXCLUSIVIDADE E RECUSA DE VENDA.....	59
Mauro Grinberg	59
THE BRITISH EXPERIENCE REGARDING THE DEFENCE OF COMPETITION.....	63
Martin Howe, Office of Fair Trading, London	63
A DEFESA COMERCIAL NO BRASIL	85
Armando Meziat	85
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE DIREITOS ANTIDUMPING. 91	
DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS	105
Ary Solon.....	105
NÚMEROS DA REVISTA DO IBRAC JÁ PUBLICADOS	117

A CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 54, DA LEI 8884/94*

Pedro Dutra

I - Parte Geral

- i - Ato jurídico de integração.
- ii - Concentração do poder econômico.
- iii - Efeitos do ato de concentração.
- iv - Poder econômico.
- v - Abuso do poder econômico.
- vi - Domínio de mercado.
- vii - O CADE e “política de governo”
- viii - Abuso do poder econômico II.
- ix - Art. 54: consulta ou controle?

II - Parte Especial

- i - Índices de jurisdição: artigo 54, § 3º.
- ii - A presença de domínio de mercado: art. 20, § 3º.
- iii - A desconstituição do ato jurídico de integração: art. 54, § 9º.
- iv - O compromisso de desempenho: art. 58.
- v - Ordem das eficiências e o art. 54, inciso I.

III - Conclusão

- i - A realidade brasileira.
- ii - A realidade global.

* Palestra proferida no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em Brasília, DF, em 11 de julho de 1996.

Conselheiro Dr. Rodrigues Chaves, demais Conselheiros presentes, Procuradora Dr^a Maruza Freire, Dr^a Magali Klajmic, meus colegas, senhoras e senhores.

Vou dividir as minhas palavras em dois capítulos. O primeiro tratará de uma parte geral e o segundo de uma parte especial, sempre tentando analisar os aspectos jurídicos da concentração do poder econômico, à vista da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94).

I - O que *leva* à concentração *do*¹ poder econômico? O que leva, em termos imediatos, à concentração é um ato jurídico, ou um negócio jurídico, que empresas celebram entre si. O Artigo 54, da Lei n.º 8.884/94, acertadamente, diz que não interessa ao órgão de defesa da concorrência examinar a forma do ato, ou seja, se é ele uma fusão, uma compra de uma empresa pela outra, uma incorporação, uma cessão de ativos ou um contrato de fornecimento de longa duração. Ato ou negócio jurídico, e sua forma, não é matéria de interesse do CADE. A ele interessa saber se o ato jurídico é um *ato de integração* e se esse ato integra poder econômico. Se quem celebra esse ato são duas, ou mais, empresas, que detêm, cada uma a sua vez, poder que, mediante aquele ato, concentra-se, ou seja, desloca-se para um mesmo centro. O poder de duas ou mais empresas passa a estar em uma só, passa a estar em um único centro. Daí dizer-se concentração do poder econômico, porque ele está, ou esteve, determinado em empresa, ou empresas.

A concentração do poder econômico é, portanto, uma soma de poder resultante de um ato jurídico de integração. Não é uma agregação capitalística, no sentido estrito; não são capitais que se somam, não é necessariamente o capital de uma empresa que se soma ao capital de outra empresa quando aquela incorpora essa, por exemplo - não é este o ponto. O ponto, aqui, é o poder, o poder que, como veremos, não se identifica com o capital de uma sociedade comercial.

Mas diante do fato de uma concentração do poder econômico, como se objetiva o interesse do CADE em conhecê-lo? Pelos efeitos que dele se irradiam; o CADE vai cuidar de saber se os efeitos que se irradiaram do (por elipse dito) ato de concentração, ao se projetarem no plano da concorrência são, ou serão, maléficos ou não à livre concorrência. Ao concluirmos que o órgão julgador cuida dos efeitos que se irradiaram, ou irão irradiar-se, do ato jurídico de integração que levou à concentração do poder econômico, vemos

¹ A concentração é *do* poder econômico *de* determinada empresa, ou *de* determinadas empresas que o integram, e não de poder econômico, indistinto seu titular. Então: concentração, uso, abuso *do* poder econômico *da* empresa x

já existirem atos de integração que não levam à concentração do poder econômico, e portanto não serão esses atos de interesse do CADE.

O que é poder econômico? Poder econômico é a faculdade de agir de quem tem meios para isso; quem tem poder não é quem tem capital, não é quem tem dinheiro: é quem tem a faculdade de independentemente agir e influir no mercado econômico, no mercado relevante, se já quisermos especializar nossos comentários. Então, o poder econômico é a capacidade de agir e influir de determinada empresa ou, como diz a Lei, de determinado agente econômico, em um determinado mercado, ou mercados. O poder econômico caracteriza-se pela sua plasticidade, já que ele pode se desdobrar naturalmente para outros mercados relevantes. Não é por outra razão que se fala em integração vertical, integração horizontal e integração de conglomerado, atendendo-se ao fato de que o poder tem uma penetração muito ampla, é ele de largo espectro no horizonte.

A questão que imediatamente se põe, quando se fala em poder econômico, é precisá-lo. A primeira regra, e muito eficaz, é examinar-lhe a externalidade. O poder se caracteriza por várias maneiras, mas é praticamente impossível haver poder sem haver a visualização desse poder, ao menos quando se fala em mercados concorrenciais. No plano político há o famoso poder de reposteiro, exercido sem que o agente se revele, mas no mercado concorrencial, em um mercado aberto, é impossível que haja poder sem que ele seja visível. Então a visibilidade do poder já nos traz o primeiro método de mensuração desse poder; pode ele ser facilmente medido pela sua apresentação em um mercado determinado: ele está no *market share*, na fração de mercado que a empresa detém. E aí constata-se que todos presentes no mercado têm poder. O poder varia em grau, mas ainda que seja majoritariamente quantitativa a sua mensuração não se ela dá apenas por essa forma: o poder pode ser também mensurado qualitativamente. Um exemplo: uma empresa pode deter 60% de um dado mercado, detendo portanto, muito poder em termos quantitativos, mas pode ela ofertar um produto ou serviço defasado tecnologicamente, ou ela pode estar em difícilíssima situação financeira; enquanto uma empresa com 15% desse mesmo mercado pode estar começando a oferecer um produto ou um serviço mais moderno e de melhor qualidade, e estar em melhores condições financeiras; por essa razão, o poder que detém é qualitativamente superior e pode-se estimar o rápido crescimento de seu poder quantitativo em seu mercado. Devemos concluir que a análise a qual o CADE está obrigado a fazer é uma análise que não pode se basear em um único critério, e sim em vários critérios de mensuração do poder econômico.

A Lei 8.884/94 diz que a função do CADE é julgar para suprimir e prevenir *abusos* do poder econômico, que se projetam sobre a ordem concorrencial. O Artigo 20 poderia ser assim redigido: "*O abuso do poder econômico praticado em todas as suas formas será reprimido.*" Não seria necessário tipificar mais nada. Lembro que a Lei Sherman não tipifica exaustivamente, a Lei da União Européia não tipifica. Por quê a Lei Brasileira tipifica exaustivamente? Porque a nossa Lei repete uma má tradição do Direito Brasileiro: os homens, por não acreditarem na Justiça, querem colocar tudo na Lei; por essa razão editam-se normas com 20, 25 tipos, absolutamente desnecessários à identificação de abuso do poder econômico. Esse traço da Lei 8.884/94 guarda também uma reminiscência de quando o Direito da Concorrência era submetido à influência dominante do Direito Penal. Sabemos que no plano penal não pode haver a cominação de uma pena sem que o tipo esteja perfeitamente descrito. Entre nós, a primeira Lei de repressão ao abuso do poder econômico nasceu na ditadura Vargas, e dela ficou esse ranço penalista. Note-se que hoje não mais se considera a natureza penal no direito que cuida da repressão ao abuso do poder econômico, isto é, no direito da concorrência. O Canadá ainda tem traços dessa polêmica vencida, que a doutrina já rejeitou. É claro que quem defender esta posição não está necessariamente equivocado, está apenas defendendo uma posição, mas, estatisticamente, majoritariamente, ela está relegada hoje a um claro ostracismo doutrinário e jurisprudencial.

Voltando ao poder econômico: é ele, em si, legítimo ou ilegítimo? Ele é essencialmente legítimo: quem está no mercado concorrencial quer poder; o poder está na natureza humana, quer-se o poder para superar as dificuldades, sendo ele sempre excludente - A tem poder, retirando, diminuindo, impedindo que B, C... tenham igual poder. Então, o que se cuida em termos de direito da concorrência quando se fala de poder? Conhecer o *uso* do poder, verificar se ele se perverteu em *abuso*. E, por vezes, cuida-se também de investigar como se conquistou, como se somou o poder que se tem. O poder não nasce espontaneamente, ele se forma, ele se constrói, ele se acumula - *ou ele se integra, se concentra*. Por exemplo, uma empresa que compra uma concorrente, compra o seu poder. Então, a Lei da Concorrência examina dois planos do poder econômico quanto à sua existência: se o poder foi conquistado pelo que a doutrina norte-americana chama de *crescimento interno*, ou seja, a empresa, pela qualidade da sua administração, de seus produtos ou serviços, de seu *marketing*, de sua administração financeira, conquistou a preferência dos consumidores, sejam consumidores de bens, sejam consumidores de serviço, sejam consumidores de bens e serviços que são oferecidos conjuntamente. A empresa é pois eficiente. Temos nesse sentido exemplos os mais variados, inclusive porque no Brasil hoje se abre

um campo fascinante a identificarmos empresas que crescem graças à eficiência que revelam.

Voltamos ao poder econômico e sua esfera. Se foi o poder conquistado por qualidade competitiva não há, portanto, problema, a empresa pode chegar a deter 100% de determinado mercado ou segmento de mercado sem que se prejudique, se estime, abuso do poder econômico. Há casos em que isso acontece. Quais? Os que envolvem grandes transformações tecnológicas. Um exemplo típico desse fato seria uma indústria, cujos produtos se tinham fixado em um determinado tempo tecnológico, surgindo um novo produto para atender à mesma demanda daquela, a indústria anterior tenderá a desaparecer. Os exemplos estão aí, à vista de todos.

O poder obtido por meio de atos de integração dos quais resultará ou fundamentalmente pode-se esperar resultar domínio do mercado incontestável, esse, diz a Lei, deverá ser reprimido e prevenido, porque tal domínio resultará - e isso é o que mostra a experiência que a norma jurídica tomou em conta - em abuso do poder econômico. Há portanto duas formas de poder econômico: o alcançado pelo crescimento interno da empresa, que o legitima; e o poder obtido por meio de atos de integração que venha a expressar, ou expresse desde logo, um domínio incontestado do mercado, denunciando a possibilidade de ser abuso do poder. O poder obtido por meio de atos de integração não é em princípio, vocação competitiva, não é a forma preferida da concorrência e, por isso, entenderam os legisladores, dos países de economia de mercado, fiscalizá-lo. A vocação da concorrência é: ganha quem for o melhor, ganha a preferência do consumidor quem for o melhor porque para tanto investiu no seu negócio - quem oferece o melhor produto a um menor preço relativo. É isso o que o consumidor quer. Pois bem, quem conquistar essa posição, conquistou-a sem problemas, quem chegar a ter poder mediante atos de integração deve tê-lo examinado conforme diz a Lei.

A Lei brasileira refere "domínio de mercado". Em sentido estrito, domina mercado quem tem o poder de se fazer senhor do mercado. Domínio vem de *dominus* (senhor). Quem é o senhor do mercado, domina o mercado. Mas, dominar o mercado e poder econômico acabam sendo conceitos próximos, pois o domínio de mercado, em si, não é ilegítimo, tal como o poder econômico e o seu uso. Por exemplo, se determinada empresa conquistou 70, 80% do mercado, ela certamente tem capacidade de, ao lançar ou aperfeiçoar um produto, fazer com que outras empresas lancem ou aperfeiçoem produtos para concorrer com ela; nesse contexto - embora não só nesse -, ela domina o mercado, ela usa de seu poder econômico legitimamente. Porém, pode haver domínio de mercado de uma empresa que detenha 10% do mercado mas que lança um produto novo - por quê? Porque

essa empresa lançou um produto que cativou imediatamente o público e que, pode-se estimar, em um ano lhe vai dar o domínio do mercado. Então o domínio, como o poder de mercado, em si, não é ilegítimo. O fundamental, é entender o abuso do poder econômico.

A palavra-chave do Direito da Concorrência é “abuso”. Aqui permitimo-nos outra digressão. A Lei 8.884/94, embora eu respeite outras opiniões, não visa, sequer indiretamente, especializar política de governo, não visa complementar política de governo. A ideologia econômica - o Professor Washington Albino já vem dizendo isso desde a década de 50 -, está inscrita na Constituição, e o legislador constituinte de 1988 fez clara a sua opção por uma economia de livre mercado. O que significa economia de livre mercado? Que os próprios consumidores e produtores vão dizer o que preferem e como preferem. Então, onde é que entra o Estado? (não vamos confundir o Estado com o Governo. O CADE é órgão de Estado e portanto não está subordinado a ministros e ao Presidente da República - esse princípio, expresso na Lei, ficou claro a todos em polêmicas que a esse respeito publicamente se abriram recentemente, mas é bom que se reafirme esse valor de independência, sempre). O Estado age, o Estado intervém no livre mercado por intermédio do CADE, a quem a Lei especifica atribui poderes para verificar se há *abuso do poder na economia de livre mercado*. Note-se, desde já, a falácia dos que afirmam que, em economia de livre mercado, como é constitucionalmente a nossa, tem-se um mercado livre, à sanha dos poderosos agentes econômicos. Nada mais falso; o livre mercado, no Brasil, é fiscalizado, nos termos da lei; aos órgãos fiscalizadores faltam recursos, humanos e materiais, mas não está a sociedade brasileira desprovida dos instrumentos legais que lhe protejam o mercado e os consumidores. Isso leva-nos à óbvia constatação de que, como se dá nos países desenvolvidos, a fiscalização dos mercados, e a proteção aos consumidores, não se faz, não se pode fazer, *por vontade política* (impossível imaginarmos termo mais impreciso e desgastado) do Governo, mas, sim, e exclusivamente, por órgãos independentes e na forma da Lei. Esses órgãos, como é o CADE, fazem política. O CADE faz política, pois ele, ao reprimir determinados comportamentos ou determinadas estruturas, acaba por definir um padrão que as empresas irão considerar nas estratégias que formulam. Mas o CADE não é um órgão de execução de política de Governo, por não ser órgão de Governo e pelo fato de que política de Governo, se existente, deve ser enformada em Lei, e não ser confundida, como é tão comum entre nós, como a vontade pessoal de membro do Poder Executivo.

O que é abuso do poder econômico? Abuso é o uso perverso, é o mau uso, é o uso nocivo, é o uso que se perdeu; abuso é o uso que favorece injustificadamente alguém em detrimento de outrem; então é o abuso que deve

ser punido. Como se cogita de abuso do poder econômico em caso de concentração? No caso de concentração, o ato de integração que leva à concentração do poder econômico, quando nega-lhe o CADE aprovação não diz que as empresas que celebraram aquele ato de concentração estão abusando do poder de que dispõem. Nesse caso, o CADE apenas diz: a experiência demonstra que tamanha soma de poder certamente resultará em abuso do poder econômico ou desestimulará o ingresso de novos concorrentes. Por quê? Porque toda solidão, em direito da concorrência, faz propender ao abuso do poder. O solitário que detém muito poder o que faz? Não deixa ninguém entrar, não deixa que a concorrência se estabeleça. Por quê? Porque ele tem muito poder e poder incontestável, e quando vê a concorrência chegar, abaixa o preço, reduz a produção e isso é uma forma de abuso. Então temos o abuso - em detrimento do concorrente, que já está no mercado, e o praticado contra o concorrente que quer entrar - o abuso que se traduz restringindo as condições de entrada.

O abuso do poder volta-se contra as condições de mercado para perturbar a competição que já existe, vai existir ou que *pode* existir, porque também deve-se atentar não apenas para a possibilidade imediata do abuso, mas também à sua possibilidade mediata. O que se quer em termos de concorrência é que os mercados estejam o mais desembaraçados possível ao ingresso de novos concorrentes; isso se deve ao fato de o direito da concorrência ter um pressuposto, de ordem econômica, que é o seguinte: quanto maior o número de concorrentes, maior a quantidade de produtos oferecidos e menor o preço deles. Esse pressuposto está relativizado, em vista de, em alguns setores da economia, haver a necessidade provada de se ter concentração para se alcançar escala produtiva; mas esse pressuposto é o núcleo econômico de todas as normas de defesa da concorrência. Portanto, é importante que se tenha sempre em mente que o desejado é um maior número de concorrentes, uma maior disputa, e todo mundo sabe disso na vida comum: nós vivemos isso hoje no Brasil. Se compararmos o Brasil de 10 anos atrás com o de hoje, verificaremos que um dos grandes sucessos da estabilização monetária, com todas as críticas que ela possa merecer, é ela ter permitido que se aumentasse a oferta de produtos, pela admissão de novos concorrentes. Tem-se, então, que a repressão ao abuso do poder econômico é o cerne da lei da defesa da concorrência.

O artigo 54, reveste-se, portanto, de uma função preventiva, visa frustrar a possibilidade de se ter, com uma alta concentração do poder econômico em determinados setores da economia o seu abuso e afetar negativamente o mercado concorrencial.

Faço aqui outra breve digressão, agora sobre uma questão terminológica. Fala-se correntemente: “vamos consultar o CADE para saber se o CADE aprova um ato de concentração” - é essa uma linguagem imprecisa. A consulta foi eliminada, e em boa hora, com a revogação do artigo 59. O CADE não é um órgão consultivo. No meu entender, o CADE - como o Governo - não está obrigado e nem pode orientar empresas. As empresas são livres para buscar orientação onde quiserem, existem advogados e consultores para esse fim. Não se confunda essa restrição com a função *pedagógica* do CADE. O órgão cria *standards*, padrões de concorrência que são educativos, pelo exemplo que estabelecem, mas a função dele não é consultiva, porque, fosse permitida a consulta, o CADE terá, na prática, esvaziado o seu poder de vetar concentrações de poder restritivas à concorrência; nenhuma empresa submeterá mais atos de concentrações ao CADE, submeterá consultas. O CADE passaria a dizer: “você faz assim, você faz aquilo”, transformando-se dessa forma no regente da concorrência, quando ele é um fiscal da livre concorrência, nos termos da Lei para, precisamente, ser seu maior defensor. Temos, nesse ponto também, expressa uma tendência da cultura brasileira de buscar uma situação paternal: vamos ver quem nos orienta, quem nos diz o que é risco, onde ele está... A lei aí está, o CADE fiscaliza, proíbe, pune, aprova, autoriza, protege o mercado e suas empresas do competidor desleal. Por outro lado, o CADE, com a soma das suas decisões, assume, sem dúvida, sua função pedagógica, essa sim prevista na Lei. É, claro, pode e deve o órgão fazer o que fazem os demais órgãos da concorrência norte-americanos e europeus, ao fim de cada exercício: publicar um amplo relatório mostrando ao mercado, com bases nas decisões que tomou em casos concretos, o entendimento que formou sobre determinadas questões.

Quando, nos termos do artigo 54, se vai ao CADE, o que a ele se submete é o ato de integração *ao seu controle*, e, não, a ele submete-se uma consulta. Esse é um ponto que me parece importante precisar porque, como já disse um filósofo, “a clareza é a gentileza que o autor presta às idéias”. Termos idéias e não nos preocuparmos com a clareza com a qual as expressamos, é algo que não nos fica muito bem.

II - A segunda parte da minha exposição é a parte especial do Artigo 54. Ainda tenho dois itens da parte geral, mas vou deixá-los para o final; algo sobre a *realidade brasileira* e a *realidade global*.

Na parte especial há quatro itens que quero analisar: os índices de jurisdição estipulados no art. 54, §3º; a presunção de 20%, constante do art. 20, §3º; a desconstituição, prevista no art. 54, §9º; e o compromisso de desempenho, admitido no art. 58.

Os índices previstos no § 3º, do artigo 54 - 20% do mercado relevante ou 400 milhões de reais - são exclusivamente índices de jurisdição, nada mais. Vale dizer, o legislador quer que o CADE conheça os atos cuja expressão de mercado, ou monetária, de seus celebrantes, ou de um deles, ultrapassem esses umbrais, como referiu o Professor Castañeda, no Seminário de Campos de Jordão. Assim, nessa hipótese, irão eles ao controle do órgão de defesa da concorrência porque há uma expectativa que essa possa vir a ser ofendida. O que não alcançar esses índices, não quer o CADE conhecer. Mas o órgão de defesa da concorrência pode vir a conhecer tais atos de expressão econômica inferior, se deles tomar conhecimento pelos jornais, em razão de uma representação de concorrente ou de qualquer interessado, e entender que mesmo uma concentração inferior a esses índices de jurisdição, estaria irradiando, ou poderia vir a irradiar, efeitos negativos sobre o mercado concorrencial. Apenas não incidirá ônus sobre as empresas figurantes do ato de integração, pois essas não se achavam obrigadas ao controle. 20% é um número aleatório, é uma questão de grau que se liga - ou deveria ligar-se - à concentração geral da economia. 400 milhões de reais são 400 milhões de faturamento, faturamento bruto da empresa e não por linha de produto ou serviço. Sobre esse ponto, em meu modo de ver, não cabe muita discussão. A idéia do legislador brasileiro, e de todos os legisladores, é estabelecer uma referência que meça o *porte* econômico da empresa. O que cuida a norma é do porte econômico, do poder econômico, e não se 400 milhões de reais dizem respeito àquela linha de produtos, vamos somar isso, vamos somar aquilo, vamos somar aquilo outro... Não: é o *porte da empresa*, isto é o que importa, e como se fala em mercado relevante também não se vai supor, de imediato, que é o porte do grupo ao qual a empresa está filiada; é o porte da empresa que celebrou o ato. Contudo, aqui também o CADE tem o poder discricionário de entender, por exemplo, que se uma empresa for constituída com o capital muito baixo e adquirir concorrente que lhe seja muito maior, cabe o conceito de grupo e não, apenas, de empresa figurante do ato de concentração. Excepcionalmente, portanto, pode o CADE interpretar que o poder econômico a vir analisar será medido pelo porte do grupo e não pelo porte apenas da empresa. Ordinariamente é o da empresa, mas pode ser o do grupo. Por quê? Porque em direito econômico não existe a presença só da empresa, existe, por vezes, a presença indistinta, em determinado mercado, do grupo econômico ao qual ela pertence.

Outro aspecto importante sobre o qual tenho falado muito é a famigerada presunção de 20%, constante no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei n.º 8.884/94, que diz “a posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas (aqui está bem posto o termo) controla 20% do mercado relevante”. Isso é um assalto reacionário à

lei, isso é uma tentativa de influir o dirigismo estatal onde ele não mais cabe; ele não mais cabe não é por opção ideológica, é porque a Constituição já determinou assim, como vimos. Isso não tem sentido e não tem sentido especialmente na economia brasileira, porque ela, que ora se expõe no mercado global, precisa ter escala competitiva em certos mercados.

Estive no Japão recentemente visitando o CADE japonês - *Fair Trade Commission* - e lá tomei conhecimento de um fato interessantíssimo. Na década de 1970, em razão da eclosão da crise de energia, sentiram as autoridades locais que determinados mercados não subsistiriam à nova realidade econômica se mantivessem o alto grau de atomização que apresentavam. O poderoso Ministério da Indústria do Japão - MITI -, ouvindo o órgão de defesa da concorrência, promoveu uma reestruturação desses mercados, neles concentrando o poder econômico antes excessivamente disperso. Foram reduzidos os números de agentes econômicos por meio de fusões e aquisições de empresas, o que permitiu às respectivas indústrias enfrentar a nova realidade que se abriu. Decorridas quase duas décadas, surtindo o processo de globalização os seus efeitos, aos quais se veio somar a impressionante valorização da moeda japonesa, aqueles mesmos mercados passaram a ter para seus produtos uma feroz concorrência por parte de fabricantes localizados em outros países asiáticos, de porte econômico expressivamente inferior ao do Japão. No momento, preocupam-se as empresas atuantes nesses mercados com essa onda concorrencial que se levantou; e cogitam, novamente, de concentrarem poder econômico, a fim de ganhar escala competitiva que lhes permitam confrontar essa nova realidade. O processo de concentração do poder econômico, a realizar-se por meio de atos de integração, já se iniciou com a característica essencial, que, desta feita, está sendo promovido diretamente pelas empresas, sem a intervenção do MITI, mas sobre a revigorada fiscalização da *Fair Trade Commission*.

Desse exemplo, creio que dois elementos fundamentais podem ser tirados: o primeiro, que a concentração do poder econômico está inseparavelmente ligada à realidade competitiva de cada mercado concorrencial, seja no quadro nacional, seja no quadro internacional; esse fato nos diz que uma correta avaliação dos efeitos da concentração do poder econômico sobre o plano da concorrência não pode ser feita se não em uma perspectiva integrada. Um segundo aspecto é que, mesmo em uma economia como a japonesa, marcada historicamente pela intervenção estatal planificadora, a experiência de que para se melhor regular a livre concorrência o instrumento mais eficaz é um órgão regulador independente, criado especificamente para sua defesa. Ainda uma breve nota, apenas para dizer que, ao contrário do que se divulga, sobretudo pela literatura norte-americana,

o órgão de defesa da concorrência japonês existe, é independente e atua, cada vez mais naquele país.

Numa palavra, a devida concentração do poder será aquela necessária à competitividade da indústria, desde que não importe significativa restrição à concorrência. Então como no Brasil, onde a indústria de base foi planejada pelo Governo para precisamente ter escala, pode-se aceitar esse dispositivo legal que diz que 20% de participação em um determinado mercado relevante presume concentração? Que presunção é essa? Qual o dado de experiência que tomou o legislador nacional para estabelecê-la? A que serve portanto essa presunção? Nós que conhecemos a trajetória da Lei sabemos que isso daí foi posto como uma tentativa ideológica de punir grandes grupos, o que é um contra senso, pois que tem a tarefa de fiscalizar o mercado concorrencial é o CADE e não um legislador ideológico. Então, essa presunção carece de valor, de fundamento e é para não ser lida, até porque o Parágrafo 3º em seu final diz, em boa hora, que o CADE poderá alterar esse percentual. Ora, é o CADE que vai dizer o que é concentrado e o que não é concentrado porque cada caso é um caso, cada setor é um setor. 20% pode ser um índice a medir uma altíssima concentração em um determinado mercado, e 80% não ser, em outro. Portanto, cabe nos termos da Lei, ao CADE decidir que índice é reprovável de concentração, e não seguir presunções que se prestam, sempre, a assaltos reacionários, de toda sorte, como esse. O CADE, a meu ver, não sofre a delimitação dessa presunção, é ele soberano para dizer “neste caso a concentração é boa, neste é má”.

