

A Tentativa do Controle do Poder Econômico nas Nações Unidas

**Estudo do Conjunto de Regras e
Princípios para o Controle das Práticas
Comerciais Restritivas.**

Adhemar G. Bahadian

A Tentativa do Controle do Poder Econômico nas Nações Unidas

**Estudo do Conjunto de Regras e
Princípios para o Controle das Práticas
Comerciais Restritivas.**

FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO – FUNAG
INSTITUTO DE PESQUISA DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS - IPRI

Brasília
1992

O presente texto foi originalmente apresentado pelo autor no Curso de Altos Estudos (CAE) em 1983 do Instituto Rio Branco. As opiniões contidas no trabalho são de exclusiva responsabilidade do autor, não coincidindo necessariamente com as posições do Ministério das Relações Exteriores.

O CAE (Curso de Altos Estudos), instituído pelo Decreto-Lei nº 79.556, de 20 de abril de 1977, no âmbito de qualificação para promoção do Ministério das Relações Exteriores, é organizado pelo Instituto Rio Branco, constituindo-se num dos requisitos para promoção de Conselheiro para Ministro de Segunda Classe dentro da Carreira de Diplomata. Os trabalhos apresentados ao CAE, submetidos à consideração de banca especializada, composta de funcionários diplomáticos e professores universitários, são dossiês diplomáticos, onde os autores têm tratado de temas da política externa brasileira e da conjuntura internacional, baseados em suas experiências profissionais ou interesses intelectuais e acadêmicos.

© Adhemar Gabriel Bahadian.

B151 Bahadian, Adhemar Gabriel.

A tentativa do controle do poder econômico nas Nações Unidas: estudo do conjunto de regras e princípios para o controle das práticas comerciais restritivas / Adhemar Gabriel Bahadian. - Brasília: IPRI, 1992.

160 p. - (Coleção Relações Internacionais; 13)

1. Comércio exterior - Controle. I. Título.

CDU: 382.4

ÍNDICE

	Págs.
Agradecimentos	7
PREFÁCIO - Embaixador George A. Maciel	9
INTRODUÇÃO	13
I - DA CARTA DE HAVANA À UNCTAD	17
II - UNCTAD - DO CONTROLE AO DIÁLOGO	33
III - AS CONSEQÜÊNCIAS DO CÓDIGO SOBRE PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS	89
IV - POSSÍVEL APROVEITAMENTO PELO BRASIL DOS RE- SULTADOS DAS NEGOCIAÇÕES SOBRE O CÓDIGO DE PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS	109
V - CONCLUSÕES FINAIS	119
VI - O CÓDIGO DE PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS E SUA ATUALIDADE NOS ANOS 90	131

Agradecimentos

O autor muito deve às críticas e sugestões que recebeu dos Embaixadores Alvaro Gurgel de Alencar, Gilberto Coutinho Paranhos Velloso e Renato Prado Guimarães que se deram o trabalho de ler os originais antes de sua submissão à Banca Examinadora do Curso de Altos Estudos. O Embaixador Jório Dauster Magalhães e Silva foi sempre um interlocutor estimulante com quem muito aprendi. Merece referência especial a paciência de Gilberto Velloso que me permitiu redigir este trabalho aliviando minha carga normal de atividades quando era meu chefe imediato na Missão do Brasil na ONU.

O Embaixador George A. Maciel deu contribuição inestimável não só através de críticas e comentários, mas também por meio de uma orientação serena e segura ao longo de todo o processo negociador relatado no corpo deste trabalho. Tive o raro privilégio de ter o Embaixador Maciel como chefe a longo de dez anos, quase ininterruptos, de minha vida profissional. Com ele aprendi inúmeras lições de negociação diplomática, mas dele o que mais guardo e valorizo é a marca de dignidade que sempre imprimiu em todos os seus gestos profissionais e pessoais. O prefácio que abre este livro certamente encerra mais sabedoria e visão do que as páginas que a ele se seguem.

A Oficial de Chancelaria Loeticia Ribeiro da Luz Graça, generosa como sempre, foi a responsável pela perfeita datilografia dos originais. Marlene, minha mulher, foi uma leitora crítica e incentivadora que nunca me faltou com seu apoio sempre amigo e discreto. A ela e a Gabriela e Rodrigo, meus filhos, dedico este trabalho.

PREFÁCIO

Deu-me duplo prazer a leitura deste trabalho de Adhemar Bahadian. Em primeiro lugar, porque o assunto tratado é dos mais interessantes; e, em segundo lugar, porque me fez recordar - reviver - parte do meu próprio passado em Genebra e em Nova Iorque.

A história é contada nestas páginas por quem foi, durante alguns anos, ator e observador dos acontecimentos relatados, tanto como representante do Brasil nas negociações diplomáticas aqui examinadas, quanto como coordenador e porta-voz do Grupo dos 77 em Genebra, tanto no campo das práticas comerciais restritivas, quanto no campo de transferência de tecnologia. As credenciais do autor aparecem no texto: o relato é claro e preciso; a análise é profunda e equilibrada.

O trabalho tem, assim, um valor acadêmico e um valor pragmático, para a justa compreensão do caráter de negociações multilaterais em determinada fase do diálogo Norte-Sul e para o eventual desenvolvimento da matéria das negociações em Fóros internacionais.

O início dos fatos aqui examinados se desenrola em época em que a UNCTAD ainda tinha a possibilidade de organizar e levar adiante empreendimentos relevantes no setor de negociações econômicas multilaterais. Esse poder de empreendimento era função do poder de mobilização do Grupo dos 77, do seu poder de pressão e de manobra. Hoje em dia a UNCTAD já não demonstra ter essa possibilidade, principalmente porque o Grupo dos 77 se debilitou, perdeu grande parte do seu poder de pressão e manobra, como resultado de diversos fatores, internos e externos: a quebra de unidade de objetivos, causada pela predominância de interesses de grupos regionais, entre os quais se destaca o grupo africano, de todos o mais numeroso, pela formação de sub-grupos de interesses especiais, como o grupo árabe e o grupo dos países produtores de petróleo, pela influência de interesses nacionais específicos e, até mesmo, de interesses pessoais de certos representantes governamentais, sem falar em elementos ideológicos e outros. Terá contribuído para a alteração do caráter do Grupo dos 77 e, em consequência, da UNCTAD a própria circuns-

de relações em si, nem sempre, por causa do desequilíbrio político e econômico entre os países de um e do outro lado, tiveram efeito favorável para o Sul. Entre os fatores de ordem externa que afetaram o poder do Grupo dos 77, pode-se mencionar a queda dos preços do petróleo, o declínio do desenvolvimento econômico do terceiro mundo, o aumento vertiginoso da sua dívida externa (que não foi possível utilizar como elemento positivo de barganha), a crescente resistência dos países desenvolvidos (como consequência dessa situação geral) às reivindicações e propostas dos países em desenvolvimento, o surgimento e ascenso do Grupo dos Países Não-Alinhados que, mais ágil politicamente, antes retirou que emprestou apoio ao Grupo dos 77.

A UNCTAD - Grupo dos 77 exerceram, entretanto, uma função histórica marcante. A sua criticada ideologia (filosofia) se chocava com a também criticada filosofia (ideologia) do GATT e do FMI, em um confronto legítimo de posições divergentes nas tentativas de reestruturação do sistema econômico internacional. Os países em desenvolvimento conseguiram introduzir algumas modificações significativas no GATT, que, agora se encontra em uma fase decisiva, “agônica” (diria Unamuno) na Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais, à qual a UNCTAD deu todo apoio, praticamente renunciando em favor do GATT, por assim dizer, à sua própria competência no setor. Mas, como ficou patente na Reunião Ministerial de Montreal, em dezembro de 1988, o confronto de interesses se produz tanto entre o Norte e o Sul, quanto entre as grande potências econômicas do Norte. Dada a persistência desse conflito de interesses, a Reunião Ministerial de Bruxelas, em dezembro de 1990, não teve êxito, mas as negociações foram retomadas em meados de 1991, com a esperança de se concluírem no fim do ano. Enquanto isso, às vésperas da UNCTAD VIII, nota-se certa perplexidade, certamente de modo acentuado na América Latina, não só sobre as funções específicas da UNCTAD, mas também quanto ao seu próprio futuro.

As “práticas comerciais restritivas” não foram envolvidas nessa batalha, como já não haviam sido acolhidas pelo Acordo Geral, embora figurassem na Carta de Havana. Nem mesmo a largueza da Declaração de Punta del Este, de 1986, que permitiu a entrada no recinto do GATT até de matéria de natureza não-comercial, lhes abriu espaço na Rodada Uruguai. Apesar disso, em Bruxelas houve uma nova tentativa de introduzir o tema na Rodada Uruguai, e em meados de 1991 ainda se encontrava sobre a mesa de negociação em Genebra um ante-projeto de acordo sobre práticas comerciais restritivas, apresentada como complemento a um eventual acordo sobre “medidas de investimento relacionadas com o comércio” (TRIMs). Entretanto, a história de Punta del Este continua negando espaço a tal assunto no GATT.

Assim, a comunidade internacional dispõe apenas de um código de conduta sobre a matéria, negociado através das vicissitudes apontadas neste

trabalho, apesar da resistência das nações industrializadas do ocidente e da posição que haviam assumido os então chamados países socialistas do leste europeu e, ainda, apesar das divisões internas do Grupo dos 77 e de certo exagero reivindicatório, na fase inicial, de países em desenvolvimento.

Por processo semelhante, mas com menos fortuna final, passou também o Código de Transferência de Tecnologia, fruto murcho da mesma fase do diálogo Norte-Sul. Pior sorte vem tendo o projeto de código de empresas transnacionais, na sede da ONU em Nova Iorque. Infelizmente não foi possível montar esse tripé, sobre o qual, talvez, se pudesse erigir valiosa estrutura jurídica. Essa possibilidade esbarrou no “imobilismo” dos países industrializados, bem como na dificuldade de que já se reveste a matéria para certos países em desenvolvimento.

Esse imobilismo, como explica Adhemar Bahadrian no último capítulo do seu trabalho, não decorre de “falta de vontade política”, como alegam representantes de países em desenvolvimento e como, erroneamente, afirmam mesmo alguns analistas. Muito pelo contrário, o chamado “imobilismo” decorre de clara e bem definida “vontade política” de manter o status quo ou de modificá-lo apenas em sentido mais favorável aos interesses dominantes. Não se trata de crítica indevida ou tendenciosa, mas apenas do registro da natural tendência de cada um, de cada país, de manter os seus próprios privilégios e de deles só abrir mão em caso de força maior ou de visão de condições mais vantajosas a longo prazo. A defesa de interesses imediatos predomina, em geral, sobre essa visão.

George A. Maciel

Rio das Ostras, setembro de 1991.

INTRODUÇÃO

A Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, por consenso, através da resolução 35/63, aos 5 de dezembro de 1980, o “conjunto de princípios e normas eqüitativos acordados multilateralmente para o controle das Práticas Comerciais Restritivas”.

A adoção daquele instrumento - daqui por diante referido como Código de Práticas Comerciais Restritivas - culminava um processo negociador que, com pequenas interrupções, se havia iniciado quase quarenta anos antes, por ocasião da tentativa de criação da Organização do Comércio e do Emprego.

O Código de Práticas Comerciais Restritivas, resultava, contudo, de negociações ocorridas na UNCTAD, Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento, durante o período de 1968 a 1980. Saudado como fruto do chamado Diálogo Norte-Sul, o Código se inscreve nos esforços de criação e implementação de uma nova ordem econômica internacional, terminologia empregada nas Nações Unidas para caracterizar as iniciativas e os esforços dos países em desenvolvimento, com vistas à elaboração de normas e regras do comércio internacional mais ajustadas às necessidades de superação dos obstáculos ao crescimento econômico.

O Código de Práticas Comerciais Restritivas - e outros instrumentos que guardam com ele relação estreita, como o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia - distingui-se de negociações comerciais bilaterais ou multilaterais diretamente associadas com a redução de barreiras alfandegárias e irá preocupar-se mais diretamente com a remoção de obstáculos ao comércio decorrentes de práticas ditadas pela concentração do poder econômico.

O Código de Práticas Comerciais Restritivas é, assim, parte de um conjunto bem amplo de negociações internacionais na área do Diálogo Norte-Sul, vinculadas às tentativas de controle do poder econômico no sistema das Nações Unidas.

No conjunto dessas negociações, há, pelo menos, os seguintes instrumentos internacionais em elaboração, além do Código de Práticas Comerciais Restritivas: a) Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, no âmbito da UNCTAD; b) revisão da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e c) Código de Conduta sobre Empresas Transnacionais, no âmbito do Conselho

Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC).

O objetivo deste trabalho é o de, através da análise da elaboração do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, procurar determinar as razões que levaram ao acordo internacional neste campo e as razões que levam ao impasse nos demais instrumentos.

Ao buscar este objetivo, partiu-se da hipótese de que o estudo dessas razões nos permitirá inferir a dinâmica recente do Diálogo Norte-Sul e sua forma e direção no futuro próximo.

Procurei refletir sobre a experiência vivida no acompanhamento dessas negociações multilaterais, com vistas a repensá-las e a oferecer tanto aquela experiência quanto essas reflexões ao debate.

Em sua essência, as reflexões aqui descritas têm que ver tanto com os aspectos mais intimamente relacionados com o Código de Práticas Comerciais Restritivas quanto com as negociações sobre o Código para Transferência de Tecnologia e o Código sobre Empresas Transnacionais, na medida em que a alusão a esses últimos instrumentos é suscetível de corroborar uma determinada linha de pensamento.

O primeiro capítulo, “Da Carta de Havana à UNCTAD”, procura identificar os elementos principais do capítulo Práticas Comerciais Restritivas inserido na Carta de Havana. Mereceu especial referência a intervenção do Delegado dos Estados Unidos da América, pois, nela, se encontram as razões e motivações para a iniciativa norte-americana. À luz dessa intervenção, faz-se uma breve análise dos elementos básicos da legislação norte-americana antitruste, com vistas a identificar a afinidade daquela legislação com a proposta original dos Estados Unidos da América para a Carta de Havana. O capítulo faz alusão, ainda, aos interesses dos países em desenvolvimento na Carta de Havana. Com relação a este aspecto transcreve-se a intervenção do Delegado brasileiro naquela reunião e assinala-se a importância do enfoque desta intervenção para as futuras deliberações sobre o tema. A questão das exceções inseridas na Carta de Havana é igualmente estudada à luz de suas implicações para os interesses dos países em desenvolvimento e assinalam-se, em particular, as exceções relacionadas com o comércio entre as diferentes entidades de uma empresa transnacional.

O capítulo II, “UNCTAD, do confronto ao Diálogo”, tem por objetivo descrever não só os pressupostos básicos das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas no período de 1968 a 1980, mas também o de assinalar os principais momentos dessas negociações. O Capítulo identifica a contribuição de alguns estudos da UNCTAD para a compreensão do fenômeno das práticas comerciais restritivas de empresas transnacionais e, em especial, sobre a participação delas no volume global das exportações de manufaturados brasileiros, no período de 1967 a 1969. O estudo se detém no fenômeno do

chamado “preço de transferência” exercitado pelas entidades de empresas transnacionais, fenômeno esse que polarizará as negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas mais adiante.

O capítulo III, “as conseqüências do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas” examina pontos relacionados diretamente com os objetivos deste trabalho que se constituem fundamentalmente como reflexões do autor à luz do que anteriormente se relatou nos capítulos I e II. O capítulo examina o Memorando da Câmara de Comércio Internacional sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas e expõe a visão crítica do Diálogo Norte-Sul, tal como percebido por importantes negociadores dos países desenvolvidos de economia de mercado.

O capítulo IV, “possível aproveitamento pelo Brasil dos resultados das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas” contém título suficientemente auto-explicativo e dispensa comentários.

Finalmente, o capítulo V, “conclusões finais”, procura consolidar as reflexões que se fazem ao longo do trabalho e extrair delas conseqüências de ordem prática para o futuro próximo.

Ao final deste trabalho, encontra-se a versão oficial, em espanhol, do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas. O Português, lamentavelmente, ainda não é língua oficial das Nações Unidas. Nos casos em que se faz necessária a indicação precisa de porções do Código, principalmente no capítulo II, transcrevem-se, em português e em tradução não oficial, os textos pertinentes.

I - DA CARTA DE HAVANA À UNCTAD

1. Da Carta de Havana à UNCTAD

A primeira tentativa de codificação, no pós-guerra, das Práticas Comerciais Restritivas coincide com os esforços da chamada liberalização do comércio internacional.

A iniciativa norte-americana de estimular a convocação de uma Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Emprego tinha por objetivo a elaboração de um instrumento internacional, onde se inscreveriam, dentre outros, princípios gerais contra as Práticas Comerciais Restritivas.

Furnish relata que, desde 1943, um Comitê de Alto Nível vinha elaborando, nos Estados Unidos da América e com a colaboração do Reino Unido, um anteprojeto intitulado “Proposals for Expansion of World Trade and Employment”⁽¹⁾. Com base nessas propostas, o Departamento de Estado Americano submeteu à consideração das reuniões preparatórias da Conferência sobre o Comércio e o Emprego (Conferência de Havana), realizadas em Londres, em 1946, um capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas.

O anteprojeto norte-americano, embora sem definir explicitamente o conceito de Práticas Comerciais Restritivas, convidava os Estados Membros a tomar medidas apropriadas, individual ou coletivamente, para evitar práticas comerciais que “restringam a concorrência, limitem o acesso aos mercados ou estimulem o controle monopolístico do comércio internacional e que, desta forma, têm por efeito frustrar o propósito da Organização (Internacional do Comércio) de promover a expansão da produção e do comércio e a manutenção, em todos os países, de altos níveis de renda real”.

A seguir, o anteprojeto indica textualmente que os Estados Membros concordam que dentre as Práticas que se devem presumir condenáveis, a menos que se demonstre o contrário em um caso

(1)Vide Dale Furnish; A transnational Approach to Restrictive Business Practices; in International Lawyer; Vol. 4; nº. 2; 1969

específico, incluem-se todas as combinações, acordos ou arranjos que:

- a) fixem preços ou condições na compra ou venda de qualquer produto ou serviço;
- b) excluam empresas de qualquer mercado territorial ou campo de ação comercial, distribuam ou dividam qualquer mercado territorial ou campo de ação comercial, distribuam clientes, fixem quotas de compra e venda, exceto quando tais arranjos sejam apenas parte de arranjos regulares de comercialização entre uma empresa e seus distribuidores com relação a seus próprios produtos e quando esses não tiverem por fim reduzir a concorrência entre esta empresa e seus concorrentes;
- c) conduzam a boicote ou a discriminação contra empresas;
- d) signifiquem limitação da produção ou atribuição de quotas de produção;
- e) levem à supressão de tecnologia ou invenção, patenteada ou não;
- f) expandam o uso dos direitos das patentes, marcas de comércio ou direitos autorais a matérias que não sejam de âmbito direto, ou a produtos ou serviços que não sejam imediatamente relacionados com o privilégio concedido.

Finalmente, o anteprojeto norte-americano deixava de considerar como suscetíveis de controle pela Organização Internacional do Comércio os seguintes temas:

- a) acordos intergovernamentais sobre produtos de base, de conformidade com o capítulo VI da Carta;
- b) acordos ou entendimentos relacionados com os transportes ferroviários, aéreos, marítimos ou com os serviços de telecomunicações.

É interessante, agora, apresentar o texto da intervenção do delegado norte-americano, tal como refletido nas Atas do Comitê Preparatório de Londres, com as justificativas da proposta do capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas.

“Senhor Presidente, estimaria fazer uma breve declaração para iniciar este debate.

Porque achamos necessário incluir um capítulo especial relativo à abolição das restrições ao comércio no projeto da Carta? Este capítulo nos parece extremamente importante e sua ausência provocaria grande prejuízo ao sucesso deste projeto. Trata-se, em primeiro

lugar, de eliminar ou, pelo menos de reduzir as barreiras à expansão do comércio. A Comissão de Política Comercial se ocupa das barreiras comerciais erigidas pelos governos. Mas se deixarmos nas mãos dos particulares a possibilidade de erigir barreiras idênticas, não faríamos nosso trabalho senão pela metade. As restrições estabelecidas pelos particulares são tão eficientes e perigosas ou, talvez, até mais, às vezes. Se as mercadorias logram algumas vezes circular de um país para outro apesar das disciplinas alfandegárias, existem acordos entre particulares - os cartéis - que podem impedir totalmente esta circulação. Eles podem, com efeito, criar um embargo completo sobre essas mercadorias; por exemplo, se há divisão de mercados ou o estabelecimento de quantidades pré-fixadas para cada membro do cartel - em especial se esses membros controlam ao mesmo tempo o fornecimento das mercadorias e de suas matérias-primas - a restrição à circulação se torna absoluta.

Por outro lado, deve-se ter presente que o controle de certos produtos e as barreiras instituídas pelos governos são questões que se discutem abertamente aos olhos da opinião pública, enquanto que os cartéis são acordos privados que não levam em consideração os interesses públicos. Se não tomarmos alguma medida contra esses acordos primários provocaremos um obstáculo sério à consecução do objetivo desta Conferência, o estabelecimento da Carta do Comércio.

Um segundo problema está relacionado com o nível de emprego. Todo acordo entre particulares cria um monopólio. Destarte, os preços se elevam, os produtos se tornam menos numerosos, o consumo decresce, o pleno emprego diminui e a mão de obra é menos utilizada. Tudo isto resulta em prejuízo sério do pleno emprego.

Ademais, os monopólios nas mãos dos particulares concentram uma grande parte da renda nacional em mãos de uns poucos e, necessariamente, uma parcela menor desta renda cabe aos demais parceiros da operação comercial; em outras palavras, os artesãos e os trabalhadores ganham muito menos.

Existe um terceiro problema: as práticas restritivas impedem o desenvolvimento dos países ainda pouco industrializados. Por exemplo, se existe um acordo entre os membros de um cartel sobre o equipamento industrial, não há dúvida de que os países que procuram industrializar-se não o poderão fazer da mesma forma que se adquirissem o que lhes é necessário num mercado livre. Esta situação pode ir, inclusive, muito mais longe e provocar um obstáculo total ao desenvolvimento industrial de um território qualquer, de várias maneiras. Pode haver "dumping" ou ameaça de "dumping" ou mesmo

uma ameaça de boicote. A mesma coisa pode ocorrer com relação aos progressos tecnológicos; pode-se impedir um país de participar deste progresso; por exemplo, acordos entre particulares podem decidir não vender certas patentes a algumas regiões do hemisfério. Desta forma, certas convenções poderiam permitir a um cartel estabelecido nos Estados Unidos não vender determinadas patentes ao hemisfério ocidental ou oriental.

(...) Ao expor aqui brevemente nossa visão do problema, gostaríamos de dizer que a idéia deste capítulo (sobre Práticas Comerciais Restritivas) não nos surgiu senão ulteriormente. Nossa primeira idéia foi a de sugerir que o mundo inteiro deveria adotar, a exemplo dos Estados Unidos, leis contra os trustes. Mas as discussões internacionais que tivemos em outros países nos mostraram que nossa idéia era muito ambiciosa. Eis porque nos resignamos a perseguir um fim mais modesto e nos limitamos a pedir que uma organização eficaz fosse criada, dotada de um mecanismo apropriado, para estabelecer as diretrizes sobre esse tema. Gostaríamos de salientar que, em nosso projeto de Carta, esse órgão não terá possibilidade de agir por iniciativa própria. Ele deverá, simplesmente, diante de uma queixa que a ele for submetida, estabelecer a pertinência dela, antes de recomendar uma ação corretiva. Por outro lado, esse organismo poderá fazer recomendações aos países soberanos e indicar-lhes que ação empreender para abolir essas restrições ao comércio”²⁾.

A transcrição da intervenção do delegado dos Estados Unidos da América nos facilitará examinar os seguintes aspectos da proposta submetida ao Comitê Preparatório:

- a) a natureza e amplitude das exceções inseridas no anteprojeto norte-americano;
- b) as omissões do projeto norte-americano e, em especial, as relacionadas com o desenvolvimento econômico.

Com relação ao item a) acima - natureza e amplitude das exceções inseridas no anteprojeto norte-americano - cumpriria, desde logo, ressaltar que se deveria ler com cautela a afirmação do delegado dos Estados Unidos de que seu governo havia renunciado à tentativa de

2) Declaração do Senhor Clair Wilcox - Delegado dos Estados Unidos da América à Segunda Sessão da Terceira Comissão, da Comissão Preparatória da Conferência Internacional do Comércio e do Emprego, feita aos 23 de outubro de 1946. Vide documento E/PC/T.C.III/PV.2, páginas 2 e 3. United Nations Library. New York.

transpor a legislação antitruste americana para o âmbito internacional. Na realidade, uma análise, ainda que superficial, daquela proposta nos permitirá evidenciar que há perfeita sintonia entre a legislação interna americana e o anteprojeto. Nessa perspectiva, convém recordar, em primeiro lugar, que um dos elementos básicos da proposta é a frase “a menos que se demonstre o contrário em um caso específico”.

A introdução desta cláusula de escape na proposta norte-americana é perfeitamente coerente com a prática dos Estados Unidos de examinar os arranjos ou acordos limitativos ao comércio caso a caso. Em outras palavras, a frase “a menos que se demonstre o contrário em um caso específico” transpõe para o plano internacional a chamada “regra da razão” (rule of reason), conforme nos adverte o próprio Clair Wilcox em seu “Public Policies Towards Business”⁽³⁾.

Com efeito, as decisões da Suprema Corte Americana, desde 1911, e em especial nos processos contra a Standard Oil Corporation of New Jersey e a American Tobacco Company haviam estabelecido que o propósito da Lei Sherman não “era o de restringir o direito de se elaborar ou implementar contratos que não restringissem indevidamente o comércio doméstico ou internacional, mas sim o de evitar que o comércio fosse restringido por métodos que constituíssem uma interferência, isto é, por uma restrição indevida”⁽⁴⁾.

A proposta norte-americana não se limitou, porém, apenas a transpor a regra da razão para a Carta de Havana. Uma leitura das principais exceções inscritas no artigo 40 nos permite verificar que elas são praticamente idênticas às exceções aceitas na legislação interna americana.

Com efeito, diz o artigo 40 que serão excluídos do capítulo sobre práticas comerciais restritivas os acordos intergovernamentais sobre produtos de base e os acordos ou entendimentos sobre transportes ferroviários, aéreos, marítimos e os serviços de telecomunicações. Ora, conforme indica Fritz Machlup em “The Political Economy of Monopoly”, os setores agrícola e de transportes ferroviários e aéreos sempre foram excluídos das leis antitruste⁽⁵⁾.

Finalmente, a proposta norte-americana trazia, ainda, uma exceção importantíssima inscrita na alínea (b) do parágrafo 2º do artigo 34, onde se lê: “exceto quando tais arranjos ou acordos (fixação de preços,

(3) Vide Clair Wilcox. *Public Policies Towards Business*; Richard Irvin, Inc.. Chicago, 1955.

(4) Vide Clair Wilcox. *Public Policies Towards Business*; Richard Irvin, Inc.. Chicago, 1955, página 110.

(5) Vide Fritz Machlup. *The Political Economy of Monopoly*. The John Hopkins Press, Baltimore; 1952, páginas 212/213.

quotas, divisão de mercados) são apenas parte de arranjos regulares de comercialização entre uma empresa e seus distribuidores com relação a seus próprios produtos e quando esses arranjos não tiverem por fim reduzir a concorrência entre esta empresa e seus concorrentes”.

Esta exceção é importante porque nela se encontra a cláusula de escape para as chamadas relações intra-empresas que, com o desenvolvimento das empresas transnacionais, irão marcar fundamente as negociações não só sobre Práticas Comerciais Restritivas e transferência de tecnologia no marco da UNCTAD, mas também as relacionadas com a elaboração de um código de conduta para empresas transnacionais no âmbito do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas.

Com relação ao item (b) - omissões do projeto norte-americano - há que referir, em primeiro lugar, o fato de que as sanções previstas na Carta de Havana eram praticamente nulas. Neste particular, não há dúvida de que os norte-americanos se afastaram consideravelmente de sua legislação interna, que prevê sanções que variam da multa à prisão celular.

Todavia, as omissões da proposta norte-americana que mais nos interessam referir neste trabalho são as relacionadas com os efeitos nocivos das Práticas Comerciais Restritivas para o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento. Registre-se, por oportuno, que a intervenção do delegado norte-americano na Conferência Preparatória de Londres, embora aponte para estes efeitos, não chega a dar-lhes consequência. A proposta submetida pela Delegação dos Estados Unidos da América está voltada para os aspectos referentes à concorrência e ao comércio internacional e faz alusão apenas à manutenção dos altos níveis de renda real o que, obviamente, não incorpora a dimensão do crescimento da renda, conceito fundamental para os países em desenvolvimento.

Alguns analistas da questão das Práticas Comerciais Restritivas na Carta de Havana e, e, especial Dale B. Furnish, consideram que as negociações na Conferência de Havana separaram em campos opostos os países europeus, de um lado, e os países em desenvolvimento e os Estados Unidos da América, de outro⁽⁶⁾.

Esses analistas justificam seu ponto-de-vista argumentando que os países da Europa Ocidental não estavam preparados para aceitar uma condenação dos cartéis e das práticas restritivas em geral, com a

(6) Vide Fritz Machlup, *The Political Economy of Monopoly*. The John Hopkins Press, Baltimore: 1952, páginas 212/213. Vide Nota 1, página 317.

mesma determinação dos Estados Unidos.

Furnish, por exemplo, argumenta que os representantes do Benelux, especialmente, insistem em que os cartéis poderiam funcionar como instrumentos eficazes do planejamento econômico, quando despidos de seus abusos. Destarte, aduz Furnish, no ponto fundamental da proposta norte-americana, isto é, na condenação “per se” dos cartéis, os participantes da Conferência se dividiram em campos opostos⁽⁷⁾.

A leitura das Atas das reuniões do Comitê Preparatório da Conferência de Havana não deixa de dar razão, pelo menos em parte, ao ponto-de-vista de Furnish.

A intervenção do representante do Luxemburgo, com efeito, procura contestar a proposição americana e não hesita em considerar que “a palavra cartel é, em si mesma, insuficiente” e que entre os acordos de cavalheiros e os trustes existe toda uma gama de acordos internacionais que poderiam ser definidos como movimentos de cooperação entre empresas industriais com vistas a controlar a demanda e a oferta, promover o desenvolvimento técnico e que, portanto, esses arranjos ou acordos não são incompatíveis com a Carta de Havana. A mesma ótica, com pequenas oscilações, foi a das delegações da Bélgica, Reino Unido e, com menos ênfase, da Delegação do Canadá⁽⁸⁾.

Se há, portanto, confirmação para a análise de Furnish no que se relaciona à oposição dos países europeus à proposta norte-americana, a situação real com relação às questões que mais de perto interessavam aos países em desenvolvimento é outra.

Antes, porém, de passarmos a este nível de exame, convém prosseguir, por uma questão de método, com a revisão dos impasses entre a Europa e os Estados Unidos para melhor compreender a solução final que se encontrou na Carta de Havana.

Em que pese a autoridade de Dale Furnish, não partilho seu ponto-de-vista de que, em Havana, a divisão entre europeus e americanos tenha sido de molde a desvirtuar profundamente as propostas norte-americanas. Argumenta Furnish, como se viu acima, que o texto final da Carta de Havana recolhe o ponto-de-vista europeu, pois a condenação “per se” das práticas comerciais restritivas teria sido abandonada em favor de uma fórmula consensual de quase endosso àquelas práticas.

(7) Vide Fritz Machlup, *The Political Economy of Monopoly*. The John Hopkins Press, Baltimore: 1952, páginas 212/213. Vide Nota página 324.

(8) Vide documento E/PC/T.C./III 4, de 30 de outubro de 1946. United Nations Library. New York.

Todavia, conforme se procurou mostrar anteriormente, a proposta norte-americana estava longe de constituir uma condenação sem escapes às práticas restritivas, pois não poderia condenar, em nível internacional, o que, na legislação interna dos Estados Unidos, era, igualmente, sujeito a ambivalências e a regras de razão.

Neste ponto é talvez conveniente recordar que o próprio Fritz Machlup em seu "The Political Economy of Monopoly" adverte que "os governos, aparentemente, nunca foram capazes de tomar uma decisão firme sobre se o que mais repudiam é a concorrência ou o monopólio. Esse fato permanece verdadeiro até os nossos dias e, muito provavelmente, continuará a prevalecer no futuro. Nos Estados Unidos, o sentimento anti-monopolista tem sido especialmente vocal, mas a ação legislativa durante as últimas décadas foi mais "anti-concorrência" (grifo no original) em seu caráter. A legislação existente e as ações governamentais não nos permitem dizer, com segurança, se a balança pende em favor do monopólio ou da concorrência"⁽⁹⁾.

O texto final da Carta de Havana foi saudado por Wilcox em seu "A Charter for World Trade" ao asseverar que "a Carta (de Havana) não acabará com os monopólios do dia para a noite; as leis antitruste não acabaram com eles nos Estados Unidos nos últimos sessenta anos. As práticas comerciais restritivas devem ser determinadas por seus efeitos; a regra da razão determinou a interpretação da lei Sherman"⁽¹⁰⁾.

A análise de Wilcox é corroborada pela de William Adams Brown Jr. ao afirmar que "nunca, em qualquer acordo internacional, inscreveram-se propostas semelhantes às que foram acolhidas na Carta de Havana. Elas, todavia, não são mais do que um começo e, como foi tão freqüentemente enfatizado durante as negociações, sua eficácia dependerá da gradativa construção de uma sistema internacional capaz de lidar juridicamente com os efeitos nocivos das práticas dos cartéis"⁽¹¹⁾.

Parece, portanto, chegado o momento de examinarmos o texto final da Carta de Havana e, em seguida, passarmos em revista a posição dos países em desenvolvimento nessas negociações.

Na Carta de Havana, o capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas é o de número cinco e contém nove artigos. Desses, os mais importantes para os objetivos deste trabalho são os seguintes:

(9) Vide Fritz Machlup. *The Political Economy of Monopoly*. The Hohn Hopkins Press, Baltimore, 1952. página 182.

(10) Wilcox: *A Charter for World Trade*; the Macmillan Company; New York; 1949.

(11) William Adams Brown Jr.: *The United States and the Restoration of World Trade: An Analysis and Appraisal of the ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade*; The Bookings Institution; Washington, DC; 1950; página 341.

a) o artigo 46, que estabelece a política geral com relação às Práticas Comerciais Restritivas. Nesse artigo, diz-se que “todo Estado membro deverá tomar medidas apropriadas e deverá cooperar com a organização para prevenir, tanto das empresas privadas quanto públicas, práticas comerciais afetando o comércio internacional que restrinjam a concorrência, limitem o acesso a mercados ou estimulem o controle monopolístico, sempre que tais práticas tenham efeitos nocivos para a expansão da produção ou do comércio e interfiram na consecução de quaisquer dos demais objetivos estabelecidos no artigo 1º”.

Os elementos principais do artigo acima transcrito que devem reter nossa atenção são os seguintes:

- 1 - a inclusão das empresas públicas como suscetíveis de controle;
- 2 - a delimitação das práticas restritivas àquelas que afetam o comércio internacional e que:
 - 2.1 - restrinjam a concorrência;
 - 2.2 - limitem o acesso a mercados;
 - 2.3 - estimulem o controle monopolístico

desde que:

- 2.4 - tenham efeitos nocivos à expansão da produção ou do comércio e
- 2.5 - interfiram com a consecução de qualquer um dos objetivos estabelecidos no artigo 1º.

Como se vê, portanto, a Carta de Havana limita o conceito de práticas comerciais restritivas àquelas que tenham efeitos nocivos à expansão da produção ou comércio. Mais adiante, no artigo 46, parágrafo 2º, alíneas (b) e (c) diz-se que as práticas estarão sujeitas a investigação sempre que as empresas comerciais que as utilizarem, de forma individual ou coletiva, possuírem controle efetivo do comércio entre um número de países em um ou mais produtos.

b) Finalmente, o artigo 54 em seu parágrafo 2º, alínea a estabelece que o “termo prática comercial não deve ser interpretado de forma a poder incluir um contrato individual entre duas partes tais como vendedor e comprador, arrendador e arrendatário ou um principal e seu agente, desde que tal contrato não seja usado para restringir a concorrência, limitar o acesso a mercados ou estimular o controle monopolístico”.

Desta forma, como se vê, a solução adotada pela Carta de Havana recolhe as principais preocupações da proposta original dos Estados Unidos da América. As emendas introduzidas pelas delegações européias têm por efeito principal o de tornar ainda mais claro o fato de que na condenação das práticas comerciais restritivas deve-se examinar cada caso específico em função de seus efeitos sobre a situação em particular.

Em outras palavras, portanto, a Carta de Havana acolhe a noção de “regra da razão” tal como usual na legislação interna norte-americana. As exceções particulares do artigo 54 são, ainda, mais importantes, pois deixam fora do alcance da Carta as relações internas de empresas, o que resulta na aceitação de práticas comerciais entre matrizes e subsidiárias de empresas transnacionais eventualmente danosas para o comércio internacional, desde que “não restrinjam a concorrência, limitem o acesso a mercados ou estimulem o controle monopolístico.

Caberia, agora, procurar identificar os resultados obtidos pelos países em desenvolvimento nas negociações da Carta de Havana. A leitura das Atas do Comitê Preparatório nos indica que esses resultados são escassos ou quase nulos.

Com efeito, os países em desenvolvimento mostraram especial interesse em incluir no capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas dois elementos essenciais, a saber:

- a) a referência aos efeitos prejudiciais das Práticas Comerciais Restritivas para os esforços de desenvolvimento econômico desses países e
- b) a cobertura do setor “serviços” no escopo das práticas a serem condenadas.

O último desses pontos, isto é, o referente à inclusão dos serviços no capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas foi particularmente defendido pela Índia e o primeiro deles, referente ao desenvolvimento econômico, pelo Brasil.

Ainda mais importante foi a tentativa do Delegado brasileiro de fazer incluir no artigo 46, parágrafo 1º, da Carta de Havana uma referência específica aos efeitos nocivos das Práticas Comerciais Restritivas para os países em desenvolvimento.

A relevância do assunto no contexto deste trabalho impõe a transcrição “ipsis verbis” das Atas do Comitê Preparatório:

“Senhor Monteiro de Barros (Brasil):

Senhor Presidente, no Brasil as práticas restritivas à concorrência que têm por fim dominar a produção e falsear o processo normal de

formação dos preços são punidas, já há algum tempo, pelas leis ordinárias que protegem a economia popular.

Damos tal importância a esse princípio jurídico que a nova Constituição brasileira, aprovada a 18 de setembro passado (1946), em seu artigo 148, o elevou à dignidade de dispositivo constitucional, ao dizer: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico, qualquer que seja sua forma, inclusive as uniões e os agrupamentos de empresas individuais e sociais de qualquer espécie que tenham por fim dominar a produção nacional, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os preços”. Por outro lado, é certo que as nações que, como o Brasil, estão em fase de desenvolvimento econômico, têm boas razões - que não sera preciso detalhar aqui - para temer os efeitos perniciosos dessas práticas sobre suas economias. Eis aí porque o Brasil está de acordo com as propostas dos Estados Unidos e teve inclusive a honra de submeter algumas sugestões ao artigo 38, Secção N. Vê-se, portanto, que, para o Brasil, a aceitação desses princípios pela Carta Internacional do Comércio não será senão a consagração efetiva, em plano internacional, das disposições legais, em vigor em seu direito público interno já há algum tempo. Nós nos reservamos o direito de voltar ao assunto e de apresentar adições ou modificações ao texto proposto¹²⁾.

As propostas brasileiras foram, na prática, ignoradas pelo Comitê Preparatório e merece ser ressaltado que o Delegado brasileiro, Teotônio Monteiro de Barros, não se deu por convencido com as explicações para a não inclusão de uma referência específica aos efeitos nocivos das Práticas Comerciais Restritivas sobre o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento.

Veja-se, a propósito, o que revelam as Atas do Comitê Preparatório à página 23 do documento E/PC/T/C.III/PV/5:

“O Senhor Monteiro de Barros:

Senhor Presidente, tive a honra de propor em nossa reunião de 30 de outubro (de 1946) uma emenda à agenda no subparágrafo g do parágrafo 3, com vistas a ali incluir as palavras “tendo diretas ou indiretas CONSEQUÊNCIAS que possam impedir ou prejudicar o desenvolvimento industrial dos países subdesenvolvidos”.

“O Presidente - Sobre este ponto, gostaria de dizer que as explicações dadas pelo Senhor Mc Gregor's (Delegado canadense) há algum tempo atrás já responderam à sua pergunta antecipadamente.

Sua emenda não foi retida porque o Subcomitê considerou que sua observação havia sido contemplada pela menção, no fim do

(12) Vide documento E/PC/T/C.III/PV.2, páginas 34 e 35. United Nations Library. New York.

parágrafo 1 do artigo 34, de “ou sobre qualquer dos propósitos da Organização, tal como estabelecido no artigo 1”. Aachamos que se incluíssemos uma emenda no capítulo V, como a que o Senhor apresentou, isto é, se desejassemos dizer que deveríamos manter o pleno emprego ou um alto nível de demanda, estaríamos apenas repetindo o que é a preocupação natural da OIC e achamos desejável, a fim de evitar a repetição constante desses termos, referir os propósitos da Organização, tais como definidos no parágrafo 1. Dessa forma, essa mera referência (sic) no fim do parágrafo primeiro do artigo 34 cobre o seu ponto.”

É interessante ressaltar a natureza pioneira da Delegação do Brasil nos trabalhos da Carta de Havana. A relação entre práticas comerciais restritivas e desenvolvimento econômico iria ocupar nos anos 60 e 70, na UNCTAD, grande parte das negociações internacionais sobre a expansão do comércio dos países em desenvolvimento.

Cumprasse assinalar, igualmente, que a proposta brasileira, recebida com quase irritação pelo Presidente do Comitê Preparatório - conforme se vê na transcrição que acima se fez das Atas - iria tornar-se, nos anos 60 e 70, um dos eixos fundamentais da ação dos países em desenvolvimento nos foros internacionais e, em especial, na UNCTAD.

A participação do Brasil, portanto, nas negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas foi sempre combativa e de quase liderança diante dos demais países em desenvolvimento.

Com a não ratificação da Carta de Havana - por razões que pouco têm a ver com o capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas - a retomada das negociações sobre o assunto só iria ocorrer em 1953, no ECOSOC, mais uma vez por iniciativa dos Estados Unidos da América.

Autores como Joel Davidow⁽¹³⁾ atribuem à iniciativa de dois funcionários do Departamento de Justiça norte-americano a retomada das negociações internacionais sobre Práticas Comerciais Restritivas. Estes funcionários seriam Corwin Edwards e Sigmund Timberg. Edwards foi chefe da Delegação dos Estados Unidos da América ao Comitê “ad hoc” do ECOSOC que, em 1952, recebeu mandato de redigir regras internacionais para o controle das Práticas Comerciais Restritivas; Timberg foi o relator e Secretário deste grupo.

Timberg⁽¹⁴⁾ não esconde sua frustração com a atitude ambivalente

(13) Joel Davidow: *The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?* in “*Competition in International Business*” - Editado por Oscar Schachter e Robert Hellowell; Columbia University Press; New York; 1981.

(14) Ver *Antitrust Bulletin*; Vol. I; n° 7; dezembro, 1955. Department of Justice. Washington.

dos Estados Unidos da América, que, tanto na Carta de Havana quanto no ECOSOC, foi o país que deu origem a um processo negociador para, posteriormente, vir a rejeitá-lo. Com efeito, em maio de 1955, os Estados Unidos anunciaram sua decisão de não implementar o Acordo Internacional elaborado pelo Comitê “ad hoc” do ECOSOC.

O Acordo elaborado pelo Comitê “ad hoc” do ECOSOC praticamente recolhe as mesmas idéias do capítulo V da Carta de Havana, o que mostra o grau de resistência que o setor privado americano nutria pelas regras e recomendações da Carta de Havana⁽¹⁵⁾.

O fracasso das negociações no ECOSOC iria colocar o exame do tema das Práticas Comerciais Restritivas em hibernação, de onde só sairia na II sessão da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, realizada em Nova Delhi, em 1968. É o que examinaremos no capítulo seguinte.

Antes de fazê-lo, porém, impõe-se, aqui, recapitular e sumariar algumas das idéias que se procurou transmitir neste capítulo.

A iniciativa do controle internacional das Práticas Comerciais Restritivas pertence indubitavelmente aos Estados Unidos da América, no contexto da chamada liberalização do comércio internacional, iniciada no imediato pós-guerra.

A inexistência de um instrumento internacional para o controle das Práticas Comerciais Restritivas era percebida como um dos entraves à expansão comercial dos Estados Unidos da América e como estímulo à formação de cartéis na Europa. A iniciativa americana estaria respaldada numa convicção partilhada pelo próprio Roosevelt, que em carta endereçada a Cordell Hull⁽¹⁶⁾ assim descrevia sua visão sobre o problema dos cartéis:

“Durante o passado meio século, os Estados Unidos desenvolveram uma tradição de opor-se aos monopólios privados. As leis Sherman e Clayton tornaram-se tão inerentes à vida americana quanto à cláusula de ‘due process’. Infelizmente, certos países estrangeiros, em particular na Europa Ocidental, não possuem a mesma tradição na luta contra os cartéis. Pelo contrário, os cartéis receberam encorajamento desses governos. Isto é especialmente verdadeiro com relação à Alemanha. Ademais, os cartéis foram utilizados pelos Nazistas como instrumentos governamentais para atingir fins políticos. A derrota dos exércitos nazistas terá de ser seguida pela erradicação destas armas de guerra econômica. Porém, será necessário mais do que a eliminação

(15) Ver documento E/2612/Add.2, de 04 de abril de 1955; Nações Unidas. United Nations Library.

(16) Ver Public Letter; setembro; 1944. New York Public Library. New York.

das atividades políticas dos cartéis alemães. Cartéis e suas práticas que restringem o livre fluxo de bens no comércio internacional deverão ser coibidas. Este objetivo só será atingido através de uma ação conjunta com as Nações Unidas”

Todavia, conforme se viu no decurso desse capítulo, a iniciativa americana em favor do controle internacional das Práticas Comerciais Restritivas não chegou às suas conseqüências finais. A ambivalência do governo americano, que, de um lado, estimula a elaboração da Carta de Havana e, de outro, não consegue ratificar aquele instrumento - após nele incluir praticamente todas as posições de princípio da legislação americana com relação às leis antitruste - não deixa de refletir a própria tensão interna dos Estados Unidos entre os setores público e privado sobre a conveniência, ou não, de se adotar mecanismos internacionais de controle do poder econômico.

As idas e vindas do governo americano e, em especial do Executivo americano através do Departamento de Justiça, no período que vai de 1946 (Carta de Havana) até 1955 (ECOSOC), bem refletem estas tensões internas da sociedade americana.

No entanto, os textos da Carta de Havana e do anteprojeto sobre Práticas Comerciais Restritivas do ECOSOC recolheriam o aplauso dos países em desenvolvimento. Embora a maioria dos países em desenvolvimento presente em Havana tenha, desde logo, assinalado a necessidade de que a Carta contemplasse os efeitos nocivos para o desenvolvimento econômico das práticas comerciais restritivas, a simples transposição para o plano internacional de legislações capazes de coibir ainda que parcialmente o abuso do poder econômico já era percebida como alvissareira. Os países em desenvolvimento, e em especial o Brasil, saudaram a elaboração da Carta de Havana e seu capítulo sobre Práticas Comerciais Restritivas.

As noções e definições da Carta de Havana vão, portanto, permanecer como os únicos marcos referenciais no plano internacional sobre o controle das Práticas Comerciais Restritivas. A esses conceitos, os países em desenvolvimento vão procurar agregar outros, em especial os relacionados com os efeitos nocivos ou abusivos das Práticas Comerciais Restritivas para a expansão de suas economias. Note-se, porém, que os países em desenvolvimento não rejeitam a concepção clássica das Práticas Comerciais Restritivas como obstáculos à livre concorrência. A esta visão clássica, os países em desenvolvimento procurarão aduzir a noção mais moderna de proteção ao desenvolvimento econômico.

II - UNCTAD - DO CONFRONTO AO DIÁLOGO

2. UNCTAD - Do Confronto ao Diálogo

Como nos ensina Raul Prebisch em seu “Towards a New Trade Policy for Development”, a missão básica da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) seria a de reestruturar a ordem econômica internacional, com vistas a corrigir os desequilíbrios históricos entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos.

Na visão de Prebisch, as organizações e modelos surgidos no pós-guerra para o controle do comércio e das finanças internacionais não teriam levado em conta a desigualdade entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. As Conferências de Breton Woods e de Havana teriam sido, portanto, os elementos geradores de estruturas e de relações internacionais que deveriam ser modificadas.

A tarefa da UNCTAD seria, em consequência, a de elaborar regras e princípios capazes de mobilizar uma reestruturação profunda das relações internacionais nos planos econômico e financeiro.

O diagnóstico de Raul Prebisch vai estimular uma série de iniciativas nos setores mais diversos das relações internacionais, transformando a UNCTAD num organismo internacional de extrema agilidade e, basicamente, num foro de confrontação entre países em desenvolvimento e desenvolvidos.

A expressão confrontação, todavia, deve ser entendida numa dimensão bem menos radical do que à primeira vista pode sugerir.

Com efeito, uma das características mais notáveis da UNCTAD foi a de erigir-se em um foro “sui-generis”, onde, salvo raras exceções, as decisões são tomadas por consenso.

Neste sentido, a UNCTAD é um organização internacional que alia duas facetas extremamente interessantes. De um lado, a UNCTAD é o foro, por definição, onde os países em desenvolvimento vão denunciar comportamentos e atitudes dos países desenvolvidos identificadas como impeditivos de seu desenvolvimento. De outro, a

UNCTAD deve ser não só o foro de denúncia, mas também o instrumento de reforma das relações internacionais, através de modificações graduais e consensuais.

É importante ressaltar este aspecto para que se tenha bem presente a dinâmica negociadora na UNCTAD, em que, numa primeira etapa, há que se proceder a uma denúncia dos mecanismos vigentes para, em seguida, erigir uma nova tessitura de relações aceitáveis tanto para países desenvolvidos quanto para os em desenvolvimento.

Esta articulação de crítica e síntese dá às negociações multilaterais na UNCTAD uma dinâmica própria, em que um elemento de confrontação entre os parceiros é latente.

Em outras palavras, as negociações no âmbito da UNCTAD estão quase sempre mais expostas a um elemento ideológico ou a uma percepção ou visão de mundo que tende a polarizar mais do que a aproximar. Note-se que o elemento ideológico dessas negociações não é, necessariamente, privilégio dos países em desenvolvimento. Muitas vezes, são os países desenvolvidos que estão profundamente convencidos da justeza de suas causas e da inviabilidade de reajustes internacionais em direções novas ou não totalmente identificadas com suas próprias experiências passadas.

No caso específico das Práticas Comerciais Restritivas, os países em desenvolvimento vão adotar, num primeiro tempo, posição crítica dos postulados clássicos de Havana, para, em seguida, dar ao conceito de Práticas Comerciais Restritivas uma dimensão mais ampla, vinculando-as ou identificando-as com os obstáculos à expansão do desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

Assim, os países em desenvolvimento, ou o Grupo dos 77 como se convencionou chamá-los a partir de 1964, na UNCTAD, apresentaram, em Nova Delhi, em 1968, na II sessão da Conferência, seu primeiro projeto de resolução sobre a questão das Práticas Comerciais Restritivas, que, já em sua parte preambular, trazia, de forma clara, uma visão crítica do problema ⁽¹⁾.

Com efeito, se o segundo parágrafo preambular do projeto de resolução utilizava uma linguagem bem próxima dos pressupostos da Carta de Havana, ao dizer que:

“levando em conta que certas práticas comerciais restritivas vêm prejudicando a expansão da exportação de manufaturados e semi-manufaturados, inclusive produtos primários processados e semi-processados, dos países em desenvolvimento, em alguns

(1) Vide documento TD.97, Vol. II, pag. 278.

casos de forma mais efetiva do que as barreiras tarifárias e não-tarifárias impostas pelos Governos”, os terceiro e quarto parágrafos preambulares já introduzem um elemento polarizador evidente ao afirmarem que:

“considerando que essas Práticas Comerciais Restritivas, que são aplicadas de forma extensiva, são mais danosas para os interesses dos países em desenvolvimento, pois têm fulcro, em larga medida, na transferência de patentes, “know how” e capital das empresas dos países desenvolvidos

“considerando, ademais, que a disseminação dessas práticas, como resultado das tendências existentes para a multiplicação e expansão de empresas internacionais dos países desenvolvidos com subsidiárias em outros países, especialmente em países em desenvolvimento, pode seriamente inibir a essência do processo do desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento”.

A transcrição de parte da resolução apresentada pelo Grupo dos 77 nos permite visualizar com facilidade o elemento crítico da postura dos países em desenvolvimento e identificar as principais características da reformulação que se pretendia impor aos conceitos clássicos de Práticas Comerciais Restritivas, tal como refletidos na Carta de Havana.

Note-se, em primeiro lugar, que na apresentação dos países em desenvolvimento não há referência aos critérios de “concorrência” ou de “monopólio”. Na visão original dos países em desenvolvimento, na II Sessão da UNCTAD, as Práticas Comerciais Restritivas são, antes de mais nada, manobras de empresas privadas de países desenvolvidos, que têm por fim impedir ou limitar a expansão das exportações dos países em desenvolvimento.

Em especial, as Práticas Comerciais Restritivas são identificadas com as operações de empresas transnacionais, operações estas que poderiam inibir seriamente o processo de desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento.

Obviamente, a apresentação dessas críticas tendia a colocar os países desenvolvidos em uma postura defensiva, pois a aceitação dos pressupostos básicos dos países em desenvolvimento levaria a uma implícita anuência com a necessidade de se reformular a política de investimentos dos países desenvolvidos.

Ademais, a posição dos Grupo dos 77 continha dois elementos inaceitáveis para os países desenvolvidos. O primeiro deles era a ênfase em atribuir Práticas Comerciais Restritivas exclusivamente às empresas privadas e o segundo, como corolário do primeiro, tinha que ver com o fato de que os países em desenvolvimento pareciam indicar que suas empresas, públicas ou privadas, estariam isentas dos males que apontavam nas empresas dos países desenvolvidos.

O somatório dessas características tornava a abordagem das negociações multilaterais sobre Práticas Comerciais Restritivas particularmente sujeita a debates polarizados.

Tanto isto é verdade que, em Nova Delhi, os resultados das negociações entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos, com base no projeto que se transcreveu parcialmente acima, não poderiam ser mais escassos. A II sessão da Conferência da UNCTAD aprovou o seguinte texto de resolução:

“A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento:

1 - Decide preparar um estudo sobre a questão das Práticas Comerciais Restritivas adotadas por empresas privadas de países desenvolvidos, com especial referência aos efeitos de tais práticas sobre os interesses de exportação dos países em desenvolvimento, especialmente sobre os menos desenvolvidos dentre eles. A natureza, escopo e características do estudo deverão ser determinados pela Junta de Comércio e Desenvolvimento em sua Sétima sessão, ouvido o Comitê de Manufaturas.

2 - Pede ao Secretário-Geral da UNCTAD que prepare um esboço do estudo e o submeta ao Comitê de Manufaturas em sua Terceira sessão⁽²⁾.

Atente-se para o fato de que o projeto de resolução acima não foi adotado por consenso e sim por voto, contra, portanto, a vontade dos países desenvolvidos.

As negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas, na UNCTAD, têm início, desta forma, devido à pressão política dos países em desenvolvimento sobre os países desenvolvidos.

Os países desenvolvidos vão relutar em aceitar essas negociações. Ao contrário do mundo em 1946, o ano de 1968 encontraria uma Europa dotada de suficientes mecanismos, tanto em nível nacional

(2) Vide Resolução 25 (II), UNCTAD.

quanto em nível regional (Comunidade Econômica Européia), para o controle de Práticas Comerciais Restritivas. As legislações nacionais dos principais países europeus, em grande parte por influência dos Estados Unidos, apresentavam um arcabouço de regras e princípios capazes de coibir os abusos da empresa nacional ou estrangeira.

No entanto, o impacto provocado com a publicação do primeiro estudo da UNCTAD sobre Práticas Comerciais Restritivas tornava evidente a importância do tema para os países em desenvolvimento. O documento TD/122, com data de 22 de dezembro de 1971, levantou alguns dos principais problemas trazidos para os países em desenvolvimento com o aparecimento das empresas transnacionais, cujas subsidiárias começavam a adquirir importância crescente em suas economias e em seus planos de desenvolvimento.

Assim, por exemplo, o estudo elaborado pelo Secretariado da UNCTAD indicava que as empresas transnacionais com origem nos Estados Unidos da América eram, sem dúvida, as principais fontes de investimento nos países em desenvolvimento; o montante desses investimentos atingia, em 1970, o valor de 5.5 bilhões de dólares americanos dos quais mais de 80% na América Latina, em particular na Argentina, Brasil e México que, juntos, recebiam 60% daquele total. Aduzia o estudo que durante a década de 1960 cerca de 1/5 a 1/4 das exportações totais tanto do Reino Unido quanto dos Estados Unidos da América derivava de operações entre subsidiárias de empresas transnacionais. Em certos países em desenvolvimento, cerca de 40 a 50 por cento das exportações totais de manufaturados era escoado por empresas transnacionais. No caso específico da América Latina, 50 por cento das exportações dessas empresas decorria de operações entre subsidiárias, principalmente nas áreas de motores e veículos, equipamentos, produtos alimentícios e químicos. No caso brasileiro, as exportações de manufaturas no período de 1967 a 1969 cresceram de 121.5 milhões para 178.9 milhões de dólares. Neste período, a exportação de manufaturados das corporações multinacionais cresceu de 41 milhões de dólares para 78 milhões de dólares, resultando num aumento percentual dessas exportações no volume global das exportações brasileiras de 32 para 43 por cento. Com relação a determinados setores industriais, a percentagem das corporações multinacionais em 1969 é nitidamente maior. Aproximadamente 80 por cento no caso dos produtos farmacêuticos e 75 por cento no caso de máquinas e equipamento de transporte⁽³⁾.

(3) Vide documento TD B.80, pag. 226

Ao mesmo tempo, o estudo chamou a atenção para algumas Práticas Comerciais Restritivas das empresas transnacionais, dentre as quais cumpriria citar:

- a) alocação territorial de mercados - quando a corporação transnacional pode estabelecer entre a matriz e as subsidiárias áreas específicas de responsabilidade para exportação.
- b) Compras vinculadas de matérias-primas e ofertas vinculadas de suprimento. A multinacional tende a requerer que suas subsidiárias importem matérias-primas apenas dentro da cadeia da empresa e diminua a utilização de produtos locais.
- c) Preço de Transferência - questão que está intimamente relacionada com a anterior, o preço de transferência é aquele arbitrado pela transnacional para os insumos que são trocados entre suas entidades. O estudo da UNCTAD faz remissão a levantamento efetuado pelo Governo da Colômbia sobre o preço de transferência na indústria farmacêutica. As diferenças entre os preços estipulados pelas transnacionais nas transações entre suas entidades e os preços internacionais foram chocantes. Abaixo, transcrevem-se alguns exemplos.

NOME QUÍMICO	PREÇO POR QUILO (em dólares)	
	Mercado	Transnacional
Nitrazepan	108,70	2.088,00
Diazepan	de 30,00 a 45,55	2.580,00
Prometacina	de 17,75 a 21,00	140,00
Erytromicina	de 100,00 a 145,50	275,56

Além dessas práticas nocivas aos interesses dos países em desenvolvimento e que são mais frequentes em relação às empresas transnacionais, o estudo do Secretariado da UNCTAD identificou outras práticas comerciais restritivas relacionadas com patentes, marcas de fábrica, "know-how", cartéis de importação, acordos de licenciamento e cartéis de exportação.

Finalmente, o estudo sugeria a continuação e o aprofundamento da análise dessas questões por um grupo de peritos e indicava, formalmente, que se poderia examinar a possibilidade de elaborar códigos ou diretrizes ("guidelines") de conduta para empresas estrangeiras em relação com os interesses de exportação dos países em desenvolvimento".

Com base neste estudo, a III sessão da UNCTAD (Santiago do Chile - 1972) adotou, por consenso, a resolução 73 (III) que, dentre outros aspectos, recomendava a criação do grupo de peritos governamentais e não-governamentais encarregado de aprofundar os estudos sobre práticas Comerciais Restritivas.

Por outro lado, a resolução 73 (III) continha elementos adicionais que merecem especial referência; assim, em sua parte preambular, a resolução fala, pela primeira vez, em “possíveis” impactos negativos das Práticas Comerciais Restritivas para o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

Em sua parte operativa, a resolução recomenda que se deve fazer todo o esforço com vistas a aliviar e, quando possível, eliminar as Práticas Comerciais Restritivas que afetem tanto os países desenvolvidos quanto os países em desenvolvimento.

Em outro de seus parágrafos operativos, a resolução recomenda que se deverá prestar atenção à possibilidade de se redigirem diretrizes para a consideração dos governos tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento.

Esses elementos representam questões de importância que cumpre examinar desde logo, pois terão reflexos sobre o processo negociador. Assim, a referência a efeitos nocivos “possíveis” das Práticas Comerciais Restritivas acolhe uma cláusula de escape, originalmente indesejada pelo Grupo dos 77 que, em seu projeto original, não qualificava os efeitos das Práticas Comerciais Restritivas. A aceitação da palavra “possíveis” é um dos preços que os países em desenvolvimento terão que pagar para ser instituído, na UNCTAD, um grupo de peritos e representa uma vitória dos países desenvolvidos, que pretendem diluir as críticas às atividades das empresas transnacionais.

Em seguida, aparece, também, pela primeira vez, a noção de “controlar e quanto possível eliminar as Práticas Comerciais Restritivas”. Com a inclusão deste novo matiz por parte dos países desenvolvidos vai-se insinuar que algumas Práticas Comerciais Restritivas seriam insuscetíveis de controle.

Finalmente, a resolução 73 (III) estabelece que a tarefa a ser executada no campo das Práticas Comerciais Restritivas seria a de elaborar diretrizes para os governos tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento. A aceitação do termo “diretrizes” representa outra importante vitória política para os países desenvolvidos que, desta forma, afastam a possibilidade de elaboração de acordos ou códigos juridicamente coercitivos para empresas privadas.

Contudo, a importância capital da resolução 73 (III) não pode ser

ignorada. Ao estabelecer o mandato do grupo de peritos, o parágrafo operativo 5 e suas alíneas delinearão, de forma clara, uma moldura excepcional para o futuro das negociações multilaterais sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Assim, a resolução pede a identificação de “todas as práticas comerciais restritivas que afetam negativamente o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento, inclusive, entre outras, as práticas que possam derivar de:

- a) restrições comerciais praticadas por empresas e corporações multinacionais;
- b) proibições de exportações;
- c) a vinculação de oferta de insumos, inclusive de produtos primários;
- d) restrições especificadas em contratos para a transferência de tecnologia;
- e) transferência arbitrária de preços entre matrizes e subsidiárias;
- f) práticas monopolistas;
- g) acordos de licenciamento e de uso de patentes e marcas de fábricas;
- h) divisão de mercados.

É inegável, portanto, que a resolução 73 (III) tenha aberto um leque de pesquisas e estudos até então inédito nas organizações internacionais e, em especial na UNCTAD e na OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual).

A listagem das Práticas Comerciais Restritivas da resolução 73 (III) tem, porém, impacto e consequência muito mais amplos. Com efeito, a própria resolução vai identificar duas grandes áreas de incidência das Práticas Comerciais Restritivas, a saber: comércio e tecnologia.

O nível de desafio à comunidade internacional levantado pela resolução 73 (III) vai exigir um esforço negociador amplo e diversificado.

Na área estrita do Comércio, a UNCTAD irá elaborar o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, objeto principal deste trabalho. Mas, dois outros exercícios serão empreendidos na área de tecnologia. O primeiro deles será a revisão da Convenção de Paris, no âmbito da OMPI, e o segundo a tentativa de elaboração de um Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, na UNCTAD.