A desconstituição prevista no Artigo 54. Ocorre desconstituição quando o ato de integração é levado ao CADE e os efeitos da concentração do poder econômico dele decorrentes, ou a decorrer, são entendidos nocivos à concorrência. O CADE não vê possibilidade de os efeitos que se vão irradiar, ou que já se irradiam daquele ato, não concentrarem senão excessivamente poder econômico das empresas que o celebraram, e daí haver a possibilidade, efetiva ou potencial, de se ter abuso do poder econômico. Então ele não aprova o ato, não o ato formal, ele desaprova a recepção no mercado dos efeitos que se irradiam, ou irão irradiar, do ato; ele afasta, ele bloqueia a entrada daqueles efeitos na órbita concorrencial. É isso que faz, e faz dizendo: “voltem as empresas ao estado anterior, voltem ao que era; o que foi constituído será desconstituído. E quais os limites dessa desconstituição? A meu ver deve ela vir, ao máximo, até o estado anterior, não pode ir além; a desconstituição não pode andar além do que havia antes da constituição. O estado anterior não é nocivo, não foi visto nocivo porque decorre de um ato de integração trazido ao controle do CADE, pois, para o ato de concentração, inclusive, sequer é previsto sanção, somente a sua desconstituição. Então,

concluindo, a desconstituição do ato tem que trazer as partes que celebraram o ato ao estado anterior em que elas estavam. Isso é o que o CADE deve fazer. Como o CADE faz isso? Com ampla liberdade, mandando vender, colocar à venda, mandando vender a marca, mandando vender ativo, mandando abrir mão de determinada prestação de serviços - enfim, tudo o que for parte do mundo de negócios e entrou naquele ato de integração pode sair. Num ato de integração em que uma empresa compra outra, ela compra o quê? Ela pode comprar a marca, ela pode comprar ativos, ela pode comprar fundo de comércio, ela pode comprar tudo, ou parte. Então, tudo que entrou no universo que se diz que se concentrou em excesso pode sair. Mas, a desconstituição pode ser parcial. O CADE pode entender desconstituir até determinada altura, porque até esse ponto, até a esse determinado estado, os efeitos que se irradiaram, ou se irradiam não são nocivos. A desconstituição deve conhecer esses limites e essas possibilidades, decidindo o CADE caso a caso.

O último ponto dessa parte especial é o compromisso de desempenho. Liminarmente, o que se deve ter em mente é o seguinte: o compromisso de desempenho não é alternativa à negação do ato de concentração; o CADE aprova-o ou desaprova-o. Ele aprova, ou aprova sugerindo condições, ou desaprova. Mas celebrar um compromisso de desempenho não é alternativa para desaprovar. Por quê? Porque o poder discricionário do CADE não é absoluto. O CADE, ao analisar um ato de concentração, deve ver se as eficiências presentes são suficientes para compensar a nocividade do ato de concentração. Aqui eu me remeto novamente ao postulado clássico da economia capitalista à base da concorrência: quanto maior o número de concorrentes, maior o volume de bens produzidos ou serviços ofertados, melhor a qualidade deles, menor o preço deles - essa é uma regra que está presente no núcleo de todas legislações, ainda que essa aplicação se tenha em alguns casos sido relativizada, como vimos. Pois bem, se há uma concentração, é ela, em princípio, ofensiva a este postulado, e por isso todo ato de concentração traz em si um certo teor de nocividade à livre concorrência. Porém, como compensação ao fenômeno natural da concentração do poder, que se verifica em todas as economias de livre mercado, a Lei estabeleceu as eficiências para balancear a nocividade da concentração do poder econômico. Presentes as eficiências, os efeitos do ato deixam de ser nocivos à concorrência. Ele passa a ser admitido plenamente, não mais fala-se em restrição à livre concorrência. A natureza das eficiências está descrita no mesmo artigo 54; se o órgão julgador constatar que as eficiências estão presentes e expressas, não pode ele desaprovar o ato - tem de aprová-lo. Aí cessa o poder discricionário do órgão julgador, aí ele se tem vinculado inteiramente à Lei. O poder discricionário do

CADE está na análise que faz dos casos que lhe são submetidos; ele pode perguntar, ele pode analisar, ele pode solicitar informações. Mas se as eficiências estiverem presentes e demonstradas, ele está obrigado a aprovar o ato. Da mesma forma, se as eficiências não estiverem presentes ou expressas ele tem de recusar aprovação ao ato. Ele não pode, nessa hipótese, deixar de recusar aprovação - “não aprovo, mas vamos propor um compromisso de desempenho”. Não há tal possibilidade diante da Lei.

A aprovação é mais elástica do que a negação. E por que isso? Porque a aprovação pode ser condicionada, a negação não é condicionada, a negação é absoluta. E aí é que entra a figura do compromisso de desempenho, não é o melhor nome, porque o desempenho pode não ocorrer, mas é um nome trazido da doutrina estrangeira e que já se consolidou - traz a idéia de *performance* - de desempenho, porém desempenho prometido alcançar mediante a prestação de obrigações, positivas e negativas, as quais as partes se comprometem a cumprir. O objetivo do compromisso de desempenho é especializar as eficiências previstas na Lei. Ele serve para especializar as eficiências que estão no Artigo 54, Parágrafo 1º. Esta vinculação é inafastável - ele não serve para criar eficiências, para revelá-las e não serve também para substituir, como eu disse, a negação do órgão de defesa da concorrência; o compromisso de desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54.

O compromisso de desempenho e as eficiências devem ser iguais em natureza. As eficiências são majoritariamente de natureza estrutural, ou seja, dizem respeito mais à estrutura das empresas no quadro geral do respectivo mercado concorrencial, do que a sua conduta nesse mesmo mercado. Por que isso? Por uma razão muito simples: para a conduta existem as infrações que indicam aquelas reprováveis, e as respectivas sanções. É claro que se soma no capítulo das eficiências, especificamente ao seu teor estrutural, um teor de conduta, mas o teor estrutural prevalece, ordinariamente. Então um compromisso de desempenho, por estar diretamente ligado às eficiências, deve trazer todos os elementos da eficiência, elementos estruturais e elementos de conduta. A experiência mostra, todavia, que eficiências só de conduta não são de fácil cumprimento e não são portanto plenamente eficazes. Por quê? Porque uma empresa não pode suportar se conduzir exclusivamente de uma maneira, se ela não tiver uma estrutura que lhe permita essa conduta. Vai haver aí um descompasso entre a estrutura e a conduta, e a conduta prometida poderá acabar sendo violada. Então, o compromisso de desempenho deve refletir claramente o fato de ele se ligar às eficiências e que as eficiências são majoritariamente de natureza estrutural. Isso não quer dizer que o CADE não possa fixar condutas, a serem cumpridas, em um

compromisso de desempenho, não é isso; apenas que o compromisso de desempenho é, por sua natureza, majoritariamente estrutural.

Aqui faço outra digressão para observar que, no meu entender, não existem preferências em eficiências. As eficiências são iguais perante a Lei. Ao CADE é que cabe dosar. A eficiência de se ter uma concentração maior de capital pode ser mais importante, num caso dado, do que a eficiência tecnológica. O CADE pode até colocar o benefício imediato do consumidor em segundo plano, se ele entender que o benefício mediato, porém efetivo, virá justamente daquela concentração. Em alguns setores isso é bem claro; se o produto hoje tem largo espectro de consumo e o produto mais sofisticado poderá ao começo não ter, mas se o órgão de defesa da concorrência abrir a ele a possibilidade de ele se disseminar, seu preço irá cair e o consumidor será beneficiado com a oportunidade de ter acesso a um melhor produto. Portanto, cabe ao plenário do CADE, examinando caso a caso, ver qual eficiência sobreleva no mercado em causa, qual eficiência é mais significativa. Mas, geneticamente, não há, em meu entender, uma eficiência superior à outra, em princípio; isso não existe, a Lei não criou isso e a doutrina também não diz isso majoritariamente.

Um ponto prático que eu creio ser importante observar é o seguinte: se o CADE decide aprovar ato de concentração condicionando-o à celebração de um compromisso de desempenho, penso que seria indicado, já na decisão de aprovação, o plenário dizer, se possível, o que entende dever constar no compromisso de desempenho. Há duas hipóteses: o Conselheiro-Relator traz a proposta de compromisso, ou não a traz porque não foi possível elaborá-la. Se a trouxer, o plenário, na decisão de aprovar, poderá dizer: entendemos que deva constar esse e esse ponto no compromisso de desempenho. A seguir, o Conselheiro-Relator negociará os pontos indicados e aprovados pelo Plenário. Se, por outro lado, no curso da votação vier a ser aprovado o ato, sob a condição de ser celebrado compromisso de desempenho, mas sem que haja sido possível ao Conselheiro-Relator trazer a respectiva proposta, pode o plenário instruir o Conselheiro-Relator a ir buscar tais e tais pontos, a constar do compromisso de desempenho, condicionando-se a decisão. Obtendo êxito o Conselheiro-Relator traz de volta à aprovação do Plenário o instrumento do compromisso de desempenho. A minha observação particular é no sentido da agilidade, porque se uma decisão já contiver os pontos sobre os quais deve o compromisso se dar, já se ganhou tempo, não vai se discutir o mérito da decisão na aprovação do instrumento do compromisso de desempenho. Essas são as considerações especiais.

III - Antes de concluir, quero referir os dois pontos deixados para o fim: a realidade brasileira e a realidade global no âmbito da defesa da livre concorrência.

O que caracteriza a ordem econômica brasileira de 1930 até 1988? O crescente avanço da intervenção estatal. Esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro, sendo comum em regimes capitalistas; no Brasil, porém, a intervenção estatal na ordem econômica verificou-se incorporando o autoritarismo próprio de nossa experiência política, que se articula pela substituição da autoridade do Estado - expressa em forma de Lei democraticamente elaborada - pela vontade - muitas vezes batizada de *política* - do governo; e essa quase sempre resumiu-se, e ainda resume-se, infelizmente, ao poder de mando singular de uma ou de poucas autoridades públicas.

Entre meados de 1965 e até o final da década de 80, a intervenção estatal alcançou toda a ordem econômica do país; sucessivamente, foram sendo criadas empresas estatais, a produzir bens e a prestar serviços, outras empresas formadas para liderar grupos de empresas também estatais; um rígido controle de preços e uma cerrada e ampla barreira alfandegária foram criados; reservas de mercado foram demarcadas; e estipularam-se planos de desenvolvimento econômico de forma abrangente por meio dos quais as estratégias empresariais e a vontade do consumidor se viram submetidas à decisão de seguidos governos federais.

Dois efeitos, entre os vários desse regime, aqui nos interessam observar. Um, a meu ver, extremamente nocivo, foi a total eliminação das condições para que o órgão de defesa da concorrência existente - o CADE, criado em 1962 - pudesse regular a concorrência e assim ter contribuído decisivamente para o aprimoramento de um mercado competitivo e, em consequência, da proteção ao consumidor que é, como se sabe, o objeto primeiro das salvaguardas da concorrência. Outro fato, não maléfico mas complexo, foi a concentração do poder econômico verificada em determinados mercados da economia brasileira. Como vimos acima, é próprio de alguns mercados neles existir a concentração do poder econômico para que as empresas, que neles compitam, possam fazê-lo de forma eficaz, isto é, com escala que lhes permitam enfrentar seus competidores nacionais e, sobretudo, internacionais. Em alguns setores da economia, deve-se reconhecer, que os planejadores estatais acertadamente tomaram em conta essa regra da experiência mundial, que diz que, sendo própria a concentração a determinados mercados, não deve ela ser negada, mas, sim, fiscalizado o seu exercício, na forma da Lei. A revogação do regime preexistente, por força da Carta de 1988 e da abertura econômica que lhe seguiu, com o recuo da

intervenção estatal e a privatização de empresas estatais, o dado ausente surge e vem-se afirmando, qual seja, o de haver uma fiscalização dos mercados concorrenciais.

Por outras palavras: se no regime econômico anterior verificou-se uma alta concentração do poder em alguns mercados, sem que todavia fossem esses mercados fiscalizados pelos órgãos de defesa da concorrência, hoje, em um regime constitucionalmente afirmado de livre concorrência, a concentração do poder existente, própria daqueles mercados, não se converteu, automaticamente, em indevida ou abusiva *per se*: seus requisitos técnicos, que a validam, subsistem, mas, agora, a conduta dessas empresas, presentes naqueles mercados, está sujeita à fiscalização dos órgãos de defesa da concorrência, inclusive a fiscalização das empresas estatais, que concentram grande soma de poder econômico.

Numa palavra: os mercados concentrados, assim existentes porque devem ser concentrados para serem competitivos, não anoiteram lícitos em uma economia fechada como a anterior e amanheceram ilícitos em uma economia que se abriu, como a de hoje. É preciso atentarmos para esse fato, e empregarmos sempre os critérios objetivos e isentos que cada mercado requer ao ser analisado, e não deixarmos que posições, contra e a favor de um regime fechado ou aberto de economia, influam indevidamente. Voltamos ao ponto que tenho dito reiteradamente: ao CADE cabe analisar caso a caso, dentro de seu contexto, e no quadro da realidade presente que, como se sabe, compreende, sempre, elementos da experiência havida, seja para aceitá-la seja para rejeitá-la no que couber.

A propósito da realidade global e seus efeitos sobre a livre concorrência, especialmente no Brasil, tive a oportunidade de analisá-la no Segundo Seminário Internacional de Direito da Concorrência que o IBRAC realizou em maio último, em Campos do Jordão. A globalização é um desses fenômenos maiores que a história sempre registra, e impressiona os contemporâneos. O seu núcleo, pode-se dizer, é a velocidade com que os meios de comunicação, de forma integrada, são capazes hoje de confrontar realidades distintas. A mediação temporal, antes existente, entre as realidades diversas, foi abolida. Assim, verifica-se presentemente uma justaposição de realidades, de experiências, e, em consequência, dos valores das culturas que foram recolhidas pelo processo de globalização.

Surge logo o receio, procedente mas não menos assustador, de que as culturas desenvolvidas irão avassalar as de menor força; quanto a isso, pode-se aplicar, analogamente, o que acima disse sobre o poder econômico, que, como as demais formas de poder, traduz-se pela capacidade de agir e influir sobre um determinado mercado. O que penso ser importante registrar

não é, porém, o receio justificado, mas sim as possibilidades desse processo de globalização. Para dele participarmos, a meu ver, a melhor providência será justamente reforçarmos os nossos valores, aqueles que já foram inscritos e afirmados em nossa experiência; no plano da concorrência, um órgão regulador independente, isento, porque tem sua atuação limitada e protegida pelos termos da Lei voltado à defesa, à afirmação de uma economia de livre mercado. O objetivo a ser perseguido, portanto, na solidificação de nossa cultura concorrencial, é a estruturação desse órgão para que aqueles que são afetados diretamente por suas decisões, como as empresas competidoras no mercado nacional e internacional, sintam-se seguras em seus investimentos, em suas estratégias de competição, e assim venham a oferecer melhores produtos e serviços aos consumidores, os quais são os destinatários finais da proteção à livre concorrência.

Ora, se o processo de globalização, ao aproximar realidades distintas faz com que mercados competitivos se avizinhem, somente se justapusermos nossa experiência à dos maiores e mais dinâmicos mercados poderemos com eles competir. Se esses mercados avançados se protegem, protegem suas empresas e seus consumidores, não há porque negarmos a nós mesmos o que já temos e o que a experiência externa já consagrou; da mesma forma, se esta recomenda impor sanções ao comércio externo predatório, não há porque não o fazermos pela forma competitiva das medidas próprias de defesa comercial. E assim sucessivamente.

Numa palavra, entendo que devemos reforçar, para apurar-lhe os valores, a experiência na defesa da livre concorrência que já possuímos, a fim de que nos seja possível enfrentar a concorrência que se globaliza. E isso porque já temos os valores positivos para nela nos inscrevermos, sem receios maiores. Creio que a Lei 8.884/84 dá ao seu aplicador e aos seus intérpretes a segurança necessária no quadro de uma competição que se globaliza. Como vimos acima, no caso específico nos atos de concentração, as eficiências que admitem uma maior soma do poder econômico por parte de empresas em determinados mercados, podem ser perfeitamente tomadas quando o caso sob exame verificar-se em um contexto de competição global. Exemplificando, se ficar provado que determinada empresa, atuante em um certo mercado exposto à concorrência global, necessita dispor de uma maior base capitalística, do que outra empresa atuante em um mercado que assim não se apresenta, não há por que negar o órgão julgador àquela o direito a concentrar o poder que lhe seja indispensável a enfrentar uma nova realidade competitiva. O mesmo se aplica às eficiências de natureza tecnológica e, mesmo, os benefícios aos consumidores. Igualmente, pode haver nesses

planos necessidade de concessões em favor de uma maior concentração do poder, sem que se tenha prejuízo à ordem concorrencial.

É preciso, em meu modo de ver, que nos concentremos em exigir dos aplicadores da norma de concorrência a sua reiterada aplicação aos casos concretos, no quadro de uma nova realidade como a que vivemos. É indispensável que o Poder Executivo não cegue a essa mesma realidade, e faça prover os meios que habilitem aos órgãos do direito da concorrência prestar a sua devida função legal. E, claro, é indispensável aos demais operadores do direito que, em face da realidade de hoje, concorram com seu saber para o fim de criarmos no Brasil um mercado concorrencial de primeira ordem, digno de seu tempo.

Muito obrigado.

REGRAS DE CONCORRÊNCIA E ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DAS INFRAÇÕES E DE CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES

Werter R. Faria

Professor titular aposentado de Direito Comercial das Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul; ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); membro Fundador e Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI); membro do Conselho Técnico-Científico do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC); membro do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Interesses Difusos (CFDD).

A imprensa noticia que estão sendo realizados estudos e negociações para a adoção de regras de concorrência aplicáveis às empresas no âmbito do Mercosul.

Na Comunidade Européia, os princípios em matéria de concorrência figuram no Tratado que a institui, tal a importância que os Estados membros lhe atribuíam. A liberdade de concorrência ocupa um lugar de primeiro plano, ao lado das outras quatro (circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais).

Os mercados comuns não constituem simples ampliação de mercados nacionais, mas a transformação destes num só, abrangendo os territórios dos Estados participantes dos acordos internacionais celebrados com esse fim, e funcionam à semelhança de um mercado interno. Para o desenvolvimento das trocas, dentro do espaço econômico resultante da unificação dos mercados nacionais, não basta a eliminação entre os Estados membros, das tarifas aduaneiras, encargos de efeito equivalente, restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente, bem como a adoção de uma tarifa aduaneira comum nas relações com países terceiros. Precisam ser criadas condições uniformes de funcionamento do mercado único, no tocante à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e à livre concorrência.

A liberdade de circulação de mercadorias efetiva-se com a abolição das tarifas aduaneiras e restrições quantitativas entre os Estados membros. A liberdade de concorrência realiza-se com a possibilidade de uma empresa competir com outras e captar-lhes a clientela.

Os mercados comuns devem ser regidos por regras uniformes de concorrência, e dispor de um controle próprio do cumprimento das mesmas pelos operadores econômicos.

Sustenta-se que, antes da adoção de regras de concorrências comuns, seria oportuno harmonizar as legislações nacionais, invertendo-se o processo ocorrido exitosamente na Comunidade Européia. Não é demais insistir em que, seja qual for o mercado comum, somente, se estabelece quando as liberdades de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e de concorrência são garantidas pela aplicação de regras comuns, emanadas de órgãos intergovernamentais ou interligados.

No tratado constitutivo da Comunidade Econômica Européia há duas classes de regras de concorrência: uma aplicável às empresas em relação às práticas comerciais restritivas e outra aos Estados membros quanto aos auxílios que afetam as trocas comerciais entre estes e falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo determinadas empresa ou produções.

As legislações quer regula a concorrência inspiram-se na dos Estados Unidos e, como essa, proíbem os acordos entre empresas prejudiciais à concorrência, assim como os abusos de posição dominante. O Tratado CECA contém disposições sobre a concentração de empresas, que não foram incluídas no Tratado CEE. Esta omissão veio a ser suprida pelo Regulamento do Conselho n.º 4.064, de 21 de dezembro de 1989.

O Mercosul necessita de regras de concorrência aplicáveis tanto às empresas como aos Estados. Como podem ser criadas? De acordo com o art. 10 do Tratado de Assunção, o Conselho do Mercado Comum é o órgão competente para tomar decisões que assegurem o cumprimento dos (seus) objetivos. O art. 3º do Protocolo de Ouro Preto, depois de esclarecer que estes objetivos são os estabelecidos pelo Tratado, no art. 8º, II, arrola entre as funções e atribuições daquele órgão a de “promover as ações necessárias à conformação do mercado comum”.

O art. 9º do Protocolo dispõe que o Conselho se manifesta mediante decisões, as quais são obrigatórias para os Estados Partes. Por serem suscetíveis de versar sobre qualquer assunto referente ao cumprimento dos objetivos do Tratado de Assunção, nada impede que as regras de concorrência venham a ser criadas por decisão daquele órgão. Também poderão ser estabelecidas mediante acordo entre os Estados Partes, em forma de protocolo ou outra. A decisão do Conselho será ato do Mercosul e o acordo, ato dos Estados Partes. Tanto num caso como no outro, a criação das regras de concorrência rege-se-á pelo direito internacional. O acordo será obrigatório para as partes, e o Estado que deixar de cumpri-lo incorrerá em responsabilidade internacional.

A decisão do Conselho igualmente será obrigatória para os Estados Partes, os quais deverão, na forma do art. 38 do Protocolo de Ouro Preto, adotar todas as providências necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas daquele órgão. O cumprimento se dará quando as regras de concorrência estiverem incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais.

As regras comuns de concorrência não excluirão as normas nacionais sobre a matéria, posto que serão aplicáveis aos acordos entre empresas e aos abusos de posição dominante suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados partes e às operações de concentração de empresas nocivas ao funcionamento da concorrência no mercado comum.

A segunda forma de prescrever normas de concorrência aplicáveis às empresas e aos Estados Partes é a celebração de um acordo, a exemplo dos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto. O acordo terá que ser aprovado pelos Paramentos (se assim o exigirem as constituições dos Estados Partes), a fim de que as regras de concorrência possam vigorar neles, e, conseqüentemente, em toda a extensão territorial do mercado comum.

Tendo-se em vista a opção sistematicamente feita pelos processos interestatais de produção de normas jurídicas, as regras de concorrência deverão emanar de um órgão intergovernamental (Conselho do Mercosul) ou de um acordo internacional (com maior probabilidade). Em qualquer dos casos, terão que ser transpostas para os ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, quando poderiam produzir efeito imediato em seus territórios, integrando-se no ordenamento jurídico de cada um, independentemente de qualquer ato de recepção.

A que órgão competirá o julgamento das infrações às regras de concorrência e controlo das concentrações? Na Comunidade Européia, essas tarefas cabem a uma instituição supranacional (Comissão), cujas decisões são recorríveis para o Tribunal de Primeira Instância.

As organizações internacionais são dotadas, em geral, de dois tipos de órgãos: intergovernamentais e integrados. Os primeiros (também chamados interestatais) são compostos por representantes dos Estados, que expressam as posições políticas de seus governos. Os segundos são constituídos por pessoas que exercem suas funções na qualidade de membros desses órgãos, sem que possam solicitar ou receber instruções de qualquer governo ou autoridade, inclusive de seus países. Entre os membros dos órgãos integrados e os Estados pertencentes à organização se estabelecem relações de exterioridade, pois agem no interesse exclusivo desta.

Os órgãos intergovernamentais são indicados para as organizações de coordenação e os órgãos integrados, para as de integração. Nestas últimas

organizações, a noção de função prevalece sobre a de poder. O Protocolo de Ouro Preto faz uma primeira concessão à idéia de função com a criação do Foro Consultivo Econômico-Social como “órgão de representação dos setores econômicos e sociais”, e não dos Estados Partes, apesar de seus membros serem qualificados, no art. 28, de “representantes de cada Estado Parte”. Por outro lado, transforma a Secretaria Administrativa do Grupo Mercado Comum em órgão da estrutura institucional do Mercosul, cujo Diretor passa ser designado pelo Conselho, num processo de escolha em que a competência e a independência são as qualidades que importam.

O julgamento das infrações às regras de concorrência e o controle das concentrações tanto podem ser confiados a um órgão do tipo intergovernamental, já existente ou não, como integrado.

Todos os órgãos com capacidade decisória pertencentes à estrutura institucional do Mercosul são do tipo intergovernamental, e poderiam receber essa missão. Porém, existem razões que desaconselham essa solução. Fazem parte do Conselho os Ministros de Relações Exteriores e de Economia ou seus equivalentes, e como órgão superior não deve se ocupar de assuntos especiais. O Grupo é integrado por dezesseis membros, representantes de ministérios. Poderia ser investido da missão de julgar infrações e controlar concentrações, como a Comissão da União Européia, mas sem a independência que esta possui, além de outros inconvenientes. A comissão de Comércio é órgão encarregado de assistir o Grupo e, tal como este e o Conselho, sujeito a substituições frequentes de seus membros, fato que atenta contra o princípio da aplicação uniforme das normas jurídicas, especialmente em matéria de concorrência.

É possível, ainda a criação de um órgão intergovernamental dotado de competência para julgar as infrações e controlar as concentrações, composto por membros designados pelos Estados Partes ou por estes escolhidos, de comum acordo, em razão de sua competência e independência.

Há quem proponha que os órgãos nacionais de defesa da concorrência (no Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica; na Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia e Ministro da Economia) e os que seriam criados nos países onde não existem, tenham competência para aplicar as regras de concorrência do Mercosul. A sugestão não se ajusta à noção de mercado comum (espaço econômico caracterizado pela unicidade e homogeneidade, garantidas pela adoção de normas uniformes sobre a liberdade de circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços, de capitais e de concorrência). Para haver compatibilidade, seria necessária a criação de um órgão intergovernamental incumbido de assegurar a interpretação uniforme das regras de concorrência, composto de membros

escolhidos de um comum acordo pelos Estados Partes ou designados pelo Conselho, nas duas hipóteses em razão de competência e independência.

Na falta de um órgão dessa natureza, as inevitáveis divergências de interpretação das regras de concorrência, pelos órgãos nacionais encarregados de aplicá-las, comprometeriam a unicidade e homogeneidade do mercado comum, introduziriam ou perpetuariam a desigualdade entre empresas, além de gerar insegurança. Desse modo, não se alcançaria a unidade de regime jurídico aplicável aos acordos entre empresas, aos abusos de posição dominante e às concentrações.

Em questões de concorrência, assim como nas relacionadas com a liberdade econômica das pessoas, não se admitem decisões irreversíveis. Se o órgão julgador em primeira instância fosse o Grupo Mercado Comum, na falta de um tribunal de justiça do Mercosul, seria necessária a criação de uma instância intergovernamental superior. Se fosse a Comissão de Comércio do Mercosul, a segunda instância poderia ser o órgão a que presta assistência (Grupo Mercado Comum). Se o julgamento em primeira instância competisse a um órgão intergovernamental especialmente criado para esse fim, o Grupo ou Conselho de Comércio do Mercosul poderiam ser a segunda instância. Se a competência de aplicação das regras de concorrência fosse atribuída a órgãos nacionais, a segunda instância teria que ser um órgão do tipo intergovernamental para haver uniformidade na interpretação nas regras de concorrência. O Mercosul é uma organização de integração com órgãos adequados às organizações de cooperação, excetuando-se o foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa. Esta incongruência poderá causar severos impasses no processo de integração e entraves ao estabelecimento do mercado comum. Por isso, o exercício da repressão das práticas comerciais restritivas e o controle das concentrações devem competir a um órgão intergovernamental, cujas decisões estejam sujeitas a recurso para um tribunal de justiça.