Como se percebe, a resolução 73 (III) coloca os termos das

Práticas Comerciais Restritivas dentro de parâmetros que ultrapassam em muito os limites de proteção à concorrência, tal como originalmente estabelecidos na Carta de Havana.

Na realidade, a resolução 73 (III) - adotada por consenso - coloca a questão de Práticas Comerciais Restritivas dentro de perspectivas inteiramente novas e fundamentalmente vinculadas à expansão do comércio internacional dos países em desenvolvimento e com a absorção de tecnologia por esses países. Finalmente, a resolução 73 (III) vai trazer para o centro das preocupações dos países em desenvolvimento a necessidade de controle das empresas transnacionais.

Esses elementos - expansão do comércio, absorção de tecnologia e controle das empresas transnacionais - darão às negociações que se seguirão na UNCTAD e na OMPI uma dimensão bem mais ampla do que inicialmente se poderia imaginar.

Em outras palavras, as negociações e os estudos sobre Práticas Comerciais Restritivas traziam ao palco das negociações econômicas multilaterais um elenco de solicitações e tensões que iria influenciar e permear todo o diálogo Norte-Sul nas décadas de 60 e 70.

Por outro lado, e ao contrário de outras negociações comerciais multilaterais, em especial as relacionadas com os acordos de produtos de base, as negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas envolvem elementos de natureza fundamentalmente doutrinária.

As noções trazidas e defendidas pelos países em desenvolvimento nas áreas de Práticas Comerciais Restritivas e Transferência de Tecnologia desafiavam algumas das concepções mais clássicas dos países desenvolvidos como as usualmente refletidas nos termos genéricos de proteção à concorrência e livre jogo das forças de mercado. Nesse sentido, as negociações sobre esses temas terão muito que ver com uma concepção das relações internacionais identificada com um mundo mais justo, com uma "nova ordem econômica internacional" para utilizar jargão então rotineiro no sistema das Nações Unidas, nas décadas de 70 e 80.

Não será talvez, por outra razão que a grande maioria dessas negociações oferece uma amostragem excelente do atual Diálogo Norte-Sul e um dos objetivos principais deste trabalho é o de procurar mostrar os riscos que vem assumindo a direção deste Diálogo para países como o Brasil.

Com efeito, ao invés de se estar elaborando uma nova ordem econômica internacional mais favorável aos países em desenvolvimento, há, cada vez mais, o risco de se consolidar em instrumentos internacionais práticas nocivas ao desenvolvimento dos países em

desenvolvimento e regras e princípios contrários às legislações dos países em desenvolvimento. A este tema se voltará oportunamente.

Convocado por força da resolução 73 (III), o grupo de peritos governamentais sobre Práticas Comerciais Restritivas reuniu-se, em Genebra, de 19 a 30 de março de 1973. O relatório e as recomendações desse grupo encontram-se no documento TD/B/C.2/119/Rev.1.

A primeira observação dos peritos que merece registro pode ser encontrada logo no parágrafo terceiro do primeiro capítulo, quando se afirma que “o grupo examinou uma gama de práticas comerciais restritivas que ia um pouco além do que era hábito considerar como tal nos países desenvolvidos”.

A segunda recomendação que deve ser lembrada é a que tem que ver com a divisão das Práticas Comerciais Restritivas em duas categorias, a saber:

- Categoria A - restrições que são de natureza a ter efeitos nitidamente negativo tanto nos países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento.
- Categoria B - restrições cujos efeitos negativos são menos evidentes.

Por outro lado, o relatório do grupo de peritos procurou analisar as Práticas Comerciais Restritivas sob um tríptico aspecto:

- a) Práticas Comerciais Restritivas que decorrem das relações de empresas estrangeiras dos países desenvolvidos com as empresas de países em desenvolvimento, particularmente no quadro dos acordos de licenciamento;
- b) Atividades de cartéis nos países desenvolvidos;
- c) Práticas Comerciais Restritivas referentes às operações de sociedades multinacionais nos países em desenvolvimento.

Afora os pontos acima listados, o relatório do grupo de peritos governamentais não chega a aprofundar o nível de conhecimento das Práticas Comerciais Restritivas. Todavia, duas conclusões são fundamentais e merecem registro “in verbis”:

“o grupo estimou que as decisões adotadas em matéria de combate às práticas Comerciais Restritivas deveriam levar em conta todas as considerações econômicas em jogo. O grupo reconheceu que, para os países em desenvolvimento, essas con-

siderações não eram forçosamente a manutenção da livre concorrência, que era o objetivo essencial de certos países desenvolvidos”⁽⁴⁾.

“O grupo recomendou que as Práticas Comerciais Restritivas encontráveis nos acordos informais entre as empresas matrizes e as subsidiárias, ou nos acordos formais entre as empresas estrangeiras e as empresas nacionais, deveriam ser submetidas ao mesmo grau de escrutínio. Na ausência de acordos formais, a noção de abuso de posição dominante sobre o mercado poderia servir para avaliar e corrigir os efeitos prejudiciais da forte concentração da propriedade de recursos econômicos que pode, freqüentemente, decorrer da existência de uma sociedade multinacional”⁽⁵⁾.

Os demais temas acima - livre concorrência e abuso de posição dominante - merecem referência especial por representarem pontos focais nas negociações futuras sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Davidow não hesita em afirmar que os países em desenvolvimento haviam procurado elaborar um Código de Práticas Comerciais Restritivas onde não haveria referência à livre concorrência e que, portanto, a primeira tarefa dos negociadores dos países desenvolvidos foi a de reintroduzir o conceito de concorrência e, desta forma, colocar o carro nos seus trilhos corretos⁽⁶⁾.

A afirmação de Davidow nos parece importante, pois vem reforçar o que mais acima já se afirmou sobre a natureza doutrinária das negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Não há dúvida de que a visão clássica do direito anglo-saxão de controle das Práticas Comerciais Restritivas privilegia a livre concorrência. Não há dúvida, igualmente, de que os países em desenvolvimento procuraram introduzir novos elementos na avaliação dos efeitos nocivos das Práticas Comerciais Restritivas, dentre os quais o mais importante foi o conceito de desenvolvimento econômico.

Todavia, os países em desenvolvimento jamais se opuseram, necessariamente, à noção de concorrência, razão pela qual não resistiram, como de fato não resistiram, à reintrodução daquela noção nas negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas; em consonância,

(4) Vide parágrafo 63 do documento TD/B/C.2/119 Rev.1.

(5) Vide parágrafo 69 do documento TD/B/C.2/119 Rev.1.

(6) Vide JOEL DAVIDOW: “The Seeking of a World Competition Code” in *Competition in International Business*, edited by Oscar Schachter and Robert Hellawell, Columbia University Center for Law and Economic Studies, 1981.

aliás, com a postura que haviam adotado na Carta de Havana, como acima se ilustrou.

A dicotomia concorrência versus desenvolvimento econômico existiu de fato, mas foi passível de superação, quando os países em desenvolvimento se deram conta de que o objetivo principal da negociação sobre Práticas Comerciais Restritivas em nada seria prejudicado com a inclusão do conceito de concorrência sempre que efetivamente contrabalançado pelo conceito de desenvolvimento econômico.

Entretanto, ao procurar delinear os contornos de uma ação eventualmente danosa das empresas transnacionais sobre as economias dos países em desenvolvimento, o exercício negociador sobre Práticas Comerciais Restritivas passou a adquirir complexidade e politização crescentes. Na visão dos países desenvolvidos, estavam os países em desenvolvimento buscando compendiar uma série de Práticas Comerciais utilizadas pelas empresas transnacionais e classificá-las como restritivas, distorcendo, desta forma, o objetivo negociador original.

Os negociadores dos países desenvolvidos vão, portanto, argumentar que a tentativa dos países em desenvolvimento de coibir atos e práticas “usuais” de empresas transnacionais escapava aos limites e cânones da legislação antitruste clássica. Neste sentido, a ênfase dos países desenvolvidos era, num primeiro tempo, a de tentar mostrar a inviabilidade de se redigir um acordo sobre Práticas Comerciais Restritivas em plano internacional e, num segundo tempo, quando a negociação internacional parecia inevitável, a de fazer o possível para dela excluir todo e qualquer elemento que já não houvesse sido sancionado em Havana.

Veja-se, por exemplo, o relatório da Sexta sessão do Comitê de Manufaturas (07 a 17 de agosto de 1973), quando foi impossível chegar-se a acordo sobre projeto de resolução apresentado pelo Grupo dos 77. A revisão de alguns pontos do projeto de resolução tornará transparente a razão pela qual os países desenvolvidos vão procurar evitar a discussão dos temas referentes a Práticas Comerciais Restritivas.

Assim, os parágrafos preambulares Sexto e Sétimo do projeto de resolução contido no documento TD/B/C.2/1961, tal como foi refletido no Anexo III do documento TD/B/466 asseveram que:

“reconhecendo que no contexto das Práticas Comerciais Restritivas as atividades de algumas empresas transnacionais são

prejudiciais ao comércio e ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento e que, portanto, existe a necessidade de empreender urgente ação tanto no plano nacional quanto internacional”.

“Tomando nota da opinião do grupo de peritos de que o poder das empresas transnacionais nos países em desenvolvimento era freqüentemente considerável e que abusos de tal poder existiam e que o comportamento das empresas transnacionais não estava sempre afinado com as políticas governamentais nos países hospedeiros e que se requeria uma ação harmonizadora”.

Por sua vez, os parágrafos resolutivos listavam todo um elenco de Práticas Comerciais Restritivas e de recomendações para as legislações dos países. Alguns exemplos merecem registro:

- a) na implementação e no desenvolvimento de suas legislações sobre Práticas Comerciais Restritivas, os governos dos países desenvolvidos de economia de mercado deveriam dar prioridade urgente àquelas Práticas Comerciais Restritivas e aos abusos de posição dominante de mercado que, em particular, afetam adversamente os países em desenvolvimento;
- b) as Práticas Comerciais Restritivas nos acordos de licenciamento envolvendo patentes, marcas de fábrica e “know-how” que foram classificados pelo grupo como suscetíveis de terem efeito adversos significativos deveriam, em princípio, não ser mantidas ou impostas;
- c) as Práticas Comerciais Restritivas contidas em acordos formais entre empresas matrizes e subsidiárias de empresas transnacionais, assim como as contidas em arranjos de associação (“joint venture”) entre empresas multinacionais e empresas em países hospedeiros deveriam geralmente ser tratadas da mesma forma que as Práticas contidas em acordos entre empresas independentes”.

A rejeição do projeto de resolução acima transcrito parcialmente levou à convocação de novo grupo de peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas por força de projeto de resolução consensual aprovado pela Sétima sessão do Comitê de Manufaturas (Genebra, 23 de junho a 04 de julho de 1975). Em sua parte resolutiva, este instrumento estabelece que o segundo grupo de peritos sobre práticas Comerciais Restritivas deveria:

- a) identificar aquelas práticas que são suscetíveis de resultar na aquisição e abuso do poder de mercado em nível nacional e internacional;
- b) examinar a possibilidade de formular princípios aceitáveis em nível multilateral sobre Práticas Comerciais Restritivas, com vistas a remediar aquelas práticas que afetam adversamente o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

O exame do relatório deste grupo nos oferece uma idéia bem clara das polarizações que se iam cristalizando entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento sobre a natureza e impacto das Práticas Comerciais Restritivas. Em outras palavras, por ocasião do 2º grupo de peritos torna-se bastante nítida a dicotomia “doutrinária” entre o Norte e o Sul. Alguns exemplos, como os abaixo enumerados, nos facilitarão compreender os impasses negociadores que se avizinhavam ⁽⁷⁾.

Na interpretação dos países em desenvolvimento, assinalou que a legislação sobre Práticas Comerciais Restritivas dos países desenvolvidos era normalmente baseada no conceito de proteção à concorrência. A concorrência, todavia, pressupunha uma espécie de igualdade essencial entre as partes, mas tal não era o caso entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. O poder dominante de mercado de empresas de países desenvolvidos estava levando à extinção de firmas nos países em desenvolvimento⁽⁸⁾;

Por sua vez, peritos de países desenvolvidos de economia de mercado recordaram as dificuldades experimentadas no passado nas raras tentativas que haviam sido feitas para introduzir um controle internacional efetivo sobre as Práticas Comerciais Restritivas, como, por exemplo, no contexto da Carta de Havana. Por outro lado, o enfoque de seus países no controle das Práticas Comerciais Restritivas era de promover ou manter a concorrência. As atividades antitruste, portanto, eram dirigidas exclusivamente a estes objetivos e não eram de relevância para temas como balanço de pagamentos, política industrial ou controle de preços. Havia, assim, diferenças de enfoque e de filosofia entre os países com relação à natureza e à extensão do controle das Práticas Comerciais Restritivas e - essas diferenças tornariam extremamente difícil a tarefa de elaborar um acordo internacional sobre Práticas Comerciais Restritivas.

(7) Vide documento TD/B.600.

(8) Vide documento TD/B.600, pag. 4.

Apesar desta ampla e profunda divergência entre os peritos, o relatório por eles apresentado contém uma listagem consensual de Práticas Comerciais Restritivas divididas em quatro categorias, a saber:

- 1 - cartéis internacionais:
 - a) acordos de fixação de preços de exportação ou importação
 - b) licitação colusiva
 - c) arranjos de alocação de mercado ou clientes
 - d) alocação de quotas para vendas ou produção
 - e) ação coletiva para implementar acordos, e.g. boicotes
 - f) recusa coletiva de acesso a um arranjo ou associação que seja crucial para a concorrência;
- 2 - cartéis nacionais de comércio exterior:
 - a) acordos de fixação de preços quanto a exportação e importações
 - b) vide 1(b)
 - c) vide 1(c)
 - d) vide 1(d)
 - e) vide 1(e)
 - f) vide 1 (f);
- 3 - Práticas Comerciais Restritivas domésticas:
 - a) fixação de preços e cartéis de rebate de preços, preços fixos de venda e outros
 - b) boicotes coletivos
 - c) recusa coletiva de acesso a um arranjo ou associação que seja crucial para a concorrência;
- 4 - Aquisição ou abuso de poder de mercado, através de:
 - a) arranjos exclusivos e recusas de comerciar anti-competitivas, inclusive as entre matrizes ou subsidiárias
 - b) compras ou vendas vinculadas desnecessárias
 - c) preços predatórios ou discriminatórios (diferenciado de forma não razoável) seja através do preço de transferência seja de outra forma.
 - d) fusões, incorporações ou outras aquisições não competitivas de controle seja sob forma horizontal, vertical ou de conglomerado.

A listagem acima, todavia, foi qualificada por observações importantes que cumpre referir, a seguir:

- a) a maioria dos peritos de países desenvolvidos de economia de mercado indicou que a lista acima deveria ser precedida por uma definição de Práticas Comerciais Restritivas. Os peritos após reconhecerem a dificuldade de se chegar a uma definição consensual sobre Práticas Comerciais Restritivas sugeriram que se adotasse a definição da Carta de Havana que as define como aquelas que “restringem a concorrência, limitam acesso aos mercados ou estimulam o controle monopolístico”;
- b) as práticas listadas devem ser examinadas caso a caso e de acordo com padrões relacionados com as noções de “abuso” ou de “regra de razão”;
- c) finalmente, os peritos reconheceram que as patentes e marcas de fábricas e outros direitos da propriedade intelectual freqüentemente levantavam questões de concorrência e de proteção ao consumidor. Todavia, essas questões não mais seriam tratadas no âmbito do Comitê de Manufaturas e sim no Comitê de Transferência de Tecnologia da UNCTAD. Em consequência, aquelas questões seriam excluídas da listagem sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Os resultados do 2º grupo de peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas merecem análise atenta pois contém elementos de importância que vão permear as negociações futuras sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas.

Há que se notar, em primeiro lugar, que o segundo grupo de peritos começou a lidar de forma ostensiva com a grande problemática das negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas, isto é, sobre a dicotomia concorrência versus desenvolvimento econômico. Não parece haver dúvida de que a listagem consensual recolhe esta preocupação e há nela referência explícita ao elemento de proteção à concorrência. Em contrapartida, a inserção, ainda que qualificada pela mesma preocupação com a concorrência, de Práticas Comerciais Restritivas inerentes às empresas transnacionais representa uma vitória para as preocupações dos países em desenvolvimento.

De qualquer forma, os resultados do segundo grupo de peritos serão sempre vistos pelos países desenvolvidos de maneira muito próxima aos seus interesses e suas percepções.

Note-se, em particular, que o segundo grupo de peritos consagrou a noção de que as Práticas Comerciais Restritivas não são sempre condenáveis, mas, ao contrário, devem ser objeto de exame caso a caso. A inserção destas idéias, juntamente com o abandono do exame das práticas relacionadas com a transferência de tecnologia, terão sido, certamente, indispensáveis para a continuação do exame da matéria no âmbito da UNCTAD.

A decisão do segundo grupo de peritos de recomendar o exame das Práticas Comerciais Restritivas relacionadas com a transferência de tecnologia pelo Comitê de Transferência de Tecnologia da UNCTAD vai acelerar, em parte, a elaboração do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas no âmbito do Comitê de Manufaturas. Em contrapartida, esta divisão de tarefas fará com que as questões relacionadas com Práticas Comerciais Restritivas sejam pulverizadas em diferentes foros, dentre os quais os principais são:

- a) Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas - no âmbito do Comitê de Manufaturas da UNCTAD;
- b) Código de Conduta sobre Transferência de tecnologia - no âmbito do Comitê de Transferência de Tecnologia na UNCTAD;
- c) Revisão da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI);
- d) Código de Conduta para Empresas Transnacionais no âmbito do Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

Estes quatro instrumentos internacionais guardam entre si estreita relação e exigem dos negociadores dos países em desenvolvimento uma visão global coerente tanto dos objetivos de cada um dos instrumentos como das diferenças e nuances entre eles.

As negociações Norte-Sul sobre esses temas adquirem impulso a partir de 1976 e se desenvolveram de forma não homogênea. No momento presente (1982/83) à exceção do Código sobre práticas Comerciais Restritivas, os demais instrumentos se encontram inacabados e fadados, talvez, ao insucesso^(*). As razões daquele êxito e desses insucessos serão examinadas mais adiante.

Por ora registre-se, mais uma vez, que a segunda sessão do grupo de peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas vai reintroduzir de forma enfática nas negociações sobre o tema a questão da proteção à

(*) No capítulo final deste trabalho voltarei ao tema, na perspectiva de 1991.

concorrência e o conceito de que as Práticas Comerciais Restritivas não são condenáveis em si e que devem ser objeto de análise a cada caso particular. Na análise de casos específicos se deveria ter presente os conceitos de abuso de posição dominante ou de regra da razão.

Por ocasião do término dos trabalhos do segundo grupo de peritos aproximava-se a IV sessão da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), que se realizou em Nairobi, no período de 05 a 31 de maio de 1976, e o Secretariado da UNCTAD irá submeter à consideração dos Estados membros os documentos TD/185 e TD/185/Supl.2, que voltarão a dar ênfase aos aspectos das Práticas Comerciais Restritivas nocivas ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento e procurarão listar Práticas Comerciais Restritivas de empresas transnacionais. Em outras palavras, os documentos acima referidos vão reforçar os aspectos de interesse permanente para os países em desenvolvimento.

Em síntese, os pontos principais de ambos os estudos serão os de:

- a) recordar que as Práticas Comerciais Restritivas impedem ou limitam as exportações dos países em desenvolvimento para os mercados dos países desenvolvidos;
- b) relembrar que os efeitos das Práticas Comerciais Restritivas são semelhantes aos das barreiras tarifárias e não-tarifárias;
- c) indicar que as Práticas Comerciais Restritivas resultam essencialmente do exercício do poder dominante de mercado, seja em situações de monopólio ou de oligopólio;
- d) sugerir que um conjunto de medidas políticas fosse implementado com vistas a encorajar uma maior auto-confiança dos países em desenvolvimento e, ao mesmo tempo, maximizar a contribuição das empresas transnacionais para o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento;
- e) recomendar que essas medidas políticas cubram, num primeiro aspecto, as restrições às exportações e às importações que resultem de:
 - 1) cartéis estrangeiros nacionais ou internacionais que envolvam empresas transnacionais;
 - 2) arranjos comerciais exclusivos elaborados por tais corporações;
 - 3) arranjos de divisão de mercados ou de colocação de produtos;

- 4) uso dos direitos de propriedade industrial e intelectual pelas empresas transnacionais.
- f) argumentar que dentre os elementos da estratégia das corporações transnacionais encontram-se os arranjos para a alocação de territórios e produtos e que tais arranjos formam parte integral de suas estratégias de curto e longo prazos para maximizar lucros em bases globais;
- g) assinalar que no delineamento de seus arranjos para a divisão de territórios e alocação de produtos as empresas transnacionais terão que se valer de Práticas Comerciais que, em alguns casos, poderão ser Restritivas, tais como:
 - 1) decisões sobre exportações e importações, em especial sobre que segmentos da empresa (matriz ou subsidiárias) exportarão que produtos e para que mercados e que segmentos da empresa importarão que produtos e de que mercados;
 - 2) decisões sobre os níveis de produção e os tipos de atividades produtivas que podem ser desenvolvidas pela empresa;
 - 3) decisões sobre as compras de equipamentos e matérias primas usadas nas atividades produtivas pelas diversas partes de empresas, em particular a centralização de compras de entidades alheias à empresa;
 - 4) decisões sobre o uso dos direitos de propriedade industrial;
 - 5) decisões sobre a rede de distribuição de produtos, onde, em muitos casos, há acordos de exclusividade que podem incluir:
 - i) obrigações relacionadas com a compra de outros produtos que não aqueles que sejam o objeto principal dos acordos;
 - ii) restrições quanto à possibilidade de venda ou fabricação de produtos concorrentes;
 - iii) restrições sobre o tipo de clientes a quem e sob que formas os produtos importados podem ser vendidos;
 - iv) recusas de vender ou fornecer produtos a outras firmas nos países que cobrem os acordos;
 - v) práticas com relação aos preços a serem fixados nas relações intra-empresas;
 - vi) fixação de preços para terceiros, inclusive a fixação de preços para a venda e revenda de produtos importados ou exportados.

Finalmente, o estudo do Secretariado trazia uma importante recomendação à consideração dos Estados-Membros, qual seja, a de se buscar a “elaboração de princípios e regras eqüitativos em nível internacional para a implementação em nível nacional, com respeito às importações e exportações das corporações transnacionais”.

O resultado líquido da IV sessão da UNCTAD será a aprovação, por consenso, da resolução 96 (IV) que não só aceitará a formulação de um conjunto de regras e princípios para o controle das Práticas Comerciais Restritivas, mas também a convocação de um terceiro grupo de peritos para elaborar aquele documento.

Com efeito, diz a Seção III da resolução 96 (VI) que “na área internacional e, particularmente, no âmbito da UNCTAD se deveriam empreender negociações com o objetivo de formular um conjunto de regras e princípios acordados multilateralmente para o controle das Práticas Comerciais Restritivas que tenham efeito adverso para o comércio internacional, particularmente para o dos países em desenvolvimento e para o desenvolvimento econômico desses países”.

Este mandato do III grupo de peritos é distinto daquele que, por força da resolução 9/VII do Comitê de Manufaturas, havia sido dado ao segundo grupo de peritos. Como se recorda, dizia o mandato deste último grupo de peritos que “se deveria examinar a possibilidade de formular princípios inaceitáveis em nível multilateral sobre Práticas Comerciais Restritivas com o objetivo de remediar aquelas Práticas que afetam o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento”.

Os trabalhos do III grupo de peritos tiveram início em 29 de novembro de 1976 e culminaram com a convocação de uma Conferência diplomática em 1979. Dada sua importância, é conveniente desde logo recordar que:

- a) o III Grupo de Peritos se reuniu durante seis sessões: a 1a. de 29 de novembro a 10 de dezembro de 1976; a 2a. de 16 a 24 de maio de 1977; a 3a. de 17 a 25 de outubro de 1977; a 4a. de 28 de março a 07 de abril de 1978; a 5a. de 1ª a 21 de julho de 1978; a 6a. de 17 a 27 de abril de 1979;
- b) à exceção de sua primeira sessão (29/11 a 10/12 de 1976) a Delegação brasileira ocupou o cargo de porta-voz dos “77” durante todo o período do III grupo de peritos, posição que continuou a ocupar durante as duas Conferências diplomáticas que vão suceder, em 1979 e 1980, os trabalhos do III grupo de peritos;

- c) ao mesmo tempo em que se desenvolvia o trabalho do III grupo de peritos, ocorriam, em paralelo, negociações internacionais que tinham a dupla característica de guardarem estreita conexão com as negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas e de o Grupo dos 77 ter igualmente entregue à Delegação brasileira a responsabilidade pela coordenação das posições dos países em desenvolvimento. Essas negociações são as relacionadas com os trabalhos preparatórios e as Conferências diplomáticas para a Revisão da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial e os trabalhos preparatórios e as Conferências diplomáticas para a elaboração de um Código de Conduta para a Transferência de Tecnologia;
- d) as razões pelas quais até a data de novembro de 1982^(*) essas negociações sobre o Código de Conduta e a Revisão da Convenção de Paris não tenham chegado a bom termo serão, conforme já se disse, objeto de referência nas conclusões deste trabalho.

Tendo em vista que a partir de 1976, com a instalação do III grupo de peritos, tem início uma fase extremamente dinâmica das negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas, examina-se, a seguir, os principais elementos de cada uma das seis sessões do grupo.

A) As Primeiras Sessões do III Grupo de Peritos

A apresentação das posições

Conforme já se assinalou mais acima, uma das principais características da resolução 96 (IV) da UNCTAD foi a aceitação de que as Práticas Comerciais Restritivas seriam nocivas para o comércio internacional como um todo e não apenas para os países em desenvolvimento.

A ampliação do escopo das negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas vinha trazer para os países desenvolvidos uma dupla satisfação. A primeira delas, limitava a possível tendência para dar ao exercício sobre Práticas Comerciais Restritivas uma ênfase privilegiada nos aspectos de desenvolvimento econômico. Na medida em que a resolução 96 (IV) realce os efeitos nocivos para o comércio internacional e em particular para o comércio dos países em desenvolvimento

(*)Vide capítulo final, onde se descreve a situação em 1991.

e para o desenvolvimento econômico desses países, pressupõem-se a reinserção destas negociações no campo do comércio e, portanto, em área mais idendificada com os conceitos clássicos da concorrência. A segunda satisfação que a resolução 96 (IV) terá trazido para os países desenvolvidos foi a reiteração de que as negociações sobre os princípios e regras deveriam ser multilateralmente aceitáveis. A introdução desta linguagem dava a segurança de que o instrumento internacional a ser negociado deveria ser adotado por consenso e que, portanto, não seria votado.

Esses elementos são essenciais para compreender a natureza das negociações no seio do III Grupo de Peritos, pois tanto a aceitação de que as práticas em exame eram essencialmente as nocivas para o comércio internacional quanto a natureza consensual das deliberações são de importância fundamental para os países desenvolvidos, como abaixo se verá.

Antes, porém, de passarmos a esse aspecto, há que se registrar que a 1a. e 2a. sessões do III Grupo de Peritos ficarão caracterizados como as que viram nascer propostas globais para um conjunto de regras e princípios para o controle das Práticas Comerciais Restritivas, apresentadas, respectivamente, pelos países membros do Grupo dos 77 e pelos países desenvolvidos.

A transcrição de alguns dos pontos principais dessas propostas nos facilitará a compreensão das divergências de percepção entre as posturas dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento.

Assim, a proposta do Grupo dos 77 continha as seguintes seções:

- a) objetivos
- b) definições e campo de aplicação
- c) princípios
- d) regras sobre o uso de Práticas Comerciais Restritivas pelas empresas
- e) medidas nacionais
- f) medidas regionais
- g) medidas internacionais
- h) implementação dos princípios e das regras.

Por sua vez, a proposta dos países desenvolvidos se limitava a quatro seções (objetivos, campo de aplicação, regras e princípios), fundamentalmente influenciadas pelos resultados do II Grupo de Peritos que, conforme se mencionou mais acima, foi responsável pela

inclusão dos critérios de proteção à concorrência nas listagens sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Em um nível mais profundo de análise, a proposta dos países membros do Grupo dos 77 discrepava da apresentada pelos países desenvolvidos nos seguintes aspectos:

- a) divergência quanto à própria conceituação de Práticas Comerciais Restritivas. Com efeito, se a proposta dos países em desenvolvimento não fazia referência ao conceito de “concorrência” a definição apresentada pelos países desenvolvidos fazia da noção de restrição à concorrência o seu elemento básico. Por outro lado, na definição de empresas, a definição apresentada pelo Grupo dos 77 incluía subsidiárias e afiliadas (com isto procurando englobar, desde logo, as atividades das empresas transnacionais), enquanto a definição submetida pelos países desenvolvidos não o fazia.
- b) divergência quanto ao enfoque da listagem de Práticas Comerciais Restritivas. Enquanto os países em desenvolvimento vão considerar como Práticas Comerciais Restritivas inúmeras atividades das empresas transnacionais, os países desenvolvidos vão limitar a aceitação dessas práticas condenáveis apenas àquelas que venham a afetar a concorrência.
- c) finalmente, discrepâncias e divergências na concepção das próprias legislações. Enquanto em sua proposta original, os países em desenvolvimento não procuram limitar o escopo da ação legislativa interna contra as Práticas Comerciais Restritivas, os países desenvolvidos argumentam que as “nações deveriam basear suas legislações principalmente nos princípios de controlar o monopólio ou seu abuso e de prevenir acordos que restrinjam indevidamente a concorrência” e que “as nações deveriam formular e implementar suas legislações com vistas a garantir procedimentos legais equitativos e não-discriminatórios entre as empresas”.

B) A Terceira Sessão do III Grupo de Perito

Uma troca de idéias; uma troca de direções

A Terceira Sessão do III Grupo de Peritos, realizada em Genebra, no período de 17 a 25 de outubro de 1977, não chegou a produzir uma

linha sequer de texto consensual. Serviu apenas para que os representantes dos países desenvolvidos insistissem sobre a necessidade de que os países em desenvolvimento reconhecessem a importância da inclusão da expressão “concorrência” na definição de Práticas Comerciais Restritivas.

Em grande parte liderados pelos Estados Unidos da América, os países desenvolvidos pouco a pouco começaram a atuar de forma unificada e propunham fórmulas redacionais ajustadas à Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, adotada na Reunião Ministerial do Conselho da OECD em 21 de junho de 1976.

A Terceira Sessão do III Grupo de Peritos levou o Grupo dos 77 a avaliar o grau de comprometimento a que poderia chegar com os países desenvolvidos.

Em artigo analítico sobre esta fase das negociações, um dos principais negociadores norte-americanos e virtual porta-voz dos países desenvolvidos, Joel Davidow, afirmou que a tarefa principal dos países desenvolvidos era a de reintroduzir no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas as noções clássicas de proteção à concorrência⁽¹¹⁾.

Na realidade, como já se anunciou mais acima, o Grupo dos 77 vai aceitar a inclusão do termo “concorrência” na definição de Práticas Comerciais Restritivas levando em conta dois fatos principais. O primeiro deles está relacionado com a consciência de que, desde a Carta de Havana, os países em desenvolvimento haviam acolhido a noção de proteção à concorrência como um dos elementos essenciais na elaboração de princípios e regras para o controle das Práticas Comerciais Restritivas. O segundo elemento decorre da própria resolução 96 (IV), pois nela há uma nítida mudança de ênfase e de natureza no trabalho e no mandato do Grupo de Peritos.

Com efeito, a resolução 96 (IV) vai recomendar a elaboração de um conjunto de regras e princípios para o controle das Práticas Comerciais Restritivas que seja universalmente aplicável, pois reco-

(9) As íntegras dos projetos originais dos países em desenvolvimento e dos países desenvolvidos de economia de mercado podem ser encontrados nos Anexos 1 e 2 do comentário TD B.C.2 AC.6 4, publicado pela UNCTAD.

(10) Vide documento TD B.C.2/181, Anexo 1, pag. 8.

(11) JOEL DAVIDOW, membro da Delegação dos Estados Unidos da América ao III Grupo de Peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas, ocupava naquela ocasião o cargo de Chefe da Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça do Executivo norte-americano. Davidow dividia com o Representante do Canadá a função de porta-voz do Grupo B, isto é, dos países desenvolvidos de economia de mercado.

- A afirmação de Davidow pode ser encontrada no artigo relacionado na Nota 6, acima.

nhece a nocividade dessas práticas para o comércio internacional em geral. A referência ao desenvolvimento econômico e ao comércio internacional dos países em desenvolvimento é apenas um aspecto particular deste mandato que, obviamente, será maximizado ou minimizado conforme o negociador se coloque de um ou de outro lado da mesa.

A aceitação da referência à proteção da concorrência é uma decorrência lógica da aceitação da resolução 96 (IV). Ademais, a preparação de um Código universal é perfeitamente conforme às aspirações dos países em desenvolvimento de engajar os países desenvolvidos na elaboração de uma nova ordem econômica internacional. O diálogo Norte-Sul não é uma tentativa de elaboração de instrumentos internacionais assistenciais e sim a busca de formulações internacionais que superem uma estrutura arcaica e desfavorável para os países em desenvolvimento.

Decorrerá, daí, igualmente, um risco acentuado de formulações ambíguas ou de impasses. O Código de Práticas Comerciais Restritivas é um bom exemplo de linguagem ambígua, enquanto que o Código de Transferência de Tecnologia um bom exemplo de impasse.

Acompanhando-se o desenvolvimento das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas, pode-se ver como as principais dessas ambiguidades se foram constituindo e a primeira delas é a própria definição de Práticas Comerciais Restritivas, acordada na Quarta Sessão do III Grupo de Peritos.

C) A Quarta Sessão do III Grupo de Peritos

Uma sessão bem sucedida

As propostas originais apresentadas pelo Grupo dos 77 e pelos países desenvolvidos para uma definição do termo “Práticas Comerciais Restritivas eram, respectivamente, as seguintes:

- a) **Grupo dos 77** - por Práticas Comerciais Restritivas se entendem quaisquer atos, comportamento, acordo ou entendimento, formais ou informais, de uma ou mais empresas que levem ou possam levar à aquisição e abuso de uma posição dominante de mercado e que limitem acesso aos mercados e que, em particular, tenham, ou possam ter, efeitos nocivos sobre o comércio internacional, particularmente o dos países em desenvolvi-

- mento, e sobre o desenvolvimento econômico desses países;
- b) **Países Desenvolvidos** - por Práticas Comerciais Restritivas entende-se os atos de empresas, tais como os identificados pelo Segundo Grupo de Peritos da UNCTAD, que restrinjam a concorrência ou limitem acesso aos mercados, seja através de arranjos formais ou informais entre empresas ou pela aquisição, enquistamento ou abuso de uma posição dominante de poder de mercado⁽¹²⁾.

A redação final consensual, adotada pela Quarta Sessão do III Grupo de Peritos e que não será objeto de modificação posterior, senão por ocasião do apagar das luzes da II Conferência Diplomática em 1980, é a seguinte:

“Por Práticas Comerciais Restritivas se entendem os atos ou o comportamento das empresas que, mediante o abuso ou a aquisição e o abuso de uma posição dominante no mercado, limitem o acesso aos mercados ou de algum outro modo restrinjam indevidamente a concorrência sobre o comércio internacional, especialmente dos países em desenvolvimento e sobre o desenvolvimento econômico destes países, ou que, em virtude de acordos entre empresas, formais ou não formais, escritos ou não escritos, tenham os mesmos efeitos”.

A ambigüidade da definição de Práticas Comerciais Restritivas não escapou a nenhum dos principais comentaristas do Código. Davidow é o primeiro a reconhecer que a definição contém um elemento de compromisso atingido através da ambigüidade e é, potencialmente, sujeita a controvérsia. Aduz que a definição de Práticas Comerciais Restritivas enfatiza o efeito sobre o comércio e o desenvolvimento especialmente dos países em desenvolvimento. Isto poderia sugerir que o efeito nocivo sobre os países em desenvolvimento é um dos testes para saber se uma conduta é uma Prática Comercial Restritiva. Argumenta Davidow que não existe a conjunção ou precedendo a referência a efeitos nocivos sobre o comércio e o desenvolvimento. Desta forma, a definição deve ser lida como significando que só existe uma violação quando uma prática abusa uma posição dominante, limitando o acesso a mercados ou indevidamente restringindo a concorrência e esta prática tenha um efeito adverso sobre o comércio ou o desenvolvimento⁽¹³⁾.

(12) Vide documento TD/B.C.2/181, Anexo 1, pag. 1.

(13) Vide JOEL DAVIDOW: “The UNCTAD Restrictive Business Practices Code” in International Lawyer, 1979.

Já Dale A. Oesterle admite que a referência ao comércio e ao desenvolvimento dos países em desenvolvimento na definição de Práticas Comerciais Restritivas comporta, pelo menos, três interpretações. A primeira delas seria a de que haveria violação sempre que se encontrasse um efeito nocivo para a indústria de um país em desenvolvimento; a segunda interpretação seria a de argumentar que haveria violação sempre que o dano causado fosse proporcionalmente maior à indústria de um país em desenvolvimento do que à de um país desenvolvido; a terceira interpretação seria a de que a referência aos países em desenvolvimento seria meramente ilustrativa⁽¹⁴⁾.

Deve-se ter presente que esta ambigüidade de definição é fruto de uma busca de fraseologia consensual que pudesse acomodar as duas vertentes fundamentais para as concepções tanto dos países desenvolvidos quanto dos países em desenvolvimento, isto é, as referências à concorrência e ao desenvolvimento econômico, respectivamente.

David G. Gill adverte que a maior imprecisão do Código reside exatamente na definição de Práticas Comerciais Restritivas e assinala que o “Senhor Davidow argumenta que a referência a efeitos nocivos sobre o comércio internacional e o desenvolvimento é uma frase limitativa e não extensiva da definição. De um ângulo estritamente gramatical, o Senhor Davidow pode estar certo, mas não é irrealista imaginar que um Código que contém tantos termos definidos de forma ambígua, a frase limitativa atuará como forma de ampliar a cobertura do Código⁽¹⁵⁾”.

A interpretação do Grupo dos 77 é, obviamente, a de ver na referência a efeitos desfavoráveis sobre o comércio internacional dos países em desenvolvimento e sobre o seu desenvolvimento, um elemento chave na definição de Práticas Comerciais Restritivas. Na realidade, a definição de Práticas Comerciais Restritivas foi redigida tendo particularmente em vista o mercado internacional. A definição, portanto, não deve ser entendida como aplicável a todos os casos da espécie e, em particular, a situações domésticas, suscetíveis de serem reguladas por leis internas.

A definição de Práticas Comerciais Restritivas está, assim, fundamentalmente voltada para as consequências nocivas para o comércio internacional e, em especial, para o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento. A ambigüidade maior da definição, aliás,

(14) Vide DALE A. OESTERLE: United Nations Conference on Restrictive Business Practices in Cornell International Law Journal, Vol. 14, Nº 1, Winter 1981.

(15) DAVID G. GILL: in International Lawyer, 1979, pag. 610.

reside na frase “atos ou comportamento das empresas que ... limitam o acesso aos mercados ou de algum modo restrinjam indevidamente a concorrência, (...)”. Note-se, por exemplo, que as Práticas Comerciais Restritivas podem ser atos ou o comportamento de empresas individuais que limitem o acesso aos mercados com efeitos desfavoráveis sobre o comércio internacional dos países em desenvolvimento. Definição suficientemente ampla para englobar as políticas restritivas de subsidiárias de empresas transnacionais nos casos de divisão de mercados, haja, ou não, conseqüências para o nível da concorrência.

Por outro lado, a definição de Práticas Comerciais Restritivas contempla duas situações bem diferenciadas, a saber: as relacionadas com uma situação de abuso de posição dominante e as relacionadas com acordos entre empresas mesmo em situação não dominante. Em outras palavras, tal como redigida, a definição de Práticas Comerciais Restritivas dá maior importância às ações e aos comportamentos abusivos de empresas em situações de posição dominante, ou seja, de maneira geral, às situações abusivas de empresas transnacionais para o comércio internacional dos países em desenvolvimento.

Veja-se, a propósito, o que diz o objetivo 4 do Código, como corroboração da afirmativa acima:

“Eliminar as desvantagens que para o comércio e para o desenvolvimento possam acarretar as Práticas Comerciais Restritivas das empresas transnacionais ou de outras empresas e contribuir assim para maximizar as vantagens para o comércio internacional e em particular para o comércio e o desenvolvimento dos países em desenvolvimento”.

É interessante recordar que alguns representantes de países desenvolvidos pretendiam incluir após “maximizar as vantagens” a expressão “dessas empresas”, com vistas a realçar que as empresas transnacionais poderiam ter efeitos benéficos tanto para o comércio internacional quanto para o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento. Os países em desenvolvimento, todavia, rejeitaram a proposta, o que reforça o entendimento de que se pretende coibir o uso de práticas nocivas para o comércio internacional e para o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento.

Após o acordo consensual sobre a definição de Práticas Comerciais Restritivas, a Quarta Sessão do III Grupo de Peritos chegou, igualmente, a consenso sobre a definição de posição dominante de poder de mercado, a saber:

“Por posição dominante de mercado se entende a situação em que uma empresa, seja por si só, seja atuando conjuntamente com algumas outras empresas, está em condições de controlar o mercado pertinente de um determinado bem ou serviço ou de um determinado grupo de bens ou serviços”.

A inserção desta noção de posição dominante no Código decorre de uma visível influência das legislações nacionais européias e do artigo 86 do Tratado de Roma. A definição, todavia, deixa em aberto a determinação dos critérios de posição dominante, isto é, espera-se que as legislações nacionais venham, de uma maneira ou de outra, a fixar, de forma quantitativa, ou não, esses critérios.

É certamente ilustrativo assinalar que alguns países europeus determinam o poder de mercado das empresas em função de critérios quantitativos bem delineados. Assim, o Reino Unido estipula em 33 1/3% a parcela do mercado que caracteriza a posição dominante. Na Noruega esta percentagem é fixada em 25% e, na Áustria, em 30% ⁽¹⁶⁾.

As leis da França, da República Federal da Alemanha, da Holanda, da Espanha e da Suíça fazem referência expressa ao conceito de posição dominante, sem, todavia, determinar esta posição através de um critério quantitativo.

Assim, na legislação francesa, a posição dominante é definida como sendo aquela que é constituída por um “monopólio ou pela manifesta concentração do poder econômico” de uma empresa ou de um grupo de empresas.

Há grande dificuldade em determinar-se o poder dominante de mercado na base de critérios não quantitativos. Esta constatação levaria à indagação sobre se não seria mais lógico, ou, pelo menos, mais factível, determinar o poder de mercado através de um critério quantitativo. As razões contra este tipo de solução, todavia, decorreriam do fato de que não há a rigor um percentual capaz de cobrir todos os casos. No entanto, com vistas a tornar a lei operacional, algumas simplificações se impõem. Assim, embora um critério fixo quantitativo possa fazer com que se aplique a lei em empresas que, de fato, não ocupam uma posição dominante, esta atitude parece ser a mais adequada do ponto-de-vista da ordem pública. Este enfoque torna-se ainda

(16) Para uma análise completa dessas e de outras legislações de países desenvolvidos de economia de mercado, remete-se o leitor à publicação “Market Power and the Law”, da OCDE, Paris, 1970. Os dados relativos às leis do Reino Unido, da Noruega e da Áustria foram retirados desta publicação.

mais compreensível quando se tem presente que o fato de se determinar que uma empresa tem posição dominante em um mercado não significa, em si, um ilícito. Apenas quando se determina que há um abuso desta posição é que se aplicariam as sanções legais⁽¹⁷⁾.

Uma segunda forma de se facilitar a difícil prova de posição dominante, no caso das leis não-quantitativas, é a de concluir pela existência do poder dominante se algumas práticas abusivas forem detectadas. A Irlanda e a Suécia, por exemplo, não requerem prova da existência de poder dominante como uma pré-condição para atuar contra os efeitos adversos da conduta de certas empresas. No enfoque dessas leis, estabelece-se que em condições de competição efetiva não há práticas abusivas e, *a contrario sensu*, a existência de tais práticas indicaria, *ipso facto*, que não há concorrência efetiva e, portanto, existe posição dominante⁽¹⁸⁾.

Este último ponto merece especial registro porque foi através deste raciocínio que o Grupo dos 77 aceitou as principais formulações do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas.

A Quarta Sessão do III Grupo de Peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas foi unanimemente considerada um sucesso. A leitura das declarações finais dos principais porta-vozes não deixa de ser ilustrativa, porém, dos problemas que se transferiam para as futuras fases de negociação.

Assim, o porta-voz alterno (EUA) dos países desenvolvidos de economia de mercado (Grupo B, na terminologia da UNCTAD) indicava que os países desenvolvidos aderiam, com relação às questões das relações entre subsidiárias e matrizes das empresas transnacionais, à decisão da Corte Européia de Justiça que estipulava que as decisões internas das empresas não eram suscetíveis de serem assemelhadas às Práticas Comerciais Restritivas. Embora os países desenvolvidos aceitassem que a matriz de uma empresa transnacional pudesse vir a cometer uma Prática Comercial Restritiva através de diretrizes dadas a suas subsidiárias, os países desenvolvidos consideravam que as decisões internas levantavam geralmente questões relacionadas com as políticas de investimento ou fiscal. Finalmente, os países desenvolvidos consideravam que a questão relativa ao preço de transferência não deveria ser discutida no escopo do Código sobre

(17) Idem, pag. 58.

(18) Idem, pag. 59-60.

Práticas Comerciais Restritivas e sim no âmbito da Comissão para Empresas Transnacionais⁽¹⁹⁾.

As questões, portanto, das chamadas relações intra-empresas das transnacionais, bem como as referentes às exceções do Código iriam marcar as negociações seguintes, tornando-se cada vez mais laboriosas.

Assim, a Quinta Sessão do III Grupo de Peritos vai procurar reduzir as áreas de divergências entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento às questões abaixo:

- a) exceções à aplicação do Código;
- b) tratamento diferenciado para as empresas de países em desenvolvimento;
- c) a inclusão de Práticas Comerciais Restritivas que ocorrem nas relações entre as várias entidades que constituem uma corporação transnacional;
- d) o papel da UNCTAD na implementação e controle do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas e no trabalho futuro sobre a questão das Práticas Comerciais Restritivas;
- e) a natureza jurídica do Código.

Caberia notar que os países desenvolvidos mostravam-se particularmente defensivos em praticamente todas as cinco áreas acima referidas. Por outro lado, dada a própria natureza dos elementos pendentes, apenas a Conferência Diplomática poderia tentar resolvê-los.

D) A Sexta Sessão do III Grupo de Peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas As propostas Socialistas

A Sexta Sessão do III Grupo de Peritos sobre Práticas Comerciais Restritivas realizada em Genebra, no período de 17 a 27 de abril de 1979, teria por objetivo concreto a elaboração de um texto tão “limpo” quanto possível para ser submetido à consideração da Conferência das Nações Unidas, convocada, por força da resolução 33/153 da Assem-

(19) Para um sumário das declarações dos principais porta-vozes dos países em desenvolvimento (Brasil), países desenvolvidos de economia centralmente planificada (URSS) consulte-se o documento TD B.C.2 AC.6 20.

bléia-Geral, para negociar, com base no trabalho realizado pelo Grupo de Peritos, e tomar todas as decisões necessárias para a adoção de um Código de Práticas Comerciais Restritivas.

Todavia, a Sexta Sessão do Grupo de Peritos iria ser marcada, fundamentalmente, pela apresentação de novos textos e novas propostas pelo representante da União Soviética, em nome de todos os países do Leste Europeu, sobre pontos essenciais do Código, propostas que colocariam em risco o esforço negociador realizado até então.

As razões para a tardia apresentação das propostas soviéticas são de uma dupla natureza: a primeira delas encontra-se no próprio relatório da Sexta Sessão, onde, no resumo da intervenção do Delegado soviético, encontram-se suas principais motivações públicas. A segunda dessas razões era bem mais profunda e bem menos pública e a ela voltaremos a nos referir dentro em pouco⁽²⁰⁾.

Vejam, porém, em primeiro lugar, as explicações que nos oferece o Delegado soviético para a apresentação de suas propostas. Com efeito, diz o Delegado que “os países socialistas encararam o controle das Práticas Comerciais Restritivas como uma das tarefas mais importantes na reconstrução das relações econômicas internacionais em base eqüitativa e democrática e na eliminação dessas relações de todas as formas de discriminação, desigualdade, *diktat* e exploração. A preocupação dos países socialistas com a eliminação das Práticas Comerciais Restritivas derivaria de suas posições de princípios em matéria de cooperação internacional e estava baseada na solidariedade com os povos dos países em desenvolvimento em suas lutas para a construção de uma economia nacional independente, contra o neo-colonialismo e contra a exploração pelo capital estrangeiro e baseada no desejo de eliminar os obstáculos e barreiras artificiais pelas quais as Práticas Comerciais Restritivas prejudicavam o desenvolvimento de relações mutuamente vantajosas e eqüitativas tanto comerciais quanto econômicas entre o Leste e o Oeste”.

Mais adiante, continua a argumentar o Delegado Soviético que: “um dos mais complexos problemas encontrados pelo Terceiro Grupo de Peritos estava relacionado com a extensão dos princípios e regras para o controle das Práticas Comerciais Restritivas às relações intra-firmas das empresas transnacionais. A importância desta questão era compreensível à luz do relatório submetido pelo Secretário-Geral da UNCTAD à Oitava Sessão Especial da Junta de Comércio e Desenvol-

(20) Para o exame da intervenção do Delegado da União Soviética, veja-se o documento TD/B.C.2 AC.6.20.

vimento da UNCTAD no qual ele havia notado que a Estratégia Internacional para o Desenvolvimento havia deixado, em grande parte, de atingir seus objetivos declarados dadas as atividades nocivas das corporações transnacionais, cujos interesses não estavam voltados para o desenvolvimento econômico nos países hospedeiros e sim para a maximização de seus lucros globais. As corporações transnacionais também apresentavam uma influência negativa não só para o desenvolvimento econômico, mas também para o desenvolvimento político dos países em desenvolvimento”. Argumentava o Delegado soviético que “era principalmente porque as empresas transnacionais carregavam a responsabilidade principal pelas Práticas Comerciais Restritivas que a Quarta Sessão da UNCTAD havia incluído uma referência específica às corporações transnacionais no parágrafo 1º da Seção III da resolução 96 (IV), apontando para a necessidade de ação para controlar e eliminar as Práticas Comerciais Restritivas. Enquanto as corporações transnacionais fossem o principal veículo para as Práticas Comerciais Restritivas no comércio internacional, o controle de suas atividades assumia o status de elemento chave no sistema de medidas para sua eliminação”. Nessas circunstâncias, continuava o Delegado soviético, recusar levar em consideração as Práticas Comerciais Restritivas das corporações transnacionais e particularmente daquelas formas dessas práticas que seriam produto das relações entre empresas matrizes e as subsidiárias em outras empresas sob controle delas significaria que uma parcela importante do comércio mundial (40 a 50 por cento, segundo algumas estimativas) permaneceria fora do campo de aplicação do Código. Levando em consideração os fatos descritos acima, o Grupo D - os países Socialistas, no jargão da UNCTAD - havia introduzido novas propostas para as Secções sobre objetivos e definição do Código”.

Essas propostas, que podem ser revistas no documento TD/B/C.2/AC.6/20, foram redigidas em linguagem claramente polêmica, como os exemplos a seguir ilustram.

Assim, um novo objetivo foi apresentado com a redação seguinte:

“assegurar que formas específicas de Práticas Comerciais Restritivas empregadas por empresas transnacionais não impeçam a implementação da soberania nacional sobre os recursos naturais, a consecução dos programas nacionais de desenvolvimento econômico e social ou a expansão da produção e a exportação de produtos acabados ou semi-acabados, pelas empresas nacionais dos países recipiendários, especialmente dos países em desenvolvimento”.

No capítulo sobre definições, o representante soviético, em nome dos países socialistas, pretendia incluir os seguintes parágrafos:

“As formas específicas de Práticas Comerciais Restritivas empregadas pelas empresas transnacionais, com vistas a ganhar uma posição dominante no mercado, incluem:

- a) manipulações com os preços de transferência;
- b) esquemas para divisão de mercados entre matrizes e suas subsidiárias em outros países;
- c) esquemas de estratégia global sob os quais as sedes das empresas transnacionais dão às empresas sob controle delas em outros países diretivas com relação ao volume e estoque ou produção, política de investimento, fontes de aprovisionamento de equipamento e materiais, níveis de preços de compra e venda, canais de distribuição para os produtos acabados, volume e direção geográfica das exportações e a transferência de lucros e capital para outros países”.

As propostas dos países socialistas vieram trazer - talvez intencionalmente - uma dose acentuada de confusão nas negociações sobre o Código. A linguagem das propostas soviéticas provocou, desde logo, como era fácil de prever, reação virulenta por parte dos representantes dos Estados Unidos da América. A Sexta Sessão do III Grupo de Peritos foi, assim, um prenúncio de um confronto que se avizinhava, em nível mais elevado, na Conferência Diplomática.

E) A Primeira Sessão da Conferência Diplomática: A “Vodka-Cola”

A Conferência das Nações Unidas para a negociação do conjunto de Regras e Princípios sobre Práticas Comerciais Restritivas foi um fracasso absoluto.

Inaugurada sob os ventos ainda não totalmente amainados dos debates da Sexta Sessão do III Grupo de Peritos, a Primeira Sessão da Conferência foi precedida, ainda, de um memorando elaborado pela Câmara de Comércio Internacional e circulado no âmbito da Conferência Diplomática, que colocava os negociadores dos países envolvidos em uma posição muito delicada, pois criticava acerbamente os resultados dos trabalhos preparatórios, considerados no memorando como perigosos para as atividades das empresas transnacionais.

Todavia, o nível de comprometimento dos delegados dos países desenvolvidos com o texto negociado durante as seis sessões do Grupo de Peritos já era de molde a tornar difícil um abandono das soluções ali encaminhadas.

Por outro lado, conforme já se indicou anteriormente, a maioria dos países desenvolvidos e, em especial, os países-membros da OCDE, possuíam em nível nacional, e até mesmo regional, uma legislação e jurisprudência difíceis de esquecer ou abandonar nas negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas.

Havia, sem dúvida, uma tensão latente entre os próprios negociadores dos países desenvolvidos e, muitas vezes, essa tensão emergia de forma quase palpável. Assim, a Delegação dos Estados Unidos da América, por exemplo, teve a chefia-la um representante do Departamento de Estado, enquanto o Departamento de Justiça e, fundamentalmente, a Divisão Antitruste daquele Departamento, havia consistentemente mantido no cargo de porta-voz altermo do Grupo B um de seus funcionários mais competentes.

Era possível perceber que o representante do Departamento de Estado, em que pese toda sua cautela em não se ver acusado de minar o diálogo Norte-Sul, preferiria não favorecer determinadas soluções no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas que certamente exigiriam dele uma dose de explicações ao setor privado norte-americano, em sua grande maioria avesso à exportação de regras e princípios sobre Práticas Comerciais Restritivas, ainda que conformes com a legislação norte-americana. Já o representante do Departamento de Justiça se sentia autenticamente convencido da pertinência de alguns princípios da legislação antitruste americana e estava disposto a enfrentar alguns rancores internos, desde que o instrumento internacional que se estava elaborando refletisse, no máximo, uma concepção clássica do controle das Práticas Comerciais Restritivas.

Nos países em desenvolvimento, onde o Brasil ocupava a posição de coordenador do Grupo, a principal dissensão começava a emergir dos países-membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo), preocupados em evitar que o Código viesse a se tornar um instrumento contrário aos seus interesses, no momento em que os preços do petróleo atingiam tetos estratosféricos. A atuação desses países, em determinado momento, foi a de advogar a exclusão pura e simples de todos os produtos de base dos países em desenvolvimento do escopo de aplicação do Código, o que quase provocou a ruptura total da unidade do grupo dos países em desenvolvimento.

Todavia, apesar deste quadro contraditório e permeado de inte-

resses antagônicos, pouco a pouco se vislumbravam as linhas gerais de um acordo global, quando o representante da União Soviética, cada vez mais isolado e menos bem-vindo em suas intervenções, revestidas de óbvio matiz demagógico em relação ao Grupo dos 77, resolve colocar sobre a mesa suas reais preocupações com o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Conforme já se disse mais acima, as propostas apresentadas pela União Soviética no final da Sexta Sessão do III Grupo de Peritos tinham objetivos públicos e outros não tanto. Dentre estes últimos, residia a tentativa de levar as negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas a um impasse.

As razões políticas que motivam esta tentativa de levar as negociações ao impasse são óbvias. Durante anos, a União Soviética encontrou nas negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas o foro ideal para dar vazão a toda uma retórica de condenação ao sistema capitalista e à epitome desse sistema, a empresa transnacional.

Note-se, e este é um dado talvez fundamental, que o comportamento da União Soviética no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas não é o mesmo, nem de longe, que o adotado tanto por aquele país, como pelo Bloco Socialista como um todo, nas negociações, por exemplo, da Revisão da Convenção de Paris ou do próprio Código de Conduta para Transferência de Tecnologia.

Na realidade, o elemento retórico dos países socialistas nas negociações da Convenção de Paris ou no Código de Conduta é nulo. No primeiro dos instrumentos internacionais acima citado, a União Soviética tem especial interesse em ver acolhida pela comunidade internacional o chamado instituto do “certificado de inventor”, forma vicária da patente, tal como conhecida no mundo ocidental. Ao invés, portanto, de se mostrar uma adversária do sistema de proteção à propriedade industrial, a União Soviética deseja apenas introduzir nele modificações suscetíveis de permitirem um amparo do Estado soviético em âmbito internacional. Já nas negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, a preocupação da União Soviética e dos países socialistas reside na tentativa de fazer incluir no Código uma cláusula de acesso não-discriminatório à tecnologia ocidental. Não há, portanto, também neste instrumento, lugar para manifestações retóricas.

Todavia, no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, a União Soviética não corria risco de maiores perdas. Aqui, portanto, se poderia, na ausência de um interesse nacional específico, mobilizar

tudo um coro de condenações ao sistema capitalista. Todavia, na prática, a atuação da União Soviética resultava em prejuízo único e certo para os países em desenvolvimento desejosos de inscrever num instrumento internacional um mínimo de princípios e regras suscetíveis de disciplinar um mercado que lhes é adverso.

A insensibilidade da retórica soviética reside exatamente no fato de não perceber - ou se percebe é muito pior - que a translação de uma negociação Norte-Sul para uma querela Leste-Oeste sempre resulta em prejuízo para os países em desenvolvimento.

Na Primeira Conferência das Nações Unidas sobre a Elaboração de um Conjunto de Regras e Princípios sobre Práticas Comerciais Restritivas passou-se exatamente isto, embora com um pequeno matiz, que tem relação com a definição de empresas naquele instrumento. Com efeito, a definição de empresas é a seguinte:

“Por empresas se entendem as firmas, as sociedades de pessoas, as sociedades de capital, as companhias, outras associações, as pessoas físicas ou jurídicas ou qualquer combinação das mesmas, independentemente da forma de criação ou de controle ou de propriedade, privada ou estatal, que se dediquem a atividades comerciais e inclui suas sucursais, companhias subsidiárias, filiais ou outras entidades direta ou indiretamente controladas por elas.”

Ora, a União Soviética não aceitava a inclusão das empresas estatais no campo de aplicação do Código e fundamentava esta objeção com a resolução 25 (II) da UNCTAD, que falava em Práticas Comerciais Restritivas adotadas por empresas privadas dos países desenvolvidos.

Embora esta posição fosse historicamente correta, ela deixava de considerar toda a evolução do processo negociador - que já se descreveu anteriormente no corpo deste trabalho - quando os países em desenvolvimento aceitaram a inclusão das empresas estatais no corpo do Código.

Esta inclusão decorria, em parte, da compreensão de que algumas empresas estatais transnacionais se encontravam em países desenvolvidos e havia interesse, portanto, de fazê-las subordinadas ao Código.

Por outro lado, as negociações sobre os temas relacionados com as questões das exceções e do tratamento especial em favor dos países em desenvolvimento pareciam dar indicações de uma solução positiva para os interesses dos países em desenvolvimento.

Foi exatamente a partir do momento em que a União Soviética se deu conta de que as soluções que se buscavam no Código iriam, inelutavelmente, colocar sob a égide dele as empresas estatais dos países socialistas, de forma total e sem exceções - ao contrário do que ocorria com as empresas dos países em desenvolvimento e com as relações entre matrizes e subsidiárias - que o representante soviético finalmente percebeu o enorme erro tático que havia cometido ao insistir numa linha retórica de condenação tanto dos países em desenvolvimento, por desejarem um acordo com os países desenvolvidos de economia de mercado, quanto do sistema capitalista em si.

É interessante recordar que o Brasil, durante longo tempo e inclusive na própria Conferência de Havana, havia igualmente resistido à inclusão das empresas estatais nas definições e no campo de aplicação desses instrumento de controle das Práticas Comerciais Restritivas. Durante anos, portanto, o Brasil, juntamente com Cuba, dava de forma involuntária, é verdade, um apoio tácito, à linha socialista de rejeição da incorporação das empresas estatais ao Código. Todavia, tanto o Brasil quanto Cuba vieram a aceitar a necessidade de ampliar o escopo da definição de empresas, o que deu ao Grupo dos 77 uma posição unificada sobre o tema.

Colocada, portanto, diante da possibilidade de que o Código fosse adotado com a indicação, embora indireta, de que as empresas estatais, inclusive dos países socialistas, pudessem ter seus comportamentos assemelhados aos de empresas privadas capitalistas, a União Soviética resolveu "parar" a Conferência Diplomática.

Todavia, cumpre assinalar que a União Soviética não teve condições de levantar suas objeções de forma ostensiva e pública. Ao contrário, as reservas e dificuldades soviéticas foram expostas em nível de reunião da mesa da Conferência, basicamente composta por seus Presidente, Vice-Presidentes e Relator, além dos coordenadores e porta-vozes dos Grupos Regionais, isto é, dos países desenvolvidos de economia de mercado, dos países em desenvolvimento e dos países de economia centralmente planificada.

Nessa reunião a portas fechadas, o representante soviético fez saber claramente aos demais parceiros de negociação que a inclusão das empresas estatais no âmbito do Código tornava-se inaceitável para os países socialistas.

Durante horas - enquanto as sessões formais da Conferência permaneciam suspensas, ensejando todo o tipo de boato e especulação nos corredores e, sobretudo, permitindo que representantes de países socialistas se avizinhassem de delegados de países em desenvolvi-

to procurando sensibilizá-los para sua causa - procurou-se encontrar uma fórmula suscetível de acomodar os interesses soviéticos.

Todavia, a técnica negociadora que havia sido seguida pelo representante soviético durante anos, fundamentalmente centrada numa retórica panfletária, tornava difícil ou quase impossível uma solução consensual sem que a União Soviética não perdesse, de forma ostensiva, “face”, diante dos demais parceiros. Em outras palavras, o preço a ser pago pela União Soviética para a não inclusão das empresas socialistas no âmbito das definições seria, provavelmente, a retirada, politicamente humilhante, das propostas, visivelmente provocadoras, apresentadas por ocasião da Sexta Sessão do III Grupo de Peritos.

Acresce que a retórica soviética havia de tal modo irritado os representantes de países desenvolvidos, em alguns casos identificados pura e simplesmente como fantoches de empresas transnacionais, que, obviamente, o grau de simpatia pela causa soviética era nulo.

Caracterizado o impasse, cabia decidir como retomar o curso das deliberações formais interrompidas. Nesse momento, a situação política criada pela Delegação da União Soviética trazia para o Grupo dos 77 um dilema bastante delicado.

Com efeito, a primeira hipótese que se poderia explorar de imediato seria a de levar-se a voto a questão da inclusão das empresas estatais. Todavia, esta solução certamente seria desastrosa para o Grupo dos 77, a esta altura já “trabalhado” pelos países socialistas.

Por outro lado, se países como Cuba poderiam aderir a um consenso no Grupo dos 77 sobre a inclusão das empresas estatais, certamente jamais teriam condições de, em voto aberto, confrontarem uma posição apoiada pelos países socialistas. A situação criada pela União Soviética era assim potencialmente divisionista para o Grupo dos 77 e ameaçava, portanto, sua unidade e solidariedade. Tanto isto é verdade que a maioria dos países desenvolvidos não escondia sua disposição de ir a voto, consciente de que vários países em desenvolvimento teriam voto idêntico, em favor do código.