Em artigo publicado na Gazeta Mercantil, do dia 15 de agosto de 1996, o Subsecretário-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e do Comércio Exterior do Ministério das Relações Exteriores, embaixador José Botafogo Gonçalves, declarou que “para o Governo brasileiro a referida tese (favorável à criação de um tribunal de justiça do Mercosul) não encontra respaldo nas necessidades atuais do processo de integração, desconsidera os obstáculos de natureza constitucional prevalentes no Brasil em relação à matéria e, principalmente, desconhece os méritos do mecanismo de solução de controvérsias previsto na estrutura institucional do Mercosul”. Não vem a propósito discutir os méritos dessa posição. Diante do fato que o Mercosul não terá um tribunal de justiça damos preferência à criação de dois órgãos

integrados, um para julgar as infrações às regras de concorrência e controlar as concentrações de empresas e outro para conhecer, em segunda instância, os recursos.

Em artigo publicado em “El Derecho”, da Universidade Católica Argentina, em 23 de julho de 1996, Susana Czar Zalduendo afirma que “se a situação atual não se alterar, em futuro próximo, quer dizer, se a posição de alguns Estados Partes contrária a criação de um tribunal de justiça não mudar, deveria pensar-se em algumas alternativas para lograr a interpretação uniforme”.

A autora propõe as seguintes: 1ª) a transformação dos árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília em árbitros permanentes, pelo prazo de quatro ou cinco anos, convocados quando necessário, remunerados pelas partes e sempre os mesmos; 2ª) o estabelecimento de um corpo de juristas especializados em direito da integração, direito internacional e direito do comércio exterior, aos quais os árbitros do Protocolo de Brasília, assim como os juízes nacionais, consultassem quando tivessem dúvida a respeito do normativo do Mercosul que devam aplicar em litígios submetidos a sua decisão. Tanto a consulta, como a aplicação da resposta ao caso, seriam voluntárias, mas o prestígio técnico-jurídico da opinião manifestada iria impondo uma construção jurídica da qual seria difícil afastar-se, tendo ainda um efeito didático e persuasivo de uniformização doutrinária. As partes interessadas arcariam com as despesas, em proporção; 3ª) estabelecimento de uma instância, que poderia se dominar “Corte de Interpretação do Mercosul”, dedicada exclusivamente à interpretação do direito, integrada por dois Ministros da Suprema Corte de cada um dos Estados Partes, sempre os mesmos, durante quatro ou cinco anos. O Presidente seria outro membro de Suprema Corte, observando-se o sistema de rotação dos Estados Partes, em ordem alfabética, pelo período de um ano. Os tribunais nacionais e os árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília fariam o pedido de interpretação prejudicial, e a decisão seria vinculante e se aplicaria nas controvérsias submetidas aos autores das consultas. O tribunal gozaria de autonomia, no sentido de que magistrados interviriam a título pessoal, não em representação das respectivas Cortes. O custo dessa instância se reduziria às despesas de funcionamento, pois os magistrados continuariam sendo remunerados por seus Tribunais.

Nos casos de infração às regras de concorrência e de concentração de empresas, geralmente os processos são decididos, em primeira instância, por um órgão de caráter administrativo e, em segunda instância por um órgão jurisdicional.

As regras de concorrência de uma organização internacional (comunidade ou mercado comum) podem justapor-se às normas nacionais,

dando origem aos problemas da qualidade do direito aplicável às empresas e aos Estados, bem como das competências concorrentes dos órgãos integrados e das autoridades nacionais. Nos Estados membros da União Européia, por exemplo, vigoram as disposições comunitárias (regras de concorrência de Tratado de Roma e disposições derivadas) e as normas internas. Em razão do princípio da aplicabilidade direta do direito comunitário, as autoridades nacionais são competentes para aplicar os princípios do Tratado de Roma, especialmente os que proíbem os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, bem como as exploração de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, na medida em que tal fato seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados membros. A competência das autoridades nacionais, concorrente com a do órgão integrado que executa a tarefa de garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, cessa quando este órgão (a Comissão) instaura um processo administrativo para apreciar os mesmos fatos. A suspensão da instância nacional é obrigatória.

A afetação do comércio entre os Estados membros não raro atinge igualmente mercados nacionais, originando conflitos de competência. Duas teorias disputam a solução: a da barreira dupla ou múltipla e da barreira única ou simples. A primeira nega a possibilidade de conflito entre normas pertencentes à ordem jurídica das mencionadas organizações internacionais e às ordens jurídicas internacionais, aplicando-se o normativo mais severo. A segunda exclui a aplicação das normas de uma das ordens jurídicas se o acordo entre empresas ou o abuso de posição dominante sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros, caso em que se aplicam as normas supraestatais.

Em face do princípio da aplicação uniforme dessas normas, as autoridades nacionais devem ter oportunidade de solicitar a um órgão integrado a interpretação da regra de concorrência com fundamento na qual irão decidir a causa.

Esse órgão integrado poderia resultar da transformação dos árbitros **ad-hoc** do Protocolo de Brasília em árbitros permanentes. Uma seção do órgão teria competência exclusiva para responder as consultas do órgão integrado de primeira instância e para decidir os recursos de suas decisões.

Os membros do órgão de primeira instância e do tribunal arbitral seriam escolhidos pelos Estados Partes ou pelo Conselho do Mercado Comum, entre nacionais daqueles, competentes nas matérias mencionadas pela professora Zalduendo. Porém, os membros do órgão de primeira

instância e da seção especial de segunda instância seriam nomeados em razão de sua competência em direito da concorrência.

POLÍTICA INDUSTRIAL E POLÍTICA ANTITRUSTE: UMA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO²

Elizabeth M.M.Q.Farina³

Uma das características mais marcantes da economia brasileira dos anos 90 foram as amplas mudanças institucionais. A abertura comercial, a integração regional, a desregulamentação e privatização determinaram a constituição de um novo conjunto de regras do jogo que trouxeram a competitividade para o centro das atenções tanto no que tange aos negócios privados quanto à política pública.

Os diferentes setores econômicos brasileiros têm sofrido mudanças consideráveis. Muitos desafios, aparentemente intransponíveis, ameaçam esses sistemas produtivos, longamente acostumados a um ambiente de baixa pressão competitiva. Ao mesmo tempo, criaram-se oportunidades de investimento à medida em que as regras de mercado foram paulatinamente substituindo as regras burocráticas. Iniciou-se um amplo processo de reestruturação: novos concorrentes, aquisições, fusões, falências, novas estratégias competitivas. As velhas associações de classe tiveram que assumir novos papéis, até para sobreviverem enquanto organizações de apoio aos negócios das corporações.

O mito do Estado fraco foi gradualmente perdendo espaço para a busca de um novo desenho de relacionamento entre os setores público e privado, no qual o incentivo à competitividade é o principal objetivo.

O presente artigo propõe uma conciliação entre dois arquiinimigos: a política industrial e a política de defesa da concorrência. O fator de atrações é exatamente o objetivo de construir um ambiente institucional que seja favorável à busca permanente da competitividade.

Em sua concepção tradicional, a política industrial sempre esteve associada ao protecionismo e à redução da pressão competitiva sobre as atividades econômicas que se desejava incentivar, uma receita de política de desenvolvimento econômico seguida por muitos países nas décadas de 60 e 70. Modernamente, a política industrial passou a estar relacionada à competitividade, em um contexto de países de economia madura e que tem perdido sua hegemonia nos mercados internacionais e nacionais. É nesse

²Baseado no texto da autora “REFLEXÕES SOBRE DESREGULAMENTAÇÃO E SISTEMAS AGROINDUSTRIAIS: A Experiência Brasileira”, tese de livre-docência, FEA/USP, mimeo, 1996:150p.

³Prof.a. Livre-Docente do Departamento de Economia da FEA/USP

contexto que se pretende discutir os papéis das políticas públicas na construção das bases para a competitividade.

1. DESEMPENHO ECONÔMICO E A LEGISLAÇÃO DE CONTROLE DO ABUSO DO PODER ECONÔMICO

De acordo com Douglas North, prêmio Nobel de Economia de 1993, é inegável que as instituições afetam o desempenho econômico. As instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade e são constituídas de restrições formais (regras, leis, constituições), informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta), e de suas características de sua aplicação (*enforcement*). Provêm as regras do jogo que orientam as estratégias das organizações que, por sua vez, representam os jogadores (North, 1993;3-7).

As decisões tomadas por consumidores e empresários, que estão na base da dinâmica econômica, são tomadas em um ambiente de incerteza, com informações incompletas e distribuídas de maneira não uniforme. As instituições reduzem a incerteza na medida em que provêm regras para a vida diária (North, 1990;14).

Não há garantia, no entanto, de que a evolução das instituições irá produzir o desenvolvimento econômico. As instituições que contribuem para o desenvolvimento são aquelas que incentivam o aprendizado e a capacidade de solucionar problemas. ... *A taxa de aprendizado refletirá a intensidade da concorrência entre as organizações. A concorrência, refletindo a onipresença da escassez, induz as organizações a se engajarem em um processo de aprendizado para sobreviver. O grau de concorrência pode variar e efetivamente varia. Quanto maior o poder de monopólio menor o incentivo para o aprendizado*, e o incentivo ao desenvolvimento econômico (North, 1993;9).

Douglas North recebeu o prêmio Nobel em 1993. No entanto, a concorrência é considerada como o motor da transformação e do desenvolvimento econômico desde os primórdios da Ciência Econômica. Se na Escola Econômica Neoclássica é a concorrência que garante a eficiência alocativa do sistema, para Schumpeter ela provê incentivo à inovação e garante a eficiência dinâmica. Para North a concorrência estimula o aprendizado favorecendo o desempenho econômico através do tempo.

Aí está a principal justificativa fornecida pela Ciência Econômica para as políticas de defesa da concorrência: proteger e mesmo intensificar a força competitiva que se supõe constituir o mecanismo mais eficaz de

alcançar a eficiência produtiva, o vigor da inovação técnica e criação de novos produtos.

O que leva o empresário a competir?

A perspectiva do lucro é o que orienta e estimula os negócios privados em uma economia de mercado. Sinaliza oportunidades de investimento, tanto para os que já participam do mercado, quanto para ingressantes potenciais.

Não se trata, contudo, do mero lucro contábil, e sim de lucro econômico, que se define com base no custo de oportunidade da aplicação dos recursos produtivos. Isto é, os custos associados às oportunidades deixadas de lado, quando a empresa aplica seus recursos no que supõe seja sua melhor alternativa. Por que um investidor irá aplicar seu capital em uma particular atividade se não espera receber mais do que já está auferindo?

Por seu turno, a busca incessante da inovação, fonte última do crescimento da renda no entender de Schumpeter, tem como finalidade a obtenção de um lucro diferencial. Criar novos produtos, novos mercados, processos, organizações, estabelecer novas estratégias competitivas tem como razão obter o lucro econômico máximo. Não necessariamente o lucro de curto prazo, mas, certamente, o de longo prazo.

A busca do máximo lucro econômico está na base do processo de concorrência!

Por que é necessário proteger a concorrência?

Porque competir não é a única estratégia possível de auferir lucros econômicos. A cooperação também pode levar a esse resultado. O cartel ou a coordenação tácita entre concorrentes é uma estratégia de auferir lucros por meio do controle da oferta e consequente aumento de preços. Nada tem a ver com busca de eficiência estática ou dinâmica.

Eliminar ou enfraquecer a concorrência é outra estratégia possível que visa criar condições de realização de lucros econômicos, ainda que passageiros: investimento em excesso de capacidade, prática de preços predatórios, contratos de exclusividade de distribuição podem postergar investimentos de concorrentes potenciais por tempo suficiente para a realização de lucros econômicos.

Essas estratégias, contudo, só são factíveis se existirem poucos concorrentes que dominam parcela substancial do mercado, seja por meio do gerenciamento da capacidade produtiva própria ou pela coordenação de um grupo de empresas.

Por muito tempo, a concentração econômica foi considerada como condição necessária e suficiente para o comportamento não competitivo.

Quanto menor o número de concorrentes e maior sua participação relativa, tanto maior a capacidade de coalizão e mais próximo do comportamento de um monopolista que restringe produção para ampliar seus lucros. Daí a preocupação com fusões e aquisições que elevem a concentração.

O único argumento que justifica o crescimento da concentração é que a presença de economias de escala e de escopo exigem grandes escalas de operação cujos resultados reverteriam em benefício do próprio consumidor. Isso é, o aumento da concentração tem que ter uma compensação em termos de ganhos de eficiência. Daí os compromissos exigidos das empresas na análise dos processos de fusão e aquisição.

A concentração é, contudo, uma condição necessária, mas não suficiente para o exercício do poder de mercado. A velocidade da mudança tecnológica, a frequência de compra dos consumidores e a diferenciação dos produtos, a importância de custos irrecuperáveis estimulam a concorrência entre poucas e grandes empresas. Ainda que essas condições não estejam presentes, o comércio internacional pode romper o poder de mercado das empresas domésticas, especialmente para produtos de alto valor agregado que compensem os custos de transporte.

Adams & Brock (1991) argumentam que a globalização tornou obsoletas as leis antitruste aplicadas a territórios nacionais. *...a concorrência estrangeira serve como um instrumento muito mais eficiente e adequado para disciplinar os abusos competitivos das firmas norte-americanas, do que as agências antitruste podiam sequer sonhar em ser* (Adam & Brock, 1991;56). No entanto, a globalização não é uma característica de todas as atividades econômicas nem prescinde do movimento internacional de mercadorias e serviços para disciplinar as estratégias empresariais. O que ela traz de novo é uma aceleração dos investimentos em mercados atraentes, elevando a contestabilidade dos mercados.

Porter (1990) sustenta que a globalização não reduz a importância dos espaços e das instituições nacionais. Pelo contrário, a vantagem competitiva das nações é positivamente estimulada pelo vigor com que é aplicada uma legislação de concorrência, uma vez que

Não se pode extrair do raciocínio econômico nenhuma orientação válida para todos os países e atividades econômicas no tocante a graus de concentração condenáveis. Embora George Stigler, em 1955, tenha afirmado que qualquer fusão que levasse ao controle de 20% ou mais de um mercado estaria violando o Clayton Act (que regula as fusões e aquisições nos EUA), dificilmente ele sustentaria essa posição hoje.

Também não nos autoriza a afirmar que a concorrência estrangeira ou a globalização disciplina as estratégias empresariais em qualquer atividade

ou qualquer país. Cada caso é um caso e assim deve ser analisado. A teoria econômica oferece critérios para a análise mas não respostas conclusivas e gerais(Farina, 1990).

Se a concorrência deve ser protegida porque existem estratégias empresariais anticompetitivas, a simples existência de uma legislação antitruste ou de defesa da concorrência, não é suficiente para garantir sua aplicação adequada.

Douglas North chama a atenção para o fato de que as regras formais podem ser alteradas do dia para a noite, mas as regras informais, que fornecem a legitimidade para as primeiras, alteram-se apenas gradualmente. Economias que adotam regras formais de outras economias podem apresentar desempenho muito diferente do esperado (North, 1993:22).

A legislação antitruste brasileira já é uma senhora balzaquiana, mas só recentemente ganhou visibilidade e vem atraindo o interesse de empresários, advogados e economistas. Ainda não temos uma cultura de utilização e aplicação da lei. Construí-la exige tempo e perseverança conforme alerta North.

Os mais de trinta anos de atuação do CADE sugerem que a mesma legislação pode ser muito ou pouco eficaz, dependendo do interesse e agilidade do Conselho e do ambiente econômico-institucional que lhe ampara. Entre 1962 e 1990 foram instaurados apenas 117 processos administrativos. Entre 1986 e março de 1990, o CADE examinou 90 desses 117 processos: julgou 66 processos, alguns pendentes há mais de 10 anos e deixou 28 em andamento, além das sindicâncias e averiguações preliminares, que passaram para a Secretaria Nacional de Defesa Econômica e para o Conselho subsequente. Sua atuação só não foi mais eficaz porque as sanções previstas pela Lei de 62 mostraram-se insuficientes.

Em 1990 foram editadas nada menos do que cinco medidas provisórias (n.º 153, 204, 218, 246, 276) que estabeleciam regras e ampliavam punições para o abuso do poder econômico. A Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991 pôs fim à enxurrada de medidas provisórias e estabeleceu as normas pelas quais a defesa da concorrência deveria se pautar. Em junho de 1995 já tínhamos uma nova versão e no ano seguinte já se falava em alterá-la novamente.

Se as instituições são importantes para reduzir a incerteza que cerca as decisões individuais de investimento e consumo, a constante alteração nas regras do jogo amplia essa mesma incerteza. Aprimorar as instituições é necessário, mas isso exige mais do que a mudança das regras formais. Exige a gradual mudança das regras informais de conduta.

2. DA EFICIÊNCIA ESTÁTICA PARA A EFICIÊNCIA DINÂMICA: O Papel da Cooperação Horizontal e da Concorrência

Mais importante do que a eficiência alocativa é a "ineficiência-X" e mais importante ainda é a eficiência dinâmica. (Scherer, 1991:126)

Do ponto de vista dinâmico, há que se considerar o efeito das políticas antitruste sobre o processo de inovação. Também a esse respeito, a relação entre estrutura e desempenho é problemática. Sem dúvida, o grande motor que alimenta a busca de novos processos, novos produtos e novas organizações são os lucros monopólicos. É para deixar de produzir *commodities* de baixa margem de lucro para produzir "especialidades" que as empresas investem em pesquisa e desenvolvimento.⁴ Entretanto, o que impede que o monopolista deite sua cabeça em uma almofada e descanse, para usar a expressão de Schumpeter, é a presença incessante de concorrentes potenciais. A concorrência é responsável não somente por preços competitivos, mas pela busca incessante do poder de monopólio por meio da inovação!

Segundo Scherer, a ação antitruste aponta para a direção correta ao preservar a concorrência e evitar que barreiras à entrada sejam erigidas desnecessariamente, especialmente porque existe pouca evidência que mostre efeitos adversos sistemáticos sobre o vigor da inovação tecnológica e a taxa de crescimento da produtividade. O caso da AT&T pode servir como exemplo. Após sua fragmentação, suas despesas com P&D aumentaram e continuou gerando a incrível marca de uma patente por dia em seus laboratórios. (Scherer, 1989)

A década de 90 está se caracterizando pela busca de acordos de pesquisa e desenvolvimento tecnológicos entre megacorporações internacionais. Em 1984, a legislação americana foi alterada para permitir esses acordos, por meio do "National Cooperative Research Act". A justificativa de modo geral está baseada no montante de recursos que as pesquisas estão demandando, além das características de forte subaditividade de custos, existência de *free-riding* e possibilidade de sinergias decorrentes de *backgrounds* distintos de pesquisa e habilidades.

Este ponto merece, entretanto, alguma preocupação, à medida que pode haver efeitos anticompetitivos decorrentes destas *joint ventures*. Ordover & Willig (1985, *apud* Shapiro & Willig, 1990) salientam que, ao substituir

⁴Estes termos foram literalmente utilizados por um diretor da Mossanto para definir a estratégia de longo prazo da empresa, em seminário realizado no IPE/USP.

decisões independentes, esses acordos podem evitar a corrida de patentes e reduzir o ritmo das atividades de pesquisa e desenvolvimento, especialmente se combinar as atividades de P&D de firmas concorrentes, a menos que envolva redução significativa nos custos de P&D.

Anteriormente, o objetivo da ação antitruste era evitar um ambiente favorável a **preços** monopólicos, uma vez que estes resultam em uma alocação ineficiente de recursos do ponto de vista estático. As estruturas concentradas eram, entretanto, admitidas por respresentarem um ambiente propício para a eficiência dinâmica, mediante a inovação. Agora os acordos entre as grandes empresas se voltam exatamente para a pesquisa e desenvolvimento. De que forma, então, estará garantida a concorrência que todos acreditam representar o grande mérito da organização capitalista de mercado?

A concorrência é, por definição, um comportamento não cooperativo e, segundo Tirole (1988: 206-207), é o comportamento relevante para a teoria econômica que trata da Organização Industrial. Mesmo quando firmas entram em coalizão tácita esse é resultado de um comportamento ótimo não cooperativo em um contexto dinâmico, onde uma firma pode decidir não entrar em guerra com um rival para evitar uma retaliação posterior. Da mesma forma, assinar um contrato pode ser entendido como o resultado de um jogo não cooperativo, por meio do qual as firmas evitam uma concorrência predatória.

Para a teoria neoclássica a concorrência via preços é a que conta. Também na OI, a maior preocupação está no comportamento dos oligopólios com relação a preços e quantidades dos produtos. Toda forma de acordo que vise a formação de preços é condenada e acusada de promover a ineficiência produtiva e alocativa, mediante a preservação dos lucros monopólicos ou da ineficiência-X. O comportamento não cooperativo deve, portanto, ser estimulado e preservado.

Os cartéis representam o comportamento cooperativo, por excelência, na visão convencional. Cartéis visam eliminar a concorrência de preços e impedir a entrada de novas firmas e, por isso, são condenados pelas políticas antitruste ou de justo comércio, em nome do interesse público.

Best (1990) argumenta que "a nova concorrência" que fez a indústria americana perder competitividade da manufatura de automóveis aos bens de consumo eletrônicos nos anos 70 e 80 baseia-se na inovação contínua

em métodos, produtos e processos.⁵ A vantagem competitiva não está na produção de mais baixo custo mas no *design* superior dos produtos. Em um ambiente de inovação contínua a organização da firma tem que estar voltada de cima a baixo para a resolução de problemas e não para tarefas de rotina, característica do *Big Business*. Nesse contexto, torna-se estratégico estabelecer relações de cooperação entre firmas, seus fornecedores e consumidores. Best dedica várias páginas de seu livro para justificar a cooperação ou cartel de estabilização, onde a concorrência de preços é explicitamente suspensa, mas largamente compensada pela concorrência por meio de produtos.

Embora não reconheça explicitamente, Best também mostra que a concorrência via preços e custos baixos continua sendo fundamental para compreender, inclusive, o sucesso comercial do Japão e da Itália nos mercados internacionais. Na verdade, os competidores japoneses entraram nos mercados ocidentais mediante reduções substanciais de preços nos mercados de volume, que se estendeu, da mesma forma, aos nichos de mercados segmentados. As vantagens japonesas de custo baseavam-se em custos mais baixos de *overhead*, resultantes das novas formas organizacionais adotadas e que não podiam ser alcançadas por um simples aumento de produtividade dos fatores diretos de produção, sem a mudança na sua organização. Esse foi o caso das motocicletas e produtos eletrônicos de consumo.

Em um setor tipicamente comandado pela inovação a participação de mercado da Xerox foi atacada pelos concorrentes japoneses que estavam desenvolvendo novos produtos duas vezes mais rápido pela metade do **custo!** (Best, 1990:132-155)

Nesse mesmo sentido, Hiroshi (1986:72) apresenta uma interpretação diferente da de Best. O autor sustenta que tanto a política industrial quanto a defesa da concorrência tiveram seu papel no crescimento do Japão. Investimentos na indústria de aço, automóveis, computadores, semicondutores, dentre outras, foram incentivados pelo sentimento de segurança conferido pelas medidas protecionistas de política industrial em relação a importações. Entretanto, essas medidas não eliminavam a concorrência interna nessas atividades. Ao contrário, a concorrência era até mais intensa no Japão do que nos Estados Unidos e funcionou como um fator adicional para incentivar o investimento. Naqueles setores em que a política

⁵Best (1990) denomina de "A Nova Concorrência" (*The New Competition*) ao paradigma de produção baseado na busca contínua de inovações em produtos e processos que podem ou não levar a menores custos e menores preços.

industrial assumiu a forma de supressão da concorrência interna por meio de cartéis o desempenho piorou: têxtil, petróleo e indústrias petroquímicas.

Inovação não se traduz apenas em *design* superior, mas também em custos mais baixos sem prejuízo da qualidade. Essa é a combinação que promove a difusão das inovações e torna vulnerável e permanentemente passageira a vantagem competitiva das empresas inovadoras. O ciclo do produto se encurta e o poder de monopólio torna-se fugaz. O cartel de preços e produto em nada contribui para obter a competitividade.

A cooperação horizontal, contudo, pode se tornar um importante fator de competitividade setorial quando há externalidades significativas na atividade produtiva e inovativa. Teece (1993), Porter (1990) e Best (1990) enfatizam a importância das economias de rede de informações como fator de competitividade adquirida, decorrente do processo de cooperação horizontal entre firmas rivais. Discutindo o caso específico da indústria italiana de cerâmica, Porter salienta que os concorrentes estrangeiros têm que competir não apenas com uma firma em particular mas com uma cultura baseada na cooperação, que sustenta a vantagem competitiva de todo o distrito industrial, para utilizar a terminologia de Best.

Teece (1993:19) apresenta o *benchmarking* como uma das circunstâncias em que o compartilhamento de informações entre rivais pode ter um efeito positivo sobre a competitividade. *Benchmarking* é o processo pelo qual as firmas identificam as melhores práticas em seu setor e avaliam quão distantes estão desse padrão de comportamento, permitindo estimular programas que levem à adoção dessas melhores práticas.⁶ Tipicamente, o *benchmarking* envolve a coleta de informação de companhias consideradas excelentes e, portanto, seu traço distintivo repousa sobre o compartilhamento de informações. Citando Robert Camp, Teece salienta que compartilhar dados de *benchmark* beneficia a todos. Para ter sucesso, a firma tem que conhecer suas próprias operações, conhecer seus concorrentes, especialmente os líderes, e incorporar as melhores práticas, o que demanda obter informações, preferencialmente com a empresa foco ou por meio de terceiros. Compartilhando a informação de seu próprio sucesso, a empresa pode obter informação sobre o sucesso de outras firmas. Teece afirma que, no conjunto, todas estarão melhor posicionadas para competir. Nesse caso, portanto, a

⁶O conceito de *benchmarking* deve ser analisado com cuidado. Trata-se da "melhor prática" associada ao padrão tecnológico, competitivo e organizacional vigente. Não pode ser tomado como um padrão absoluto de eficiência, mas como um arranjo que, nas condições vigentes, gera vantagens competitivas. O mesmo comentário pode ser aplicado ao conceito de *filière*, conforme utilizado pela escola francesa. (Zylbersztajn, 1995).

cooperação acaba por instigar a concorrência, ao mesmo tempo em que é por ela estimulada.

"Valores Comuns", isto é, agregados referentes ao mercado ou à indústria, representam outra circunstância onde compartilhar informação melhora a competitividade, uma vez que melhora a capacidade de previsão do futuro e permite que investimentos e operações sejam programados com maior confiança e eficiência. (Teece, 1993:22) Esse exemplo se aplica com muita propriedade à agricultura, em particular, e ao *agribusiness*, de maneira geral, no tocante à previsão de safras, estatísticas de estoques, tendências do mercado internacional e regional. Cada firma da indústria tem alguma base fragmentada para estimar esses valores. Compartilhando esse conhecimento imperfeito, as firmas em uma indústria aumentam a acuidade de seus julgamentos e podem planejar seus investimentos e operações com maior confiança e eficiência, reduzindo custos de longo prazo, uma vez que se minimizam os processos de super ou subinvestimento. A consequência é uma redução na dispersão de preços e, caso haja concorrência, um repasse do ganho de eficiência para o consumidor, reduzindo o nível de preços.