Todavia, esta manobra teria, igualmente, sérias implicações para os países em desenvolvimento que tendiam a tornar-se, desta forma, campo de manobra para os países socialistas ou capitalistas.

Ao contrário do voto, o Grupo dos 77 acolheu a sugestão do Presidente da Conferência (Argentina) no sentido de que os trabalhos da Primeira Conferência fossem suspensos no entendimento de que seriam retomados em futuro próximo.

De forma melancólica, portanto, a Primeira Sessão da Conferência encerrou seus trabalhos sem ter logrado, na prática, adiantar minimamente as possibilidades de um acordo sobre o Código.

Na manhã seguinte, porém, dois respeitados jornais - "Financial Times" e "Le Monde" - em matérias de análise sobre o fracasso da Conferência não iriam errar na atribuição de responsabilidades e apontariam para a conjugação dos interesses das empresas transnacionais e dos países socialistas - a "vodka-cola" na expressão do "Le Monde" - como a razão fundamental do fracasso.

Nesta perspectiva, se os países em desenvolvimento saem frustrados na Primeira Sessão da Conferência, os países socialistas não poderiam sair em pior situação. Depois de anos de um proselitismo ensaiado, os resultados finais são os de se associar os países socialistas, numa relação perversa, com as empresas transnacionais, contra os interesses dos países em desenvolvimento. Mas, esta imagem realmente retratava uma realidade concreta, pois é através da exploração de suas conseqüências que o Grupo dos 77 poderá finalmente, ver o texto do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas tomar sua forma final.

F) A Segunda Sessão da Conferência das Nações Unidas O Acordo Final.

Conforme já se disse anteriormente, as cinco principais questões que foram deixadas em aberto pelo Grupo de Peritos para consideração pela Conferência Diplomática foram as seguintes:

- a) exceções à aplicação das regras e princípios;
- b) tratamento diferenciado para as empresas dos países em desenvolvimento;
- c) inclusão das Práticas Comerciais Restritivas que ocorrem nas relações entre as várias entidades que constituem uma corporação transnacional;
- d) o papel da UNCTAD na implementação e supervisão do conjunto de regras e princípios e no trabalho posterior sobre as Práticas Comerciais Restritivas e
- e) a natureza jurídica do conjunto de regras e princípios.

A essas cinco questões deve-se acrescentar o problema surgido com a Primeira Sessão da Conferência, quando os países socialistas,

liderados pela União Soviética, se opuseram à inclusão das empresas estatais no corpo da definição de empresas.

Tendo em vista a natureza essencialmente política do problema e os riscos que a postura soviética trazia para todos os países em desenvolvimento, o Grupo dos 77 acolheu sugestão de seu coordenador (Brasil) no sentido de que as negociações da Segunda Sessão da Conferência tivessem início exatamente por esse problema, que passaria a ser confrontado com energia.

Ao sugerir esta linha de ação ao próprio Grupo, o coordenador partia da constatação de que apenas através de um isolamento crescente dos países socialistas se poderia fazer com que esses países viessem a rever suas posições.

Autorizado, portanto, pelo Grupo dos 77 a rejeitar com idêntica veemência as objeções tanto dos socialistas quanto dos demais países desenvolvidos, pode o coordenador do Grupo, pouco a pouco, fazer com que os países socialistas acabassem por levantar tanto suas objeções ao texto de definição de empresas quanto suas propostas formalmente apresentadas por ocasião da Sexta Sessão do III Grupo de Peritos.

Obviamente, a razão inicial para a mudança de posição soviética decorreu da constatação de que o Grupo dos 77 se mostrava perfeitamente unido e solidário e em busca de soluções consensuais.

Em consequência, afastado o problema trazido pela objeção socialista, as negociações sobre os demais aspectos pendentes puderam ser retomadas. Assim, a primeira questão em suspenso e referente às exceções à aplicação dos princípios e regras apresentava a interessante característica de ser do interesse tanto de países em desenvolvimento quanto de países desenvolvidos.

Para os primeiros, preocupava, sobretudo, a questão da defesa de seus produtos primários. O exemplo da OPEP não deixava de estimular a fantasia de alguns governos ou de alguns representantes governamentais no sentido de se criar uma série de cartelizações de produtos primários. Por outro lado, os países membros da OPEP não queriam, em hipótese alguma, que determinadas regras ou princípios do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas pudessem ser interpretadas como crítica à política daquela organização.

Já para alguns países desenvolvidos, a preocupação maior residia no fato de o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas não levar em conta as legislações internas de países que não condenam a formação de certos cartéis, como, por exemplo, os cartéis de exportação de bens e serviços.

As soluções encontradas para os problemas acima estão refletidas na Seção B - Definições e campo de aplicação, em seu parágrafo 9 (página 8 da versão em espanhol) e na Seção C, ii, fatores que se levarão em conta para a aplicação do conjunto de princípios e regras e cujos textos são os seguintes:

(9) - “O conjunto de princípios e normas não se aplicará aos acordos intergovernamentais nem às Práticas Comerciais Restritivas a que dêem lugar diretamente tais acordos”.

O parágrafo 6 tem a seguinte redação:

“A fim de assegurar a aplicação justa e eqüitativa do Conjunto de Princípios e Normas, os Estados, sem deixar de ter presente a necessidade de lograr a plena aplicação do Conjunto de Princípios e Normas, deveriam tomar na devida conta a medida em que o comportamento das empresas criadas ou não pelos Estados e controladas ou não pelos Estados, seja aceito, em virtude das leis ou regulamentos aplicáveis, tendo presente que tais leis e regulamentos deveriam estar claramente definidos e encontrar-se pública e facilmente disponíveis, ou seja, exigido pelos Estados”.

O problema seguinte com que se irá defrontar a Conferência refere-se ao chamado tratamento preferencial para os países em desenvolvimento. Esta questão era particularmente aguda, porque tanto os países desenvolvidos quanto os países em desenvolvimento tendiam a ver nela um problema de princípio não negociável.

Assim, por exemplo, os países desenvolvidos tendiam a considerar que a inclusão de um tratamento discriminatório favorável aos países em desenvolvimento desfiguraria a natureza e a filosofia de um Código sobre Práticas Comerciais Restritivas. Ao contrário, os países em desenvolvimento argumentavam, desde o início, que apenas um Código que levasse em linha de conta a posição desvantajosa de suas empresas seria um Código justo e eqüitativo.

A formulação final acolhida pelo Código deixa entrever que os países em desenvolvimento poderiam estabelecer alguns acordos de cartelização que poderiam vir a ser tolerados pela comunidade internacional. Com efeito, é a seguinte a redação do Código sobre trato preferencial ou diferenciado em favor dos países em desenvolvimento:

“A fim de assegurar a aplicação eqüitativa do Conjunto de princípios e normas, os Estados, em particular os dos países desenvolvidos, deveriam ter em conta, ao controlar as Práticas

Comerciais Restritivas, as necessidades de desenvolvimento, financeiras e comerciais, dos países em desenvolvimento, em particular dos países menos adiantados, especialmente para os fins dos países em desenvolvimento quanto a:

- a) fomentar o estabelecimento ou desenvolvimento de indústrias nacionais e o desenvolvimento de outros setores da economia; e
- b) favorecer seu desenvolvimento econômico mediante acordos regionais ou globais entre países em desenvolvimento”.

A terceira questão sobre a qual se debruçou a Conferência se refere ao espinhoso problema da cobertura das relações intra-firmas das empresas transnacionais. Este, certamente, terá sido o tema mais delicado de toda a negociação e as soluções encontradas estão referidas nos parágrafos 3 e 4 da Seção D “Princípios e normas aplicáveis às empresas transnacionais”.

Tendo em vista a complexidade da matéria, transcrevem-se, abaixo, os parágrafos referidos para, em seguida, sobre eles fazer alguns comentários:

D.3 - As empresas dedicadas no mercado a atividades rivais ou potencialmente rivais, exceto quando tratem entre elas no contexto de uma atividade econômica em cujo seio estejam submetidas a um controle comum inclusive através de relações de propriedade, ou não possam por outro motivo atuar com independência umas das outras, deveriam abster-se de práticas como as que se indicam a seguir quando, em virtude de acordos formais ou não formais, escritos ou não escritos, limitem o acesso aos mercados ou de algum outro modo restrinjam indevidamente a concorrência e tenham ou possam ter efeitos desfavoráveis sobre o comércio internacional, especialmente dos países em desenvolvimento e sobre o desenvolvimento econômico destes países:

- a) acordos de fixação de preços, inclusive com respeito a exportações e importações;
- b) licitações colusórias;
- c) acordos de alocação de mercados ou de clientes;
- d) acordos de alocação por quotas de vendas e produção;
- e) ação coletiva para a imposição de acordos (por exemplo, mediante uma negativa de negociar);
- f) denegação concertada de suprimento a importadores potenciais;

- g) recusa coletiva de participação em acordo ou associação que seja vital para a concorrência.

D.4 - As empresas deveriam abster-se dos atos ou dos comportamentos seguintes num mercado pertinente, quando, mediante o abuso ou aquisição e o abuso de uma posição dominante no mercado, limitem o acesso aos mercados ou restrinjam de outro modo, indevidamente, a concorrência e desta forma tenham ou possam ter efeitos desfavoráveis sobre o comércio internacional, particularmente o dos países em desenvolvimento e sobre o desenvolvimento econômico destes países:

- a) comportamento predatório diante dos competidores como a fixação de preços abaixo do custo para eliminar os competidores;
- b) a fixação discriminatória (isto é, injustificadamente diferenciada) de preços, modalidades ou condições para o fornecimento ou a compra de bens ou serviços, inclusive através do uso de políticas de fixação de preços, nas transações entre empresas afiliadas, que sobrefaçam os bens ou serviços comprados ou fornecidos em comparação com os preços fixados para transações similares ou comparáveis fora das empresas afiliadas;
- c) as fusões, absorções, empresas comuns ("joint ventures") ou outras aquisições de controle, sejam de natureza horizontal, vertical ou conglomerada;
- d) a fixação dos preços por que as mercadorias exportadas podem ser revendidas nos países importadores;
- e) a imposição de restrições à importação de bens que tenham sido legitimamente marcados no estrangeiro com uma marca comercial idêntica ou similar à marca comercial protegida no país importador, em bens idênticos ou similares, quando as marcas comerciais de que se trate, sejam da mesma origem, isto é, pertencam ao mesmo proprietário ou sejam utilizadas por empresas entre as quais haja uma interdependência econômica, organizacional, administrativa ou legal e quando estas restrições tenham por objetivo manter artificialmente preços elevados;
- f) quando não seja para assegurar a consecução de fins comerciais legítimos, tais como os de zelar pela qualidade, a segurança, a distribuição ou a prestação de serviços adequados:
 - i) a negativa parcial ou total de negociar nas condições comerciais habituais da empresa;

- ii) a vinculação do fornecimento de determinados bens ou a prestação de determinados serviços à aceitação de restrições da distribuição ou da fabricação de bens competitivos ou de outros bens em geral;
- iii) a imposição de restrições com respeito ao lugar, ao destinatário, à forma ou às quantidades em que os bens fornecidos ou outros bens possam ser revendidos ou exportados;
- iv) a vinculação do fornecimento de determinados bens ou da prestação de determinados serviços à compra de outros bens ou serviços do fornecedor ou de entidade por ele designada.

Finalmente, cumpre recordar que o parágrafo D.4 contém um asterisco após a palavra “abuso”, asterisco que remete a uma nota de rodapé, cujo teor integral é o seguinte:

“Para determinar se os atos ou o comportamento são ou não abusivos, dever-se-iam ter em conta sua finalidade e seus efeitos na situação existente, considerando em particular se limitam o acesso aos mercados ou de outra forma restringem indevidamente a concorrência, com repercussões prejudiciais, reais ou possíveis, sobre o comércio internacional, especialmente dos países em desenvolvimento e sobre o desenvolvimento econômico desses países, e se são:

- a) apropriados tendo em conta a relação organizacional, diretiva e jurídica existente entre as empresas de que se trate, tal como no contexto das relações dentro de uma entidade econômica e sem que se produzam efeitos restritivos fora das empresas conexas;
- b) apropriados levando em conta as condições especiais ou as circunstâncias econômicas existentes no mercado de que se trate, tais como as condições excepcionais da oferta e da demanda ou o tamanho do mercado;
- c) de tipos que geralmente consideram aceitáveis conforme as leis ou regulamentos nacionais ou regionais aplicáveis para o controle das Práticas Comerciais Restritivas;
- d) compatíveis com as finalidades e os objetivos dos presentes princípios e normas”.

Na análise das cláusulas acima transcritas deve-se ter presente o seguinte:

- a) a primeira das cláusulas (D.3) dirige-se primordialmente às chamadas relações ou arranjos tipo cartel entre empresas independentes (arranjos horizontais;
- b) as práticas listadas em D.3 são condenáveis “per se” e não admitem outras qualificações que não as do *caput*;
- c) as práticas listadas em D.3 são retomadas em D.4 e redigidas de outra forma por se aplicarem a relações entre empresas independentes, ou não, inclusive entre empresas matrizes, subsidiárias e afiliadas.

Duas perguntas se impõem no exame dessas cláusulas:

- d) até que ponto as relações matrizes e subsidiárias estão cobertas em D.3 e b) até que ponto as subsidiárias ou afiliadas de empresas estrangeiras que operam em países em desenvolvimento poderão justificar, junto aos Governos dos países em que estão sediadas, a tentativa de utilizarem práticas condenadas tanto em D.3 quanto em D.4?

A primeira destas perguntas é de resposta complexa, que pode ser resumida da seguinte forma:

- a) teoricamente as relações entre matrizes e subsidiárias não podem ser assimiladas a relações de cartéis entre empresas independentes;
- b) haveria, portanto, que distinguir relações legítimas entre subsidiárias e suas matrizes e relações entre empresas independentes com visível intenção de domínio de mercado;
- c) todavia, não se poderia permitir que com base no argumento de que as relações entre empresas matrizes e subsidiárias possam ser legítimas, aquelas relações tendessem a se tornar necessariamente aceitáveis, quando assumissem formas visivelmente nocivas;
- d) o equilíbrio encontrado entre as provisões D.3 e D.4 procurou levar em conta essas considerações e as noções defendidas tanto pelo Grupo dos 77 quanto pelo Grupo B na caracterização de Práticas Comerciais Restritivas.

Os Estados Unidos da América, por exemplo, procuraram sempre defender a elaboração de um Código de Práticas Comerciais Restritivas perfeitamente ajustado às regras clássicas de leis anti-monopólio ou anti-cartel. Nesta perspectiva, os Estados Unidos sempre defenderam a tese de que as práticas como “transfer pricing” não são sujeitas a controle por leis ou regulamentos de Práticas Comerciais Restritivas, que devem ser examinadas no contexto de leis ou regulamentos referentes a investimentos ou a matéria fiscal.

O Grupo dos 77, por sua vez, advogou posição diametralmente oposta, pois defendia tese segundo a qual as práticas de empresas transnacionais seriam sempre consideradas como Práticas Comerciais Restritivas quando afetassem adversamente o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento.

No Código de Práticas Comerciais Restritivas adotado pela Conferência, pode-se dizer que nenhuma das teses radicais acima enumeradas foi acolhida pela comunidade internacional. Tanto o Grupo B quanto o Grupo dos 77 tiveram que acomodar suas posições iniciais, o que só foi possível com a inclusão da noção de “abuso de posição dominante”, inserida no *caput* do artigo D.4. Conforme já se disse mais acima neste trabalho, a noção de posição dominante é muito mais européia do que americana e sua conceituação é variável em diversas legislações que procuram regular as Práticas Comerciais Restritivas.

Parece claro, portanto, que a eficácia do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, no que se refere à sua cobertura, em muito dependerá das legislações nacionais de países em desenvolvimento que deverão fixar seus próprios conceitos de posição dominante.

Todavia, as perguntas relacionadas com a cobertura das relações intra-empresas, podem ser respondidas da seguinte forma:

- a) empresas que se apresentem no mercado em atividades rivais ou potencialmente rivais estão cobertas em D.3. A inserção das palavras “potencialmente rivais” teve por objetivo cobrir tanto as empresas subsidiárias ou afiliadas de uma mesma matriz quanto licenciados nos contratos de tecnologia;
- b) o parágrafo D.3 excetua as empresas em suas relações entre si no contexto de uma entidade econômica onde estejam sob controle comum, inclusive através de propriedade, ou quando capazes de agir independentemente umas das outras. Este parágrafo, portanto, não está endereçado às subsidiárias com controle total ou majoritário por parte da matriz. Fora dessas

condições, uma empresa subsidiária ou afiliada terá que demonstrar ao Governo onde esteja sediada que se engaja nas práticas condenadas em D.3, porque não pode atuar independentemente de sua matriz. Esta hipótese é difícil de se imaginar quando o controle acionário for menor do que 50% e, neste sentido, as empresas subsidiárias e afiliadas que estejam nesta categoria estão nitidamente atingidas pelo parágrafo D.3.

O parágrafo D.4 se aplica claramente a relações entre subsidiárias e matrizes, independentemente do controle acionário. No entanto, a referência à posição dominante tende a limitar a aplicação do parágrafo a situações de abuso desta posição. Conforme já se disse anteriormente mais de uma vez, a interpretação do que seja posição dominante deve ser dada pela lei nacional e será a definição da lei que poderá expandir ou restringir a interpretação do parágrafo D.4.

A nota de rodapé do parágrafo D.4 explica como os governos devem examinar uma situação abusiva e esclarece que haverá abuso quando houver limitação de acesso aos mercados, restrição indevida à concorrência que tenha ou que possa vir a ter efeitos adversos ao comércio internacional, particularmente ao comércio internacional de países em desenvolvimento e para o desenvolvimento econômico desses países.

Ora, os efeitos adversos para o comércio internacional são sempre passíveis de serem examinados à luz dos impactos de um Política Comercial Restritiva sobre o balanço de pagamentos de um país (alocação de mercado, restrições à exportação, sub-faturamento e sobre-faturamento na exportação e importação, etc.).

Os países desenvolvidos insistiram na inclusão de alínea da nota de rodapé que levasse em consideração relações legítimas ou apropriadas das empresas transnacionais: o texto acordado, sempre subordinado ao *caput* que define situação abusiva, tem o seguinte teor:

“apropriadas à luz das relações organizacionais, gerenciais e jurídicas existentes entre as empresas em exame, tal como no contexto das relações dentro de uma entidade econômica e sem que produzam efeitos restritivos fora das empresas conexas”.

A frase “sem que produzam efeitos restritivos fora das empresas conexas” mostra que quaisquer que sejam os argumentos de ordem organizacional, gerencial ou jurídica entre as empresas, essas relações serão sempre abusivas se tiveram efeito restritivo fora das empresas

envolvidas, isto é, sobre a economia do país, por exemplo. Esta constatação é tão mais lógica quanto se sabe que a posição original dos países membros do Grupo B era a de fazer expressa referência à concorrência nesta última frase, de tal modo que a cláusula passaria a ler da seguinte forma: “sem que afete adversamente a concorrência fora dessas empresas”. A eliminação da palavra “concorrência” nesta frase foi, portanto, de importância vital. Sobre este assunto se voltará a falar no próximo capítulo.

Outra alínea da mesma nota de rodapé afirma que, ao se examinar se um comportamento é abusivo ou não, deve-se ter em conta sua “consistência com os propósitos e objetivos” do Código.

Ora, são objetivos do Código “controlar a concentração do capital ou a do poder econômico (vide objetivo 2b) e “eliminar as desvantagens para o comércio e o desenvolvimento que possam resultar de Práticas Comerciais Restritivas de empresas transnacionais ou outras empresas, e, desta forma, ajudar a maximizar os benefícios para o comércio internacional e particularmente para o comércio e o desenvolvimento de países em desenvolvimento” (vide objetivo 4).

A quarta questão que a Conferência das Nações Unidas sobre Práticas Comerciais Restritivas teve que decidir estava relacionada com o papel da UNCTAD na implementação e acompanhamento do Código.

A Conferência logrou acordo sobre dois pontos fundamentais que foram sempre considerados como questões institucionais. O primeiro desses pontos foi a aceitação no corpo do Código da possibilidade de se realizarem consultas entre os Estados sobre as questões relacionadas com as Práticas Comerciais Restritivas.

A intenção inicial do Grupo dos 77 era de fazer com que a UNCTAD, através da Junta de Comércio e Desenvolvimento, pudesse vir a desempenhar um papel semelhante ao do Conselho e das PARTES CONTRATANTES, no GATT, isto é, tomando conhecimento dos litígios entre os Estados.

Esta iniciativa, contudo, não chegou a vingar, em grande parte porque os países desenvolvidos sempre se mostram receosos de que as decisões da UNCTAD fossem sempre favoráveis aos países em desenvolvimento. Esta concepção é particularmente curiosa à luz do que mais acima já se explicou ao se lembrar que a grande maioria das decisões tomadas na UNCTAD o é por consenso. Talvez, o que se possa dizer é que tanto o Secretário-Geral da UNCTAD quanto os funcionários internacionais que servem naquela organização estão geralmente mais sintonizados com os problemas do desenvolvimento

econômico e que, desta forma, tendem a corroborar o ponto-de-vista dos países em desenvolvimento. Conforme já se ilustrou em outras partes deste trabalho, a participação do Secretariado, principalmente na elaboração de estudos e documentos ao longo do processo negociador do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, foi de valor inestimável para os países em desenvolvimento.

De qualquer forma, chegou-se, com relação às consultas, apenas a aceitar que, caso os Estados interessados estivessem de acordo, se poderia solicitar a assistência do Secretariado da UNCTAD na elaboração de um relatório sobre as consultas para eventual inclusão no relatório anual do Secretário-Geral da UNCTAD sobre Práticas Comerciais Restritivas (vide Seção F, parágrafo 4, alínea c, página 14 do Código em anexo).

O segundo ponto sobre questões institucionais a que se chegou a acordo foi o relacionado com a criação de um mecanismo institucional internacional para “servir de foro e tomar disposições para a celebração de consultas multilaterais entre os Estados sobre questões relacionadas com o conjunto de Princípios e Normas, em especial sobre sua aplicação e a experiência que dela derive”.

A criação do Grupo Intergovernamental acima foi uma consequência também da iniciativa dos países em desenvolvimento que pretendiam, desta forma, evitar que o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, uma vez aprovado, fosse relegado aos arquivos da UNCTAD. Era uma iniciativa relacionada com a quinta e última questão resolvida pela Conferência, a saber, a natureza jurídica do Código.

A natureza jurídica do Código

A questão da natureza jurídica do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas merece referência porque está relacionada com o problema maior, em escala e dimensão políticas, ocorrido com o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia.

Desde a Quarta Sessão da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, UNCTAD, realizada em Nairobi, em 1976, os países em desenvolvimento propuseram a elaboração de um Código de Conduta para Transferência de Tecnologia de natureza jurídica coercitiva.

Os países desenvolvidos, no particular acompanhados com discreção pelos países socialistas, sempre rejeitaram a natureza jurídica coercitiva do Código de Conduta, por várias razões dentre as quais a

mais importante, ou pelo menos mais confessável publicamente, era a de que o Código de Conduta abordava temas não codificados nas legislações internas dos países desenvolvidos e, sobretudo, porque poderia conter recomendações às empresas privadas.

Argumentavam, portanto, os países desenvolvidos que seus governos - no caso do Código de Conduta para Transferência de Tecnologia - não poderiam aceitar um tratado internacional que contivesse em seu bojo recomendações endereçadas às empresas ou ao setor privado, porquanto era contrário à filosofia desses governos intervir diretamente na condução dos negócios privados. Em que pese a procedência desta argumentação, o fato é que a questão da natureza jurídica do Código tornou-se de tal forma central que tanto os 77 quanto os países desenvolvidos passaram a perder a perspectiva das implicações reais da natureza jurídica do Código e se concentraram, muito mais, em sua simbologia política.

Assim, a maioria, senão a totalidade dos países africanos, tendeu a se enredar num raciocínio sobre a questão da natureza jurídica do Código que, basicamente, insistia em seu caráter não-voluntário com a alegação de que a inexistência de legislações nacionais nos países africanos tornava imperativa a implementação internacional de um tratado.

Já os países asiáticos, e principalmente os países latino-americanos, à medida que avançavam as negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia e que nele se inscreviam artigos de linguagem penosamente negociada, passavam a questionar as vantagens de um Código juridicamente coercitivo.

Este questionamento decorria basicamente do fato de que, em alguns capítulos de grande importância no Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, a consecução de texto consensual certamente significaria a aceitação de padrões e regras internacionais muito aquém dos padrões e normas dos países latino-americanos em sua grande maioria.

Reside neste aspecto uma das facetas mais delicadas e mais complexas das negociações levadas a cabo no sistema das Nações Unidas sobre os temas relacionados com o chamado controle do poder econômico.

Os países desenvolvidos, de forma articulada e coerente, foram pouco a pouco abandonando uma postura essencialmente defensiva diante das reivindicações dos países em desenvolvimento e começaram a assumir uma atitude igualmente reivindicativa, que se concentrava na tarefa de transformar em artigos operacionais conceitos

genéricos do tipo “criação ou manutenção de uma clima favorável aos investimentos diretos ou à transferência de tecnologia”.

Conforme se verá mais adiante, a tradução desses conceitos em artigos operacionais tendia a reduzir a autonomia dos países em desenvolvimento no controle dos contratos em que fossem parte, de um lado, nacionais daqueles países e, de outro, pessoas físicas ou jurídicas de países estrangeiros.

Para os países latino-americanos, sobretudo, quase todos dotados de uma legislação bem estruturada, a aceitação desses padrões mínimos poderia trazer mais desvantagens do que benefícios, além de alienar parcela substancial da autonomia dos Estados no controle do capital estrangeiro.

Todavia, para os países africanos a noção de obrigatoriedade do Código de Conduta para Transferência de Tecnologia continuava sendo vista como vantajosa, uma vez que mesmo um padrão mínimo era melhor do que a inexistência de qualquer padrão. Apesar das inúmeras tentativas de esclarecimento da matéria em sucessivas reuniões do Grupo dos 77, o tema continua sem solução definitiva e, inclusive, pode provocar dissensões no próprio Grupo.

Em grande parte como consequência das dificuldades surgidas no Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, a questão da natureza jurídica do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas foi abordada de forma bem mais pragmática.

Os países em desenvolvimento, por exemplo, cedo se deram conta de que a repetição dos problemas ocorridos nas negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia seria contraproducente e resolveram adotar solução intermediária que, basicamente, consistia em adotar o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas através de uma resolução das Nações Unidas, no entendimento de que cinco anos após a adoção do Código se procederia a uma revisão de todos os seus aspectos, inclusive de sua natureza jurídica, em uma nova Conferência Diplomática.

A solução acima delineada e aceita por todos os grupos negociadores foi posteriormente recolhida pela resolução 35/63 da Assembleia-Geral das Nações Unidas que, em seu parágrafo operativo segundo, convocou, para o ano de 1985, uma Conferência de Revisão do Código.

Também em consequência desta solução sobre a natureza do Código, foi possível dar-se ao Grupo Intergovernamental - a que anteriormente se referiu - um papel adicional de órgão elaborador de propostas para o aperfeiçoamento daquele instrumento.

Nesta perspectiva, portanto, os resultados práticos ocorridos com a aceitação pelo Grupo dos 77 de se adotar o Código através de uma resolução da AGNU se concretizam na virtual implementação, tanto em nível nacional quanto em nível internacional, daquele instrumento. Com efeito, tendo o Código de Práticas Comerciais Restritivas sido adotado por uma resolução consensual, seus termos e recomendações foram, na prática, endossados pela comunidade internacional, fato que legitima o direito de cada Estado de transformar o Código, total ou parcialmente, em legislação nacional. Por outro lado, em nível internacional, a criação do Grupo Intergovernamental que se vem reunindo de forma regular, uma vez a cada ano, assistido e secretariado pela UNCTAD, está mantendo em permanente atenção a problemática das Práticas Comerciais Restritivas.

Esta situação é particularmente interessante quando se sabe que, até o mês de janeiro de 1983^(***), por exemplo, o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia - onde a questão da natureza jurídica, como já se disse, é um dos principais problemas - continua letra morta. Outros exemplos, inclusive de textos efetivamente coercitivos como o da Convenção sobre Transporte Multimodal e o Convênio sobre a criação do Fundo Comum para Produtos de Base, permanecem sem possibilidade de beneficiar os países em desenvolvimento por não terem ainda entrado em vigor.

(***) A situação é a mesma em setembro de 1991.

III - AS CONSEQÜÊNCIAS DO CÓDIGO SOBRE PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS

3. As Conseqüências do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas

Adotado o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas na noite de 22 de abril de 1980, por força de resolução única da Conferência das Nações Unidas sobre Práticas Comerciais Restritivas, foi ele transmitido à XXXV sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas que, na data de 05 de dezembro de 1980, através da resolução 35/63, o adotou formalmente por consenso.

A questão que se colocava, portanto, a partir daquele momento, era de tríplice natureza e circunscrevia as indagações seguintes:

- a) até que ponto o Código adotado atendia às esperanças do Grupo dos 77 de coibir Práticas Comerciais Restritivas danosas para o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento?
- b) que razões explicariam o sucesso das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas no contexto mais amplo do diálogo Norte-Sul, em especial das questões relacionadas com as tentativas de controle do poder econômico no sistema das Nações Unidas? e
- c) que lições se poderiam tirar da experiência adquirida com as negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas com o processo das negociações sobre outros instrumentos internacionais que se discutiam em paralelo como, por exemplo, o Código de Conduta para Transferência de tecnologia?

Com relação à primeira dessas indagações, talvez o melhor instrumento de que se dispõe para aferir o grau de sucesso na introdução de novas idéias nos conceitos clássicos da legislação antitruste seja o memorando elaborado pela Câmara de Comércio Internacional submetido à Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Práticas

Comerciais Restritivas, em 19 de novembro de 1979 e, posteriormente, refundido e circulado no documento daquela Câmara com o número 225/236/Rev/.

Nesse texto encontram-se as principais críticas do setor privado internacional à aceitação de conceitos que não pareciam conformes com a visão clássica das leis antitruste. Assim, a primeira dessas críticas vai incidir sobre o problema do tratamento preferencial para os países em desenvolvimento. Na argumentação da Câmara de Comércio Internacional a incorporação no Código de Práticas Comerciais Restritivas do item (iii) da Seção C em que se afirma que uma implementação equitativa do Código implicaria no comportamento mais leniente das legislações dos países desenvolvidos diante de arranjos regionais ou globais dos países em desenvolvimento, estaria a caracterizar a ênfase do Código no objetivo central do desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento. Aduz, ainda, o Memorando da Câmara de Comércio Internacional que o Código passa a incorporar na própria definição de Práticas Comerciais Restritivas a referência a efeitos adversos para o Comércio internacional e o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento.

Em seguida, o Memorando da Câmara de Comércio Internacional faz referência ao fato de que o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas cobria as relações intra-empresas das corporações transnacionais. O Memorando indica que a inclusão dessas relações vai além do que é aceito pelas legislações nacionais em vigor e insiste no fato de que as relações intra-empresas só podem ser condenáveis se tiverem efeitos anti-competitivos sobre terceiras partes. Ora, como já se mostrou anteriormente, a palavra concorrência foi eliminada da nota de rodapé da página 11 do Código.

Finalmente, o Memorando critica a própria definição de Práticas Comerciais Restritivas porque a inclusão da expressão “abuso de uma posição dominante de poder de mercado” poderia fazer com que um país em desenvolvimento considerasse como abusiva qualquer ação de uma grande empresa internacional que seja considerada como adversa ao seu comércio ou desenvolvimento.

Obviamente, o nível das críticas da Câmara de Comércio Internacional apenas indica que os países em desenvolvimento efetivamente lograram inserir no Código elementos de seu interesse. Todavia, conforme já se assinalou em outras ocasiões, o fato de que a linguagem do Código seja, por definição, uma linguagem negociada, muitas vezes torna algumas de suas cláusulas indiscutivelmente ambíguas e sujeitas a mais de uma interpretação.