3. O Papel da Cooperação Vertical

Quando o contexto da concorrência se amplia internacionalmente, os mercados passam a ser integrados e a disputa competitiva deixa de ocorrer no contexto de uma firma isolada, tornando-se uma competição sistêmica.

Concorrência encerra a disputa por consumidores ou clientes, que pode se dar mediante vários atributos tais como preço, qualidade, regularidade de oferta, inovação. As variáveis relevantes de concorrência dependem de características intrínsecas dos produtos ou a eles atribuídas pelos consumidores. Portanto, pode-se identificar diferentes padrões de concorrência convivendo simultaneamente em um mesmo setor.

Construir e preservar vantagens competitivas, de modo a manter ou ampliar a participação no mercado, depende da capacidade de identificação, criação ou mudança das variáveis relevantes de concorrência transformando o meio ambiente em que a mesma se estabelece, de modo favorável a si próprio.⁷ Contudo, o comportamento estratégico vai além da identificação e adoção dos padrões de concorrência em vigor nos mercados relevantes. A ação estratégica se estabelece quando se cria ou recria novos padrões de competição.

⁷Apoiado no conceito de comportamento estratégico de Schelling (1960:160) "*one that influences the other person's choice in a manner favourable to oneself by affecting the other person's expectations of how oneself will behave.*"

Segundo Best (1990:139), a idéia de estratégia pressupõe escolher a forma de concorrência e desenvolver uma organização apropriada para a estratégia competitiva adotada. Isso implica que o objetivo de eficiência absoluta na produção (na aceção de custo mínimo) não é universal, mas contingente à estratégia competitiva, e a organização assume uma importância crítica no sucesso das firmas.

A concorrência não se dá primordialmente via preços, mas por meio de produtos com *design* superior. Se o *Big Business* busca a produção em massa a baixos preços e a hierarquia constitui-se na organização apropriada para essa estratégia competitiva, a **Nova Concorrência** busca a segmentação do mercado e a diferenciação dos produtos, exigindo flexibilidade organizacional, estruturada no sentido da resolução de problemas e na integração entre as atividades de pensar e fazer. (Best, 1990:3) Isto é, a estrutura de governança eficiente difere entre os dois padrões de competição.

Orientado por esse novo paradigma, Porter define um novo conceito que, diferentemente da visão clássica de vantagens comparativas, avalia a competitividade em função da existência de mercados segmentados, dinamismo tecnológico e uso adequado de economias de escala. Com essa perspectiva afirma:

“... um conceito aplicável de competitividade deve ser mais abrangente do que aquele baseado em custos de produção, devendo incluir possibilidades de associar competitividade à organização interna eficiente e aos sistemas de comunicação e coordenação de atividades interfirmas.” (Porter, 1990:84)

A competitividade não mais se limita à eficiência produtiva em nível da firma. Passa a depender de toda a cadeia produtiva e de sua organização. O modelo diamante de Porter, sobre o qual se baseia a análise da competitividade das nações, contém a idéia de que a competitividade é sistêmica e que a mesma depende de uma coordenação eficiente desse sistema.

Porter chama a atenção para a importância das indústrias correlatas e de suporte baseadas no próprio país. Fornecedores competitivos internacionalmente criam vantagens para as indústrias a jusante de várias maneiras. A mais importante é fomentar a inovação e o contínuo aperfeiçoamento por meio de relações estreitas e contínuas de trabalho. Fornecedores e usuários localizados próximos uns aos outros podem manter linhas eficientes de comunicação, um fluxo de informações rápido e

constante, além de permitir testes recíprocos de novas tecnologias, acelerando o processo inovativo. (Porter, 1990:80)

4. Coordenação e Competitividade Sistêmica

Em um ambiente de constante mutação, a capacidade de transformar as ameaças de choques externos em oportunidades lucrativas de negócio depende da existência de um sistema de coordenação capaz de transmitir informações, estímulos e controles ao longo de toda a cadeia produtiva, a fim de viabilizar a nova estratégia.

Esse sistema de coordenação nada mais é do que o conjunto de estruturas de governança que interligam os segmentos componentes de uma cadeia produtiva. Dessa forma, os determinantes de um sistema eficiente de coordenação estão associados às características das transações que se estabelecem entre esses segmentos.

A habilidade de diferentes estruturas de governança responder a mudanças no ambiente competitivo é tratada pela Economia dos Custos de Transação - ECT (Williamson, 1991) no contexto da firma, sendo a flexibilidade contratual *ex-post* uma importante característica dos contratos relacionais.

Ao estender esse conceito para uma cadeia produtiva temos que contrapor não mais uma solução contratual referente a uma única transação, mas combinações de diferentes arranjos contratuais que se estabelecem nesse sistema como resposta às características das transações que ocorrem entre seus diferentes agentes.

Conforme estabelecido pela ECT, o mercado é a forma mais eficiente de coordenação quanto menor a especificidade dos ativos envolvidos e quanto melhor a informação dos agentes, sendo o exemplo mais comum o mercado de *commodities* agrícolas. As transações de mercado são baseadas numa lógica individual não cooperativa.

A integração vertical internaliza as transações econômicas, tornando-as subordinadas à hierarquia, onde os custos de transação são substituídos pelos custos do monitoramento e estímulos internos associados à estrutura organizacional interna da firma.

Contratos relacionais substituem a integração vertical na presença de especificidade de ativos e informação imperfeita. Constituem arranjos

privados cuja função é prover mecanismos de estímulo e controle das ações dos agentes e distribuir os riscos do comportamento oportunista.

Quando o padrão de concorrência se baseia em contínua mudança técnica e segmentação do mercado a consequência é um aumento da especificidade dos ativos e, portanto, de custos irrecuperáveis. Isso se dá porque novos produtos, métodos e processos, assim como a garantia de atributos especiais de produtos para segmentos específicos do mercado implicam transmitir essas mudanças ao longo de uma cadeia de etapas tecnológicas tecnicamente separáveis, isto é, de estabelecer uma coordenação em sintonia fina, onde o cumprimento de cada etapa pode comprometer o resultado de toda a cadeia produtiva. Os custos de transação tornam-se elevados diante da exposição ao comportamento oportunista, derivado de uma relação de barganha de preços entre clientes e fornecedores. A integração vertical pode se estabelecer, dando origem a uma estrutura setorial dominada por grandes corporações, a exemplo do *Big Business*. Alternativamente, pode-se estabelecer uma organização constituída de uma rede de fornecedores e distribuidores entre os quais se definem relações de cooperação e consulta, onde há um grau não usual de compartilhamento de informações, normas e padrões. Essas relações podem estar assentadas em contratos idiossincráticos formais ou informais.

Best sustenta que o novo padrão de concorrência exige flexibilidade organizacional em nível das firmas e relações cooperativas em nível da cadeia produtiva, facilitando o fluxo de sugestões, informações e consultas, estabelecendo um ambiente voltado à resolução de problemas, constante atenção ao detalhe e uma integração entre o pensamento e a ação.

Reconhecer que a ação cooperativa pode ser socialmente racional não elimina, contudo, a possibilidade do conflito distributivo entre os parceiros que, no limite, pode levar à integração vertical. Sexton (1986) argumenta que a integração vertical responde tanto às perspectivas de lucros, quanto à redução de riscos, bem como à estratégia de melhorar o poder de mercado ou proteger-se do mesmo.

Um ambiente de cooperação entre fornecedores onde prevaleça a confiança pode, inclusive, tornar desnecessários contratos formais. Da mesma forma, a existência de relações cooperativas espontâneas e baseadas na confiança mútua entre clientes, fornecedores e distribuidores não significa que não exista disputa de preços verticais. Pequenas firmas japonesas, exemplo comum de ambiente cooperativo, se defrontam com pressões contínuas das líderes manufactureiras para baixar preços e custos. (Best, 1990:16)

O equilíbrio entre a cooperação e a concorrência nas relações verticais determina a capacidade de um sistema responder a choques externos,

tais como uma mudança no ambiente legal, novas restrições impostas pelos consumidores ou ainda a introdução de uma nova tecnologia. A velocidade de ajustamento do sistema a tal choque pode se transformar em um elemento chave para definir a sua competitividade.

Mesmo que um sistema (i) apresente maiores custos de produção quando comparado a um sistema (j), se o primeiro tiver elementos de coordenação mais eficientes poderá ajustar-se mais rapidamente e superar o sistema (j) de menor custo de produção nas condições iniciais. Ele será mais competitivo, podendo ganhar margens de mercado, enquanto o sistema concorrente se ajusta.

O sucesso dessa resposta vai depender da rapidez com que a informação flui por meio do sistema, como os agentes reagem ante ajustamentos com impactos distributivos e, especialmente, da capacidade que têm agentes os de criar instituições para auxiliar no processo adaptativo.

Como as estruturas de governança eficientes dependem das características das transações e estas dependem da tecnologia, das instituições e das estratégias empresariais podem-se formar vários padrões de coordenação associados a diferentes grupos estratégicos. O resultado será um processo de diferenciação dos sistemas a partir das características do padrão competitivo que, por sua vez, determinará as características das transações intersegmentos.⁸

A definição do ambiente institucional e organizacional interfere na operação do sistema, sendo considerados um vetor de parâmetros de deslocamento que afetam a estrutura de governança mais eficiente.

Williamson considera três tipos de deslocamentos que se distinguem pela maneira pela qual afetam o sistema de coordenação original: deslocamentos do tipo inconseqüente, conseqüente e altamente conseqüente, isto é, com efeitos não triviais.

Duas formas de adaptação podem ocorrer. A primeira é aquela que não requer intervenção, sendo inteiramente dependente de sinais de mercado e onde os ajustamentos necessários ocorrem a custo zero. Esta forma de ajustamento se coaduna com o conceito de competição perfeita e com o que o autor denomina de ficção dos custos de transação iguais a zero.

A segunda forma de adaptação requer intervenção institucional ou hierárquica. A literatura classifica o nível de coordenação em autônoma,

⁸Conforme analisado na segunda parte desse trabalho, após a desregulamentação o sistema agroindustrial do café brasileiro transformou-se em pelo menos dois subsistemas associados a diferentes grupos estratégicos: o subsistema de concorrência por qualidade e diferenciação de *blends*, o subsistema do café *commodity*.

coordenada e estritamente coordenada, para permitir acomodar os diferentes tipos de intervenção. Com o aumento do nível de especificidade dos ativos a necessidade de cooperação para permitir as adaptações necessárias torna-se maior, a eficácia da adaptação diminui e os custos de mal-adaptação aumentam. Nesse caso, tendem a prevalecer estruturas de governança híbrida ou hierárquica.

No caso de respostas estritamente coordenadas que envolvem um número grande de agentes no sistema produtivo as instituições devem ser construídas de modo a permitir o processo de coordenação.

Considerando-se os tipos de governança existentes e o aparato institucional construído pelos agentes do sistema é possível buscar-se identificar fontes de maior dinamismo adaptativo, especialmente quando se estuda em base comparativa. Existem prêmios para serem colhidos pelos sistemas mais flexíveis e permeáveis a adaptações.

Um exemplo pode ser dado pela imposição de restrições a resíduos químicos em vegetais, tal como aqueles existentes no mercado holandês.⁹ Tal restrição pode implicar mudança radical da tecnologia adotada pelos produtores e também modos de manipulação pós-colheita. A questão da coordenação eficiente deve buscar identificar os mecanismos existentes que informam os produtores da nova regra, e como tais mecanismos proporcionam opções factíveis para os produtores. Caso uma cooperativa seja capaz de se organizar com rapidez, existe um prêmio no mercado, que pode significar simplesmente a manutenção da sua presença no mesmo ou pode significar um importante movimento induzido de diversificação de produtos. (Farina & Zylbersztajn, 1994)

Assim, três aspectos são relevantes para a análise da adaptabilidade de sistemas produtivos:

a. Em primeiro lugar, o tipo de impacto e a necessidade de intervenção para motivar a adaptação. O ajustamento de custo mínimo dá-se pela via de mercado, onde estão presentes os incentivos de maior poder adaptativo.

b. Em segundo lugar, a identificação do que se poderia chamar de um sistema totalmente adaptado e a identificação dos incentivos que devem ser criados para provocar o ajustamento. Tal condição assume a necessidade de desenhar uma instituição burocrática (governamental ou não) que seja capaz de atuar sobre todo o sistema, identificando aspectos distributivos e proporcionando espaço para um processo continuado de negociações.

⁹Para detalhes ver Zylbersztajn *et alli* (1992).

c. Em terceiro lugar, decorrente do anterior, a busca de regras para o desenho ótimo destas instituições, que permitam a redução do tempo dos ajustamentos.¹⁰

5.O Papel do Estado e das Organizações de Interesse Privado

Na presença de externalidades, bens públicos ou coletivos e de informação imperfeita as decisões orientadas pela racionalidade individual não são consistentes com a racionalidade coletiva. O equilíbrio não-cooperativo não é Pareto-ótimo e, portanto, pode-se obter vantagens a partir do comportamento cooperativo. Em tais casos, o comportamento racional dos participantes do mercado tem que estar subordinado a alguma forma de controle autoritário exercido pelo Estado ou por algum outro agente. (Streek & Schmitter, 1985:23)

Pode-se definir política pública como o conjunto de ações que visam compatibilizar a racionalidade privada com a racionalidade coletiva.

Traxler & Unger (1994:7-10) argumentam que diferentes tipos de organização podem desempenhar esse papel: o Estado, o corporatismo e as redes de cooperação (*networks*).¹¹ Cada uma dessas organizações representa diferentes sistemas de incentivo que governam as atividades dos agentes econômicos. Existem três sistemas básicos de incentivo: poder, recompensas materiais e reconhecimento de valores e normas (*normative recognition*). Cada organização pode combinar diferentes sistemas de incentivo, tornando mais complexa a distinção entre elas.

O Estado combina autoridade, poder e recompensas materiais e depende de incentivos normativos, já que sua autoridade exige legitimação.

No corporatismo, as funções são desempenhadas por associações privadas, agindo de maneira autônoma ou em cooperação com agências governamentais. A exemplo do Estado, o conjunto de incentivos é uma mistura de poder, recompensas materiais, normas e valores. A estabilidade da

¹⁰O desenho das instituições não será desenvolvido nesse trabalho por exigir uma literatura e enfoque teórico-analítico próprio, consistente mas diferente daquele utilizado.

¹¹[*Networks*]...refers to relationships of intensive and long-term cooperation between firms, which are neither anonymous market relations nor formalized hierarchic relations....*Networks may take various forms: supplier-customer contracts, regular but informal conversations between management, interlocking directorates or joint-ventures.*" (Traxler & Unger, 1994:9) Os autores incluem os contratos relacionais de Williamson nessa classificação.

provisão dos bens coletivos requer uma certa convergência entre os interesses da associação e de seus membros, embora existam muitos problemas potenciais a serem enfrentados.

Nas redes de cooperação, os participantes preservam sua autonomia, mas estão ligados por uma dependência mútua na provisão de conhecimento, informação, pesquisa e desenvolvimento etc. Esse relacionamento requer confiança, obrigações mútuas, compartilhamento de normas e valores e interesses.

Os bens coletivos podem ser fornecidos pelo Estado ou pelas associações privadas. Ambos apresentam custos para a implementação e execução das atividades que envolvem a provisão dos bens coletivos. Implementar uma política setorial por meio de organizações privadas pode resultar em um processo moroso e custoso de tomada de decisões, nem sempre mais eficiente do que a própria burocracia estatal. Adotando a prescrição de Williamson (1993b) da "ineficiência remediável",¹² o arranjo organizacional que viabiliza a implementação de uma política estratégica para o setor é contingente às instituições onde é concretizado, e nenhum tipo de organização deve ser descartado *a priori*.

No início dos anos 80, os debates sobre a desregulamentação na economia europeia levaram a uma intensa discussão sobre o papel das **associações de interesse privado** no contexto de uma redução da intervenção do Estado na economia. As associações não se confundem nem com o Estado, nem com o mercado. Têm regras próprias de funcionamento, e uma "racionalidade" específica para sua existência. (Streek & Schmitter, 1985)

Associações de interesse privado também não substituem o mercado ou o Estado. O poder das associações se autogovernarem não surge, em geral, espontaneamente. Para assumir essa função as associações necessitam ser providas de autoridade para obrigar certos tipos de comportamento e coibir outros e essa autoridade só pode ser concedida pelo Estado, ou obtida por consenso.¹³ Por outro lado, a ameaça de intervenção estatal nessas organizações ajuda a coadunar suas ações com o interesse público. Nesse sentido, a operação de organizações de interesse privado exige um Estado

¹²Williamson define eficiência irremediável aos resultados para os quais não se pode descrever e implementar alternativa factível superior que gere ganhos líquidos. Essa organização alternativa deve ser superior não somente quanto à tradicional redistribuição de "peso morto", mas também quanto ao processo de político que sustenta essa redistribuição.

¹³Exemplos dessa transferência do poder de mando do Estado para associações privadas podem ser encontrados no funcionameto do Milk Marketing Board da Inglaterra ou na Suíça.

forte que tenha a capacidade de estabelecer e controlar procedimentos, e não o contrário.

A presença de uma agência forte de defesa da concorrência é especialmente importante quando a estratégia setorial é concebida e implementada por associações privadas. Entretanto, essas agências devem reconhecer que em uma economia de mercado há um enorme espaço a ser ocupado por ações de caráter cooperativo e que não devem ser ingenuamente confundidas com ações cartelizadas visando apenas lucros monopólicos de curto prazo. Esse tipo de ação é, obviamente, possível e passível de controle. Entretanto, a provisão de bens coletivos demanda uma ação coordenada entre potenciais concorrentes e que promove a competitividade tanto de firmas individuais quanto do setor como um todo.

6. Política Industrial e Política de Defesa da Concorrência

Propor uma ação articulada entre a política industrial e de defesa da concorrência chega a ser uma heresia para os padrões tradicionais de concepção dessas políticas. Fox e Sullivan (1990) consideram os teóricos e defensores da política industrial como adversários da política antitruste, colocando-os no mesmo nível dos ultraliberais, que os autores responsabilizam pela tentativa de eutanásia da política norte-americana nos anos 80.

A convergência entre as duas modalidades de política é orientada pelo objetivo comum de estímulo à obtenção de vantagens competitivas dinâmicas, em mercados crescentemente integrados. As políticas antitruste têm como papel manter o vigor competitivo, quando esse vigor não é uma característica natural dos mercados. A política industrial tem como objetivo estimular a criação e desenvolvimento de instituições e organizações que garantam a provisão dos bens públicos e coletivos que interferem na competitividade privada.

Colocado nesses termos, esses dois conjuntos de instrumentos de ação encerram as forças de cooperação e conflito, ingredientes necessários para a busca incessante da inovação e da eficiência.

Em um ambiente de concorrência globalizada o Estado e as organizações de interesse privado continuam a representar soluções mais eficientes que o mercado para a provisão de bens públicos ou coletivos coadjuvantes na criação e manutenção das vantagens competitivas das firmas e dos sistemas.

A provisão eficiente de bens públicos ou coletivos afeta a competitividade privada de empresas individuais, constituindo o que Piore & Sabel (1983) denominam de infra-estrutura extrafirma e que compõem instituições setoriais na acepção de Best (1990).

"Um setor pode incluir uma variedade de práticas interfirmas e agências extrafirmas, tais como associações comerciais, programas de aprendizado, arranjos de comercialização conjunta, comissões regulamentadoras, estabelecimento de normas e padrões. Instituições setoriais podem influir na organização das firmas individuais e suas estratégias, assim como na competitividade coletiva do setor em relação a outros setores localizados em outras regiões. Desse ponto de vista, as firmas não apenas competem, mas podem cooperar para fornecer serviços comuns, para estabelecer as regras do jogo de mercado e estratégias de investimento." (Best, 1990:17)

Best, assim como Teece, admite até os chamados cartéis de estabilização como benéficos à competitividade setorial no longo prazo. *"Uma intensa competição local, via preços, pode reduzir a competitividade local, particularmente em indústrias com elevados custos fixos, ao limitar a capacidade do setor para investir em seu futuro; o resultado é uma menor capacidade de competir com setores rivais de outras regiões. Dessa perspectiva, o desenvolvimento do setor pode ser estimulado, restringindo a concorrência de preços durante períodos de excesso de oferta ou de investimentos substanciais, ou em indústrias caracterizadas por elevados custos fixos. As firmas podem cooperar em relação a preços a fim de competir mediante qualidade, inovação ou liderança tecnológica. A regulação do mercado é do interesse de todas as firmas, ao evitar ações racionais do ponto de vista privado que contrariam a racionalidade coletiva." (Best, 1990:18)*

Consultas de preços são consideradas por Teece como representativas de competitividade em setores oligopolizados. (Teece, 1993:27) Podem evitar guerras de preços que, no longo prazo, são prejudiciais do ponto de vista social.

Ao mesmo tempo, Best reconhece que a cooperação interfirmas pode prejudicar o desempenho econômico, conforme previsto pela visão convencional, e afirma que o desafio é estabelecer meios de cooperação que gerem benefícios comuns para as firmas envolvidas e para a economia local,

evitando os efeitos prejudiciais ao desempenho econômico. Existe uma permanente tensão entre a concorrência e a cooperação.

Best propõe duas condições para que o equilíbrio entre concorrência e cooperação se estabeleça. Primeiro, deve haver um propósito claro para a cooperação, o que significa desenvolver e implementar uma estratégia setorial que é construída a partir das estratégias das firmas individuais e, ao mesmo tempo, as influencia. Segundo, é necessário haver um meio de monitorar e obrigar as ações individuais de forma a contrabalançar a tendência ao comportamento *free rider*.

A criação de uma estratégia setorial pode emergir da ação privada e ser administrada por associações também privadas, ou pode ser orientada pela política industrial governamental.

Nesse contexto, a política industrial perde seu caráter de supressão da concorrência e concessão de subsídios e passa a ter uma dimensão estratégica de dar condições para o estabelecimento de redes interfirmas de informação e consulta, prover serviços coletivos e, principalmente, examinar os pré-requisitos para a competitividade sustentada e assegurar que as firmas possam responder rapidamente à medida que novos mercados emergjam.

Exemplos desse tipo de ação estratégica pode ser encontrado na provisão de laboratórios industriais ou de pesquisa para tecnologias básicas, sistemas de levantamento e acesso a informações sobre negócios, mercados e tecnologias, estabelecimento de normas e padrões que reduzem os custos de transação interfirmas.

As câmaras setoriais que reúnem toda uma cadeia produtiva podem funcionar como fóruns de participação estatal e privada, cujo objetivo é identificar as áreas de cooperação entre seus segmentos e oferecer instrumentos de negociação que ajudem na solução dos conflitos distributivos que naturalmente aparecem. Isto é, existem situações em que os benefícios de uma ação coordenada e cooperativa ao longo da cadeia produtiva são evidentes. No entanto, a distribuição dos benefícios gera motivo para a barganha, cujo custo pode inviabilizar a obtenção dos benefícios mencionados.

Na experiência brasileira do início dos anos 90, a constituição das **câmaras setoriais**¹⁴ elevou as associações de classe à posição de

¹⁴Câmaras setoriais estão calcadas no conceito de cadeia produtiva e muito se aproximam da concepção de setor pretendida por Best (1990). Essas câmaras são patrocinadas pelo governo federal brasileiro, embora já existam câmaras setoriais estaduais. Não surgem espontaneamente entre os agentes decisórios privados, mas pela determinação do Estado.

intermediários de uma política industrial visando ganhos de qualidade e produtividade nas diversas cadeias produtivas, dentre as quais as de alimentos e fibras. No entanto, os resultados mais notáveis alcançados nessas câmaras envolveram negociações sobre renúncia fiscal (indústria automotiva, e a redução de ICMS para o café) e acordos quanto a políticas de preços (indústria farmacêutica), o que está muito distante do que se entende por política industrial.

Nesse contexto, é compreensível que essas organizações fossem vistas como entidades responsáveis pela "cooptação" das agências governamentais para a manutenção dos interesses de seus associados, conforme a visão convencional da teoria da regulamentação. As associações foram, por muito tempo, tratadas pelos economistas do mundo desenvolvido como cartéis, e vistas com desconfiança pelas agências antitruste como causa de distorções na alocação de recursos da sociedade.

Com base em um estudo sobre a indústria automobilística brasileira, Salgado (1993) sustenta que a experiência corporatista brasileira de política industrial, consubstanciada na organização de câmaras setoriais, incentivou o processo de *rent-seeking*, promovendo a cartelização e a vocalização de interesses defensivos daquela indústria. Segundo a autora, a dimensão dinâmica da concorrência é individual. A decisão de investir e inovar são processos eminentemente individuais, em que cada empresa escolhe o seu caminho e o seu modo de trilhá-lo. (Salgado, 1993:316) Mesmo assim, reconhece que a política industrial é necessária, especialmente no tocante a setores intensivos em tecnologia. Em setores receptores de tecnologia a política de competição é a que deve prevalecer para estimular a inovação e a mudança.

Pode-se afirmar que o maior desafio de uma política industrial é encontrar o equilíbrio entre a cooperação e a concorrência. Uma forte política de defesa da concorrência¹⁵ pode se tornar um ingrediente fundamental para corrigir possíveis distorções da política industrial. Ao promover redes interfirmas, a política industrial pode, ao mesmo tempo, facilitar a supressão da concorrência de preços, cujas conseqüências (maléficas ou benéficas) não podem ser definidas no abstrato. Penrose (1959) salienta que a concorrência encerra o Bem e o Mal. A obtenção de vantagens competitivas duradouras depende de investimentos de longo prazo, estimulados pela busca do controle

¹⁵Utiliza-se, aqui, o termo política de defesa da concorrência ao invés do tradicional termo antitruste para dissociá-la da idéia de uma política contra grandes empresas que devem ser desmembradas. A Política de Defesa da Concorrência envolve ações no sentido de identificar e obstar esforços de dominação dos mercados desenvolvidos pelas grandes firmas, especialmente quando não existem fortes concorrentes.

de mercado. Por outro lado, o controle de mercado reduz o incentivo à inovação contínua.

A concorrência é a força que leva à adoção de configurações eficientes de mercado. A pressão para a cooperação interfirmas advém, em parte, da pressão competitiva que acompanha uma rápida mudança tecnológica. Essa pressão competitiva, por sua vez, decorre da rivalidade de firmas que disputam o mesmo mercado de produto. Cooperação, portanto, pode ser resultado da concorrência, um comportamento de base não cooperativa.

Essas observações contêm desdobramentos importantes para o comportamento do setor público, tanto no tocante à política industrial quanto antitruste. Primeiro, abre espaço para que a tensão natural que existe entre essas duas linhas de intervenção governamental encontre pontos de convergência.

Política industrial ativa e defesa da concorrência passam a constituir um conjunto articulado de ações cujo objetivo maior é estabelecer um ambiente favorável e indutor da busca permanente da competitividade. Segundo, mostra que a concepção dessas duas políticas tem que acompanhar as mudanças nos padrões de concorrência que seguem diferentes paradigmas produtivos.

7. CONCLUSÃO

A competitividade ganhou o centro das atenções devido à crescente integração dos mercados. Nesse contexto, a regulamentação dos negócios privados e as políticas de concorrência passam a ter um novo papel: promover a cooperação e, ao mesmo tempo, estimular a concorrência.

As proposições normativas para a regulamentação continuam a se basear na presença de falhas de mercado que podem levar a um nível de competitividade inferior quando comparado a uma solução cooperativa.

Mesmo os autores que têm se dedicado às teorias econômicas positivas da regulamentação, a exemplo de Streeck W. & Schmitter ou Traxler, baseiam suas análises normativas nas falhas de mercado. Quando o comportamento não cooperativo falha em orientar corretamente as decisões dos agentes individuais abre-se espaço para a ação de organizações de caráter coletivo, cujo objetivo é compatibilizar a racionalidade individual com a racionalidade coletiva.

No entanto, as políticas públicas não precisam ser necessariamente implementadas pelo Estado. Associações de interesse privado também podem

fazê-lo. Há, contudo, algumas situações para as quais a ação estatal é a solução de ineficiência irremediável.

A proposta do Estado fraco dos anos 70 vem sendo paulatinamente revista e reestruturada.¹⁶ No presente trabalho essa discussão se limita à intervenção setorial e não macroeconômica. Nesse contexto, a literatura de regulamentação pode contribuir para identificar as características de organizações facilitadoras de mudanças estruturais e que apóiem a melhoria da competitividade internacional de setores econômicos.

Referências Bibliográficas

Armentano, Dominick T. (1986). Antitrust Policy: the case for repeal. Cato Institute, 1986.

Best, Michael (1990). The New Competition: Institutions of Industrial Restructuring. Cambridge: Harvard University

Bork, Robert H. (1978). "Introduction: The Crisis in Antitrust". The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself. New York: Basic Books, Inc. Publishers.

Brock, J.W. & Adams,W., Antitrust Economics on Trial: a dialogue on the New Laissez-Faire. Princeton University Press, 1991.

Camp, R. (1989). Benchmarking: The Search for Industry Best Practice that Lead to Superior Performance.

Coase, R. H. (1960). "The Problem of Social Cost". The Firm, The Market and The Law, The University of Chicago Press, 1988, parte V, 157-187.

_____(1937). "The Nature of the Firm". Economica n. 4, november.

Dosi, Giovanni et alli (ed.) (1988). Technical Change and Economic Theory, Pinter Publishers.

¹⁶A revista *The Economist* escolheu como matéria de capa do número de outubro de 1995 o tema "The Myth of Powerless State" *The Economist* v.337, n.7935, October, 7th 1995. Na semana seguinte, a Revista *Veja* publicou entrevista com o sociólogo polonês Adam Przeworski na qual ele afirma que desde os anos 70 firmou-se um consenso de que o Estado que se criou na maioria dos países capitalistas era excessivamente grande, ineficiente, burocrático e isolado. Diante dessa constatação, a solução dada foi a redução máxima da intervenção do Estado na economia. No entanto, nos anos 90 passa-se a reconhecer que tem um papel a cumprir. (*Veja*, ano 28, n. 42, 18 de outubro de 1995).

Farina, Elizabeth M.M.Q. (1992). "O Papel da Defesa da Concorrência em Economias Desregulamentadas". Seminário Internacional de Desregulamentação, IPEA-Secretaria da Presidência da República, 3 a 5 de agosto.

_____. (1994). "Challenges To The Coordination Of The Brazilian Coffee Agribusiness". Agribusiness: An International Journal, v. 10, n. 6, p. 451-458.

Farina, E.M.M.Q. & Schembri, A. (1990). "Desregulamentação: a experiência norte-americana". Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 29, n. 2, p. 325-352, ago.

Farina E.M.M.Q. & Zylbersztajn, Decio (1994). Competitividade e Organização das Cadeias Agroindustriais. Costa Rica: IICA - Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura, 63p.

Fox, Eleanor & Sullivan, Lawrence (1991). "Retropective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going? In **First, H., Fox E.M. & Pitofsky, R. (eds.)** Revitalizing Antitrust in Its Second Century. New York: Quorum Books, p.2-35.

Hiroshi, Iyori (1986). "Antitrust and Industrial Policy in Japan: Competition and Cooperation". In **Saxonhouse, Gary R. & Yamamura, Kozo (eds.)**, Law and Trade Issues of the Japanese Economy: American and Japanese Perspectives. University of Washington Press and University of Tokyo Press.

Hirschman, Albert O. (1958). The Strategy of Economic Development. Yale University Press, 1975, 7ª ed., 217 p.

_____. (1984). A Economia Como Ciência Moral E Política. São Paulo: Brasiliense, 1986, 133 p.

Joskow, Paul L. (1995). "The New Institutional Economics: Alternative Approaches". In Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), v. 151, n.1, p. 248-259.

Knoeber, Charles (1983). "An Alternative Mechanism to Assure Contractual Reliability". Journal of Legal Studies, 12, p. 333-343, June.

Milgrom, Paul & Roberts, John (1992). Economics, Organization and Management. Prentice Hall International Editions, 1994, 621p.

North ,D., (1993) *Economic Performance Through Time*. Nobel Prize Lecture in Economic Science. Whashington University, St. Louis, December.

North, D.C. (1990). Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge University Press, 152 p.

Ordoover, J. & Willig, R.D. (1985). "Antitrust for High-Technology Industries: Assessing Reasearch Joint Ventures and Mergers". Journal of Law and Economics, May.

Peltzman, Sam (1989). "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation". In Brooking Papers on Economic Activity, número especial.

Penrose, Edith T. (1959). The Theory of The Growth of the Firm, Oxford University Press.

Piñeiro, M., Jaffé, W. & Muller, G. (1993). "Innovation, Competitiveness and Agro-industrial Development". San Jose: IICA (documento interno).

Piore, Michael & Sabel, Charles F. (1983). The Second Industrial Divide. New York: Basic Books.

Porter, Michael (1980). Competitive Strategy. New York: Free Press.

Porter, Michael (1990). "The Competitive Advantage of Nations". Harvard Business Review, p. 73-93, march-april.

Posner, R.A. (1975). "The Appropriate scope of regulation in the cable television industry". The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 3, n.1, p. 98-129'.

Ravenscraft D. & Scherer, F.M. (1987). Mergers, Sell-Offs and Economic Efficiency. Washington: Brookings, 1986.

Ruppelt, Hans-Jürgen (1991). "The Role of Competition Policy in Germany". Anais do Seminário Internacional sobre Práticas de Defesa da Concorrência, Brasília, junho.

Salgado, Lucia Helena (1993). "Política de Concorrência e Estratégias Empresariais: Um Estudo da Indústria Automobilística". Perspectivas da Economia Brasileira, v.1, Rio de Janeiro: IPEA, cap. 15.

Schelling, T. (1960). The Strategy of Contlict. Cambridge: Harvard University Press.

Scherer, F.M. (1989). "Does Antitrust Compromise Technological Efficiency? A conversation with F.M.Scherer". Eastern Economic Journal, v. XV, n.1, jan/mar.

Scherer, F.M. (1990). Industrial Market Structure and Economic Performance. USA: Houghton Mifflin Company, 2ª ed..

_____ (1991). "Antitrust and a Dynamic Economy". In **First, H., Fox, E.M. & Pitofsky, R. (eds.),** Revitalizing Antitrust in Its

Second Century: essays on legal, economic and political policy. EUA: Quorum Books.

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

Schumpeter, Joseph A. (1976). Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: ZAHAR Editores, 1984.

Sexton, R.J. (1986). "Cooperatives and the Forces Shaping the Agricultural Marketing, 68 - 5

Shapiro, C. & Willig, R.D. (1990)". "On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures". Journal of Economic Perspectives, v. 4, n. 3, p. 113-130, Summer.

Sharkey, William W. (1989). The Theory of Natural Monopoly. Cambridge University Press, 229p.

Stigler, G. (1955) , *Mergers and Preventive Antitrust Policy*. University of Pennsylvania Law Review, 104, 1955.

Streeck W. & Schmitter P.C. (1985). "Community, market, state - associations? The prospective contribution of interest governance to social order". In **Streeck, W. &**

Schmitter P.C. (eds.), Private Interest Government. Sage.

Streeck W. & Schmitter P.C. (eds.) (1985), Private Interest Government. Sage, 279p.

Streeter, D.H., Sonka, S.T. & Hudson, M.A.(1991). "Information, Technology, Coordination, and Competitiveness in the Food and Agribusiness Sector". American Journal of Agricultural Economics, p. 1465-1471, Dec.

Sutton, John (1992). Sunk Costs And Market Structure, The MIT Press, 577p.

Teece, D. (1993). "Information Sharing, Innovation and Antitrust". Discussion Paper August, Berkeley: University of California.

Tirole, J. (1988). The Theory Of Industrial Organization, The MIT Press.

Traxler, Franz & Unger, Brigitte (1994). "Governance, Economic Restructuring, and International Competitiveness", Journal of Economic Issues, v. XXVIII, n. 1, p. 1-23, March.

Williamson, Oliver E. (1979). "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations". The Journal of Law and Economics, v. XXII, p. 223-261, October.

_____(1985). The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting. New York: The Free Press, 449 p.

_____(1991). "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives". Administrative Science Quarterly, 36, p. 269-296.

_____(1993a). Transaction Cost Economics and Organization Theory. Berkeley: University of California, April, mimeo.

_____(1993b). Redistribution and Inefficiency: The Remediableness Standard. Berkeley: University of California, December, mimeo.

_____(1993c). "Transaction Cost Economics and Organization Theory". Journal of Industrial and Corporate Change, 2, p. 107-156.

Zylbersztajn, Decio (1993). Organization Challenges for Farmers Cooperatives. Trabalho apresentado no III Simpósio da International Agribusiness Management Association, São Francisco.

_____(1995). Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness: uma aplicação da Nova Economia das Instituições. Tese de Livre-Docência, Departamento de Administração, FEA/USP, 238 p.

DISTRIBUIÇÃO, CONCESSÃO, EXCLUSIVIDADE E RECUSA DE VENDA

MAURO GRINBERG

No Simpósio sobre “Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”, realizado pelo IBRAC em 07.10.93, apresentei comunicado sob o título “Contrato de Distribuição e Cláusula de Exclusividade.”

Naquela ocasião o tema foi analisado tendo em vista as consequências da exclusividade, no contrato de distribuição, face à recusa de venda que o produtor pode colocar perante um eventual comprador que não seja o seu distribuidor exclusivo na área geográfica delimitada.

Cumpra, agora, verificar como a questão pode ser encarada sob a Lei nr. 8.884, de 11.06.94.

Já se sabe que as infrações concorrenciais, de acordo com o artigo 20 da mencionada lei, são “limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” ou “exercer de forma abusiva posição dominante”.

O artigo 21 especifica as condutas que podem ser caracterizada como infrações contra a ordem econômica, “na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos.

O inciso XIII do artigo 21 aponta, como uma das práticas, a de “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.

O exame do tema não tem a intenção, aqui, de estabelecer as diferenças entre os contratos de distribuição e de concessão comercial, mesmo porque autores e intérpretes fazem muitas vezes confusão implícita ou explícita a esse respeito.

Na verdade, a diferença é sutil, pois, conforme JUAN M. FARINA, A distribuição se distingue da concessão comercial porque nesta há a obrigação de prestação de assistência técnica pelo concessionário aos adquirentes dos bens, o que não ocorre na distribuição (“Contratos Comerciales Modernos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, página 393).

Todavia, para efeito do presente comunicado tem-se que a cláusula de exclusividade e a conseqüente recusa de venda são aplicáveis tanto à distribuição quanto à concessão comercial, que tem muitos aspectos em comum.

Devo aqui, todavia, ficar com a cláusula de exclusividade e a recusa de venda, que pode ser por área geográfica ou por produto ambos.

Há, com os contratos de distribuição ou de concessão comercial, a formação de grupo empresarial, pois é exatamente essa a criação de uma rede de distribuição ou concessão: um produto é fabricado e passa através da rede de distribuição e só por essa rede, por canais exclusivos que não se misturam até chegar ao consumidor.

Os mais literais intérpretes do direito podem ver aí uma infração concorrencial, pois a formação de grupo econômico pode ser inibidora da concorrência; aliás, em sentido estrito, é o que realmente acontece

A formação desse grupo econômico ocorre exatamente através da exigência de exclusividade, implicando tal exigência, em seu externo, em que o fabricante só pode vender através da aludida rede que o distribuidor só pode comprar do fabricante.

É necessário que fique claro que a cláusula de exclusividade não constitui regra, mas sim característica especial dos contratos de distribuição ou concessão comercial, não existindo norma legal que a proíba por si mesma, com abstração do direito antitruste.

Desta forma, faz-se necessário analisar se a cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição e concessão comercial opera a aplicação do inciso XIII do artigo 21 da Lei nr. 8.884, em combinação com qualquer dos dispositivos do mesmo diploma.

Explica HERBERT HOVEMKAMP: “In most antitrust litigation involving refusals to deal the refusal itself is not the violation. Most antitrust complaints brought by victims of refusals to deal allege that the defendants were involved in illegal monopolization, tying, price fixing, resale price maintenance or vertical nonprice restraints, or an illegal merger. Other complaints of refusal to deal do not explicitly allege a secondary violation, but the complaint makes sense only on the premise that defendant was committing a secondary violation”(“Economics and Federal Antitrust Law”, West Publishing Co., St. Paulo, Minn., 1985, página 273).

Sempre que se examina uma questão de defesa da concorrência, a primeira visão deve ser sobre o mercado relevante; isto significa que é preciso antes de mais nada ter presente qual a concorrência que se ver defendida.

Assim, se o produto A passa por uma rede de distribuição - por canais exclusivos - até chegar ao consumidor final, e se o produto B, sem concorrente, também passa por sua rede de distribuição - igualmente por canais exclusivos - , tem-se que o mercado relevante é aquele em que

concorrem os produtos A e B e não aquele em que concorrem os vários distribuidores.

Entra-se aqui no aspecto mais delicado da questão: o produtor, que está obrigado, por uma cláusula de exclusividade, a vender seus produtos apenas através de seus canais de distribuição, e que tem uma venda solicitada por um potencial comprador que se recusa a adquirir os produtos do distribuidor ou concessionário que tem exclusividade das vendas para uma determinada região ou para um determinado produto, pode recusar a venda a esse potencial comprador?

Tal pergunta já acha respondida acima, onde se diz que concorrentes são os produtos e as marcas e não os distribuidores e concessionários; portanto, a cláusula de exclusividade, não representando em si mesmo uma infração concorrencial, pode ser aplicada.

Nos Estados Unidos, Suprema Corte, no julgamento “U.S. v. Colgate Co.”, em 1919, reiterado no julgamento do caso *Reeves Inc. v. Stake*, em 1980, estabeleceu a chamada “doutrina Colgate”, seguindo a qual existir o propósito de criar ou manter monopólio, o empresário particular pode livremente exercer sua decisão própria e independente a respeito das pessoas com quem ele quer negociar.

HERBERT HOVEMKAMP fornece um exemplo curioso a respeito da aplicação da “doutrina Colgate”: “If a monopoly manufacturer sells to 50 retailers, and then arbitrarily cuts one of them off, the retail market will remain competitive. There is no plausible way that such a refusal can result in low output or higher prices. Absent any showing that the refusal will create a second monopoly, the argument that the refusal is anticompetitive is weak” (obra citada, página 291).

Como está visto acima, a recusa de venda decorrente da cláusula de exclusividade em contrato de distribuição ou concessão comercial é legítima e não constitui, por si mesma, infração contra a ordem econômica, sobretudo porque não pode ser adequada em nenhum dos incisos do artigo 20 da Lei nr. 8.884, de 11.06.94.

Comunicado apresentado ao **SEMINÁRIO DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL.**

SEMINAR, ON THE LAWS OF FAIR TRADING

Guarujá, State of Sao Paulo, 4-6 May 1995

THE BRITISH EXPERIENCE REGARDING THE DEFENCE OF COMPETITION

Martin Howe, Office of Fair Trading, London

It is an honour to be invited to this Seminar to share with you some of our experience in the United Kingdom in the field of competition policy. That experience, which now extends over nearly 50 years, has been forged in a well developed market economy. I am very conscious that your own situation here in Brazil is very different as are your laws, institutions and traditions. Nevertheless I see that there is a growing conviction here that enterprise flourishes best when business is subject to the disciplines of competitive market forces rather than to the control and regulation of the state. The United Kingdom has led the way in recent years in the privatisation of state owned enterprises beginning with airlines and telecommunications and later extending to all the public utilities, gas, water and electricity, and to most of public transport. Few of these could have been described as a reasonably competitive industry. In many the privatised enterprises had a dominant position - even a natural monopoly in some instances - and part of the privatisation process was to construct a special regulatory regime for several of the industries over and above the general competition law.

However, most of my remarks will be about the application of that general law, in which the Office of Fair Trading has a pivotal rôle. I have organised my observations on our experience under three headings, cartels, dominant firms and oligopolies, and merger control. In all these areas there is currently debate in the United Kingdom about the case for reform of the law and I will touch upon some of these arguments in the hope that they may be of interest here. I shall have to provide some description of what is in fact a rather complex system of law and administration but I will not attempt in this paper to draw comparisons at each stage with the Brazilian law.

Cartels

The first requirement in any competition law is an effective law on cartels, that is agreements to fix prices or to share markets. Other than in the most exceptional circumstances, cartels can have no redeeming features. They

invariably reduce efficiency in the cartelised industry and slow the pace of innovation. They raise prices to customers. That is obvious enough. But it is often said that cartels contain the seeds of their own destruction because of the tensions and compromises involved in reaching agreement, and the temptations then to cheat by shading the cartel price in some way. There is some truth in this, but that is not to say that a law against cartels is unnecessary. Cartels are damaging whenever they last; and in some circumstances they can persist for a long time if not detected by the authorities.

As an example, ready-mixed concrete is a sector in which cartels have been uncovered in many countries including the United Kingdom. The reasons are not hard to fathom. One supplier's concrete will be identical with another's, and customers will want to buy at the lowest price, on large projects by competitive tender. Because the product can only be transported a short distance, it is easy for the suppliers to identify all the likely bidders for a particular contract. The way is then open for them to organise which one of their number will submit the bid that will win each tender. Bid rigging may not always be so easy to organise, but it is a threat to competitive tendering for many materials and services where the market is essentially local.

A potentially potent threat to any cartel may be the expansion of international trade and the increasing impact on the domestic market of international competition. It may be difficult to induce foreign suppliers, where they can be identified, to join 'the club' and, in elevating the price, the cartel will make the market that much more attractive to imports. One of the benefits of the lowering of barriers to trade and improved market access is the promotion of more competitive domestic markets. And that can in turn be beneficial to a country's prospects. Our experience in Britain in the post-war period is that the protection of domestic industries from competition will be damaging not just to consumers but, in the long run, to the international competitiveness of the industry.

Experience shows that it is possible, however, to organise cartels on an international basis. Such recent European Commission cartel cases as cement and cartonboard illustrate this. The cartonboard cartel involved no fewer than 19 firms from 10 different countries. This illustrates the strong temptation for businessmen to substitute cooperation for competition even across national boundaries. It should be a priority of competition authorities to stop the collusive forms of cooperation, while permitting those arrangements which could be beneficial, for example agreements to cooperate in R&D or to establish technical standards.

Unfortunately the United Kingdom law relating to cartels (the Restrictive Trade Practices Act 1976) is weak. The law requires details of restrictive agreements to be notified to the Office of Fair Trading (OFT) for inclusion in a public register. If the restrictions in an agreement are insignificant the OFT can permit the agreement to proceed. If the effects of the restrictions on competition are significant (as those of a cartel surely would be) then it is the duty of the Director General of Fair Trading (DGFT) to refer the agreement to the Restrictive Practices Court (a branch of the High Court). The law presumes that the restrictions are against the public interest but the parties may endeavour to convince the Court to the contrary. Should they fail, the restrictions will be struck down and a Court Order made (or undertaking from the parties sought) prohibiting the parties from operating the agreement.

There is no penalty for failing to notify the OFT of an agreement and no financial penalty can be imposed by the Court should restrictions be found to be contrary to the public interest. Moreover the OFT has severely limited powers with which to follow up suspicions - invariably based on information from a 'whistleblower' - of a secret cartel.

The Government has proposed to reform the law on restrictive agreements, basically to model United Kingdom law on Article 85 of the Treaty of Rome.¹⁷ Anti-competitive agreements would then be prohibited and parties to them would become liable to fines unless the agreement would lead to economic benefits, in which consumers would share, sufficient to justify an exemption from the prohibition. As part of the proposals, the OFT would be given powers to require information and to enter premises to examine books and business records, take copies of documents and question staff: While the exercise of such powers by the European Commission in the United Kingdom has engendered some controversy (illustrated by the epithet 'dawn raids' to describe use of the powers) there can be no doubt that the powers are necessary to combat secret cartels. In the cartonboard case (where fines of ECU. 132.15 m were imposed) the European Commission described how parties met in Swiss hotels to agree price increases and concealed their activities by drawing up bogus minutes of their meetings and making virtually no written notes. Without the power to make unannounced 'raids', an authority's effectiveness in dealing with secret cartels is diminished.¹⁸

¹⁷ The proposals are contained in Department of Trade and Industry, Opening Markets: a New Policy on Restrictive Trade Practices, Cm, 727,1989.

¹⁸ In the United States price fixing cartels are likely to be treated as criminal conspiracies when the powers appropriate to criminal law enforcement become

Dominance and Oligopoly

A more interesting area of competition law is perhaps that dealing with dominant firms and oligopolies. While cartels can be said to be invariably harmful, the same cannot be said about concentrated markets. With some technologies, economies of scale can mean that a market has to be concentrated in few hands if production and distribution is to be organised in the most efficient way. Or firms may achieve a large share of their market by the excellence of their products or the service they offer. It is of course in no way the purpose of competition policy to prevent the exploitation of economies of scale or to penalise firms for their success in the market place. But it is a purpose to ensure that business success is not obtained through the frustration of competition or used as a platform for the exploitation of consumers. The market power likely to be enjoyed in a concentrated market can be misused either to exclude or restrict competition from any rivals or to prevent or restrict new entry into the market. It is one of the challenges of competition policy to distinguish legitimate competitive conduct from conduct that is anti-competitive in purpose or effect, and to decide whether the prices charged by firms with large market shares should be a matter of concern to the authorities.

In fact the United Kingdom has a very wide-ranging law for dealing with these issues. The main provisions are contained in the Fair Trading Act 1973 (the statute that created the post of Director General of Fair Trading and established his Office) and, as far as I know, they are unlike the laws of any other country. The Fair Trading Act provides for the investigation of what are called monopoly situations. These are of two types. A 'simple' monopoly situation exists if 25 per cent or more of the supply of a good or service in the United Kingdom or a part of it is accounted for by one person or business, a 'complex' monopoly situation if 25 per cent or more is accounted for by two or more persons or businesses whose conduct has the effect of preventing, restricting or distorting competition. It should be stressed that the 25 per cent is a jurisdictional threshold and is not intended to be a definition of market dominance.

Investigations are conducted by the Monopolies and Mergers Commission (MMC). This is an independent, statutory body, with a full time

available to the competition authorities (the Department of Justice Anti Trust Division)

chairman and up to 50 part time members. It is a tribunal not a court. It acts as its own fact finder (it has a staff of around 100 officials) and its proceedings are inquisitorial not adversarial. The MMC must decide whether any facts arising from the monopoly situation it has investigated operate or may be expected to operate against the public interest. If it so finds, it may make recommendations as to the appropriate remedial action. The 'public interest' is not defined in the law but is to be interpreted by the MMC in the particular case.

The MMC makes its report on its investigation to the Secretary of State for Trade & Industry (who has overall Ministerial responsibility for competition policy) and it is for him to decide what action if any to take on the MMC's report. There is no right of appeal against the Secretary of State's decision. He has wide order making powers with which to seek a remedy though usually undertakings are sought from the parties, undertakings that are enforceable in the courts.

Investigations can be initiated by the Secretary of State but as a matter of practice this is a function of the Director General of Fair Trading (DGFT). He is an independent officer of the Crown backed by a staff of about 140 officials on the competition policy side of the OFT (it also has consumer protection responsibilities). The DGFT is charged with keeping commercial activities under review to identify situations which may call for reference to the MMC. The mere existence of a monopoly situation will not be sufficient however; whatever the position in law, it has become established practice that the DGFT needs to have *prima facie* evidence that a market is not working effectively before he will intervene.

It will be obvious that the scope of this law is wide and that it affords the DGFT a wide measure of discretion in dealing with situations of market power. Over the years a variety of market structures and practices in most sectors of the economy have been investigated by the MMC. And once a reference has been made, the MMC can enquire into all aspects of a firm's policies and make whatever recommendation it thinks fit.¹⁹

Two recent cases will illustrate the scope of MMC enquiries and recommendations. The investigation of contact lens solutions²⁰ focused on Allergan and CIBA Vision which had 38 per cent and 34 per cent of the

³ Strictly it should be said that the MMC's terms of reference can be limited by the DGFT, though that is rarely done, and that there is an alternative procedure to a monopoly reference whereby the DGFT can require the MMC to investigate a specified 'course of course' which he believes to be anti-competitive (this under the Competition Act, 1980).

²⁰ Monopolies and Mergers Commission, Contact lens solutions, Cm.2242, 1993.

United Kingdom market respectively : three other suppliers had shares in the 6 - 9 per cent range. Allergan was clearly the market leader : it had the stronger product range and was better represented in the major retailers. It was also a far more profitable company with an average return on capital employed 1988-92 of 102 per cent, far above the average for manufacturing industry generally or for pharmaceutical companies. Allergan argued that its high profits were the reward for its success in developing and marketing good products in a risky industry leading to a virtuous circle of economies of scale and falling costs. The MMC did not accept that these factors justified such high returns which it believed were only possible because competition both between the suppliers and at retail level was not as vigorous as it might be. The MMC concluded that Allergan's pricing policy operated against the public interest.

The MMC also concluded however that the regulatory regime for contact lens solutions inhibited competition; companies wishing to supply contact lens solutions have to obtain a product licence from the Department of Health, and contact lens solutions may only be sold by qualified opticians and pharmacists (Boots had 31 per cent of retail sales). The MMC recommended relaxation of the regulatory agreements to encourage more competition at both levels, but that if this proved ineffective price control should be considered.