Apenas quando se toma o Código como um todo e que se sopesam as implicações de seus diversos capítulos é que se pode detectar sua direção francamente favorável a uma controle de práticas adversas ao desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

A exemplo do ocorrido com outros instrumentos internacionais e inclusive com o próprio Acordo Geral sobre o Comércio e Tarifas (GATT), apenas o exercício contínuo de interpretação das disposições do Código poderá levar a um denominador comum. No meio tempo, a criação do órgão intergovernamental encarregado de elaborar propostas para a Conferência de Revisão do Código é, certamente, o melhor foro para a discussão das diversas interpretações sobre os dispositivos do Código.

A indagação levantada pelo item (b), por sua vez, e que tem que ver com a pesquisa sobre as razões que teriam levado ao sucesso das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas, é bem mais complexa.

A primeira dedução que se pode fazer sobre o sucesso da Conferência sobre Práticas Comerciais Restritivas é a de que, na realidade, as condições para a elaboração do Código já se encontravam lançadas desde a Carta de Havana.

Embora os países em desenvolvimento tenham, desde o início das negociações na UNCTAD, reagido a uma análise das propostas que permaneciam hibernadas nos textos da Organização Internacional do Comércio, não há dúvida de que o precedente tendia a facilitar mais do que a prejudicar o prosseguimento das negociações.

De certa forma, portanto, o anteprojeto da Carta de Havana era um padrão de referência a que delegações recorriam no decurso da elaboração do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Não foi por outra razão, inclusive, que neste trabalho se analisou, em primeiro lugar, a Carta de Havana. À luz da Carta de Havana fica mais perceptível o progresso realizado pelo Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, bem como a manutenção de soluções antigas e idênticas às encontradas em Havana.

Assim, é interessante, por exemplo, recordar que no decurso das negociações na UNCTAD os países desenvolvidos tentaram efetivamente encontrar fórmula que pudesse coibir os cartéis criados por países em desenvolvimento na defesa de seus produtos primários. Em grande parte, esta tentativa decorria do fato de que à época das negociações sobre o Código, os efeitos da política da OPEP encontravam-se no seu apogeu.

Todavia, o fato de que a própria Carta de Havana já houvesse acolhido exceções semelhantes tanto para os produtos de base quanto para os acordos intergovernamentais muito facilitou a solução da celeuma nos anos 70. Não fosse a existência desse precedente, a insistência dos países desenvolvidos em coibir as ações da OPEP teria levado certamente a um impasse de difícil superação. Merece rápida referência o fato de que, de qualquer forma, os países membros da OPEP sempre deixaram claro nas reuniões do Grupo dos 77 que não hesitariam em bloquear qualquer tipo de acordo que direta ou indiretamente questionasse o direito dos Estados de promover a defesa de seus produtos de base, através da cartelização.

Joel Davidow assinala que o fato de a OPEP necessitar da colaboração de empresas para funcionar e que o fato de o texto sobre exceções poder ser lido como “requerendo a aprovação dos Estados consumidores” poderá justificar discussões ou consultas sobre a OPEP ou cartéis similares no **forum** da UNCTAD sobre Práticas Comerciais Restritivas. Esta interpretação de Davidow, todavia, apenas sugere o grau de percepções díspares que os negociadores de países em desenvolvimento e os de países desenvolvidos teriam dos textos consensuais acordados, pois, do ângulo do Grupo dos 77, a visão de Davidow seria, no mínimo, risível⁽¹⁾.

Além da existência da Carta de Havana, outro elemento que contribuiu para a conclusão bem sucedida das negociações do Código foi, sem dúvida, o fato de que a quase totalidade dos países desenvolvidos e a grande maioria dos países em desenvolvimento possuíam legislações que, de um forma ou de outra, controlavam as Práticas Comerciais Restritivas. Davidow, no mesmo artigo citado acima, afirma que “o sucesso da Conferência sobre Práticas Comerciais Restritivas resulta parcialmente do fato de que as empresas transnacionais, sob a ameaça de sanções severas de pelo menos as legislações antitruste dos Estados Unidos, República Federal da Alemanha e da Comunidade Econômica Européia, parecem ter substancialmente abandonado muitas práticas cartelizantes, à exceção das permitidas ou encorajadas pelos governos como as associações de exportação”.

Mais adiante, aduz Davidow em seu estudo que “enquanto que para os países desenvolvidos concordar com regras contra práticas cartelizantes tradicionais representaria apenas concessões simbólicas ou dificuldades hipotéticas (exceto nos casos dos cartéis de exporta-

(1) Vide DAVIDOW, “The Seeking of a World Competition Code: Quixotic Quest?”

ções e de restrições intra-empresas), enfraquecer os direitos restritivos dos licenciadores poderia realmente envolver o abandono de vantagens reais em vigor atualmente. Desta forma, nas negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia os delegados dos países ocidentais, representando tanto os advogados de patentes, quanto os advogados dos órgãos federais antitruste, insistiam nas negociações em que cada regra explicasse em detalhe quando uma restrição seria justificável e quando não”.

Finalmente, já numa análise mais abrangente do diálogo Norte-Sul, afirma Davidow que “ao findar de 1974, os países em desenvolvimento fizeram aprovar uma Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados na Assembléia-Geral das Nações Unidas, apesar das reservas dos Estados Unidos, do Reino Unido, da República Federal da Alemanha e de outros poucos Estados ocidentais, numa tentativa de criar um novo princípio do direito internacional legitimizando a soberania inviolável dos Estados sobre os recursos naturais e o investimento estrangeiro⁽²⁾. Como Oscar Schachter assinalou, com argúcia, o efeito, paradoxalmente, foi exatamente o oposto. O próprio recurso a declarações internacionais fortaleceu o princípio de que as regulamentações econômicas pelas nações são sujeitas a regras internacionais, por mais permissivas que estas possam ser num determinado documento. Os exercícios sobre os Códigos de Práticas Comerciais Restritivas e sobre a Transferência de Tecnologia demonstravam esta tendência de forma ainda mais óbvia. Os países em desenvolvimento ganharam os princípios de que as empresas não tem maior direito de se engajarem em Práticas Comerciais Restritivas contra Estados mais fracos do que contra Estados mais fortes e que todos os Estados têm o direito de promulgar e implementar legislação neste campo. O prego para esses princípios foi a aceitação de regras que tendem a estabelecer o que seja conduta comercial aceitável e o que seja inaceitável, e a aceitação de regras que especificam obrigações tais como o tratamento leal e o respeito pela confidencialidade que os Estados devem às empresas estrangeiras envolvidas em litígios sobre Práticas Comerciais Restritivas”.

Essas considerações de Davidow merecem referência porque

(2) A Resolução 3281 (XXIX) que contém a Carta dos Direitos e Deveres dos Estados foi aprovada por 120 votos afirmativos, dentre os quais o do Brasil, 10 abstenções (Áustria, Canadá, França, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Espanha) e 06 votos negativos (Bélgica, Dinamarca, República Federal da Alemanha, Luxemburgo, Reino Unido e Estados Unidos da América) - vide “Roll-Call vote on Resolution 3281 (XXIX)”.

revelam toda uma tendência dos países desenvolvidos e particularmente dos Estados Unidos da América, no Diálogo Norte-Sul, que vem trazendo para essas negociações um elenco de complicações.

Nas questões que mais de perto interessam ao objetivo deste trabalho, isto é, aos aspectos relacionados com o controle do poder econômico, a tendência descrita por Davidow talvez seja a razão fundamental para o impasse em que se encontravam essas negociações.

Abordaremos esses problemas no item (C), abaixo. Todavia, por uma questão de método, devemos, desde logo, concluir o tema que estamos examinando e que procura explicar as razões do sucesso das negociações do Código. Como se viu, portanto, as principais dessas razões decorrem da existência prévia da Carta de Havana e de leis nacionais aceitáveis para os países em desenvolvimento.

Como se viu no depoimento de Davidow acima, as concessões dos países desenvolvidos terão sido simbólicas à exceção dos casos referentes às relações intra-firmas.

Não há dúvida, por outro lado, que muito contribuiu para a consecução dos resultados positivos dessas negociações uma evidente flexibilidade por parte do Grupo dos 77 que, desde cedo, considerou que a aprovação de normas como as do Código embora a meio caminho das posições originais do Grupo, representava óbvio endosso pela comunidade internacional de posturas e reivindicações dos países em desenvolvimento.

No entanto, o elemento básico e fundamental que permitiu a aceitação pelo Grupo dos 77 das soluções encontradas pelo Código de Práticas Comerciais Restritivas decorre da constatação de que a maioria das legislações dos países em desenvolvimento para o controle das Práticas Comerciais Restritivas estava aquém dos parâmetros do Código e na maioria, senão na totalidade dos casos, a aceitação de conceitos como abuso de posição dominante - inserida na proposta original dos 77, aliás - representava um ganho e não uma perda para os sistemas legislativos dos países em desenvolvimento. Paradoxalmente, a negociação sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas vinha, indiretamente, induzir alguns países desenvolvidos a uma certa euforia apressada e a imaginar que os resultados tanto de forma quanto de conteúdo dessas negociações pudessem ser efetivamente transpostos para outros instrumentos em negociação e, em particular, para o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia. Mas, este é exatamente o tema do item (c), a seguir:

(c) as lições que se podem tirar da experiência adquirida com as

negociações sobre o Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas são de molde a melhor nos fazer compreender o comportamento recente dos países desenvolvidos nas negociações que se relacionam com o chamado controle do poder econômico no Diálogo Norte-Sul.

Antes de mais nada, será talvez importante recordar que a declaração sobre o estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional, resolução 3201 (S-VI) adotada pela Sexta Sessão Especial da Assembléia-Geral (1974), caracteriza essa nova ordem como sendo baseada na equidade, igualdade soberana e interdependência dos Estados, interesse comum e cooperação entre os Estados independentemente de seus sistemas econômicos e sociais.

Por outro lado, os princípios estabelecidos na Declaração cobriam áreas específicas onde se impunha uma ação prioritária. Dentre essas áreas prioritárias, incluíam-se as relacionadas com a regulamentação das atividades das empresas transnacionais e o fortalecimento da capacidade tecnológica dos países em desenvolvimento.

A Declaração sobre o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional foi seguida pela resolução 3202 (S-VI) que contém o “Programa de Ação sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional, onde no Capítulo IV, sobre a Transferência de Tecnologia, dentre outras recomendações, assinala-se que: “todos os esforços deveriam ser envidados com vistas a formular um Código Internacional de Conduta para a Transferência de Tecnologia, correspondendo às necessidades e condições prevalentes nos países em desenvolvimento” e a “adaptar as Práticas Comerciais Restritivas que regulam a Transferência de Tecnologia aos requerimentos dos países em desenvolvimento e evitar o abuso dos direitos dos vendedores”.

Já no Capítulo V que trata da regulamentação e controle das atividades das empresas transnacionais, o programa de ação sobre o estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional faz referência especial à necessidade de se formular, adotar e implementar um Código Internacional de Conduta para as Empresas Transnacionais que, dentre outros objetivos, deveria regular as atividades dessas empresas nos países hospedeiros, eliminar suas Práticas Comerciais Restritivas e fazê-las respeitar e seguir os planos e objetivos do desenvolvimento nacional dos países em desenvolvimento e, neste contexto, facilitar, sempre que necessário, a revisão de acordos previamente concluídos.

Finalmente, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos

Estados, aprovada pela resolução 3281 (XXIX) da Assembléia-Geral das Nações Unidas havia, igualmente, estabelecido que todo Estado tem o direito de:

- a) “regular e exercer autoridade sobre o investimento estrangeiro dentro de sua jurisdição nacional, em conformidade com suas leis e regulamentos e de acordo com seus objetivos e prioridades nacionais. Nenhum Estado deverá ser compelido a dar tratamento preferencial ao investimento estrangeiro;
- b) regular e supervisionar as atividades das corporações transnacionais dentro de sua jurisdição nacional;
- c) nacionalizar, expropriar ou transferir a propriedade dos bens estrangeiros, em cujo caso compensação apropriada deveria ser paga pelo Estado que adota tais medidas, levando em conta suas leis relevantes, seus regulamentos e todas as circunstâncias que o Estado considerar pertinente. Sempre que a questão da compensação der lugar a uma controvérsia esta deve ser resolvida de acordo com as leis domésticas do Estado nacionalizante e por seus tribunais, a menos que seja livre e mutuamente aceito por todos os Estados interessados que outros meios pacíficos possam ser procurados com base na igualdade soberana dos Estados e de acordo com o princípio da livre escolha dos meios”.

É importante recordar esses instrumentos porque eles constituem, sem sombra de dúvida, o arcabouço político das negociações Norte-Sul. As referências explícitas que neles são feitas aos Códigos de Transferência de Tecnologia, ao controle das Práticas Comerciais Restritivas e das empresas transnacionais apenas indicam a importância desses temas no âmbito do diálogo e o comprometimento da comunidade internacional em encontrar soluções favoráveis aos países em desenvolvimento.

Já assinalamos mais acima neste trabalho que, juntamente com as negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas, corriam em paralelo outras negociações sobre os seguintes instrumentos:

- a) Código de Conduta para Transferência de Tecnologia;
- b) Revisão da Convenção de Paris sobre Propriedade Industrial e
- c) Código de Conduta para Empresas Transacionais.

Em que pesem ligeiras diferenças cronológicas no início dessas

negociações, em geral, elas se processavam de forma quase sucessiva no tempo e no espaço - quase todas em Genebra, à exceção das relacionadas com o Código para Empresas Transnacionais que se realizavam em Nova York. Outra particularidade interessante dessas negociações é o fato de que a maioria dos delegados, principalmente dos países desenvolvidos, que seguia as negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas acompanhava, igualmente, as negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia e houve sempre alguma coincidência com relação à presença de delegados nos demais instrumentos em negociação.

A questão que se recoloca, portanto, é a de procurar apurar as razões que levaram, de um lado, ao sucesso das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas e ao insucesso das demais.

Algumas dessas razões, conforme já se disse anteriormente, são certamente de natureza técnica e têm que ver com o fato de que a maioria das legislações dos países desenvolvidos já exercia, de longa data, um controle das Práticas Comerciais Restritivas em nível nacional.

É fundamental, portanto, ter-se presente o fato de que os países em desenvolvimento, na questão das Práticas Comerciais Restritivas, não tinham um conflito fundamental da concepção sobre o controle dessas práticas com os países desenvolvidos. Conforme se procurou mostrar anteriormente, os países em desenvolvimento procuraram sensibilizar os países desenvolvidos para aspectos particulares do controle dessas práticas, em especial os relacionados com o impacto negativo dessas práticas sobre o desenvolvimento econômico.

Todavia, nas negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia e sobre o Código para Empresas Transnacionais as dificuldades políticas vão tornar cada vez mais difícil a obtenção de fórmulas consensuais.

Basicamente, estas dificuldades vão decorrer de uma tensão crescente entre o Norte e o Sul sobre o alcance e a dimensão real não só dos textos em negociação, mas também do arcabouço político que dá embasamento a essas negociações, cujos elementos principais citamos ainda há pouco e se traduzem na terminologia genérica de Direitos e Deveres dos Estados e Nova Ordem Econômica Internacional.

De fato, a leitura que os países desenvolvidos fazem dos instrumentos acima listados discrepa da percepção que deles têm os países em desenvolvimento. Fundamentalmente, os países em desenvolvimento consideram que tanto a Declaração sobre a Nova Ordem

Econômica Internacional quanto a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados significariam comprometimento dos países desenvolvidos de redirecionar os desequilíbrios econômicos entre o Norte e o Sul, através da elaboração de instrumentos internacionais favoráveis aos países em desenvolvimento.

Esta percepção não é a mesma dos países desenvolvidos que, na leitura da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, por exemplo, tendem a dar maior ênfase à responsabilidade dos países em desenvolvimento diante do que consideram como obrigações internacionais dos Estados.

Em consequência, enquanto os países em desenvolvimento irão procurar, na elaboração dos diversos Códigos de Conduta, inscrever recomendações endereçadas às empresas dos países desenvolvidos, na tentativa de listar suas ações abusivas, e, sempre que possível, procurar propor medidas corretivas, os países desenvolvidos vão concentrar sua ação diplomática na tentativa de delimitar ou dissuadir os países em desenvolvimento de buscar o controle dessas empresas, que deveriam permanecer, tanto quanto possível, entregues às forças do chamado mercado livre.

Há, portanto, a partir de um determinado momento nessas negociações - momento esse que se situa praticamente após a reiteração dos desejos comuns e genéricos de promover o desenvolvimento econômico - a nítida sensação de que os parceiros na mesa de negociações estão com visíveis divergências sobre os objetivos de cada um dos instrumentos internacionais em discussão.

Alguns exemplos concretos permitirão, certamente, melhor compreender o fenômeno que se está tentando descrever. Assim, é interessante recordar o que se passou nas recentes negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia.

Nesse instrumento, os países em desenvolvimento defendiam a introdução de um capítulo intitulado "Regulamentações Nacionais" cuja tônica geral era a de listar medidas legais ou administrativas que poderiam ser tomadas pelos Estados na tentativa de regulamentar a transferência de tecnologia.

Após anos de negociações, o impasse entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento se cristalizava na dificuldade de se encontrar uma formulação consensual até mesmo para o *caput* do capítulo. Este impasse decorria, fundamentalmente, da insistência dos países desenvolvidos em qualificar o direito dos Estados em baixar legislação sobre Transferência de tecnologia.

De forma clara, portanto, os países desenvolvidos, e em especial

os Estados Unidos da América, argumentavam que os países em desenvolvimento não tinham o direito soberano de regular a transferência de tecnologia a não ser que levassem em conta obrigações internacionais quase sempre genéricas e não adequadamente definidas.

A esta postura retrucavam os países em desenvolvimento sugerindo linguagem alternativa que deixasse claro que os países em desenvolvimento ao elaborarem legislações para transferência de tecnologia levariam em conta as obrigações internacionais que houvessem livremente subscrito.

Na realidade, a não aceitação dessas fórmulas de compromisso apenas sedimentava percepções equivocadas de parte e outra, pois tanto os países em desenvolvimento se viam perplexos em relação às exigências de respeito a um direito internacional consuetudinário e frouxamente articulado, quanto os países desenvolvidos viam na resistência dos países em desenvolvimento o prenúncio de que a legislação por eles elaborada tenderia a usurpar direitos adquiridos.

Comportamento semelhante se pode identificar nas negociações sobre o Código de Conduta para as Empresas Transnacionais, onde os países desenvolvidos pretendem assegurar-se de que essas empresas sempre terão a faculdade de recorrer, se assim o desejarem, a tribunais internacionais ou a juntas de arbitragem. Nesta perspectiva, as cortes e tribunais dos países em desenvolvimento nada mais seriam do que uma primeira instância na solução dos litígios entre uma empresa transnacional e uma terceira parte ainda que, ou mesmo que, esta terceira parte seja o próprio Estado nacional.

De qualquer forma, é preciso ter bem presente que tanto nas negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia quanto nas do Código para Empresas Transnacionais a linha de argumentação dos países desenvolvidos é basicamente a mesma, isto é, a de que a aceitação pela comunidade internacional de determinados direitos dos países em desenvolvimento acarreta a contrapartida de aceitação de determinados deveres por parte desses mesmos Estados.

Em outras palavras, portanto, enquanto os países em desenvolvimento pretendem regulamentar as atividades das empresas transnacionais, os países desenvolvidos pretendem assegurar-se de que a natureza, o grau e o escopo desse controle devem obedecer a parâmetros negociados internacionalmente, parâmetros esses que, geralmente, tendem a diluir, quando não a abolir, a capacidade efetiva de controle por parte da legislação nacional.

Veja-se, ainda para confirmar o que se está procurando delinear como espinha dorsal dessas negociações, o que se passa com relação aos capítulos sobre Práticas Comerciais Restritivas de um lado, e sobre lei aplicável e solução de conflitos, de outro, ambos no Código sobre Transferência de Tecnologia.

Nas negociações sobre Práticas Comerciais Restritivas no âmbito do Código de Conduta para Transferência de Tecnologia, os países desenvolvidos procuraram fazer com que toda e qualquer prática listada no Código fosse sujeita a, pelo menos, duas cláusulas de escape.

A primeira dessas cláusulas, encontra-se no *caput* da Seção sobre Práticas Comerciais Restritivas e condicionava a identificação de uma Prática Comercial como Restritiva a exame prévio, caso a caso, onde se procuraria ver se a prática não seria “apropriada” em uma determinada situação.

Além desta regra geral, cada uma das práticas listadas no Código estava subordinada a uma outra consideração de caráter geral, também incluída no *caput* da Seção e que afirmava a necessidade de se reconhecer que restrições com o propósito de racionalização ou de promover uma razoável alocação de funções entre empresas matrizes e subsidiárias ou entre empresas que pertençam ao mesmo grupo serão normalmente consideradas como não contrárias a este capítulo (do Código), a menos que caracterizem um abuso de posição dominante de poder de mercado, no mercado em questão, por exemplo, provocando uma restrição indevida no comércio de uma empresa concorrente.

Finalmente, cada prática restritiva poderia conter uma cláusula de escape particular relacionada diretamente com ela.

Assim, por exemplo, a cláusula referente à proibição de exportar produtos resultantes da tecnologia adquirida - questão cuja importância dispensa comentários - caso fosse aprovada com a linguagem que os países desenvolvidos desejariam, teria a seguinte redação:

“Restrições que impeçam ou substancialmente prejudiquem as exportações por meio de limitações territoriais ou quantitativas ou mediante prévia aprovação para a exportação ou para os preços de exportação dos produtos ou taxas crescentes de pagamento para produtos exportáveis que resultem da tecnologia suprida, a menos que essas restrições sejam justificáveis, por exemplo, para impedir a exportação de tais produtos para países onde esses produtos estavam protegidos pelos direitos de propri-

idade industrial da parte supridora da tecnologia ou onde o “know-how” relevante houvesse retido o seu caráter confidencial ou onde a parte supridora da tecnologia houvesse concedido uma licença para uso da tecnologia relevante”⁽³⁾.

A transcrição do exemplo acima é interessante porque mostra claramente a tendência perversa que ia tomando o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia. Assim, note-se, em primeiro lugar, que as exceções “justificáveis” ao princípio de evitar restrições à exportação são meramente ilustrativas e não exaustivas (como a introdução da expressão “por exemplo” deixa óbvio). Em segundo lugar, recorde-se que, de acordo com as cláusulas de escape genéricas do *caput* dessa seção - a que já fizemos referência anteriormente - as restrições às exportações seriam passíveis de aceitação entre matrizes e filiais de empresas transnacionais. Em terceiro lugar, as exceções embutidas na cláusula levavam a situações inusitadas e inaceitáveis para a legislação de uma grande número de países, inclusive o Brasil.

Atente-se, a título ilustrativo, para a cláusula escapatória que afirma ser justificável a restrição à exportação quando o detentor da tecnologia haja concedido uma licença a uma terceira parte no país para onde se pretenda exportar. Ora, no caso em pauta, as restrições às exportações seriam quase que automáticas, com sérios prejuízos tanto para os consumidores quanto para os países e seus balanços de pagamentos. A introdução desses conceitos discutíveis, à luz, inclusive, da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, era elemento adicional para fazer com que as negociações sobre o Código de Conduta sobre Transferência de Tecnologia se tornassem cada vez mais penosas e politizadas. Problemática idêntica se vivia no capítulo sobre a lei aplicável e solução das controvérsias onde os países desenvolvidos defendiam a tese de que as partes num acordo de transferência de tecnologia poderiam livremente escolher a lei que governe a formação, validade, execução e interpretação do acordo, em clara oposição à intenção dos países em desenvolvimento de submeter os direitos das partes ao escrutínio do interesse público.

Em resumo, portanto, as considerações acima terão permitido delinear o quadro quase sempre tensional das negociações em curso no

(3) Para uma discussão mais ampla das legislações tanto de países em desenvolvimento quanto de países desenvolvidos sobre a questão das restrições às exportações, veja-se o documento TD C.6 72, intitulado “Control of Restrictive Practices in Transfer of Technology Transactions”.

âmbito do Diálogo Norte-Sul sobre os temas relacionados com o controle do poder econômico. Essas tensões, além de aumentar as frustrações dos países em desenvolvimento, tendem a estimular a proliferação de tendências radicais dentro do Grupo dos 77. Regra geral, essas tendências apontam para o rompimento do diálogo e para a denúncia dos mecanismos “espoliativos” utilizados pelo Norte.

De qualquer forma, a contínua e reiterada insistência dos países desenvolvidos em defender posturas como as que se identificaram acima levou o Grupo dos 77, no ano de 1981, a suspender as negociações do Código de Conduta para Transferência de Tecnologia. Ao tomar esta atitude, o Grupo dos 77 partia da constatação de que a manutenção dos mesmos rituais negociadores de forma infundável e apática certamente levaria os países em desenvolvimento a situações inextrincáveis⁽⁴⁾.

Uma das conseqüências mais interessantes do rumo dessas negociações sobre os instrumentos internacionais que vimos mencionando é a constante pressão que se começa a exercer sobre os países latino-americanos, obrigando-os a adotar posturas crescentemente vocais nestas negociações.

Com efeito, o fenômeno que se procurou retratar neste trabalho e que se resume na atitude crescentemente combativa dos países desenvolvidos nessas negociações tende a colocar em risco imediato políticas e regulamentações administrativas dos países latino-americanos, tradicionalmente possuidores de uma legislação, tanto sobre transferência de tecnologia quanto sobre o investimento estrangeiro, conhecida e bem estruturada.

É inegável, portanto, que os países latino-americanos vão entrar nessas negociações motivados por uma dupla preocupação. A primeira delas decorreria da constatação de que seria vantajoso transpor para instrumentos internacionais as soluções e regras nacionais, pois se teria o endosso da comunidade internacional àquelas regras.

A segunda preocupação era de natureza essencialmente política e tinha que ver com o fato de que a solidariedade da América Latina com os demais países em desenvolvimento era um imperativo que não se poderia perder de vista.

Neste raciocínio, a atitude dos países latino-americanos, enquanto Grupo Negociador, tende a ser, num primeiro tempo, confortavelmente discreta. Em alguns casos, inclusive, os países latino-americanos

(4) Vide United States Mission to the United Nations: Press Release USUN 93-(82), de 25 de outubro de 1982.

vão desfrutar do conceito de “países moderados” no Grupo dos 77, por oposição, basicamente, a países africanos e principalmente árabes que são vistos como defensores da formação de frentes comuns de defesa de preços de produtos primários.

À medida, porém, que as negociações sobre os instrumentos internacionais que pretendem lidar tanto com a transferência de tecnologia quanto com o controle das empresas transnacionais começam, de forma gradativa e consistente, a indicar que o resultado final desses exercícios poderá ser o de se aprovar em nível internacional padrões inferiores aos estabelecidos nas próprias legislações nacionais dos países latino-americanos nelas envolvidos, observa-se uma óbvia reação dos representantes desses países que não podem aceitar internacionalmente padrões conflitivos com suas legislações nacionais.

Ocorre que, na maioria das vezes, os países africanos - quase sempre na raiz das propostas retóricas do diálogo Norte-Sul - podem, com muito maior desenvoltura, aceitar fórmulas e padrões mínimos de controle internacional, porque, salvo raras exceções, suas legislações nacionais ou são inexistentes ou estão marcadas ainda por um forte sopro colonialista.

Nesse quadro cada vez mais facilmente perceptível, os países latino-americanos são objeto de crescente tentativa de isolamento por parte dos países desenvolvidos.

O que emerge, paradoxalmente, dessas negociações é a constatação de que os países latino-americanos estão sendo literalmente conduzidos a adotar uma posição crescentemente defensiva no Diálogo Norte-Sul, sempre que as perspectivas de acordo tendem a cristalizar-se.

A contrario sensu, observa-se uma nítida mudança do enfoque dos países desenvolvidos nas negociação em curso, os quais, cada vez mais, se mostram mais interessados em participar de um exercício que pudesse proporcionar uma maior harmonização do comportamento dos países em desenvolvimento diante do capital estrangeiro, harmonização esta que tenderia a coincidir com uma visão mais favorável ao livre jogo dos fluxos privados desse investimento.

Registre-se, por exemplo, a tônica da intervenção do representante dos Estados Unidos da América na sessão reconvocada do ECOSOC, realizada em Nova York, em outubro de 1982.

“Os Estados Unidos acreditam que um Código de Conduta adequadamente redigido poderia promover ainda mais melhores relações entre as empresas transnacionais e os países hospedeiros e também ajudar a reduzir conflitos intergovernamentais em

questões de investimento. Sendo assim, nós somos favoráveis ao projeto de resolução adotado em Manilha, convocando uma sessão especial da Comissão de Empresas Transnacionais, aberta a todos os Estados, que se reunirá em 1983 para procurar completar aquelas partes do Código onde ainda não se chegou a acordo. Esperamos que as nações que participarão desta sessão especial não se deixarão imobilizar por problemas do passado e que procurarão preparar um Código adequado às condições dinâmicas dos anos 80 em diante. Na visão dos Estados Unidos, tal Código deve ser voluntário, não discriminatório, equilibrado com o reconhecimento das responsabilidades dos governos assim como das empresas transnacionais e aplicável a todas as empresas sejam elas privadas, estatais ou mistas⁽⁵⁾.

O leitor terá notado que o representante norte-americano não deixa de insistir no fato de que um Código equilibrado deve acolher responsabilidades tanto dos governos quanto das empresas transnacionais, retomando assim a moldura de negociações sobre a qual vimos chamando a atenção.

Se tanto no Código de Conduta para Transferência de Tecnologia quanto no Código de Conduta para Empresas Transnacionais são essas as principais tendências dos países desenvolvidos, caberia, finalmente, indagar se essas linhas seriam fruto de uma política consistente ou se, na realidade, estamos diante de fenômenos circunscritos ou limitados.

Wolfgang Fikentscher afirma que “no Código de Transferência de Tecnologia e, ainda de forma mais forte, no Código de Práticas Comerciais Restritivas, o controle de empresas com poder dominante de mercado, presumivelmente mais encontráveis nos países desenvolvidos, mas não exclusivamente neles, é uma preocupação constante dos países em desenvolvimento. Há dois problemas interligados a esse que não deveriam ser vistos de forma perfunctória nas negociações e sim delas fazer parte integrante. O primeiro está relacionado com a existência de cartéis de produtos primários e acordos de restrições do comércio estabelecidos e implementados, em muitos casos, por países em desenvolvimento. A OPEP é o exemplo mais saliente em nossos dias. Mas há mais de uma dúzia de outros tão importantes quanto a OPEP e pouco menos eficientes que ela com relação ao monopólio de

(5) Vide Wolfgang Fikentscher, “The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology: the Max Planck Institute for Foreign International Patent Copyright and Competition Law; Munich (1980).

certos produtos de base (...) chega um momento em que os cartéis de produtos primários não atingem menos o comércio internacional do que as entidades de empresas dominantes no mercado e as atividades de empresas transnacionais estabelecidas em países industrializados. O segundo elemento de barganha, portanto, além de se negociar a tecnologia contra o reconhecimento de direitos subjetivos, deveria ser o consentimento por parte dos países desenvolvidos de controlar as empresas transnacionais e a dominação de mercados em troca de uma aceitação de incluir um controle dos cartéis de produtos primários - ainda que sob a forma de abuso do tratamento preferencial - por parte dos países em desenvolvimento”⁽⁶⁾.

A colocação de Fikentscher nos facilita compreender que, para os países desenvolvidos, as reivindicações de uma nova ordem econômica internacional são assimiláveis a uma quase substituição de um poder por outro, a uma simples transferência de controle dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento.

Nesta perspectiva, toda a tarefa dos países desenvolvidos será, simplesmente, a de podar e coibir essas tentativas por parte dos países em desenvolvimento e, portanto, de fazer inscrever nos instrumentos internacionais em negociação artigos e recomendações que preservem o *status quo*.

Em outras palavras, portanto, as propostas dos países desenvolvidos nas negociações dos diversos instrumentos internacionais relacionados com o controle do poder econômico representam uma reação concreta e objetiva aos princípios da chamada Nova Ordem e configuram uma ação articulada daqueles países diante do que consideram uma ameaça às regras vigentes do Direito Internacional⁽⁶⁾.