Invariably on any reference the MMC examines and comments on the profitability of a monopolist : it always looks for evidence that market power has been exploited. One commentator has christened this 'the English disease' adding 'only in the UK have we operated a system which has been as intent on smelling out excessive prices and profitability as the Spanish inquisition smelt out heresy'²¹. Yet the assessment of the level of prices and profits is a step on the way to the assessment of the effectiveness of competition and to the judgement on whether there are any adverse effects of the monopoly situation upon the public interest. In taking these steps the MMC will have regard to entry conditions in the market and the potential for competition stimulated by the high profits. Where it concludes that entry is unlikely, there is every reason why the MMC should concern itself with the level of prices and profits and, if competition cannot be created, recommend price control. Competition is superior to regulation, but if competition cannot work, or be made to work by the encouragement of new entrants, regulation may be the only answer. Of course, regulation can generate its own inefficiencies and distortions; this means that the choice of regulatory

²¹ J Lever, Developments in UK Law, in B Hawk (ed.), Annual Proceedings of the International Anti Trust Law and Policy Conference, Fordham Corporate Law Institute, 1992, New York, p.36.

technique is important and in this regard there is increasing experience in the United Kingdom, especially in the field of utility regulation, of the use of price cap formulae - a technique designed to preserve the incentives to improve efficiency while holding the rate of increase of prices in check. Price increases are limited to a fixed number of percentage points below the rate of inflation but if a firm is able to reduce its costs, it can increase its profits - at least until the formula is revised.²²

There is no doubt that the administrative system operating in the UK is better suited to the assessment of prices and profits and to reaching judgements on whether they are 'excessive' than a judicial system. Courts may be reluctant to condemn if the criteria by which a company's profits are to be assessed cannot be set out in the law.

The comparison should be with the profitability that would prevail were there effective competition in the market, i. e. the 'as if competition test', as the Germans put it. The assessment would have to take account of relative riskiness and efficiency levels. Imperfect data will be available for such assessments and the evidence required by a court to establish that a level of prices was unlawful seems, from the experience of other systems, to be of a higher order than that on which the MMC are prepared to reach a judgement. Not that the judgement is ever easy; but the scope for investigating the exploitation of market power by charging prices higher than would be likely in a competitive market, or indeed discriminatory prices, is undoubtedly a distinctive and arguably advantageous feature of the United Kingdom system.

Another interesting recent report concerns video games.²³ In this case the MMC reached adverse conclusions on a number of practices of Nintendo and Sega, who effectively share the United Kingdom market. One was discriminatory pricing of software and hardware (with higher margins on software than hardware) which the MMC concluded raised the total cost of games play to consumers and inhibited entry possibilities for new systems. These pricing policies were linked to the control by Nintendo and Sega of third party publishers of software for video games through a number of restrictions they imposed in their licensing agreements, the most severe of which was a requirement that the cartridges for all Nintendo licensees and all except Sega's larger licensees have to be manufactured under the control of the licensor and bought from them.

²² In the case of regulated water companies, the formula limits price increases to the rate of inflation plus a fixed number of percentage points. This recognises the substantial investment needs of the water industry.

²³ Monopolies and Mergers Commission, Video Games, Cm.2781,1995.

The MMC concluded that these restrictions allow the two companies to control the release of other publishers' software and to limit the choice of games available to consumers and that they were against the public interest. The MMC also noted that both companies incorporated technical features in their products, some of which introduced territorial segmentation, which make it difficult to produce software on their machines independently and without infringing the companies' intellectual property rights. Although the MMC recognised that Nintendo and Sega are entitled to protect their intellectual property rights and to be adequately remunerated for their innovations, it considered that the charges levied on third party software publishers for the supply of cartridges were excessive. By setting excessive prices for cartridges supplied to independent publishers, the MMC found that both companies were able to charge higher prices for their own software than would otherwise be the case.

The MMC concluded that both companies had developed entrenched positions on the basis of their intellectual property rights and associated know-how, and its recommendations focused on the licensing arrangements of the two companies. It recommended that the licensing restrictions on third party publishers should be removed, and in particular the requirement that the licensor arrange or control the manufacture of cartridges, though it mentioned that enforcement against the Japanese licensors could raise jurisdictional problems (as well as difficulties under domestic copyright law).

This case is one of several recently where the issues have concerned intellectual property rights, either restrictive terms in licences as in video games or refusals to license. Obviously it is inherent in the concept of an intellectual property right that the owner is under no obligation to licence it to others but cases have been brought where the DGFT has taken the view that the refusal is arbitrary (for example where licences were granted for a long period and then refused) or where refusal was thought to have detrimental effects on the development of competition in a related or downstream market (for example the market for spare parts or for maintaining and servicing equipment). On the whole however the MMC has been reluctant to interfere with the way firms use their intellectual property, recognising its rôle in encouraging innovative and creative activity. It has only done so on good evidence that the intellectual property bestows not merely an exclusive right but also a degree of market power that has been exploited to an unacceptable extent notwithstanding the exclusivity inherent in ownership of the right :

obviously this calls for a rare judgement which, if it has to be made, might be better reached by a tribunal like the MMC than by a court of law.²⁴

It was always intended that this part of United Kingdom law could usefully be used for the investigation of oligopolistic markets, markets comprising or dominated by a few firms with similar market shares. Such market structures are quite a feature of a developed economy like the United Kingdom. The characteristic of an oligopoly is that no one firm can make a competitive move without taking into account the likely reaction of its rivals. The nature and degree of competition in oligopolistic markets then depends upon the strategies that are adopted in face of this interdependence. Inevitably there is a tension between cooperative and competitive forms of behaviour.

In a so-called 'tight' oligopoly where the few firms produce a homogeneous product in a stable and transparent market, the mutual recognition of the interdependence of their actions is likely to lead to highly coordinated price behaviour : prices will tend to move in parallel and not only that, to tend to the level that would prevail if the market was fully monopolised. Since prices change as if by agreement the parallelism is often called 'tacit collusion'. But in this extreme form, parallelism can be described as collusive behaviour only in the sense that it reflects an understanding by each of the firms of what is the rational and self interested response to the interdependence of their actions that derives from the structure of the market. Looser forms of oligopoly may permit more competitive pricing and in any oligopolistic market there can be competition in advertising and promotion (since it will be more difficult for rivals to match advertising and promotional activity than to match a price cut) and in the search for, and introduction of new techniques and products (which even more obviously, can, if successful, serve to steal a march over rivals).²⁵

But it is parallel pricing that tends to engage the interest of competition authorities since it will always be suggestive of a cartel even though the courts in most countries have ruled that an unlawful agreement cannot be inferred from parallel pricing alone : there must be evidence of some positive contact or communication between the parties.

Over the years there have been a number of investigations of oligopolistic markets by the MMC where the focus has been on parallel pricing. In a number of these cases the MMC has ultimately accepted the

²⁴ Agreements for the licensing of intellectual property fall outside the Restrictive Trade Practices Act.

²⁵ The relative benefits to consumers of these different forms of competition is an interesting question not addressed here.

industry's arguments that any parallelism was the result of competition operating in concentrated markets where products were standardised and costs and cost structures were similar. Firms could not be criticised for responding rationally to the actions, or anticipated actions, of their competitors.

But in some cases the MMC have been more critical. In white salt for example²⁶, a duopoly protected by high entry barriers, after an extensive analysis of price changes, with each company notifying the other of its price changes in advance but with one of them, ICI, invariably taking the lead, the MMC observed :

‘In a market such as salt in which firms are producing broadly standardised products, we would expect prices to be similar. However, depending on the particular circumstances, this similarity of prices may reflect active price competition or the lack of it. In the case of white salt we conclude it is the latter. White salt is an industry with a long history of arrangements which have had the effect of restricting price competition. From the 1930s until 1959 the industry operated under the umbrella of a common price agreement. From 1959 to 1980 the major producers operated similar aggregate rebate schemes. With this history, parallel pricing without any formal agreement was more likely to be achieved than in an industry without such a history. The most striking feature of the pricing behaviour of the two producers over the last 10 years is the absence of a single instance of one company failing to follow the lead of the other in setting list prices’.

While the companies denied ‘collusion or collaboration of any kind’, the MMC added:

‘The evidence shows that price notifications are so interwoven that the price follower knows in advance what the price leader's increase will be, and before the leader actually implements his price increase he knows that his lead is being followed’.²⁷

²⁶ Monopolies and Mergers Commission, White salt, Cm.9778, 1986.

²⁷ This is a clear example of the concept developed in the United States of the ‘facilitating device’ - practices which make it easier for oligopolists to coordinate their behaviour without an explicit agreement.

Despite some competition in discounts, the MMC concluded that price competition had been severely restrained with effects adverse to the public interest. The high profits of British Salt, the more efficient of the duopolists, were central to this conclusion and the MMC's recommendation was that the future prices of that company should be regulated. This recommendation was accepted by the Secretary of State and white salt prices continue to be regulated by the OFT.

As well as the investigation of horizontal conduct in oligopolistic markets of various forms, the MMC has also investigated industry-wide vertical restraints in a number of oligopolistic industries. Examples include selective distribution systems in motor cars and newspapers and exclusive distribution and purchasing arrangements in petrol and beer.²⁸ In all these cases, the DGFT had been concerned that the vertical restraints created significant entry barriers and were likely to frustrate the development of more efficient or new forms of retailing. But the outcome of the MMC's investigations was mixed.²⁹ In petrol it found nothing against the public interest in the restrictions imposed by oil companies over their retail outlets, whether owned by the company or independent, whereas in beer the MMC was highly critical of the tied house system and its recommendations have led to a substantial reorganisation of the brewing industry and the 'pubs' trade. The brewing industry was however considerably more concentrated than the petrol industry.

In newspapers, the MMC found the refusal of wholesalers to supply retailers solely on the ground that a locality was already adequately served to be against the public interest, and the Secretary of State's response to the report was to require a major liberalisation of the conditions on which newspapers are supplied to retailers. Again in contrast, in motor cars the MMC concluded that the selective and exclusive distribution system through franchised dealers was generally beneficial to consumers although some modifications were recommended: dealers to be free to advertise outside their territories, dealers to be free to hold dealerships from different manufacturers in different territories and from different manufacturers in the same territory but only in distinct premises a reasonable distance apart. Not even these

²⁸ All but the newspaper distribution case raised important questions about the interface between UK and EC law because of exemptions granted by the European Commission under Article 85(3) for most of the vertical restrictions that were of concern to the UK authorities.

²⁹ Monopolies and Mergers Commission, Beer, Cm.651,1989; Petrol, Cm.972,1990; Motor cars, Cm.1808, 1992; Newspapers, Cm.2422, 1993.

recommendations were implemented and the prospect of showrooms with cars from different manufacturers side by side is now a distant prospect.

The DGFT's policy continues to be to look critically at vertical restraints when imposed (or accepted) by a firm with any degree of market power or when adopted (or demanded) by a significant number of firms in an industry. His concern is invariably the possibility that restrictions on intra-brand competition will hold back efficiency and innovation in retailing and diminish consumer choice, particularly with the enormous changes in prospect in the way goods and services are sold with the growth of electronic information systems provided by satellite and cable television and other means.

Concerns of this sort lay behind the investigation announced last week into the distribution policies of suppliers of no fewer than eight types of domestic electrical goods.³⁰ The OFT had had complaints from retailers of threats not to supply them and of other sanctions if the retailer did not charge the price recommended by the manufacturer or relate his price in a specified fashion to that price. Certain manufacturers had refused to supply retailers whose policy was known to be to undercut manufacturers' recommended prices (so-called 'discount stores') perhaps under pressure from established retailers. Overt resale price maintenance is prohibited in the United Kingdom. While the policies at issue here fall short of overt resale price maintenance they appeared to have much the same effect. The manufacturers' arguments are that selective distribution enables them to ensure that retailers can provide necessary pre-sales services such as technical advice and demonstration facilities because without the restrictions the consumer would get the help he needed from the one store and then make his purchase at a lower price at another 'no-frills' store (that is, the restrictions are necessary because of the 'free-rider' problem). They also argue that there is strong competition at the manufacturing and retail levels evidenced by the number of suppliers and brands. Retailers can handle as many brands as they like : there is no exclusive dealing. Nevertheless, it appears to the OFT that there is some restriction of retail price competition and it will be for the MMG to weigh all the effects of the practices and reach a conclusion on where the public interest lies - in line with the rule of reason approach widely advocated for the assessment of vertical restraints.

This rather discursive comment on some of the issues that have been addressed under the United Kingdom law on dominance and oligopolies will,

³⁰ These are televisions, video cassette recorders, hi-fi systems, camcorders, washing-machines, tumble-driers, dishwashers and refrigerators

I hope, have underlined a fundamental feature of the law, its wide scope (reflected in the low market share thresholds) and the wide discretion it gives to the DGFT as to how he will apply the law.

That discretion is extended by the opportunity to resolve cases without a reference to the MMC by an undertaking from the parties to the DGFT (or if more appropriate to the Secretary of State) that they will modify their behaviour to deal with the matters that were of concern.

A recent example is undertakings given by BSkyB relating to the terms on which BSkyB, dominant in the broadcasting of television programmes by satellite in the United Kingdom, will supply programmes to operators of cable television services for onward transmission to viewers; the undertakings restrain BSkyB from adopting policies the purpose or effect of which would be to require cable companies to procure the whole range of BSkyB owned channels rather than to select them on an à la carte basis. The DGFT's concern was that BSkyB's 'bundling' of its programmes (only possible because of its dominant position) could inhibit the growth of, and competition from, cable television operators in the United Kingdom.³¹

Business has misgivings about the law because of the uncertainties about *the practices and policies that might fall under the scrutiny of the DGFT and, if he makes a reference to the MMC, about the conclusions the MMC (and ultimately the Secretary of State) will come to. 'Each case is judged on its merits' is the reality, not a catch phrase but it does mean that business has less guidance on how to comply with the law and the policy with which the law is applied than it would like.*

While the flexibility of the system is, by contrast, one of its attractions to the authorities, there is some disadvantage from their point of view in the United Kingdom type of law. The main one is that its deterrent effect is very limited : and the greater the deterrence of anti-competitive conduct the more cost effective is any competition law. Action can only be taken at the end of the investigation process and any remedies that may be imposed will apply only to the particular case. And whatever the findings, there can be no question of penalties or opportunities for private actions for damages. This contrasts to the position under European Community law. Article 86 of the Treaty of Rome prohibits any conduct that amounts to an abuse of a dominant position³² and, in appropriate cases, sizeable fines can be imposed for conduct found to be unlawful as well as the sorts of remedy

³¹Who also provide competitive local telephone services to BT, the dominant telecoms supplier.

³² So long as there is an effect on inter-State trade.

available under United Kingdom law. For example, last month the European Court upheld a fine of Ecu. 3.15 m. imposed on BPB Industries, the dominant UK supplier of plasterboard for its practice of offering builders' merchants a 'fidelity rebate' if they agreed to deal exclusively with BPB.

Recently the Government reviewed the question whether the United Kingdom should adopt a law similar to Article 86³³ but decided to retain the present system. The issue is again on the political agenda as a result of an enquiry being conducted by the Trade and Industry Committee of the House of Commons.³⁴ In his evidence to the Committee, the DGFT has argued that the law should prohibit not only cartels but also other forms of anti-competitive conduct and behaviour that could generally be held to be abusive when practised by a dominant firm. Predatory conduct, that is the deliberate acceptance of losses with the aim of eliminating or preventing competition in the expectation of supra-normal profits in the longer term, is an example. This could be dealt with more satisfactorily under a prohibition than under the present administrative system.

Although it is generally held that predatory conduct is unlikely to be encountered very often because of the demanding circumstances for predation to be rational commercial behaviour, the OFT has had to deal with many allegations of predation in the bus sector since it was deregulated in 1986. Except for controls over the safety of vehicles and the competence of drivers, there is virtual free entry into the market for local bus services. New entrants tend to be small and to 'cherry pick' among the more profitable routes in the incumbent operator's network. Not surprisingly the incumbent will often respond aggressively and not surprisingly the entrant will often claim that the response was predatory. Investigation of the complaint can take several months (sometimes the target will have gone out of business in the meantime) and if the conduct is finally held to have been predatory and against the public interest the likeliest remedy is some undertaking as to the operator's future conduct on the routes involved. It is difficult to believe that this sort of outcome will do much to deter a powerful incumbent from a similar response to a subsequent new entrant on other routes. A reputation for strategic and aggressive responses to new entry can readily amount to a most effective entry barrier. Fines are much more likely to deter predatory conduct.

The main objection to a prohibition-type law has been the difficulty of defining the conduct that is to be unlawful, and that may attract fines. Laws

³³ Department of Trade and Industry, Abuse of Market Power, Cm.2100,1992.

³⁴ The Committee is expected to report in mid-May. Meanwhile an independent critique has just been published: National Consumer Council, Competition and Consumers.

which attempt comprehensive definitions of abusive conduct of several types such as the Canadian Competition Act are said to be inflexible (and to provide untold opportunities for legal argument) while those which offer only a few purely illustrative examples such as Article 86 of the Treaty of Rome are said to be too vague. No doubt it is case law arising from the decisions of the authorities and judgements of the courts that provides the guideposts for the business community.

Anyway any prospect of the United Kingdom substituting a prohibition system for the present approach to the control of dominance and oligopolies is a distant one

Whatever the law and enforcement system, policy towards dominant and oligopolistic firms should, as far as possible, be to encourage additional competition usually through new entrants into the market. Market dominance is often sustained by anti-competitive practices and these need to be struck down in the interest of increasing competition. Sometimes the competition will take the form of imports, but competition authorities should take no different view whether it is domestic or overseas companies that find more opportunity in the market.

It may be necessary for the authorities to take positive steps to facilitate entry by requiring a dominant firm to grant access to an essential facility to its competitors. Telecommunications networks and gas pipelines are good examples of essential facilities. It has been an overriding objective of the Office of Telecommunications (Of tel), the industry regulator, to promote competition to BT, the dominant operator, primarily by establishing fair conditions of connection to BT's networks. Similarly in gas, conditions on which competitors have access to British Gas's pipelines for the transportation of their gas have been laid down by the Office of Gas Supplies (Of gas), the industry regulator. That there are now some 60 licensed competing operators of telecommunication services and that competitors to British Gas are eroding its dominant share of the industrial sector of the gas market is some testimony to the success of these policies, though technological change and widening market opportunities have contributed substantially in both cases and there is a long way to go before effective and sustainable competition makes regulation of these industries unnecessary (let alone of the natural monopolies such as water supply).

Merger Control

Merger control is a vital part of competition policy because it is never easy to control the exercise of market power once it has been acquired.

Yet mergers and acquisitions are part of the competitive process itself, one of the means by which resources in one sector of the economy move to another, one of the ways by which inefficient management is replaced by more efficient management. The merger process is facilitated in the United Kingdom by our well-developed capital market and financial institutions.

The rationale of merger control is, of course, that there are some circumstances where a merger may be thought to have detrimental effects from a public interest point of view whatever the benefits to the stakeholders in the companies, ultimately the shareholders. The obvious circumstance is where lasting market power is created by the merger. The objective of merger control is to identify, and if necessary stop, those mergers which give rise to a conflict between the private interests of the parties and the wider public interest, in particular the interests of consumers, and to put the minimum of difficulties in the way of all other mergers. In other words, the purpose is to ensure, as far as possible, that mergers do contribute to the competitive process and to the efficient allocation of resources.

The United Kingdom system of merger control was established in 1965. It is also an administrative system. The Secretary of State, advised by the DGFT, may refer to the MMC any merger, acquisition or partial acquisition which involves the acquisition of assets above a certain size (currently £70 million or more) or creates or enhances a market share of 25 per cent or more (i.e. a 'monopoly situation' as defined in the Fair Trading Act).³⁵

In recent years OFT has scrutinised about 200 mergers a year which qualify for reference but only about 4 per cent, on average, have been sent to the MMC.

If a reference is made, it is for the MMC to investigate the merger and to report whether or not it operates or is likely to operate against the public interest. The test is the same as is to be applied in investigations into dominance or oligopolies. The Secretary of State has considerable statutory powers to remedy any adverse effects that are identified by the MMC, including the power to prohibit a merger, to allow a merger only on certain conditions or in the case of a completed merger, to require a divestment. He is not obliged to accept the findings of the MMC although he cannot take any action against a merger which the MMC has concluded would not operate against the public interest.

³⁵ If a merger meeting these criteria also has a 'Community dimension' under the European Communities merger control regulation then it falls within the jurisdiction of the European Commission rather than the national authorities.

Recently the Secretary of State's powers have been increased to enable him to accept enforceable undertakings from the parties as an alternative to making a reference to the MMC. The undertakings will usually be for one or other party to divest itself of certain assets but behavioural undertakings may also be given and accepted. This 'fix it first' approach is seen by the Government as reducing the burden on industry of merger control. In the last three years 11 cases have been settled this way but it remains to be seen how useful a power it will prove to be - both to business and to the authorities.

It is a duty of the DGFT under the Fair Trading Act to keep himself informed about merger activities which may qualify for investigation by the MMC but there is no obligation to notify mergers to the authorities. A voluntary pre-notification system was introduced in 1989, but it is little used. Most companies or their advisers prefer to tell OFT informally of their merger proposals (not infrequently, on a strictly confidential basis), but a significant proportion are only learned about from the Press and sometimes only after the merger has been completed.

This latter problem can be eased, at least for larger mergers, by a mandatory pre-notification system. Such a system also has the advantage for the authorities of providing them at the outset with a certain amount of the information about the transaction needed for their assessment. Mandatory pre-notification is burdensome, however, and on both business and the authorities, and this was the reason why the United Kingdom Government opted for a voluntary system.

It is the wide discretion enjoyed by the Secretary of State in deciding whether or not to refer a merger to the MMC that distinguishes United Kingdom merger control from most other systems. From time to time references have been made on grounds other than the effects of a merger on competition, but since 1984 it has been explicit Government policy that competition considerations will be the primary factor taken into account by Ministers in making their decisions, taking account of the international dimension of competition as well as the competitive situation in domestic markets.

Merger policy therefore concentrates upon horizontal mergers although sometimes vertical mergers can give rise to competition concerns by the foreclosure of competitors from a significant part of a market. It is almost unknown now for the United Kingdom authorities to raise any objections to a conglomerate merger or to be concerned about a merger on grounds of its size alone.

The MMC also invariably bases its findings on a case on its assessment of the effects of a merger on competition in the United Kingdom, despite the broad public interest test set down in the legislation. Sometimes however efficiency gains have been considered to offset any anti-competitive features and, even more rarely, other factors have been given weight such as effects on employment or the implications of foreign ownership of a strategic industry or technology.

The broad consistency of the policy has not prevented criticisms, however. Some argue that the law should be changed to make explicit that a merger should only be prohibited when it leads to a significant and persistent increase in market power, while others argue that Ministers should be more willing than at present to refer mergers on other grounds, in particular where a merger appears likely to have an impact on regional activity or development. Some wish to put bigger hurdles in the way of mergers because of an accumulation of evidence that, for whatever reasons, mergers often do not produce the efficiency improvements claimed for them. Others are concerned that merger control is already too great an inhibition to enterprise and that some mergers which would increase efficiency or stimulate innovation do not take place because of the costs and uncertainties of the system.

This latter point leads to perhaps the most fundamental of all the arguments about merger control in the United Kingdom (and in some other countries). Markets are increasingly global with competition taking place on an international rather than a national stage. Larger companies are necessary, it is argued, especially in high-technology industries, if United Kingdom companies are to be competitive with their American, Japanese or other counterparts. A merger which creates a large share of the national market should be allowed, it is argued, if it enhances the companies' international competitiveness. The issue turns on the market analysis. If the domestic market is part of a wider international market then indeed there need be no concern : there is no conflict between merger control and the enhancement of international competitiveness through economies of scale and scope. It is only if the national market is protected in some way that a merger of domestic firms leading to efficiency gains from economies of scale can be disadvantageous to domestic consumers because of the unchecked market power created by the merger. These are circumstances when in the United Kingdom system a reference would be justified for the MMC to make the necessary trade-off. Even if some mergers are deterred by such a policy, that is a price that has to be paid if merger control is to be an effective part of competition policy.

Of course merger control can only be effective if it is intelligently applied. It is when differing policy objectives are pursued under the banner of merger control that confusion is most likely to arise. Merger control should be seen as an element in competition policy. But more than any other part of competition policy, merger control involves prediction and judgement. Guidelines in terms of market shares and concentration measures can be a useful device for screening out those mergers which require closer scrutiny, but otherwise there is no place for a 22 mechanical analysis.³⁶ An exercise in economic rather than legal analysis is required, though an analysis that often has to be conducted with imperfect information (sometimes biased information) and under considerable time pressures, and an analysis that has to be forward looking.

In order to assess the likelihood of a horizontal merger creating or increasing market power, a number of factors have to be considered. First the relevant product and geographic markets have to be established so that the market share of the merging companies and the number and relative sizes of their competitors can be estimated. Secondly it is necessary to focus on the likely intensity of competition between the remaining competitors - a particular challenge where the structure is oligopolistic - and whether any attempt to take advantage of market power will be frustrated by the expansion of other firms or the entry of newcomers. Assessment of entry conditions (which depends on the magnitude of entry barriers including trade barriers) is another challenging part of the exercise for it is crucial that the dynamics of the market are brought into the assessment. Other constraining factors may be the purchasing power of larger buyers. Finally it will be necessary to consider any efficiency gains or other benefits claimed for the merger (recognising that these are often overstated).

This brief catalogue of factors must suffice to indicate the sort of analysis that is required first in a preliminary way by the OFT and then in-depth if a reference is made to the MMC.

The authorities' decisions often come in for criticism but that is 'par for the course' with merger control. The United Kingdom system no doubt has its shortcomings. But it does provide a necessary check on those relatively few mergers which create or enhance market power. And while controversy about the policy and the substantive rules in the law breaks out from time to time, few in the United Kingdom would deny the crucial importance of an effective merger control.

³⁶ As with the Merger Guidelines published by the United States' anti-trust agencies.

Conclusion

This paper has stuck closely to the brief of commenting upon British experience in the application of United Kingdom law. I hope that some of that experience may be of interest, even value, in Brazil.

It will be appreciated that competition policy is applied in an increasingly international context. In the United Kingdom and other members of the European Union, the interface between national and European competition law is increasingly important, as the economies of the Union become more integrated. In most countries imports are a growing source of competition in national markets and the interface between trade policy and competition policy becomes more important. More important still, the growth of international business with the globalisation of markets and the revolution in methods of communication is posing new challenges for competition authorities. Anti-competitive conduct does not stop at national boundaries; cross-border mergers and other alliances can have anti-competitive effects in several national markets.

As there is little likelihood of early agreement to international rules to regulate anti-competitive conduct and alliances, closer cooperation between national authorities seems to many the obvious way of responding to these challenges. There may be problems over jurisdiction (certainly as far as the United Kingdom is concerned) and restrictions on the disclosure of information to other authorities that will not lightly be eased. But cooperation is easier and more likely to be effective the more similar are the laws and procedures of the countries involved. While it was not the purpose of the paper, I imagine that the description I have provided of United Kingdom competition law will have shown that in many respects it is a very distinctive system.

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, DO COMÉRCIO E DO TURISMO

Secretaria de Comércio Exterior

Departamento de Defesa Comercial

A DEFESA COMERCIAL NO BRASIL*

Armando Meziat

A abertura comercial, iniciada em 1990 e praticamente concluída no segundo semestre de 1994 com a implantação da Tarifa Externa Comum - TEC, e que tem como instrumentos principais a redução tarifária, a eliminação dos controles administrativos e a desregulamentação das operações de comércio exterior, tenta inserir o país no cenário do comércio internacional de forma definitiva.

O crescimento ora verificado nas importações é decorrente dessas medidas e traz consigo importantes consequências para todo o processo de desenvolvimento econômico nacional, uma vez que, através da exposição da indústria doméstica à concorrência externa, obtém-se ganhos de qualidade e de produtividade, com reflexos na queda do nível geral de preços e no bem-estar da população.

A consolidação desses benefícios exige do governo, entretanto, atenção constante quanto às condições em que os produtos estrangeiros entram no país, já que eventuais práticas desleais de comércio poderiam causar efeitos danosos a uma indústria que precisa ajustar-se rapidamente a um novo paradigma tecnológico e cuja proteção repousa praticamente na tarifa aduaneira.

Assim, não basta apenas conhecer os acordos internacionais de comércio e exigir sua aplicação justa, quando se trata de zelar pelas exportações brasileiras; é imperioso adotá-los de modo correto e eficaz na vertente das importações, cumprindo fielmente procedimentos e regras, para garantir à indústria nacional o acesso pleno aos efeitos das medidas de defesa comercial.

Essas medidas estão traduzidas nos direitos antidumping, nos direitos compensatórios e nas salvaguardas, que são regidos pelo GATT,

* Palestra proferida aos membros do IBRAC em 25/04/96

agora OMC; e são muito utilizados por países e blocos econômicos como os EUA, a UE, o Canadá e a Austrália. No Brasil, tais instrumentos ainda são bastante desconhecidos.

As recentes decisões da Rodada Uruguai, implementadas no final de 1994, indicam o interesse de se preservar e fortalecer o multilateralismo e o liberalismo, após meio século de existência do GATT, sem que fosse possível congregiar definitivamente os países em torno de um ideal de comércio justo; de seu sucesso, que ainda está por se concretizar, dependerá o futuro do comércio mundial.

A criação da Organização Mundial do Comércio - OMC institucionaliza as relações comerciais a nível internacional, facilita a implementação e a operação dos acordos da Rodada Uruguai e introduz a obrigatoriedade de todos os membros aderirem aos acordos firmados como um conjunto não dissociável; o poder disciplinatório do Organismo sobre os países signatários, bem como o estabelecimento de um único Conselho de Solução de Controvérsias, que tem por missão impor sanções aos infratores das regras, aparentemente garantem uma nova ordem, onde todos terão que cumprir os códigos e as condutas acordados internacionalmente.

É dentro deste contexto que o Brasil está buscando aperfeiçoar seu sistema de defesa comercial. Os Acordos Antidumping, de Subsídios e Medidas Compensatórias e de Salvaguardas, é preciso que se diga, fazem parte do conjunto de normas da OMC, à qual o Brasil aderiu formalmente no final de 1994, através do Decreto no 1.355, e, portanto, estão sujeitos a uma aplicação estritamente técnica.

Anteriormente, no âmbito do GATT, os países aderiam separadamente, aos códigos de Dumping e Subsídios. O Brasil, mesmo fazendo uso significativo das medidas de defesa comercial, já era integrante de tais códigos. Em 1988, o país aplicou pela primeira vez, medidas antidumping; e, desde 1991, vem ampliando largamente a utilização dos instrumentos de defesa comercial.

A defesa comercial é a fórmula moderna e aceita de acompanhar e interferir nas importações; não é uma exceção ao processo de abertura, mas sim garantidor de seu próprio sucesso.

As práticas de "dumping" e de subsídios são consideradas desleais e, assim, a reação a esse tipo de comércio constitui-se legítima defesa; a imposição de direitos antidumping ou compensatórios atinge somente o transgressor, e seu objetivo é o de apenas neutralizar o dano que a produção doméstica está sofrendo por conta desses artifícios, restabelecendo o nível de proteção da tarifa aduaneira.

As salvaguardas buscam atenuar o custo de ajustamento das indústrias nacionais em situações de aberturas comerciais corajosas, como é o caso do Brasil; diante de surtos de importação que estejam desestruturando o mercado interno, pode-se temporariamente restringir tais compras, desde que o setor beneficiado assuma compromisso de reestruturação competitiva e que seja dada compensação aos parceiros comerciais prejudicados.

É requerida uma investigação ampla, com a participação de todas as partes interessadas, onde dados e informações são conferidos e opiniões são confrontadas, para que se possa impor um direito antidumping ou compensatório, ou aplicar uma salvaguarda. Nos casos de práticas desleais de comércio, a investigação deve comprovar a existência de "dumping" ou de subsídios, de dano à produção doméstica e de nexo causal entre ambos; para a utilização das salvaguardas deve-se constatar grave dano causado por importações crescentes.

Em qualquer caso, as conclusões devem constar de alentado parecer, onde todos os procedimentos previstos pelas regras da OMC tenham sido contemplados; as decisões têm que ser levadas ao conhecimento público através de ato subscrito pelas autoridades competentes e o país, caso questionado internacionalmente, terá que aceitar pedidos de consultas e, eventualmente, defender sua posição em "panels" na OMC.

Diante de todas essas demandas, que exigem trabalho sofisticado e eficiente, o governo está, como vimos, empenhado em aperfeiçoar e consolidar o sistema brasileiro de defesa comercial. Para tanto, criou, em maio de 1995, o Departamento de Defesa Comercial - DECOM, da Secretaria de Comércio Exterior, do MICT, com a atribuição única de executar todas as tarefas inerentes à área, e, principalmente, conduzir as investigações e elaborar os pareceres.

Com vistas a acelerar o processo de estruturação do DECOM e, de forma simultânea, conferir às ações de defesa comercial, imediatamente, o "upgrade" requerido, o governo adotou o seguinte conjunto de ações, todas em andamento e algumas já concluídas:

a) Adequação da Legislação Nacional ao GATT 94: as decisões da Rodada Uruguai representaram avanços sobre a situação anterior - Rodada Tokio - e introduziram uma série de modificações nas regras e procedimentos de defesa comercial. Embora o Decreto n.º 1.355 contemple tais alterações, é necessário definir os regulamentos nacionais, que operacionalizem a aplicação dos instrumentos; assim, foram elaborados e publicados os Decretos n.ºs 1.488, 1.602 e 1.751 que, respectivamente, regem a imposição de salvaguardas, direitos antidumping e subsídios e medidas compensatórias. Adicionalmente, foi criado o Comitê Consultivo de Defesa Comercial -

CCDC, com a missão de examinar os pareceres preparados pelo DECOM e recomendar às autoridades competentes.

O exame de uma petição envolve diversos aspectos a serem seguidos com vistas à sua adequação à citada legislação.

b) Treinamento básico e de Especialização: como a criação do DECOM elevou o número de técnicos de 15 para 45, torna-se fundamental treinar os novos funcionários; é também conveniente reciclar os antigos, em virtude das alterações ocorridas nas regras internacionais. Assim, todo o Departamento já está sob treinamento básico a saber:

- Curso com técnicos da OMC: constou de leitura comentada dos novos acordos de defesa comercial, com ênfase na questão de procedimentos; teve uma semana de duração, em horário integral e foi concluído em agosto de 1995;

- Curso de Formação de profissionais em Defesa Comercial na FGV: teve como objetivo estudar os principais conceitos de economia, contabilidade, matemática financeira e estatística necessariamente utilizados durante uma investigação; sua duração foi de 3 meses, 4 horas por dia e foi concluído em dezembro de 1.995.

Além disso, está em fase final e organização a etapa de especialização que, através de cooperação técnica com o governo do Canadá, dará ênfase à parte prática das investigações mediante contato pessoal "in the job" com especialistas canadenses, no Brasil e no Canadá, durante 3 anos.

Está também prevista uma etapa final do treinamento junto à OMC, em que serão estudados casos concretos de defesa comercial ocorridos em outros países, além de uma revisão de suas legislações, no momento, avançam satisfatoriamente as negociações para obtenção dos recursos necessários junto ao BID.

c) Integração com o Setor Privado: as tentativas que estão sendo empreendidas pelo governo para dar ao país um órgão competente e eficaz na área de defesa comercial precisam da participação ativa dos empresários que em última análise, são os beneficiários de todos os esforços. As dificuldades para lidar com um assunto novo e repleto de technicalidades serão superadas mediante trabalho conjunto e cooperativo, em que ambas as partes atuem com determinação e profissionalismo; é imperioso que os empresários tenham pleno conhecimento dos instrumentos disponíveis e tornem-se parceiros permanentes no aprimoramento de sua aplicação. Nesta linha, o governo tem participado de diversos seminários e palestras - na AEB, CNI, FIRJAN, FIESP, FUNCEX - específicos sobre defesa comercial, e pretende aprofundar este relacionamento, tendo total disponibilidade e interesse de participar de novos eventos.

O objetivo final destas medidas é, sem dúvida, estabelecer um centro de referência em defesa comercial, é fazer surgir um órgão com credibilidade, sério e competente, que se utilize de regras claras e conhecidas, e atue com completa transparência e em total convergência com os anseios da sociedade brasileira. Tudo isso depende de nós e não podemos perder esta oportunidade; da minha parte, estou integralmente mergulhado nesta missão. Espero o apoio dos senhores.

REQUISITOS PARA DETERMINAÇÃO DE ABERTURA DE UMA INVESTIGAÇÃO:

- - apresentação de petição pela indústria doméstica ou em seu nome;
- - representatividade dos que apoiam a petição;
- - apresentação de elementos de prova suficientes da existência de "dumping" ou subsídio, de dano e de relação causal.

INDÚSTRIA DOMÉSTICA

Define-se como "indústria doméstica" a totalidade dos produtores nacionais do produto similar, ou aqueles cuja produção conjunta do mencionado produto constitua a maior parte da produção nacional do produto.

PRODUTO SIMILAR

Entende-se como produto similar, o produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se está examinando ou, na ausência deste produto, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto que se está considerando.

DEFINIÇÃO DE DANO

O conceito de dano engloba três situações:

- dano material à indústria doméstica
- ameaça de dano material à indústria doméstica
- retardamento sensível na implantação de indústria doméstica

DETERMINAÇÃO DE DANO

Para determinação de dano é avaliada a evolução dos seguintes indicadores:

a. Importações

- valor e quantidade, por origem;
- participação das importações objeto de "dumping" no total importado e no consumo aparente;
- preço;

b. Indústria Doméstica

- vendas e participação no consumo aparente;
- produção, capacidade produtiva e grau de ocupação;
- estoques;
- emprego, salários e produtividade;
- preços domésticos e margem de subcotação;
- balanço patrimonial e demonstrativos de resultado.

DETERMINAÇÃO DE CAUSALIDADE

Verifica-se em que medida as importações objeto de "dumping" ou subsídios explicam o dano à indústria doméstica, levando-se em consideração outros fatores, tais como:

- volume e preço de importações de outras origens;

- impacto das alterações na política de importações;
- contração ou mudanças nos padrões de consumo, etc..

DIREITOS ANTIDUMPING

Taxa imposta às importações, realizadas a preços de "dumping", com o fim exclusivo de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional.

“DUMPING”

Introdução de um produto no mercado de outro país a um preço inferior ao "valor normal, isto é:

- o preço de exportação é menor que o preço efetivamente praticado para o produto similar, nas operações comerciais normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.

OUTRAS COMPARAÇÕES POSSÍVEIS

Quando a comparação entre os preços (do mercado interno do país exportador e de exportação) não é possível, utiliza-se como valor normal:

- o preço do produto vendido pelo exportador a um terceiro país;
- um valor construído no país de origem (custo de produção + gastos gerais, administrativos e de comercialização e margem de lucro).

No caso de país de economia planificada:

- o preço praticado ou valor construído do produto similar em um terceiro país de economia de mercado, ou o preço praticado por este país na exportação para outros países, exclusive o Brasil.

REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE DIREITOS ANTIDUMPING

- Determinação positiva de “Dumping”, de dano e de relação causal.
- Margem (relativa) de “DUMPING”
 $(\text{valor normal} - \text{preço de exportação}) > 2\%$
preço de exportação
- Volume de importação objeto de “Dumping” > 3% do total importado pelo Brasil, a não ser que os países que individualmente respondem por menos de 3% sejam, coletivamente responsáveis por mais de 7% das importações.

Relação dos Processos Antidumping e Anti-subsídios no Brasil por tipo dos processos

Antidumping

1. Correntes de bicicletas (jun/88)
2. Cimento Portland (out/90)
3. Cloreto de alumínio anidro (ago/91)
4. Fios, telas e sacos de juta (nov/91)
5. Ferro-cromo alto carbono (nov/91)
6. Magnésio metálico (dez/91)
7. Carbonato de bário (jan/92)
8. Policloreto de vinila -PVC (abr/92)
9. Fosfato monoamônico -MAP (jun/92)
10. Tubos para coleta de sangue à vácuo (nov/92)
11. Ferro-cromo baixo carbono (dez/92)
12. Trietanolamida (mar/93)
13. Dietanolamina (mar/93)
14. Éter butílico de monoetilenoglicol (mar/93)
15. Monoetilenoglicol (mar/93)
16. Ácido sulfônico - AS (jun/93)
17. Polieterpoliol para espuma flexível (jul/93)
18. Fosfato monoamônico -MAP (ago/93)
19. Pós e escamas de alumínio (out/93)
20. Côcos frescos ou secos, mesmo ralados (nov/93)

21. Fios de algodão (nov/93)
22. Tecidos (nov/93)
23. Acetato de vinila (nov/93)
24. Pêssego em calda (nov/93)
25. Lápis comum (nov/93)
26. Correntes para motos serras (nov/93)
27. Ventiladores de mesa (jan/94)
28. Roda livre para bicicletas (jan/94)
29. Tripas artificiais para salsicharia
30. Cadeados, exceto para bicicletas (set/94)
31. Magnésio metálico, em forma brutas (dez/94)
32. Alho fresco ou refrigerado (dez/94)
33. Ferro-cromo baixo carbono (jan/95)
34. Lápis de mina de grafite e de cor (fev/96)

Anti-subsídios

1. Fraldas descartáveis (jan/91)
2. Fios de látex (mar/91)
3. Leite em pó (mar/92)
4. Grão de trigo descascado (set/92)
5. Fios de algodão (nov/93)
6. Grão de trigo descascado (nov/93)
7. Côco ralado e leite de côco (jun/94)
8. Algodão em pluma, não cardado nem penteado (dez/??)

PROCESSOS ANTIDUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS ABERTOS NO BRASIL REGISTROS POR REGIÕES E SETORES POSIÇÃO EM MARÇO DE 1996

Região	Produtos Químicos	Plásti-co & Borra-cha	Meta-is	Têx-til	Agro-indús-tria	Diversos	Total
NAFTA	9	4	3	1	2	2	21

EUROPA	3	1	1	-	2	-	7
LESTE EUROPEU	5	-	10	-	-	2	17
ÁSIA	1	1	1	4	9	6	22
MERCOSUL	-	-	-	-	-	3	3
ÁFRICA	-	-	1	-	2	-	3
TOTAL	18	6	16	5	15	13	73

¹ Compreende os seguintes produtos: cimento Portland, fraldas descartáveis, tubos para coleta de sangue a vácuo, lápis, corrente de motosserra, ventiladores, cadeados, roda e corrente para bicicleta.

² Duração média dos processo é de 11 meses e 10 dias.

LEGISLAÇÃO BÁSICA

- Decreto n.º 1.488, de 11 de maio de 1995.

Regulamenta as normas que disciplinamos procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas de salvaguarda.

Medidas de salvaguarda - Podem ser aplicadas sob a forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas ou ainda de restrições quantitativas (cotas).

- Decreto n.º 1.602, de 23 de agosto de 1995.

Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas antidumping.

Direitos antidumping - Podem ser aplicados sob forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas.

- Decreto n.º 1.751, de 19 de dezembro de 1995.

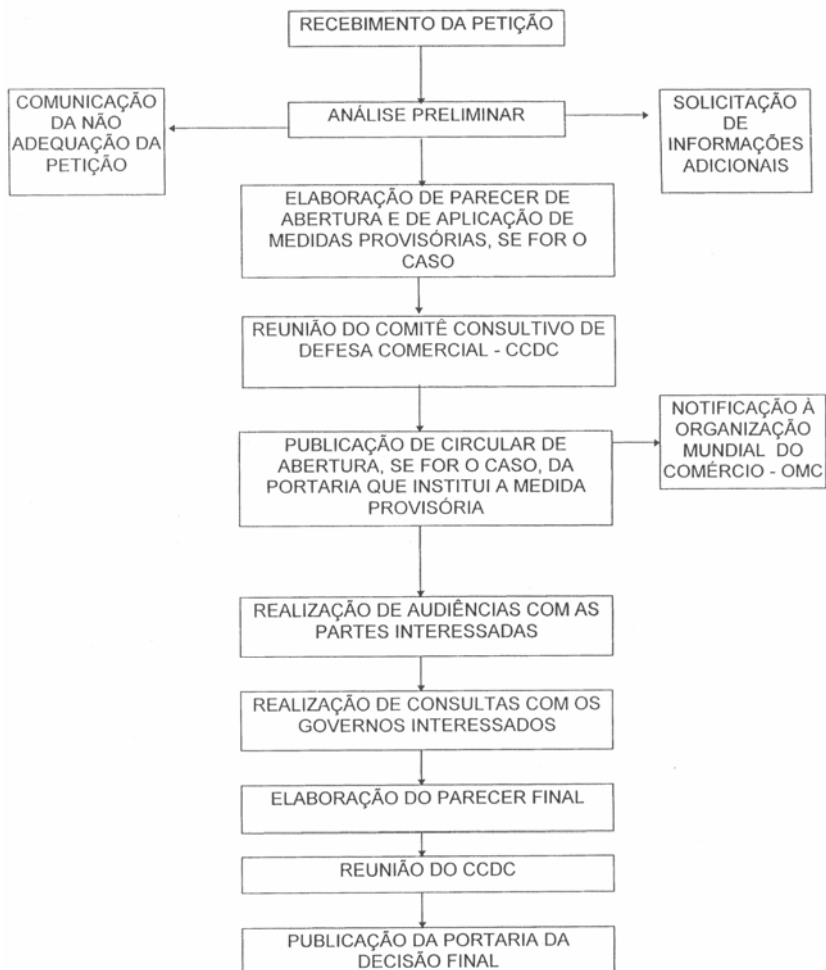
Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias.

Direitos compensatórios - Podem ser aplicados sob a forma de alíquota "ad valorem", alíquota específica ou combinação de ambas

SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

**FLUXOGRAMA DAS INVESTIGAÇÕES PARA APLICAÇÃO
DE MEDIDAS DE SALVAGUARDAS**



MEDIDAS DE SALVAGUARDA

Poderão ser aplicadas medidas de salvaguardas a um produto que haja apresentado aumento expressivo de suas importações em quantidades, em termos absolutos ou em relação à produção nacional e que, em tais condições causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria doméstica de bens similares ou diretamente concorrentes.

SALVAGUARDAS

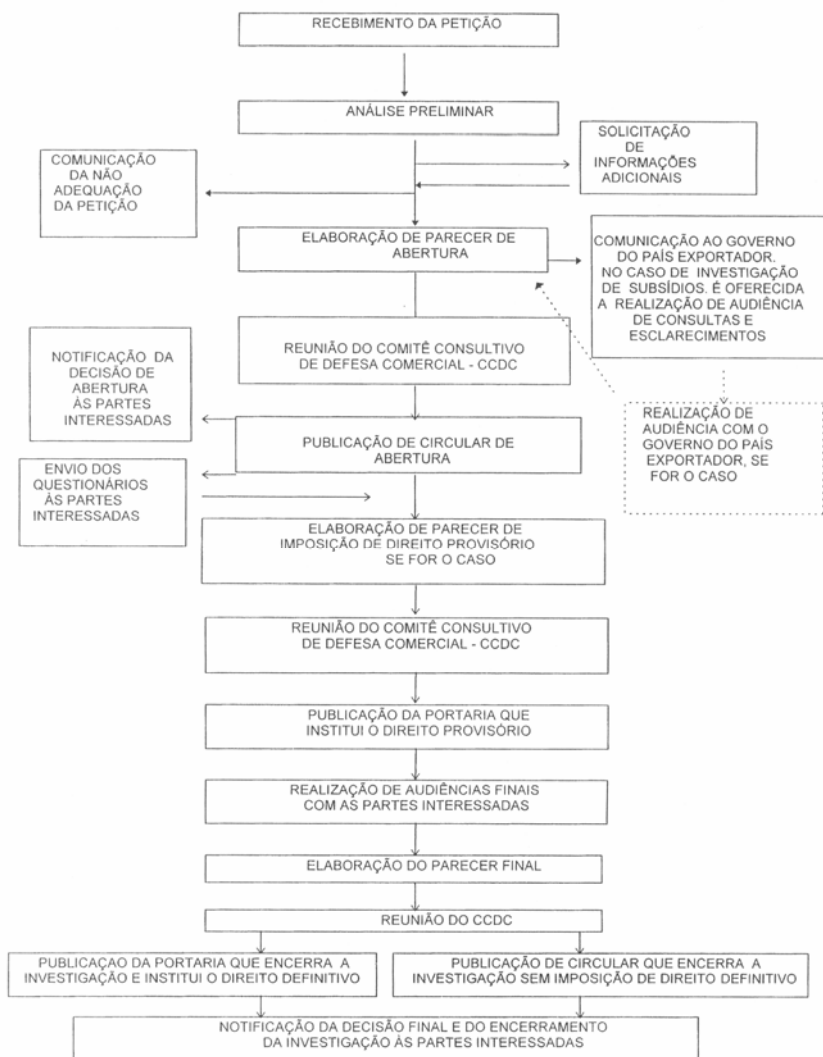
Diferem dos direitos antidumping e compensatórios no que:

- não exigem uma prática “desleal”;
- há necessidade de compensação;
- - não existe seletividade;
- - há necessidade de comprovação de “dano grave”;
- - exigem um programa de ajustamento da indústria;

REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

- Determinação positiva de subsídio, de dano e de relação causal;
- Montante de subsídios > 1% “ad valorem”, exceto para países em desenvolvimento (PED’s):
 - normalmente > 2% ad valorem” ou,
 - - para os PED’s que eliminarem seus subsídios à exportação antes de 8 anos, contados a partir da entrada em vigor do Acordo Consultivo da OMC, > 3% “ad valorem”;
- Volume de importação objeto de subsídio > 3% do total importado pelo Brasil, a não ser que os países que individualmente respondem por menos de 3% sejam, coletivamente responsáveis por mais de 7% das importações; exceto
 - para os PED’s > 4% individualmente ou, coletivamente > 9%

FLUXOGRAMA DAS INVESTIGAÇÕES PARA A IMPOSIÇÃO E DIREITOS ANTIDUMPING E COMPENSATÓRIOS



DIREITOS COMPENSATÓRIOS

Taxa imposta às importações de produtos beneficiados com subsídio(s) com o fim de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional.

“SUBSÍDIO”

Existe subsídio quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir:

- - haja, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou
- haja contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportador.

Relações dos Processos Antidumping e anti-subsídios no Brasil por tipo de resultado

Assinatura de termo de compromisso de preços

1- Cimento Portland

Sem imposições de medidas

- 1- Fraldas descartáveis
- 2- Magnésio metálico
- 3- Éter butílico de monoetilenoglicol
- 4- Monoetilenoglicol
- 5- Ácido sulfônico
- 6- Polieterpoliol para espuma flexível
- 7- Fosfato monoamônico -MAP (2º processo)
- 8- Pós de alumínio
- 9- Fios de algodão

- 10- Tecidos
- 11- Acetato de vinila
- 12- Pêssegos conservado em calda
- 13- Lápis comum
- 14- Correntes de motosserra
- 15- Côcos frescos ou secos, mesmo ralados
- 16- Tripas artificiais para salsicharia
- 17- Algodão em pluma, não cardado nem penteado
- 18- Grão de trigo descascado

Com imposição de direitos definitivos

- 1- Correntes de bicicleta
- 2- Fios de látex
- 3- Cloreto de alumínio anidro
- 4- Fios, telas e sacos de juta
- 5- Ferro-cromo alto carbono³⁷
- 6- Carbonato de bário
- 7- Leite em pó³⁸
- 8- Policloreto de vinila - PVC
- 9- Fosfato monoamônico -MAP³⁹
- 10- Tubos para coleta de sangue à vácuo
- 11- Ferro-cromo baixo carbono
- 12- Trietanolamina
- 13- Dietanolamida
- 14- Ventiladores de mesa
- 15- Roda livre para bicicletas
- 16- Cadeados, exceto para bicicletas
- 17- Alho fresco ou refrigerado
- 18- Ferro-cromo baixo carbono
- 19- Côco ralado e leite de côco

³⁷ a decisão foi revista e a investigação encerrada sem imposição de medidas

³⁸ ² por conta da decisão do GATT, dando ganho de causa à CEE, os direitos estabelecidos foram revogados.

³⁹ foram revogados os direitos estabelecidos contra a Rússia

**PROCESSOS ANTIDUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS COM
IMPOSIÇÃO DE DIREITOS NO BRASIL REGISTROS POR
REGIÕES E SETORES POSIÇÃO EM MARÇO DE 1996.**

Região	Produtos Químicos	Plástico & Borracha	Metais	Têxtil	Agro-indústria	Diversos ⁴⁰	Total
NAFTA	4	2	-	-	1	1	8
EUROPA	1	1	-	-	2 ⁴¹	-	4
LESTE EURO-PEU	1	-	2	-	-	2	5
ÁSIA	1	1	-	4	11	6	23
MERCO-SUL	-	-	-	-	-	-	-
ÁFRICA	-	-	1 ⁴²	-	1	-	2
TOTAL	7	4	2	4	8	6	42

⁴⁰ compreende os seguintes produtos: tubos para coleta de sangue, corrente de bicicletas, cadeados, ventiladores e roda livre.

⁴¹ por conta da decisão do GATT, dando ganho de causa à CEE, os direitos estabelecidos na importação de leite em pó foram revogados.

⁴² a decisão foi revista e a investigação encerrada sem imposição de direitos

DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS

Ary Solon

1- DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS

O art. 21, inciso XII, da Lei no. 8.884 /94 contempla a figura da infração à ordem econômica consistente em **discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços ou condições operacionais de venda ou de serviços**. Trata-se de figura delituosa estruturada a partir daquela a que alude o artigo 2o. , inciso IV, alínea *a* da Lei no. 4.137/62, já revogada, que previa a formação de grupo econômico por agregação de empresas em detrimento de livre deliberação dos compradores por meio de **discriminação de preços entre compradores**.

Para não responder pelos ilícitos acima tipificados, poder-se-ia considerar, em tese, admissível uma certa diferença de preços, atendendo a circunstâncias justificáveis que destacaremos a seguir, à luz da doutrina e jurisprudência do **direito comparado**. Utilizaremos, de início, a legislação norte-americana, na falta de precedentes balizadores análogos no direito pátrio.