(6) “As percepções dos países industrializados e dos países em desenvolvimento sobre o que seja a Nova Ordem Econômica Internacional estão em choque. Para a grande maioria dos Estados as suas necessidades de desenvolvimento são capital, tecnologia, e acesso a mercado. Para os países industrializados as suas necessidades são a segurança, a proteção ao investimento estrangeiro e livre acesso às matérias primas”. K. VENKATARAMAN, “Transnational Corporations, International Law, and the New International Economic Order”, in “Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 6, Summer 1978, Nº 1.

**IV - POSSÍVEL APROVEITAMENTO
PELO BRASIL DOS RESULTADOS
DAS NEGOCIAÇÕES SOBRE O
CÓDIGO DE PRÁTICAS
COMERCIAIS RESTRITIVAS**

4. Possível aproveitamento pelo Brasil dos resultados das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas

A emenda Constitucional nº 10, de 14 de novembro de 1977, reitera o princípio de controle do abuso no poder econômico ao dizer, no Artigo 160, que:

“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

- repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

O referido princípio já se encontrava na Constituição de 1967, que, em seu Artigo 157, estabelecia que:

“a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios”
e enumerava o princípio VI que assim rezava:

- “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

A Constituição de 1946 - e já o havíamos visto anteriormente, quando examinamos a participação brasileira nos trabalhos da Carta de Havana - também determinava, em seu Artigo 148, que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Em “Comentários à Constituição de 1946”, Pontes de Miranda indica que:

“a norma constitucional protege a livre concorrência e atribui aos legisladores ordinários o ataque às múltiplas formas pelas quais a livre concorrência se converte em poder eliminador da concorrência, quando pela concentração da propriedade ou outros meios abusivos, tende a vedar ou a embargar a aquisição ou a conservação da propriedade dos outros”⁽¹⁾.

Deve-se ter especial atenção para com o fato de que a Emenda Constitucional em vigor apresenta uma redação para o *caput* do Artigo 160 que explicitamente preceitua ser o fim da ordem econômica e social a realização do desenvolvimento nacional e a justiça social com base em vários princípios, dentre os quais a repressão ao abuso do poder econômico.

A referência ao desenvolvimento nacional é de fundamental importância porque não figura em nenhuma das Constituições anteriores até o ano de 1946, quando, pela primeira vez, o abuso do poder econômico foi inserido na Lei Magna.

Esta questão é, obviamente, de consequência para a aplicação e implementação da lei específica - Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 - que foi baixada quando o preceito constitucional não falava ostensivamente na vinculação do desenvolvimento econômico ao Controle do abuso do poder econômico.

De qualquer forma, a inclusão da expressão “desenvolvimento nacional” terá certamente refletido a consciência de que certas formas do abuso do poder econômico podem ser nocivas para o crescimento econômico do país e passou a dar ao controle deste abuso uma conotação social e política.

Ora, a preocupação com a dimensão do desenvolvimento econômico caracteriza o cerne das posições defendidas pelo Grupo dos 77 e, portanto, o fato de o Brasil ter coordenado a posição daquele Grupo nas negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas é um bom exemplo de adequação de interesses internos com meios externos. Em outras palavras, o preceito constitucional brasileiro dava respaldo

(1) Vide Guilherme A. Canedo de Magalhães: “O abuso do Poder Econômico: apuração e repressão; legislação e jurisprudência,” Artenova, 1975, pag. 14

a uma ação diplomática e, ao mesmo tempo, consolidava internacionalmente um princípio nacional.

Reveja-se, por exemplo, a redação final que teve o parágrafo 2º da Seção E - Princípios e Normas que devem seguir os Estados nos âmbitos nacional, regional e subregional:

“Os Estados deveriam basear sua legislação primordialmente no princípio de eliminar ou eficazmente controlar os atos ou o comportamento das empresas que, mediante o abuso ou a aquisição e o abuso de uma posição dominante no mercado, limitem o acesso aos mercados ou de outro modo restrinjam indevidamente a concorrência e tenham ou possam ter efeitos desfavoráveis sobre seu comércio ou o seu desenvolvimento econômico, ou que, mediante acordos ou arranjos, formais ou não-formais, escritos ou não-escritos, entre as empresas tenham as mesmas repercussões”.

Neste artigo, a referência aos efeitos nocivos sobre o desenvolvimento econômico não poderia ser mais explícita e, no caso específico, mais indicadora do endosso internacional à elaboração de leis ou regulamentos sobre Práticas Comerciais Restritivas que procuram coibir abusos capazes de prejudicar o esforço de desenvolvimento dos países em desenvolvimento.

Há, portanto, com a adoção do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, uma correlação de objetivos entre os princípios da Constituição brasileira e da comunidade internacional, tal como transcritos no Código de Práticas Comerciais Restritivas, fato importante em termos de possibilitar uma aceitação universal das medidas corretivas eventualmente tomadas por uma legislação que conte com esse tipo de receptividade.

Todavia, como indicamos há pouco, a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, estava, obviamente, muito mais afinada com os termos e os objetivos da Constituição de 1946 e, nesse sentido, muito mais voltada para os aspectos clássicos da proteção à concorrência.

Em que pese o fato de que esta referência e esta preocupação com a livre-concorrência sejam elementos da legislação brasileira que vêm confirmar o que já se disse em outra parte deste trabalho sobre o ajustamento entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos na questão de respeito aos princípios clássicos da legislação antitruste, não há dúvida de que a ênfase colocada pela legislação neste aspecto do problema vai tornar pouco aplicável a própria legislação.

conforme nos esclarece Guilherme A. Canedo de Magalhães:

“apesar da enumeração legal, não é fácil o enquadramento dos casos concretos nas hipóteses previstas e menos, ainda precisar quando os meios empregados caracterizam, de fato, uma forma de abuso”

para a perfeita aplicação da lei - continua Canedo de Magalhães,

“é preciso que os fatos sejam apurados devidamente e que se procure, depois, indagar o quanto esses fatos apurados podem implicar em um meio efetivo para caracterizar uma forma de abuso do poder econômico, nos exatos termos da lei. A existência do poder econômico por si só já dificulta a apuração plena dos fatos; a sua ação abusiva, criando as distorções, faz crescer ainda mais as dificuldades e de tudo resulta que nem sempre o abuso se apresenta de forma a recomendar a repressão cabível. Em muitas das vezes, subjetivamente, sentimos o abuso do poder econômico, mas objetivamente não temos os elementos capazes para a sua caracterização plena”⁽²⁾.

Este depoimento de Canedo de Magalhães é particularmente valioso não só por sua franqueza quase chocante, mas também por insinuar que a lei nacional deveria passar por alguma forma de renovação que permitisse a caracterização plena do abuso do poder econômico.

Embora não caiba nos limites deste trabalho proceder-se a uma análise exaustiva da legislação nacional e muito menos ainda se deva aqui sugerir eventuais modificações nela, algumas observações de ordem geral podem ser feitas, apenas para indicar a validade e talvez a obrigatoriedade de que, em época e local oportunos, tanto a análise da legislação quanto a sua eventual modificação sejam levados a cabo.

Dentre essas observações, a mais óbvia e à qual já nos referimos anteriormente é a inexistência na legislação nacional de um quantitativo que determine o nível de posição dominante no mercado. O leitor estará recordado de que fizemos referência a certos critérios quantitativos utilizados pelas legislações, por exemplo, do Reino Unido, da República Federal da Alemanha e da Áustria. Talvez, o estabelecimento de algum critério quantitativo poderá facilitar o delineamento

(2) Idem, pag. 19.

de um abuso de posição dominante, sanando desta forma, uma das maiores lacunas da legislação nacional, conforme nos adverte Canedo de Magalhães.

Outro aspecto a ser assinalado tem que ver com a questão do desenvolvimento econômico; a lei em vigor não menciona Práticas Comerciais Restritivas que possam ter efeitos diretos sobre o balanço de pagamentos, tais como, por exemplo, restrições à exportação e ao acesso a mercados, para utilizar a terminologia explícita do Código.

Note-se, igualmente, que a lei número 4.137 não contém referência específica aos casos de preços de transferência das empresas transnacionais e que, nesse sentido, a utilização do disposto no Artigo D.4 do Código sobre Práticas Comerciais Restritivas poderia ser de utilidade para a política de controle de importações, através do cotejo dos preços de importação com os do mercado internacional.

Em outras palavras, a aprovação do Código de Práticas Comerciais Restritivas pela comunidade internacional enseja uma revisão da lei número 4.137, para torná-la talvez, mais afinada com o estímulo ao desenvolvimento econômico. Esta nova dimensão daria, certamente, ao Poder Executivo muito maior flexibilidade no exame do comportamento das empresas no mercado nacional.

Todavia, caberia, igualmente, um esforço do Governo no sentido de que as vantagens obtidas com a adoção do Código de Práticas Comerciais Restritivas pudessem ser aprofundadas com um acompanhamento vigilante dos trabalhos do Grupo Intergovernamental encarregado de elaborar novas propostas para a Conferência de Revisão do Código de Práticas Comerciais Restritivas, prevista para o ano de 1985, de acordo com a resolução 35/63 da AGNU.

Tendo em vista a redação ambígua que foi dada a vários aspectos do Código, não será de surpreender, igualmente, que representantes de países desenvolvidos procurem enfatizar interpretações e visões antagônicas às dos países em desenvolvimento, com vistas a incorporar estas interpretações no Código revisto.

Não deve igualmente passar sem breve referência o fato de que o Código sobre Práticas Comerciais Restritivas pode ser útil nas negociações Sul-Sul e, sobretudo, nos arranjos entre empresas, estatais ou não, de países em desenvolvimento e, portanto, de eventuais arranjos entre empresas brasileiras e de outros países em desenvolvimento.

Com efeito, na Secção C, item (iii) intitulado "tratamento preferencial ou diferencial em favor dos países em desenvolvimento", lê-se que os acordos regionais ou globais entre os países em desenvolvimento são suscetíveis de receber um tratamento menos rigoroso do que o

aplicado às associações ou arranjos semelhantes entre empresas de países desenvolvidos.

De qualquer forma, atente-se para o que nos diz Pontes de Miranda em seus comentários à Constituição de 1967:

“quanto ao abuso do poder econômico, a Constituição de 1967 entende que é suscetível de repressão todo exercício irregular, todo abuso de propriedade, uma vez que seja nocivo aos outros habitantes do país, à coletividade e ao Estado”⁽³⁾.

Curiosamente, Pontes de Miranda não comenta as razões de inclusão do termo “desenvolvimento nacional” no *caput* do Artigo 160 da Constituição de 1967, embora declare que

“segundo a Constituição de 1967, como, aliás, desde a Constituição de 1934, a liberdade econômica não é **a priori**. A Constituição só a garante até onde não importe que sejam restringidos a justiça social - digamos a justiça distributiva - e o interesse nacional. Duas raias, uma de ordem social, ligada ao bem do povo e outra de ordem nacional”.

Decorre dos comentários de Pontes de Miranda a óbvia noção de que a repressão ao abuso do poder econômico tem que estar vinculada aos interesses do Estado e, portanto, aos interesses do desenvolvimento econômico.

Este imperativo constitucional é uma dimensão a ser, portanto, aplicada na legislação ordinária que não poderia concentrar sua ação regulamentadora apenas no conceito de proteção à concorrência. Na realidade, a ênfase de ação legal no aspecto concorrencial é uma limitação que não encontra apoio na Constituição Federal.

Veja-se, mais uma vez, o que nos diz Pontes de Miranda:

“o artigo 160, V, fala da repressão dos abusos do poder econômico que tenham por fim dominar os mercados, eliminar a concorrência e aumentar, arbitrariamente, os lucros. Poder-se-ia ler o artigo 160, V, como se dissesse:

a) serem suscetíveis de repressão os abusos do poder econômico em que concorressem os três pressupostos (domínio dos mer-

(3) Comentários à Constituição de 1967. Pontes de Miranda. pag. 50.

- cados nacionais, eliminação da concorrência, fito de aumentar arbitrariamente os lucros);
- b) serem suscetíveis de repressão os abusos do poder econômico em que ocorressem dois dos pressupostos (domínio dos mercados e fito de aumento arbitrário dos lucros; eliminação da concorrência e fito de aumento arbitrário dos lucros);
- c) serem suscetíveis de repressão os abusos do poder econômico em que há um, pelo menos, dos três pressupostos (domínio dos mercados; eliminação da concorrência; aumento arbitrário de lucros). A verdadeira interpretação do Artigo 160, V, é a interpretação C”.

Esta última lição de Pontes de Miranda é particularmente esclarecedora, pois definitivamente, exclui o caráter quase onipotente de proteção à concorrência que, em alguns casos, se pretende ver na lei brasileira em vigor ou no Código de Práticas Comerciais Restritivas, em alguns círculos mais conservadores. Evidentemente, como bem ilustrou Pontes de Miranda, nem o preceito constitucional brasileiro nem a definição de Prática Comerciais Restritivas no Código poderia justificar uma leitura cumulativa dos pressupostos encontrados em ambas.

A conclusão que se deve tirar, portanto, é a de que, da mesma forma que o elemento “desenvolvimento nacional” incluído no caput do Artigo 160 regula e condiciona seus pressupostos, a inclusão da referência a efeitos adversos para o comércio internacional e o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento é um pressuposto a ser examinado individualmente e não associado, necessariamente, com a proteção à concorrência ou o acesso aos mercados.

V - CONCLUSÕES FINAIS

5. Conclusões Finais

A análise que se fez da evolução das negociações sobre o Código de Práticas Comerciais Restritivas e as breves incursões analíticas nos Códigos de Conduta para Transferência de Tecnologia e no de Empresas Transnacionais tiveram por objetivo nos levar a um exercício reflexivo, implícito em algumas partes desta dissertação e que, finalmente, se tentará consolidar.

Na realidade, este trabalho que, como se disse na Introdução, retrata, em grande parte, uma experiência profissional de seu autor, não pretende ser a história de uma negociação diplomática. Ao contrário, seu objetivo foi o de procurar um distanciamento, no tempo e no espaço do quotidiano das negociações Norte-Sul, na área do controle do poder econômico, com vistas a melhor compreender sua dinâmica recente, e, na medida do possível, prever sua direção no futuro imediato.

O que há de fascinante na análise do comportamento diplomático é exatamente o fato de que esta análise nos leva sempre - ou nos deveria levar sempre - ao objetivo político dos Estados⁽¹⁾.

(1) A questão da quantificação "científica" na análise das relações internacionais é tema fascinante que, todavia, escapa aos limites deste trabalho. A propósito deste tema, recorde-se o que diz o texto do Curso de Aperfeiçoamento de Diplomatas (CAD), elaborado para a Cadeira de Relações Internacionais, em 1977: "... a preocupação com a precisão científica de grande parte dos estudos que aspiram a visão absolutamente isenta, em termos de valor de sociedade internacional, leva muitas vezes, à perda da perspectiva da totalidade, sempre fundamental no estudo de qualquer ciência social. Uma das críticas que os defensores dos métodos clássicos de análise da política internacional fazem com mais frequência aos adeptos de uma suposta escola científica é a de que estes dizem, cada vez com "maior" precisão e "maior" fundamentação factual, verdades cada vez "menos" relevantes. O esforço de mensuração quantitativa constantemente leva a tal resultado, já que, no afã de encontrar sempre expressão numérica para os fatos que analisam, esses autores procedem a uma seleção perversa dos fenômenos. Excluem, assim questões importantes por não prestar bem a tratamento matemático (constantemente apelidadas de "metafísicas" ou "filosóficas") e incluem problemas de reduzido significado, mas que, ao contrário, permitem elaboração quantitativa precisa (vide CAD; Relações Internacionais, MRE, 1977; pag. 17).

É trivial dizer-se que a Diplomacia é a expressão da política externa dos Estados⁽²⁾. O que, todavia, é mais complexo é a tarefa de procurar identificar as reais intenções de um ou vários Estados, através da análise de suas expressões diplomáticas⁽³⁾.

Há nessa assertiva a noção de que a Diplomacia não se confunde com a política em sua crua manifestação, mas que, antes, é uma técnica que reveste esta política de uma roupagem suscetível de mascarar-la ou de realçá-la⁽⁴⁾.

Ora, no chamado Diálogo Norte-Sul e especialmente na secção dele que aqui estamos examinando, os planos políticos e diplomáticos daquelas negociações interagem e se retroalimentam.

Do ponto-de-vista diplomático não há como tergiversar sobre os pressupostos fundamentais do Diálogo, e esta a razão porque as resoluções básicas sobre o Diálogo, como a declaração de uma nova Ordem Econômica Internacional ou de uma estratégia das Nações Unidas para uma Década do Desenvolvimento são aprovadas ou por consenso ou por uma maioria esmagadora de votos⁽⁵⁾.

Em outras palavras, nenhum Estado é a favor ostensivamente da manutenção da brecha econômica que separa os países desenvolvidos dos países em desenvolvimento. Nenhum Estado é a favor da fome, da mortalidade infantil ou da pobreza.

Todos os Estados podem compartilhar uma série de ideais comuns, muitos deles inscritos não só na Carta de São Francisco, mas também em muitas das resoluções que a comunidade internacional vem aprovando.

Mas, a adesão desses Estados a princípios gerais da Nova Ordem Econômica Internacional não conduz automaticamente à im-

(2) "O termo diplomacia se aplica à condução da generalidade das relações exteriores de qualquer Estado" (CAD: Relações Internacionais; MRE, 1977; pag. 28).

(3) "A diplomacia de qualquer país tem por objetivo justamente influir, tanto quanto possível, na evolução da realidade internacional" (CAD: Relações Internacionais; MRE, 1977; pag. 28).

(4) "Harold Nicholson, em seu clássico livro sobre a Diplomacia procura traçar uma distinção nítida entre política externa e diplomacia. Enquanto a primeira corresponderia às grandes linhas do comportamento internacional do Estado e seria objeto de políticos e estadistas, a segunda seria praticamente sinônimo de "negociação internacional" e constituiria o campo específico de ação do diplomata profissional" (CAD: Relações Internacionais; MRE, 1977; pag. 07).

(5) Não se deve esquecer, porém, que os países desenvolvidos vêm, através do mecanismo de reservas e interpretações diluindo ainda mais as fórmulas consensuais. Para uma análise detida sobre as implicações deste comportamento, veja-se Mohammed Bedjaoui: "Towards a New International Economic Order", Holmes and Meier Publishers, New York, 1979, pag. 170.

plementação desta nova Ordem nem sequer à imediata conjugação de esforços para implementá-la em prazo razoável.

No caso específico das negociações sobre o controle do poder econômico haveria que recordar, por exemplo, alguns elementos que assinalamos no decorrer deste trabalho. O primeiro desses elementos é o relacionado com a projecção das legislações nacionais em plano internacional.

No primeiro capítulo, chamamos a atenção para a declaração do Delegado americano à Segunda sessão da Comissão Preparatória da Conferência Internacional do Comércio e do Emprego quando ficou claro que a idéia inicial dos Estados Unidos da América era a de fazer com que os demais países adotassem legislações semelhantes. Vimos, ainda, igualmente no Primeiro Capítulo, como as exceções e cláusulas de escape ao controle das Práticas Comerciais Restritivas na Carta de Havana refletiam as ambivalências internas dos Estados Unidos e da Europa.

Vimos, em seguida, no Capítulo II, que as negociações na UNCTAD serão marcadas por uma tentativa dos países em desenvolvimento de incluir na definição de práticas comerciais restritivas referência expressa aos efeitos nocivos delas para o desenvolvimento econômico, além de procurar controlar os efeitos adversos das atividades das empresas transnacionais.

Procuramos mostrar, ainda no Capítulo II, que o esforço negociador dos países desenvolvidos foi o de procurar refletir no Código as noções clássicas de proteção à concorrência e assinalamos que a inclusão deste conceito clássico não era contraditório com os princípios e regras gerais aceites pelos países em desenvolvimento em suas próprias legislações e, portanto, que não havia uma diferença fundamental de natureza política entre os países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Enfim, acompanhamos as diferentes versões que ia assumindo o Código de Práticas Comerciais Restritivas conforme redigido pelo III Grupo de Peritos que se reuniu ao longo de quatro anos, em Genebra.

Observamos, portanto, que o resultado final do Código revela claramente um compromisso entre duas tendências ou duas vertentes do pensamento tanto dos países desenvolvidos quanto dos países em desenvolvimento sobre o controle das Práticas Comerciais Restritivas.

Na parte B do Capítulo II, afirmamos que o Código de Práticas Comerciais Restritivas é um bom exemplo de linguagem ambígua, enquanto que o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia um bom exemplo de impasse.

É certamente desnecessário ilustrar os casos de linguagem ambígua no Código de Práticas Comerciais Restritivas, pois já nos referimos a ela de forma reiterada. O que resta por aprofundar são as razões que levam num caso à ambiguidade e noutro ao impasse. Essas razões, podemos agora ver com clareza, são políticas.

O Código de Práticas Comerciais Restritivas conseguiu incorporar as principais vertentes do pensamento dos países em desenvolvimento e dos países desenvolvidos ao preço de um exercício de linguagem ambígua, pois nem uma vertente é acolhida de forma predominante no Código.

Em outras palavras, o conflito entre a proteção à concorrência e o desenvolvimento econômico jamais foi de natureza essencialmente excludente, tanto é que, no final, os dois conceitos foram possíveis de absorção pelo Código. Por outro lado, mesmo com relação ao controle das Práticas Comerciais Restritivas das empresas transnacionais havia suficiente legislação nacional nos países desenvolvidos para permitir uma aceitação das idéias básicas deste controle.

Em resumo, portanto, na elaboração do Código de Práticas Comerciais Restritivas os dois planos - diplomático e político - interagem em órbitas de valências complementares tendentes muito mais à atração do que à repulsa. Isto é, no Código de Práticas Comerciais Restritivas, não há conflitos profundos na concepção política tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento que impeçam o acordo diplomático.

Esta inexistência de um conflito político vai, portanto, favorecer que o Código seja a resultante das projeções em plano internacional das legislações nacionais dos países desenvolvidos combinada com as legislações ou preocupações dos países em desenvolvimento.

Mas, tal não ocorre nem no Código de Transferência de tecnologia nem no Código sobre Empresas Transnacionais, onde os conflitos políticos quase bipolares vão impedir o acordo diplomático.

Com efeito, se, como vimos, o Código de Práticas Comerciais Restritivas existe porque consegue alinhar tendências das legislações tanto de países em desenvolvimento quanto de países desenvolvidos, os Códigos de Transferência de Tecnologia ou para Empresas Transnacionais não são objeto de acordos diplomáticos porque retratam tendências políticas díspares, difíceis de acomodação ainda que através da ambigüidade.

Ao contrário das Práticas Comerciais Restritivas, onde, os países desenvolvidos implantaram todo um arcabouço jurídico através da

legislação antitruste, na questão da transferência de tecnologia essa legislação é muito mais tímida, quando não totalmente inexistente.

Nesta perspectiva, a tendência natural é para que as negociações sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia se baseiem em um conflito entre a legislação dos países em desenvolvimento, francamente recipiendários de tecnologia, e os países desenvolvidos, normalmente fornecedores.

É fácil perceber que neste tipo de negociação os objetivos estão longe de serem os mesmos e o impasse atual sobre o Código de Conduta para Transferência de Tecnologia indica exatamente que há uma dicotomia entre o ideal diplomático - tal como expresso em resoluções ou declarações retóricas - e os imperativos políticos percebidos como expressões de interesses nacionais.

Os países em desenvolvimento têm freqüentemente responsabilizado o impasse do Diálogo Norte-Sul pela “falta de vontade política” dos países desenvolvidos. Esta expressão é duplamente enganadora e perigosa. De uma lado, a expressão é falsa e enganadora porque, na realidade, existe uma vontade política evidente dos países desenvolvidos, vontade política que se traduz de forma clara na manutenção do “status quo”. Os países desenvolvidos estão dando demonstrações diárias de que têm vontade política bem delineada, conforme veremos logo a seguir. De outro lado, a expressão é perigosa porque leva a um inevitável abandono de vigilância no Diálogo o que resulta numa vantagem crescente para os negociadores dos países desenvolvidos.

Ao contrário, portanto, do que se afirma, há uma clara e visível “vontade política” dos países desenvolvidos que, no caso das negociações Norte-Sul sobre o controle do poder econômico, é uma vontade simétrica à dos países em desenvolvimento e tem sua melhor expressão na tentativa desses países de imprimirem ao Código de Conduta para Transferência de Tecnologia e ao Código para Empresas Transnacionais uma tônica de proteção ao detentor da tecnologia num caso e ao investimento privado no outro.

É igualmente por não faltar vontade política aos países desenvolvidos que a cada dia que passa as legislações dos países em desenvolvimento se encontram mais ameaçadas pelas tentativas de condicionar tanto a criação dessas legislações quanto a implementação dos dispositivos dessas legislações a supervisões de caráter internacional.

Veja-se, por exemplo, a situação interessante que se passa no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas, onde se afirma categoricamente que as empresas estão sujeitas à legislação nacional de controle de Práticas Comerciais Restritivas nos países em que atuam.

Nos Códigos para Empresas Transnacionais, de um lado, e sobre Transferência de Tecnologia, de outro, o mesmo princípio é claramente inaceitável para os países desenvolvidos.

A conclusão a que se chega é muito simples: nos dois últimos Códigos os objetivos políticos dos países desenvolvidos são, dentre outros, os de anular a autonomia dos países em desenvolvimento no controle da transferência de tecnologia e do investimento estrangeiro.

A argumentação central dos países desenvolvidos na adoção desta linha de ação repousa na crença de que apenas o jogo das forças de mercado poderá resultar em benefício para todos, tanto para os países desenvolvidos quanto para os países em desenvolvimento.

Todavia, esta argumentação não parece traduzir uma atitude autêntica, pois os países desenvolvidos não hesitam em recorrer a mecanismos neo-protecionistas sempre que os países em desenvolvimento começam a colocar em risco a sobrevivência de empresas obsoletas nos próprios países desenvolvidos. A realidade, portanto, é outra e se situa no grau de pressão política interna a que são submetidos os negociadores dos países desenvolvidos.

Todavia, isto não impede que os países desenvolvidos apresentem suas objeções às reivindicações dos países em desenvolvimento nos limites de uma linguagem diplomática que mascara essas reais intenções políticas.

Como se vê, portanto, na medida em que se aprofunda a análise dos impasses diplomáticos na área das negociações sobre o controle do poder econômico no Diálogo Norte-Sul é possível detectar razões políticas bem delineadas.

Na verdade, o exame de um resultado bem sucedido do Diálogo - o Código de Práticas Comerciais Restritivas - nos serviu para compreender a mecânica de justaposições de interesses que caracterizam, em grande parte, a elaboração de um instrumento consensual.

Cabe, finalmente, uma constatação de ordem política: a de que o Diálogo adquire contornos arriscados para os países latino-americanos inclusive para o Brasil. Já o havíamos dito no decorrer deste trabalho e o repetimos agora, que as recentes tendências e direções do Diálogo Norte-Sul apresentam características que os países em desenvolvimento devem avaliar com cuidado, em especial os países em desenvolvimento latino-americanos.

Na realidade, se os instrumentos internacionais que estão em fase de negociação forem adotados por consenso, e incorporarem princípios e regras como os que, paulatinamente, vêm sendo sugeridos pelos países desenvolvidos, os países latino-americanos que os aceitarem

estarão abrindo mão de princípios que sempre foram de grande simbologia para eles, como, por exemplo, os relacionados com a Doutrina Calvo.

Por outro lado, a aceitação de determinadas regras implicará na imediata redução dos parâmetros domésticos de controle da transferência de tecnologia e numa maior liberalidade no tratamento dos fluxos do capital estrangeiro.

Ora, qual será a contrapartida para o Brasil e para os demais países latino-americanos numa situação semelhante? A nosso ver, nenhuma de caráter positivo. A aceitação de padrões internacionais de controle das empresas transnacionais ou de escrutínio da transferência de tecnologia em níveis inferiores aos da legislação interna tende apenas a aumentar o grau de vulnerabilidade do país.

Em uma situação hipotética em que todos os Estados Membros da ONU adiram a um Código de Conduta para Empresas Transnacionais onde se admita que as decisões das cortes nacionais são sujeitas a revisão por tribunais internacionais ou por cortes de arbitragem, a faixa de ação tanto do Poder Executivo nacional quanto do Poder Judiciário passa a estreitar-se consideravelmente.

É por esta razão que, provavelmente, os países latino-americanos tenderão a assumir um perfil crescentemente ativo nessas negociações, pois, claramente haverá uma nítida dicotomia entre os ideais iniciais do Diálogo e a forma que começa a assumir.

Esta tendência será tão mais forte quanto persistam outros aspectos do Diálogo Norte-Sul também negativos para os países em desenvolvimento em geral e para os países latino-americanos em especial. Embora não seja o tema deste trabalho, há que se levar em conta na avaliação global do Diálogo as medidas neo-protetionistas que estão sendo tomadas pelos países desenvolvidos, em especial pelos Estados Unidos da América, na área de comércio e das chamadas atividades operacionais para o desenvolvimento.

Assim, cumpre recordar a pressão dos países desenvolvidos, apenas momentaneamente controlada, de “graduar” produtos e países dos Sistemas Gerais de Preferências não recíprocas e não-discriminatórias e os esforços similares para reduzir, quando não totalmente eliminar, os recursos assistenciais, tipo PNUD e outros, para esses mesmos países.

Nessa perspectiva, portanto, os países latino-americanos e - uns poucos outros como a Índia, Cingapura, Nigéria e talvez Filipinas - estão submetidos às lâminas cortantes do Diálogo, embora muitas vezes disfarçadas em propostas aparentemente envidescedoras, como

as de procurar reclassificar os países em desenvolvimento de tal forma que esses países latino-americanos e outros possam ser “promovidos” a um limbo entre o inferno dos países marginais - os países proletários na expressão de Pierre Moussa - e o paraíso dos países desenvolvidos. Esses países, os países recentemente industrializados, os NIC, na terminologia anglo-saxônica, seriam chamados a aumentar gradativamente suas responsabilidades no plano internacional, ao mesmo tempo que teriam suas vantagens e benefícios reduzidos pouco a pouco.

Mais uma vez, a principal consequência - e certamente sua principal motivação igualmente - é de natureza política. Do ponto-de-vista dos países desenvolvidos, a apresentação dos conceitos de “graduação” deve ser acompanhada por elementos francamente divisionistas dos países em desenvolvimento. Assim os países desenvolvidos argumentam que apenas através do mecanismo de graduação e de eliminação de certos países dos programas assistenciais será possível assegurar um fluxo adequado de recursos assistenciais para os países em desenvolvimento menos favorecidos, bem como a manutenção dos sistemas generalizados de preferências.

É fácil de perceber que as propostas dos países desenvolvidos buscam colocar os países em desenvolvimento numa posição de ebulição interna, uma vez que a manutenção de uma solidariedade de posições poderá implicar num sacrifício “dos mais pobres em favor dos mais ricos”.

Assim, como se percebe, os países latino-americanos passam a ser vistos com certa reticência por países asiáticos e sobretudo africanos que, em consequência, começam a esperar, quando não a exigir, uma solidariedade quase automática e compulsiva em relação aos programas e projetos de interesse direto para eles.

Se a este quadro, já em si complexo, adicionarmos as fissuras provocadas pelo comportamento essencialmente nacionalista dos países árabes produtores de petróleo - discretamente apoiados pelos demais países não-árabes membros da OPEP - vê-se que o comportamento do Grupo dos 77 está sujeito a influências e pressões exógenas em grau crescente de vigor.

No caso dos Códigos de Conduta que vimos examinando, este pano de fundo do Grupo dos países em desenvolvimento é ainda mais complexo porque, como já se disse anteriormente, são exatamente os países em desenvolvimento latino-americanos que dispõem de uma legislação mais tradicional no controle tanto de transferência de tecnologia quanto do investimento estrangeiro.

Nesta situação - e ao contrário do que vimos ocorrer no Código sobre Práticas Comerciais Restritivas - a atitude dos países desenvolvidos não é a de buscar incorporar princípios de suas próprias legislações nos Códigos e sim o de procurar atenuar e diluir os princípios e regras de outras legislações. É por esta razão que as negociações nesses Códigos tendem ao impasse, pois um lado da mesa tende a remover ou a diluir o que o outro propõe, de tal forma que o resultado final é quase uma pauta mínima de recomendações muito aquém das legislações mais moderadas dos países em desenvolvimento.