O Robison-Patman Act que foi promulgada em 1936 como emenda à seção 2 do Clayton Act e que proíbe a discriminação de preços na legislação norte-americana deu origem a uma vasta casuística a seguir comentada que levou em conta aspectos como():

- A) A **contemporaneidade** das diversas vendas (a proibição só se aplica à vendas contemporâneas, ou seja, a discriminação poderia ser justificada por vendas em diversas épocas).
- B) A **similaridade** dos produtos ou sua diferença física (com especial ênfase à questão de commodities onde não existe a diferenciação).
- C) A **categoria de compradores** (grandes revendedores, lojas de descontos ou varejistas).
- D) A **localização geográfica** do comprador (em que a diferenciação decorre de transportes e seus riscos).

E) A **quantidade** adquirida (em que se limitou o desconto quantitativo apenas à economia de custos decorrente da venda em uma maior quantidade).

F) **Serviços** prestados pelos adquirentes na **promoção** dos produtos, e outros muitos fatores justificadores de diferenciação de preços.

A Seção 2 a) da lei americana trata da discriminação **direta** de preços - que é o caso que nos interessa mais de perto - do vendedor fixar diferentes preços a distintos compradores (diferente da discriminação **indireta** quando os diferentes **termos e condições** de uma venda resultam em uma vantagem econômica para determinados compradores - objeto de outras seções da referida lei). Esta seção proíbe "discriminar preço, direta ou indiretamente, entre diferentes compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade", que, de maneira substancial, possa "diminuir a concorrência ou tenda a criação de um monopólio em qualquer ramo do comércio". É certo, portanto, que a infração mencionada só se constitui se existirem pelo menos duas vendas pelo mesmo vendedor a compradores diferentes com uma diferença de preços e que se tenha produzido um efeito anticompetitivo.

Uma **defesa absoluta** perante a acusação de discriminação de preços na legislação norte-americana é a prova de que o preço mais baixo foi feito para cobrir a de outro concorrente ("to meet a competitive price"). Tal disposição fundamenta-se no sistema da economia de mercado que as leis antitruste visam a proteger. Parece-nos de suma importância que a própria legislação americana, dentro do contexto da economia de mercado, deixou claro que **nenhuma proibição de diferenças de preços poderia impedir que o vendedor pudesse fazer uma oferta por preço mais baixo que outro vendedor concorrente de boa fé**, ou seja, é possível a diferenciação de preços desde que fundada na livre concorrência. Outrossim, acreditamos que esta também será a jurisprudência brasileira, uma vez que o contrário determinaria um total engessamento de preços e a não flexibilização feriria completamente o sistema de mercado e a livre concorrência.

Ademais, para efeito da proibição, a venda deve ser efetiva, não apenas potencial. Assim, uma mera cotação de preço discriminatório (por ex., uma comparação entre uma lista de preços e uma venda) não é suficiente para demonstrar o delito.

A seguir, detalharemos as exceções à proibição já enunciadas no parágrafo terceiro supra, tratando-se de saber se a diferenciação é ou não justificada, em especial, no caso de "commodities" ainda à luz da legislação norte-americana sobre a matéria.

a) Vendas em diversas épocas

A questão da oscilação das "commodities" pode servir de justificativa ligada ao aspecto da contemporaneidade das diversas vendas. Quando se faz uma acusação de discriminação no preço contra uma indústria com preços flutuantes, como a de grãos, metais e alimentos perecíveis, costuma-se usar como defesa o fato - e, em cada caso, é uma questão de fato, - de que as condições de mercado mudaram entre as vendas em questão. "As condições de um mercado em mutação", diz Carla Hills (in "Antitrust Adviser"), "podem claramente ser a causa de diferenças de preços, tanto quanto se possa discriminar num mercado flutuante".

b) Similaridade e uso diferenciado

A legislação norte-americana fala em "mercadorias do mesmo grau e qualidade". No que diz respeito, portanto, a eventual defesa baseada em requisitos de qualidade onde se releva a **utilização** do produto, é interessante a observação da autora acima referida de que "obviamente, se os itens da mercadoria em questão são inteiramente distintos quanto aos ingredientes, aparência e utilidade, não há razão de serem vendidos pelo mesmo preço".

De um lado, ainda segundo Carla Hills, produtos de qualidade similar mas não fungíveis, de diferentes tamanhos ou de aparência diferente ainda são subsumidos pelas cortes norte-americanas no tipo legal "like grade and quality". De outro lado, as mesmas diferenças físicas de tamanho, design, estilo e características "*que afetem a negociabilidade do produto*" apoiam a conclusão de que referida mercadoria não é de mesmo grau e qualidade. Aliás, esta parece ser a posição do FTC no sentido de que "diferenças físicas de boa-fé que afetam a "marketability" do produto, mesmo as pequenas e sem impacto nos custos do vendedor, fazem com que os produtos não sejam considerados de grau e qualidade similar". De modo igual, no caso *Checker Motors Corp vs Chrysler Corp.* a corte entendeu que "se houver diferenças físicas substanciais nos produtos afetando **o uso** pelo consumidor, preferência ou negociabilidade, tais produtos não são de "grau e qualidade similar", não importando os custos de produção". Da mesma forma, se uma mercadoria é feita de acordo com as especificações do consumidor, sendo diferente do produto comum do fabricante, tal fato obsta a similaridade. Já diferenças de marcas em produtos fisicamente idênticos não precluem o citado enquadramento.

c) Categorias de compradores

A lei norte-americana não admite explicitamente a diferenciação de preços em razão da categoria dos compradores(distribuidores/ atacadistas/ utilizadores do produto como matéria-prima/ varejistas). No entanto, "justificam-se descontos funcionais com base na ausência de prejuízo à competição". "Sua legalidade não se fundamenta em justificação de custos mas no fato de que diferentes tipos de consumidores realizando diferentes funções não competem, e assim a diferenciação de preços entre tais classes não tem nenhum efeito negativo sobre a concorrência".

d) Localização geográfica

Conquanto a posição da *Federal Trade Comission* não seja clara a respeito de discriminação por fatores geográficos, existe um princípio de que, numa venda efetuada para áreas distantes, o preço ofertado a um determinado consumidor *após* a consideração do elemento frete não pode exceder ao ofertado a um consumidor mais próximo.

e) Quantidade

Aceita-se como justificativa para diferenciação de preço a quantidade adquirida desde que vinculada a efetiva economia de custos decorrente de uma venda maior. A jurisprudência americana é muito rigorosa na correspondência custo/desconto, autorizando a concessão de descontos proporcionais às quantidades vendidas, desde que preenchidas as condições fixadas pela *Federal Trade Comission*.

f) Serviços

Ajuda para publicidade e promoção de vendas, equipamento para demonstrações são consideradas diferenciações "indiretas" de preço, também vedadas pela lei norte-americana.

Conclusão

À luz do exposto, pode-se concluir que, pela legislação norte-americana não haverá discriminação de preços se o vendedor provar que (1) o diferencial de preço é justificado por uma diferença no custo para o vendedor ,(2)ou que surgiu para cobrir uma oferta por preço mais baixo de outro vendedor concorrente de boa fé (3)ou que a diferenciação resultou de uma resposta para condições em mudança afetando o mercado ou a negociabilidade dos bens em questão. As exceções contidas neste item 3, consubstanciadas nos aspectos A) e B) poderiam, em tese, justificar que um produtor eleja certos distribuidores para oferecer-lhes uma diferenciação de preço em razão dos fatores acima analisados, entre os quais, destacam-se a oscilação dos preços para acompanhar o mercado internacional e a utilização diferenciada do produto .

A jurisprudência brasileira sobre a questão anterior à atual lei e feita sob a Lei n.º 4137, apenas examinou até agora um dos aspectos, permitindo descontos quantitativos no preço, ou seja, uma discriminação baseada na quantidade de produtos adquiridos, tendo porém deixado claro que tais descontos não poderiam ser de forma tal que impedissem a mais de um revendedor o acesso aos descontos maiores, ou seja, não se admitiu que apenas um concorrente, pelo seu domínio de mercado, pudesse ter acesso à descontos máximos. (A discriminação seria injustificada por não serem bastantes os compradores que se poderiam beneficiar do preço mais baixo).

Veja-se, bem a propósito, o seguinte trecho de decisão proferida pelo CADE no processo administrativo n.º 3 (in DOU de 19 de setembro de 1969, Seção I, Parte I, pp. 7.925 e ss.):

"Aliás, a tabela de descontos em função dos volumes de compras é uma prática difundida, de há muito, no comércio de todo o mundo ocidental, constituindo, mesmo, uma das praxes mais arraigadas em nossas praças comerciais, e não só nas grandes, mas também nas pequenas do interior. Os próprios peritos que funcionaram no presente Processo Administrativo, só verberaram a tabela de descontos adotadas pela VIDROBRÁS, única e exclusivamente, pela enormidade da distância que, no seu entender, separava, então, a CVB do grosso dos demais compradores."

Comentando tal julgamento NEIDE MALARD em seu estudo "Práticas Verticais Restritivas à Concorrência" afirma que o Conselho entendeu, ainda, que tabelas de descontos quantitativos são uma prática comercial difundida, sendo razoável uma diferenciação de 19,5% entre os tetos máximo e mínimo de desconto".

Já na representação dos revendedores de pneus contra as indústrias de pneumáticos (processo administrativo n. 10, DOU de 27 de maio de 1976, Seção I, Parte I, pp. 7.545 e ss.), o CADE decidiu que:

"É certo que podiam usar da faculdade de conceder descontos variáveis a revendedores, mas não ao ponto de concessão de descontos discriminatórios e altamente elevados, causando prejuízos a um considerável número de empresas revendedoras, criando dificuldades ao seu funcionamento, tanto que muitas foram levadas à falência ou a encerrar suas atividades."

No processo n.º 8, o CADE assim se pronunciou (Cf. DOU de 29 de julho de 1971, Seção I, Parte I, pp. 5.967 e ss.):

"A mera existência de escala de descontos em função de quantidades compradas, por si só, não basta ao reconhecimento de discriminação de preços, máxima quando as bonificações sejam razoáveis e conseqüentes da própria concorrência do mercado. Os aspectos de cada caso concreto é que indicam a existência de conduta condenável ou não, devendo ser repelida, como regra geral, a tabela que tenha o efeito de criar a razoável possibilidade de prejudicar a concorrência ou que tenda para a criação de um monopólio."

Assim, temos que a existência de descontos quantitativos não bastariam, por si só, para configuração do ilícito de que trata a lei brasileira. Como vimos nos casos em análise, só se admite a punição se a discriminação de preços objetivasse a eliminação da concorrência, dominação do mercado ou aumento arbitrário dos lucros, o que nos parece uma interpretação apropriada e também conforme à Constituição Federal ora em vigor.

O que se pode concluir a respeito de preços diferenciados em nossa legislação é que o Brasil terá um longo caminho a percorrer até encontrar uma jurisprudência que nos forneça **guide lines** mínimas para os agentes econômicos, no que diz respeito a fixação de preços diferenciados.

Entretanto, se recebida entre nós a forma pelo qual o direito norteamericano trata a matéria, serão válidas as seguintes recomendações que devem ser examinadas em cada caso concreto:

- 1) Em princípio, é ilegal fazer discriminação de preços entre compradores de mercadorias da mesma classe e qualidade.
- 2) Essa proibição não impede diferenciação feita para cobertura de oferta de preços de outro concorrente desde que fique documentado o preço do concorrente semelhante ao praticado pelo vendedor (por ex., solicitando-se ao comprador fax ou carta informando que recebeu oferta que o vendedor teve de cumprir)
- 3) Se as diferenças forem resultantes do uso que as mercadorias estão sujeitas (uso humano/uso não humano, por exemplo), exigindo métodos de controle de qualidades diferenciados que repercutam nos custos de fabricação, venda ou entrega, as mesmas devem ser diferenciadas através de embalagens que justifiquem através do controle de qualidade tais diferenciações. O uso humano sendo mais nobre, envolve uma responsabilidade maior do fabricante no que diz respeito a sua qualidade, devendo-se admitir uma diferenciação de preço para essa utilização do produto, a qual será justificada pelo fato de se assumir maior responsabilidade por problemas futuros, maior controle de qualidade, armazenagem especial e embalagem especial, com o que se terá maiores justificativas para explicar a diferenciação.
- 4) Diferenciações feitas com base em fatores geográficos justificam-se no Brasil, onde condições peculiares aumentam os riscos de transportes, atrasos de pagamento, grandes distâncias de determinadas regiões
- 5) É importante que uma tabela progressiva de descontos não impeça o acesso de terceiros aos maiores descontos com a evolução de suas vendas.

Excurso: Em defesa (parcial) da responsabilidade subjetiva na Lei Antitruste e legislação correlata

De uma exposição dogmático-jurídica sobre um determinado delito anticoncorrencial, passamos em seguida a uma avaliação político-jurídica com matriz zetética (2) sobre o problema da culpabilidade na responsabilidade delitual de modo geral, em especial no direito econômico.

Estabelece o art. 20 da Lei n.º 8.884/94 que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”(grifo nosso)

Bem assim, no Código de Defesa de Consumidor, existem casos de responsabilidade, independentemente de culpa, como a do fabricante, do produtor, do construtor nacional ou estrangeiro, e do importador, quando responsáveis por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos(art. 12) O mesmo acontece ao comerciante (art. 13) e ao fornecedor de serviços(art. 14).

Neste sentido, multiplicam-se as ofensas por responsabilidade objetiva no direito contemporâneo, afastando a velha idéia de Jhering acerca de uma proposição eternamente verdadeira “der ewige Wahre Satz: kein Ubel ohne Schuld” (nenhum mal sem culpa).É a própria doutrina da culpa que se coloca em crise, chegando alguns autores a negar a própria distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva.(3)Também no plano histórico, atacam os autores a noção subjetiva de responsabilidade, tendo sido o mérito do filósofo do direito Hägeström haver contestado as supostas raízes romanas da noção voluntarista da responsabilidade jurídica(4). É neste horizonte crítico que procuraremos fazer uma defesa moderada e não reacionária de uma concepção da culpa do sujeito responsável de direito.

Segundo o uso linguístico, “ Ser A responsável por X ”significa que A realiza todas as condições, sejam subjetivas, sejam objetivas, necessárias e suficientes para ser condenado (a uma pena, como na Lei Antitruste, ou à indenização como no Código de Defesa do Consumidor).

Fala-se em condições subjetivas nos marcos de uma concepção tradicional profundamente enraizada que exige para determinar-se a responsabilidade, além do nexo objetivo com a violação, também a satisfação de algumas condições subjetivas ou psicológicas. Tais condições enfeixam-se em nosso direito sob o termo genérico de *culpa*. (“*mens rea*” nos países de “common law”).

O requisito da culpa pressupõe que a violação tenha sido realizada em certas condições psicológicas que atinjam a vontade e o intelecto do autor pelo qual o fato punível é ligado ao agente e não à circunstâncias causais. A

fase subjetiva, portanto, denota-se pela presença de certos requisitos acerca do *habitus* psíquico do agente como condições para que ele possa ser punido.

Um tratamento satisfatório da culpa como condição da responsabilidade também é possível se analisarmos o sentido do conceito de responsabilidade do ponto de vista da filosofia analítica.

Como resultado da investigação linguística, a responsabilidade aparece apenas como um conceito sistemático que tem a função de juntar certos fatos condicionantes à determinadas consequências. Que uma pessoa A seja juridicamente responsável pelo fato X, significa, segundo o uso linguístico, que A satisfaz a todas as condições necessárias e suficientes para que, num processo diante dos tribunais, A possa ser condenado por X a uma pena, ao ressarcimento de danos ou a uma outra sanção. Pressupõe-se que x represente a violação de uma norma jurídica. O momento da responsabilidade não existe por si só. Na realidade, tudo o que existe é a relação jurídica entre fatos e consequências. O fato de a responsabilidade não ter referência semântica não significa, porém, que afirmações de responsabilidade sejam ilusórias, no sentido de serem privadas de objeto mas apenas que sua função pragmática é a de exprimir a relação entre fatos condicionantes e consequências condicionadas.

Hart, ainda que se afastando dos indeterminismos metafísicos da concepção clássica da “vontade livre”, conseguiu demonstrar ser plenamente justificado o requisito de condição subjetiva de culpa, como *mens rea*

De um ponto de vista filosófico-analítico, Hart concebe a retribuição não como fim da pena (efeito querido) mas como sua justificação e critério de mensuração. Racionalmente, aceita-se o requisito da culpa como princípio limitativo mais do que como consideração sobre o fim.

Na exposição tradicional da matéria, os juristas tentaram construir uma teoria geral dos “elementos psíquicos” da culpabilidade de maneira insustentável. Num tratamento diferente, Hart observa que, no caso de um delito, é apenas possível compilar uma lista de exceções de que resultam a exclusão da ilicitude, revelando-se que as tentativas de definir em termos gerais as condições psíquicas de responsabilidade são tentativas destinadas ao fracasso. Quando se atribui uma ação a um sujeito, a questão de haver ocorrido um acontecimento psicológico não se apresenta nesta concepção analítica na forma positiva da busca de um movimento interior da vontade mas sob a forma de uma pesquisa se alguns dos motivos de defesa dizem respeito ao caso em espécie. Já na ética aristotélica, o termo “voluntário” servia para excluir uma série heterogênea de casos, como a violência física, a coação, o caso fortuito, o erro etc... e não para designar um elemento ou um estado psíquico. As definições essenciais passam assim a ser consideradas

simplesmente como abreviação do fato de serem admitidas as mais variadas formas de exclusões do ilícito. O que vem considerado como elemento psíquico na responsabilidade delitual pode ser compreendido apenas levando-se em conta as causas de exclusão do ilícito como o erro de fato, o caso fortuito, a força maior, coação, a doença mental etc...O fato de que referido fatores sejam admitidos como exclusão ou atenuante a uma acusação formulada constituiria o valor prático da máxima *acutus no est reus nisi mens sit rea*.

No entanto, os teóricos do direito procuram impor uma unidade fictícia a esta coletânea heterogênea de exclusões, sugerindo que um só elemento (a intenção) ou, segundo certas teorias mais recentes, dois elementos (previsão e voluntariedade) seriam universalmente requeridas como condições necessárias da responsabilidade. É possível apresentar a admissibilidade destas exclusões mostrando-se que há um único elemento psíquico (“voluntariedade”) ou dois (“voluntariedade” e “previsibilidade”) requeridas como condições psíquicas necessárias para uma plena responsabilidade. Mas para poder determinar que coisas seriam a voluntariedade e a previsibilidade e para poder estabelecer sua presença ou ausência é necessário tornar a fazer referência às várias exclusões. Assim, tais termos gerais assumem simplesmente a função pragmática de exprimir abreviadamente a ausência de todas as várias condições a que se referem à capacidade de entender e de querer do agente, eliminando ou diminuindo a responsabilidade.

A velha intencionalidade, contudo, pode encontrar algum apoio nas investigações da Teoria Geral do Direito contemporânea. Numa visão aprofundada, é um erro do comportamentalismo acreditar que um ato possa ser descrito objetivamente como uma série concatenada de fatos exclusivamente físicos, prescindindo de elementos psíquicos. Se se exclui tudo o que se possa chamar intenção, o ato de A se limita a algumas contrações musculares e a certos movimentos. A distinção entre o ato mesmo e as circunstâncias psíquicas que o acompanham é uma abstração artificial e impossível.

Não precisamos ser jusnaturalistas para aceitar que normas requerendo o impossível não devem ser consideradas normas jurídicas. Cumprir uma norma efetivamente depende da apreensão de que estas normas obrigam. A idéia de normatividade traz implícita uma atitude crítico-reflexiva em direção a determinados padrões de conduta, na pretensão à conformidade e no reconhecimento de que tal crítica é justificada.

A posse deste atitude refletiva é central para a capacidade de um indivíduo de seguir a regra. Uma interferência em nosso processo mental, que nos incapacite identificar que nos encontramos em situação de seguir uma

regra ou que “desligue” nossa obrigação pode ser considerado uma exclusão. Desta forma, o ataque contra o conceito de culpa torna-se em certo sentido irrelevante. A abolição da culpa parece-nos assim teoricamente pouco consistente. Mesmo que o legislador venha a afirmar que uma infração poderá ser praticada “independente de culpa”, isto esbarra na verdadeira natureza normativa do direito da qual, por assim dizer, a culpabilidade é inextricável.

(1) Carlos Francisco de Magalhães - “A Nova Lei Antitruste no Brasil - Aspectos Ligados aos Setores de Informática e Telecomunicações”.

(2) Nesta minha passagem um tanto arbitrária da prática à teoria da culpa tenho como interlocutores ideais o autor de “Introdução ao Estudo do Direito-Técnica, Decisão e Dominação”, Alf Ross e Hart que, além de filósofos, por exercitarem a profissão de advogados respectivamente na área do direito econômico, constitucional e penal conseguem uma penetração mais bem sucedida do teórico no prático.

(3) “No matter how it is turned and twisted, it is logically impossible to adhere to the concept of guilt.” A. Vilhelm Lundstedt in Legal Thinking Revised, p.57

(4) Hoje se sabe que a palavra *responsabilidade* que descende da primitiva obrigação contratual do direito quirritário romano, pelo qual o devedor se vinculava ao credor por intermédio de perguntas e de respostas orais *spondes? spondeo* tinha uma raiz sacra, onde a vontade não tinha nenhum papel (Originariamente, a *sponsio* era um ato de libação, um ritual de oferenda coletiva acompanhado de promessa solene (a origem grega desta palavra significa justamente libação). Quem quebrasse o juramento, incorria em sanções de caráter sagrado fazendo recair sobre si a vingança dos deuses. Na concepção primitiva romana, não era, portanto, o consentimento das partes que produzia a obrigação, mas tão somente a prolação solene das palavras prescritas .

Assim também, originariamente a palavra culpa, no direito civil, era sinônima de *inuria*, significando simplesmente a falta de um determinado *ius*, ultrapassar as fronteiras do próprio direito ocasionando impureza e a ira dos deuses. Com o correr dos tempos, em virtude da revolução no pensamento jurídico romano causado pela filosofia grega, o conceito religioso tornou-se moral. A princípio, em decorrência da noção objetiva de culpa, esta existia tanto numa conduta *prudenter* (o delito era cometido com consciência da conseqüência do ato) como *imprudenter* (quando se admitia sacrifícios expiatórios). Pelo novo conceito subjetivo de culpa de origem helênica, o comportamento era repreensível somente enquanto traduzisse uma consciência imoral na conduta. Em antítese com o significado religioso mais

antigo, a palavra adquire o sentido de uma conduta contra o direito moral (o *bonum et aequum*).

NÚMEROS DA REVISTA DO IBRAC JÁ PUBLICADOS

<i>REVISTA DO IBRAC</i> VOLUME 1, NÚMERO 1 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

P.A. N.º 15: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A

P.A. N.º 19: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Knoll S.A
Produtos Químicos e Farmacêuticos

P.A.Nº17: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Laboratórios Pfizer Ltda.

P. A. N.º 20: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Glaxo do Brasil S.A.

P.A Nº18 : PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.

P.A.N.º 02: SDE Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda,
Metalúrgica Marcatto Ltda., RAJJ Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda

<i>REVISTA DO IBRAC</i> VOUME 1 NÚMERO 2 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

P. A. N.º 38: Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos

P.A. N.º 12: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Achê Laboratórios

P.A. Nº29: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A

P.A. Nº13: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X Prodome Química Farmacêutica Ltda.

P.A. N.º 109/89: Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros

P.A N.º 07: SERPRO - Serviço Federal de Processamento de Dados X TICKET - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras

<i>REVISTA DO IBRAC</i> <i>VOLUME 1 NÚMERO 3</i> <i>CADERNO DE TEXTOS</i>
--

SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE" Neide Malard Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Mauro Grinberg, Debate, Carlos Francisco de Magalhães, José Inácio G. Franceschini, Lázara Cotrin, Eugênio de Oliveira Fraga, Marcos Vinicius de Campos, José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Debate.

SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA" Tércio Sampaio Ferraz, Leane Naidin, Debate, Carlos Francisco de Magalhães, Ubiratan Mattos, Pedro Camargo Neto, Pedro Wongtschowski, Edmondo Triolo, Mauro Grinberg, Guilherme Duque Estrada.

SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL" Werter R. Faria, Maria Isabel Vas, Luiz Olavo Baptista, Debate, Michel A. Alaby

<i>REVISTA DO IBRAC</i> <i>VOLUME 1 NUMERO 4</i> <i>CADERNO DE TEXTOS</i>
--

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL, José Matias Pereira;
APURAÇÃO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho
INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS: CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E CONTROLE, Neide Teresinha Malard

REVISTA DO IBRAC VOLUME 2 NÚMERO 1 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

P.A. N.º 30/92: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA X ICI BRASIL S/A.

P.A. N.º 23/91: REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS X XEROX DO BRASIL LTDA.

P.A. N.º 01/91: INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. X SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

P.A.N.º 31/92: TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A X FIAT AUTOMÓVEIS S/A

P.A. N.º 10/91: FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA X LUMIX QUÍMICA LTDA

REVISTA DO IBRAC VOLUME 2 NUMERO 2 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

P.A. N.º 32: SDE X VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA e ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS

CONSULTA N.º 01/93: ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS

P.A N.º 53/92: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES

CONSULTA N.º 03/93: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.

P.A. N.º 34/92: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio X CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 2 NUMERO 3
ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA
SET/NOV 1994

- RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO
- RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)
- YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNANBUCO
- ETERNITI S. A. E BRASILIT S.A.

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 2 NUMERO 4
ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA
DEZ -1994/MARÇO 1995

- ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO
- CBV INDÚSTRIA MECÂNICA
- HANSEN FACTORING - SOCIEDADE DE FOMENTO COMERCIAL LTDA; HANSEN MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA; TRANSPORTADORA RODOTIGRE LTDA; TCT - GERENCIAMENTO EMPRESARIAL LTDA.
- SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA SIDERÚRGICA PAINS)

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 3 NUMERO 1
CADERNO DE TEXTOS

- SIMPÓSIO “CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE” Carlos Francisco de Magalhães, Ruy Coutinho, Neide Malard, José Del Chiaro, Tércio Sampaio Ferraz, José Inácio Franceschini, Laércio Farina, Elizabete Farina, Jorge Gomes de Souza.
- HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue)

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 3 NUMERO 2
CADERNO DE LEGISLAÇÃO

- CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue)
- REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue)

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 3 NUMERO 4
CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA:

- CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
- FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ
- HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.)
- JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 3 NUMERO 5
CADERNO DE DOUTRINA

TRABALHOS APRESENTADOS NO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

H. J. BOURGEOIS, SÔNIA MARIA MARQUES DÖBLER, PEDRO DUTRA, FERNANDO GARCIA, MAURO GRINBERG, JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTI, EDGARD ANTONIO PEREIRA, MÁRIO LUIZ POSSAS, RICARDO HASSON SAYEGK, LUIS FERNANDO SCHUARTZ, MARY LOU STEPTOE.

<i>REVISTA DO IBRAC</i> VOLUME 3 NUMERO 6 CADERNO DE DOUTRINA
--

TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA

GESNER DE OLIVEIRA, GABRIEL CASTANHEDA, ELIZABETH FARINA, PEDRO DUTRA, ONOFRE CARLOS DE ARRUDA SAMPAIO, CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES, LAÉRCIO FARINA, JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ.