Ocorre que no caso dos países africanos, por exemplo, em sua maioria, e também em alguns países asiáticos, a inexistência de leis sobre transferência de tecnologia ou sobre o capital estrangeiro pode tornar aceitáveis aqueles padrões mínimos, o que não é verdade para os países latino-americanos.

A conclusão final, portanto, que se pode tirar sobre o futuro próximo dessas negociações é a de que elas se constituem numa real ameaça para as legislações dos países latino-americanos.

Esta ameaça estaria a exigir uma reavaliação do papel a ser desempenhado pelos negociadores latino-americanos tanto no Código de Conduta para Transferência de Tecnologia quanto no Código para Empresas Transnacionais. Afastada a hipótese de que os países latino-americanos se retirem desses exercícios - hipótese inviável pelos efeitos políticos que acarretaria - caberia determinar qual o melhor comportamento negociador capaz de levar aos melhor resultado político possível.

Tendo em vista que a aceitação de padrões internacionais de controle do capital estrangeiro contraditórios com a legislação interna seria certamente indesejável para a maioria dos países latino-americanos, um comportamento diplomático passivo nestas negociações resultaria certamente numa situação desastrosa em que os países latino-americanos ou bem se veriam na contingência de apor reservas a Códigos e instrumentos internacionais adotados por consenso na AGNU ou a eles teriam que aderir sem efetivamente dar-lhes consequência interna, mas, de qualquer forma, colocando-se, assim, em posição delicada diante de eventuais situações conflitivas entre esses instrumentos internacionais e as legislações internas.

Obviamente, esta ação diplomática não parece coincidir com o interesse político que deve estar subjacente a toda e qualquer ação internacional. Sendo assim, parece tornar-se cada vez mais imperativa uma crescente atuação diplomática dos países latino-americanos no sentido de evitar que os Códigos em negociação possam incorporar os

elementos acima indicados que desfiguram seus objetivos iniciais, tal como concebidos pelos países em desenvolvimento.

Esta ação diplomática, evidentemente, implica na aceitação cada vez maior de papéis ativos no grupo dos países em desenvolvimento com vistas a evitar a formação de acordo consensuais inaceitáveis para os países latino-americanos.

A tarefa diplomática que se abre, portanto, para os países latino-americanos e inclusive o Brasil não parece ser simples nem passiva e exigirá uma clara consciência política das razões que a motivam.

O que este trabalho pretendeu demonstrar é que esta tarefa diplomática ativa, e de quase liderança, muito longe de ser ditada por aspirações ou rasgos retóricos terceiro-mundistas - como de forme distorcida a percebem seus críticos mal informados - decorre, apenas, do fato de que a passividade e a complacência, diante dos rumos que toma o Diálogo Norte-Sul, tendem a minar esforços históricos do país na busca de seu desenvolvimento econômico e de sua plena soberania política.

A diplomacia parlamentar, portanto, longe de se constituir num esforço oco repleto de frustrações e insucessos - como uma análise apressada nos levaria, talvez, a concluir - está informada de interesse político concretos.

A tarefa do diplomata nestas negociações é, sobretudo, a de preservar aqueles interesses que, como vimos, nem sempre coincidem com a manutenção de um Diálogo "construtivo" ou com a finalização de acordos internacionais.

A consciência desses limites e desses constrangimentos da tarefa diplomática parlamentar é o que caracteriza, a nosso ver, a política externa de uma nação madura.

VI - O CÓDIGO DE PRÁTICAS COMERCIAIS

6. O Código de Práticas Comerciais Restritivas e sua Atualidade nos Anos 90

Este trabalho vai para o prelo em Setembro de 1991, onze anos após a adoção da resolução 35/63 pela Assembléia Geral das Nações Unidas..

O objetivo deste capítulo é o de permitir ao leitor uma sucinta atualização sobre os temas discutidos neste trabalho, uma vez que ,intencionalmente, fora pequenos ajustes redacionais, não se alterou o texto redigido originalmente em 1983. Haveria, portanto que referir tres áreas em que se deveriam acompanhar as evoluções históricas, a saber: a) os resultados das Conferencias Diplomáticas de Revisão do Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas; b) as alterações introduzidas na legislação de combate ao abuso do poder economico no Brasil; e c) o estágio atual do Diálogo Norte-Sul.

A) Os resultados das Conferencias Diplomáticas de Revisão do Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas.

Como previsto, a UNCTAD realizou duas conferencias diplomáticas de revisão do Código de Práticas Comerciais Restritivas. A primeira dessas revisões ocorreu em 1985 e a segunda em 1990, ambas em Genebra. Nenhuma linha sequer do Código de Conduta foi objeto de mudança, embora os países membros do grupo dos 77 tenham tentado - irrealisticamente, a meu juízo - modificar a redação dos artigos D.3 e D.4 do Código, que foram, como se recordará o leitor, os artigos mais penosamente negociados ao longo dos anos. De maneira geral, o Grupo dos 77 gostaria de ver uma condenação mais abrangente das relações entre empresas subsidiária e matrizes sempre que elas se assemelhem a práticas restritivas. Permitti-me classificar de irrealista estas propostas porque elas parecem ignorar que até mesmo no âmbito do controle de práticas comerciais restritivas clássicas em países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América, nota-se uma tendência crescente a reduzir a ação controladora do poder judiciário, que já não é tão alimentado pelo poder executivo, hoje mais preocupado em dar maior competitividade às empresas privadas no mercado

internacional do que em ver sua penetração nos mercados asiáticos e europeus diminuída por leis anti-cartéis que não são necessariamente aplicadas às concorrentes das empresas americanas, principalmente as japonesas. Minha impressão pessoal é a de que o texto do Código deverá permanecer sem alterações ainda por longo tempo. Não deixa de ser ilustrativo recordar o que vem ocorrendo, por exemplo, com o Código de Conduta sobre Empresas Transnacionais onde os países desenvolvidos e em especial os Estados Unidos da América desejam rever todos os artigos acordados com vistas a adequá-los aos novos tempos da nova ordem internacional. A esse tema se voltará no item c abaixo.

B) as alterações introduzidas na legislação de combate ao abuso do poder econômico no Brasil.

A principal alteração na legislação brasileira foi sem dúvida a promulgação de uma nova Constituição. Com efeito, o art. 173 da Constituição de 1988 estabelece em seu parágrafo 4o. que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados'...

Paradoxalmente, a nova Constituição não mais fala em desenvolvimento econômico, neste artigo, o que de uma certa forma parece valorizar a proteção à livre concorrência.

Por sua vez, a lei no. 8.158/91 de 8 de janeiro de 1991 instituiu normas para a defesa da concorrência e relaciona muitas das práticas restritivas adotadas no Código de Conduta e modifica para melhor a lei no. 4.137 de 10 de setembro de 1962, que, até então, regulava a matéria.

Nesse sentido, creio ser correto dizer que a aprovação do Código de Conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas influenciou positivamente a reformulação da legislação brasileira que se mostra hoje bem mais equipada para lidar com as novas realidades do mercado.

C) o estágio atual do diálogo Norte-Sul.

A principal diferença que se pode identificar no panorama das negociações econômicas internacionais entre o período que separa a aprovação do Código de conduta sobre Práticas Comerciais Restritivas e os dias que correm neste outono de 1991 é a tentativa de criação de uma nova ordem internacional como consequência do fim da guerra fria.

Esta nova ordem, cujos contornos políticos ainda estão em fase de gestação, parece ter uma vertente econômica internacional bastante nítida e que se caracteriza pela ênfase na rejeição de regras e princípios que possam colocar amarras na expansão das chamadas forças do

mercado livre . Se bem que as negociações econômicas no âmbito da Rodada Uruguai estejam demonstrando que permanecem mais vivas do que nunca as pressões protecionistas de setores pouco dinâmicos dos países desenvolvidos, há uma tendência otimista em se acreditar que o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento prescinde dos instrumentos internacionais que se pretendeu finalizar na década de 80.

O Diálogo Norte-Sul está, portanto, entrando numa nova fase em que ao invés de diálogo vive-se um momento muito especial em que o Norte pretende convencer o Sul de que as assimetrias e distorções nas relações econômicas internacionais não são responsáveis pelo atraso dos países em desenvolvimento e que, portanto, será através da reestruturação de suas economias internas que o desenvolvimento econômico será retomado.

Nesse sentido, a tendência que se observa nas negociações internacionais é a de congelar os trabalhos de elaboração de Códigos de Conduta, hoje vistos como herança de um passado intervencionista que se deve esquecer, em favor de medidas de natureza assistencial de combate à pobreza, ao tráfico de drogas e de proteção ao meio ambiente.

A rigor e sem riscos de exageros, a tarefa mais urgente com que se defrontam os negociadores dos fóruns econômicos multilaterais é a de repor o tema do desenvolvimento econômico na agenda do diálogo Norte-sul, que, sem dúvida, deve ser retomado em bases mais realistas e despidido de uma retórica ideológica que nunca esteve a serviço de um entendimento real sobre a cooperação internacional.

Como assinala no corpo deste trabalho, as negociações sobre práticas comerciais restritivas correram sério risco de fracasso exatamente por força da retórica ideológica do representante da União Soviética. Não deixa de ser uma ironia o fato de que hoje são os representantes desse mesmo país que se esmeram em pleitear os investimentos e a assistência dos países capitalistas em aberta concorrência com os países em desenvolvimento.

A compreensão desta nova configuração internacional, a análise cuidadosa de suas opções e desafios certamente tornará a diplomacia parlamentar um área de trabalho fascinante, despidida dos estereótipos e meias-verdades da guerra fria, a serviço do desenvolvimento político e econômico das Nações Unidas.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES
DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO
Ginebra

Conjunto de principios
y normas equitativos
convenidos multilateralmente
para el control de
las prácticas comerciales
restrictivas

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 1981

ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

TD/RBP/CONF/10/Rev. 1

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
<i>Número de venta: S.81.II.D.5</i>

Precio: 2 dólares de los EE.UU.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
I. Prefacio	1
II. Resolución aprobada el 22 de abril de 1980 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas	2
III. Resolución 35/63 aprobada por la Asamblea General en su trigésimo quinto período de sesiones, el 5 de diciembre de 1980	3
IV. Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas	5

I. - PREFACIO

La Asamblea General, en cumplimiento de su resolución 33/153 de 20 de diciembre de 1978, convocó, con los auspicios de la UNCTAD, a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas. Con arreglo a la resolución 103 (V) aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo el 30 de mayo de 1979, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas se reunió en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 19 de noviembre al 8 de diciembre de 1979. Al término de este período de sesiones la Conferencia pidió que éste se reanudara a fin de terminar sus trabajos. De conformidad con la decisión 34/447 de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1979, la Conferencia volvió a reunirse del 8 al 22 de abril de 1980. Cuando concluyó sus trabajos, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas adoptó una resolución por la que aprobó el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, en el que había convenido, y transmitió este Conjunto de principios y normas a la Asamblea General en su trigésimo quinto período de sesiones para que lo aprobase como resolución.

En consecuencia, la Asamblea General aprobó por su resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980 el presente Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

II. - RESOLUCIÓN APROBADA EL 22 DE ABRIL DE 1980 POR LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Conjunto de principios normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

Recordando la resolución 33/153 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1978, que pedía a la Conferencia que negociara, sobre la base de los trabajos del Tercer Grupo Especial de Expertos en prácticas comerciales restrictivas, un conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas que repercutieran en forma adversa sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y en el desarrollo económico de éstos, y que tomara todas las decisiones necesarias para la adopción de tal conjunto de principios y normas, incluso una decisión sobre el carácter jurídico de los mismos.

Habiendo celebrado su primer período de sesiones del 19 de noviembre al 8 de diciembre de 1979 y su segundo período de sesiones del 8 al 22 de abril de 1980.

1. *Aprueba* el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, anexo a la presente resolución¹;

2. *Transmite* a la Asamblea General, en su trigésimo quinto período de sesiones, este Conjunto de principios y normas, habiendo tomado todas las decisiones necesarias para su aprobación como resolución;

3. *Recomienda también* a la Asamblea General que, cinco años después de la aprobación del Conjunto de principios y normas, convoque una conferencia de las Naciones Unidas, con los auspicios de la UNCTAD, para que examine todos los aspectos del Conjunto de principios y normas.

7ª. sesión plenaria
22 de abril de 1980

¹Véase la sección IV *infra*.

**III. - RESOLUCIÓN 35/63 APROBADA POR
LA ASAMBLEA GENERAL
EN SU TRIGÉSIMO QUINTO PERÍODO DE SESIONES,
EL 5 DE DICIEMBRE DE 1980**

Prácticas comerciales restrictivas

La Asamblea General,

Recordando sus resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI) de 1 de mayo de 1974, que contienen la Declaración y el Programa de acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, 3281 (XXIX) de 12 de diciembre de 1974, que contiene la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y 3362 (S-VII) de 16 de septiembre de 1975, sobre desarrollo y cooperación económica internacional,

Recordando que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, convocada por la Asamblea General en virtud de su resolución 33/153 de 20 de diciembre de 1978, celebró su primer período de sesiones del 19 de noviembre al 8 de diciembre de 1979 y que, con arreglo a la decisión 34/447 de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1979, celebró un segundo período de sesiones del 8 al 22 de abril de 1980.

Tomando nota con satisfacción de que la Conferencia aprobó el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas¹ y lo transmitió a la Asamblea General en su trigésimo quinto período de sesiones, tras haber tomado, todas las decisiones necesarias para su aprobación como una resolución,

Observando que en la resolución 103 (V) de 30 de mayo de 1979², la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo pidió a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas que formulara recomendaciones, por conducto de la Asamblea General, a la Junta de Comercio y Desarrollo en relación con los aspectos institucionales de los futuros trabajos sobre

¹ Véase la sección IV *infra*.

² Véase *Actas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, quinto período de sesiones*, vol. I. *Informe y Anexos* (publicación de las Naciones Unidas. N° de venta: S.79.II.D.14), primera parte, secc. A.

prácticas comerciales restrictivas en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, teniendo presentes los trabajos realizados en esta esfera en otros órganos de las Naciones Unidas,

1. *Aprueba* el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas;

2. *Decide* convocar en 1985, con los auspicios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, una Conferencia de las Naciones Unidas para examinar todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas;

3. *Toma nota* de las recomendaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas respecto del mecanismo institucional internacional, que figuran en la sección G del Conjunto de principios y normas, y pide a la Junta de Comercio y Desarrollo que, en su 22ª período de sesiones, establezca un grupo intergubernamental de expertos en prácticas comerciales restrictivas para que, en el marco de una comisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, desempeñe las funciones indicadas en esa sección;

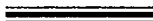
4. *Decide además* que se pongan a disposición de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo los recursos necesarios para realizar las tareas indicadas en el Conjunto de principios y normas.

*83ª sesión plenaria
5 de diciembre de 1980*

IV. - CONJUNTO DE PRINCIPIOS Y NORMAS EQUITATIVOS CONVENIDOS MULTILATERALMENTE PARA EL CONTROL DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS¹

ÍNDICE

<i>Sección</i>	<i>Pág.</i>
A. Objetivos	7
B. Definiciones y ámbito de aplicación	8
C. Principios equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas	10
D. Principios y normas aplicables a las empresas, incluidas las empresas transnacionales	11
E. Principios y normas que deben seguir los Estados en los ámbitos nacional, regional y subregional	14
F. Medidas internacionales	16



La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

Reconociendo que las prácticas comerciales restrictivas pueden repercutir en forma adversa sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de esos países.

Afirmando que un conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas puede contribuir al logro del objetivo, en el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, de eliminar las prácticas comerciales restrictivas que repercuten en forma desfavorable sobre el

comercio internacional, y contribuir así al desarrollo y al mejoramiento de las relaciones económicas internacionales sobre una base justa y equitativa.

Reconociendo también la necesidad de asegurar que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio internacional, en particular las que afectan al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo,

Considerando las posibles consecuencias adversas de las prácticas comerciales restrictivas, inclusive, entre otras, las que pueden ser resultado del incremento de las actividades de las empresas transnacionales, para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo,

Convencida de que es necesario que, en los planos nacional, regional e internacional, los países adopten medidas que se refuercen mutuamente para eliminar o contrarrestar de modo eficaz las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales, que repercuten en forma desfavorable sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de esos países,

Convencida asimismo de las ventajas que podrían obtenerse de un conjunto universalmente aplicable de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, y de que todos los países deberían alentar a sus empresas a que siguiesen en todos los aspectos las disposiciones de tal conjunto de principios y normas,

Convencida además de que la aprobación de ese conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas facilitará la adopción y el fortalecimiento de leyes y políticas en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas en los ámbitos nacional y regional y llevará así a mejorar las condiciones y lograr una mayor eficiencia y participación

¹ El Conjunto de principios y normas fue aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas como un anexo a su resolución de 22 de abril de 1980 (véase la sección II *supra*).

en el comercio internacional y el desarrollo, particularmente el de los países en desarrollo, y a proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo,

Afirmando también la necesidad de eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo pueden entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo,

Afirmando igualmente la necesidad de que las medidas adoptadas por los Estados para controlar las prácticas comerciales restrictivas se apliquen justa y equitativamente, sobre la misma base a todas las empresas y conforme a los procedimientos legales establecidos; y de que los Estados tengan en cuenta los principios y objetivos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente,

Conviene en el siguiente Conjunto de principios y normas para el control de las prácticas comerciales restrictivas, en forma de recomendaciones:

A. - Objetivos

Teniendo en cuenta los intereses de todos los países, en particular de los países en desarrollo, el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente se estructura de manera que permita alcanzar los siguientes objetivos:

1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.

2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a

los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo mediante:

a) La creación, el fomento y la protección de la competencia;

b) El control de la concentración del capital, o del poder económico, o de ambas cosas;

c) El fomento de las innovaciones.

3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.

4. Eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo.

5. Formular un Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas para su adopción en el plano internacional, y facilitar así la adopción y el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional.

B. - Definiciones y ámbito de aplicación

A los efectos de este Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente:

i) Definiciones

1. Por “prácticas comerciales restrictivas” se entienden los actos o el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, con efectos o posibles efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países, o que, en virtud de acuerdos entre empresas, formales o no formales, escritos o no escritos, tengan las mismas repercusiones.

2. Por “Posición dominante en el mercado” se entiende la situación en que una empresa, sea por sí sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios.

3. Por “empresas” se entienden las firmas, las sociedades de personas, las sociedades de capital, las compañías, otras asociaciones, las personas físicas o jurídicas, o cualquier combinación de las mismas, independientemente de la forma de creación o de control o de propiedad, privada o estatal, que se dediquen a actividades comerciales, e incluye sus sucursales, compañías subsidiarias, filiales u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellas.

ii) *Ambito de aplicación*

4. El Conjunto de principios y normas se aplica a las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales, que tengan efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países. El Conjunto de principios y normas se aplicará independientemente de que en dichas prácticas intervengan empresas en uno o en varios países.

5. Los “principios y normas relativos a las empresas, incluidas las empresas transnacionales” se aplican a todas las transacciones de bienes y servicios.

6. Los “principios y normas relativos a las empresas, incluidas las empresas transnacionales” van dirigidos a todas las empresas.

7. Las disposiciones del Conjunto de principios y normas serán universalmente aplicables a todos los países y empresas, independientemente de las partes que intervengan en las transacciones, actos o comportamientos.

8. Toda referencia a los “Estados” o a los “gobiernos” se interpretará en el sentido de que incluye a cualesquiera agrupaciones regionales de Estados, en la medida en que tengan competencia en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas.

9. El Conjunto de principios y normas no se aplicará a los acuerdos intergubernamentales ni a las prácticas comerciales restrictivas a que den lugar directamente tales acuerdos.

C. - Principios equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas

En armonía con los objetivos expuestos, se aplicarán los siguientes principios:

i) Principios generales

1. En los planos nacional, regional e internacional, deberían adoptarse medidas apropiadas que se refuercen mutuamente para eliminar o contrarrestar de modo eficaz las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales, que repercuten en forma desfavorable sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países.

2. Debería establecerse, y mejorarse donde ya se haya establecido, una colaboración entre los gobiernos en los planos bilateral y multilateral para facilitar el control de las prácticas comerciales restrictivas.

3. Deberían idearse en el plano internacional mecanismos apropiados, o utilizarse mejor los mecanismos internacionales existentes para facilitar el intercambio y la difusión de información entre los gobiernos sobre las prácticas comerciales restrictivas, o ambas cosas.

4. Deberían idearse los medios adecuados para facilitar la celebración de consultas multilaterales sobre cuestiones de política relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas.

5. Las disposiciones del Conjunto de principios y normas no deberían interpretarse en el sentido de justificar una conducta de las empresas que sea ilegal según la legislación nacional o regional aplicable.

ii) Factores que han de tenerse en cuenta para la aplicación del Conjunto de principios y normas

6. A fin de asegurar la aplicación justa y equitativa del Conjunto de principios y normas, los Estados, sin dejar de tener presente la necesidad de lograr la plena aplicación del Conjunto de principios y normas, deberían tener debidamente en cuenta la medida en que el comportamiento de las empresas, creadas o no por los Estados y

controladas o no por los Estados, sea aceptado en virtud de las leyes o reglamentos aplicables, teniendo presente que tales leyes y reglamentos deberían estar claramente definidos y encontrarse pública y fácilmente disponibles, o sea exigido por los Estados.

iii) Trato preferencial o diferencial a favor de los países en desarrollo

7. A fin de asegurar la aplicación equitativa del Conjunto de principios y normas, los Estados, en particular los de los países desarrollados, deberían tener en cuenta, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, especialmente para los fines de los países en desarrollo en cuanto a:

a) Fomentar el establecimiento o desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía; y

b) Favorecer su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o globales entre países en desarrollo.

D. - Principios y normas aplicables a las empresas, incluidas las empresas transnacionales

1. Las empresas deberían respetar las leyes sobre prácticas comerciales restrictivas así como las disposiciones relativas a esas prácticas contenidas en otras leyes, en los países en que operen y, en caso de actuaciones judiciales o administrativas conforme a esas leyes, deberían someterse a la jurisdicción de los tribunales y los organismos administrativos competentes de esos países.

2. Las empresas deberían consultar a las autoridades competentes de los países directamente afectados y deberían prestarles su colaboración en su labor encaminada a controlar las prácticas comerciales restrictivas que afecten desfavorablemente a los intereses de esos países. A este respecto, las empresas deberían proporcionar también la información necesaria para ese fin, en particular sobre acuerdos restrictivos, inclusive aquella que pueda encontrarse en

países extranjeros, en la medida en que en este caso su suministro o publicación no estén prohibidos por las leyes vigentes o por la política oficial establecida. El suministro de información, siempre que se haga con carácter voluntario, debería estar sujeto a las garantías normalmente aplicables en esta materia.

3. Las empresas dedicadas en el mercado a actividades rivales o potencialmente rivales, excepto cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras, deberían abstenerse de prácticas como las que se indican a continuación cuando, en virtud de acuerdos formales o no formales, escritos o no escritos, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, y tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países:

- a) Acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones;
- b) Licitaciones colusorias;
- c) Acuerdos de asignación de mercados o de clientes;
- d) Asignación por cuotas de ventas y producción;
- e) Acción colectiva para la imposición de acuerdos (por ejemplo, mediante la negativa concertada a tratar);

* Para determinar si unos actos o un comportamiento son o no abusivos, se deberían tener en cuenta su finalidad y sus efectos en la situación existente, considerando en particular si limitan el acceso a los mercados o de otra forma restringen indebidamente la competencia, con repercusiones perjudiciales, reales o posibles, sobre el comercio internacional, especialmente de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de esos países, y si son:

- a) Apropiados habida cuenta de la relación organizacional, directiva y jurídica existente entre las empresas de que se trate, tal como en el contexto de las relaciones dentro de una entidad económica y sin que se produzcan efectos restrictivos fuera de las empresas conexas;
- b) Apropiados habida cuenta de las condiciones especiales o de las circunstancias económicas existentes en el mercado de que se trate, tales como las condiciones excepcionales de la oferta y de la demanda o el tamaño del mercado;
- c) De tipos que generalmente se consideren aceptables conforme a las leyes o reglamentos nacionales o regionales aplicables para el control de las prácticas comerciales restrictivas;
- d) Compatibles con las finalidades y los objetivos de los presentes principios y normas.

f) Denegación concertada de suministros a importadores potenciales;

g) Rechazo colectivo a la participación en un acuerdo, o asociación, que sea vital para la competencia.

4. Las empresas deberían abstenerse de los actos o del comportamiento siguientes en el mercado pertinente, cuando, mediante el abuso* o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o restrinjan de otro modo indebidamente la competencia, y de esta forma tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre el comercio internacional, particularmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de éstos:

a) El comportamiento predatorio frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores;

b) La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios, las modalidades o las condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios, inclusive a través del uso de políticas de fijación de precios, en las transacciones entre empresas afiliadas, que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para transacciones similares o comparables fuera de las empresas afiliadas;

c) Las fusiones, absorciones, empresas comunes u otras adquisiciones de control, ya sean de naturaleza horizontal, vertical o conglomerada;

d) La fijación de los precios a los que las mercancías exportadas pueden ser revendidas en los países importadores;

e) La imposición de restricciones a la importación de bienes que han sido legítimamente marcados en el extranjero con una marca comercial idéntica o similar a la marca comercial protegida en el país importador, en bienes idénticos o similares, cuando las marcas comerciales de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, de gestión o legal, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener artificialmente precios elevados;

f) Cuando no sea para asegurar la consecución de fines comerciales legítimos, tales como velar por la calidad, la seguridad, la distribución o la prestación de servicios adecuados:

- i) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
- ii) El condicionamiento del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) La imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes puedan revenderse o exportarse;
- iv) El condicionamiento del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la entidad designada por éste.

E. - Principios y normas que deben seguir los Estados en los ámbitos nacional, regional y ubregional

1. Los Estados deberían adoptar, mejorar y poner en vigor de maneira efectiva, en el ámbito nacional o por conducto de las agrupaciones regionales, la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados para del control de las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales.

2. Los Estados deberían fundar su legislación primordialmente en el principio de eliminar o contrarrestar eficazmente los actos o el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de otro modo restrinjan indebidamente la competencia y tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre su comercio o su desarrollo económico, o que, mediante acuerdos o arreglos, formales o no formales, escritos o no escritos, entre las empresas tengan las mismas repercusiones.

3. Los Estados, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, deberían asegurar a las empresas un trato que sea justo y equitativo, sobre la misma base para todas las empresas, y conforme a los procedimientos legales establecidos. Las leyes y los reglamentos deberían estar disponibles pública y fácilmente.

4. Los Estados deberían procurar adoptar las medidas correctivas o preventivas adecuadas para impedir o controlar el uso de prácticas comerciales restrictivas dentro del ámbito de su competencia, o ambas cosas, cuando comprueben que tales prácticas afectan desfavorablemente al comercio internacional y en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.

5. Cuando, con el fin de controlar las prácticas comerciales restrictivas, un Estado obtenga de las empresas información que contenga secretos comerciales legítimos, debería tratar esa información con las garantías razonables normalmente aplicables en la materia, especialmente para proteger su carácter confidencial.

6. Los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existan, para obtener de las empresas, incluidas las empresas transnacionales, la información necesaria para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas, incluidos a este respecto detalles acerca de los acuerdos, entendimientos y otros arreglos de carácter restrictivo.

7. Los Estados deberían establecer en los planos regional y subregional los mecanismos apropiados para promover el intercambio de información sobre las prácticas comerciales restrictivas y sobre la aplicación de las leyes y políticas nacionales en este campo, así como ayudarse unos a otros en beneficio mutuo en relación con el control de tales prácticas en los planos regional y subregional.

8. Los Estados que tengan mayor experiencia en el funcionamiento de los sistemas de control de las prácticas comerciales restrictivas deberían compartir, cuando se les pida, su experiencia con otros Estados que deseen establecer o mejorar tales sistemas o prestarles de otro modo asistencia técnica con ese fin.

9. Los Estados deberían, cuando se les pida, o por propia iniciativa cuando comprendan que ello es necesario, proporcionar a otros Estados, particularmente en el caso de los países en desarrollo, la información disponible públicamente y, en la medida en que sea

compatible con su legislación y con su política oficial establecida, la demás información que necesite el Estado receptor interesado para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas.

F. - Medidas internacionales

La colaboración en el ámbito internacional debería tener por objeto eliminar o contrarrestar eficazmente las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales, reforzando o mejorando el control de las prácticas comerciales restrictivas que afecten desfavorablemente al comercio internacional, en particular al de los países en desarrollo, y al desarrollo económico de esos países. A este respecto, las medidas deberían incluir:

1. Labor destinada a armonizar las políticas nacionales relativas a las prácticas comerciales restrictivas, de modo compatible con el Conjunto de principios y normas.

2. Comunicación al Secretario General de la UNCTAD, cada año, de información apropiada sobre las medidas adoptadas por los Estados y las agrupaciones regionales para cumplir su compromiso respecto del Conjunto de principios y normas, así como información sobre la adopción, el desarrollo y la aplicación de leyes, reglamentos y políticas relativos a las prácticas comerciales restrictivas.

3. Continuación de la publicación por la UNCTAD de un informe anual acerca de la evolución de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas y acerca de las prácticas restrictivas que afecten desfavorablemente al comercio internacional, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo, basándose en la información a disposición del público y, en la medida de lo posible, en otros datos, especialmente los obtenidos mediante solicitudes dirigidas a todos los Estados miembros o que éstos proporcionen por iniciativa propia, y, en su caso, al centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales y a otras organizaciones internacionales competentes.

4. Consultas:

- a) Cuando un Estado, particularmente en el caso de un país en desarrollo, considere procedente celebrar con otro Estado u otros

Estados consultas sobre un problema relativo al control de las prácticas comerciales restrictivas, podrá pedir una consulta con esos Estados a fin de hallar una solución mutuamente aceptable; cuando haya de celebrarse una consulta, los Estados participantes podrán pedir al Secretario General de la UNCTAD que proporcione a tal efecto servicios de conferencia mutuamente convenidos;

b) Los Estados deberían conceder plena atención a las peticiones de consulta y, previo acuerdo sobre el tema y los procedimientos de tal consulta, ésta debería celebrarse en el momento oportuno;

c) Si convienen en ello, los Estados participantes deberían preparar, con la asistencia, si la desean, de la secretaría de la UNCTAD, un informe conjunto sobre las consultas y sus resultados, informe que debería ponerse a disposición del Secretario General de la UNCTAD para su inclusión en el informe anual sobre prácticas comerciales restrictivas.

5. Continuación de los trabajos, dentro de la UNCTAD, sobre la elaboración de una o varias leyes tipo sobre las prácticas comerciales restrictivas, a fin de ayudar a los países en desarrollo a formular una legislación apropiada. Con tal fin, los Estados deberían aportar a la UNCTAD la información y la experiencia necesarias.

6. Ejecución o facilitación de la ejecución por la UNCTAD, y por otras organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, junto con la UNCTAD, de programas de asistencia técnica, asesoramiento y capacitación sobre las prácticas comerciales restrictivas, en particular para los países en desarrollo:

a) Deberían proporcionarse expertos para ayudar a los países en desarrollo que lo soliciten a formular o mejorar la legislación y los procedimientos sobre prácticas comerciales restrictivas;

b) Deberían celebrarse seminarios, programas o cursos de formación, principalmente en los países en desarrollo, para capacitar a los funcionarios que se ocupen o que puedan ocuparse de la aplicación de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas y, a este respecto, deberían aprovecharse, entre otras cosas, la experiencia y los conocimientos de las autoridades administrativas, particularmente de los países desarrollados, para descubrir el empleo de prácticas comerciales restrictivas;

c) Debería prepararse un manual sobre la legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas;

d) Deberían reunirse y proporcionarse, en particular a los países en desarrollo, libros, documentos, manuales y cualquier otra información sobre cuestiones relacionadas con las prácticas comerciales restrictivas;

e) Debería organizarse y facilitarse el intercambio de personal entre los organismos que se ocupen de las prácticas comerciales restrictivas;

f) Deberían organizarse conferencias internacionales sobre la legislación y las políticas en materia de prácticas comerciales restrictivas;

g) Deberían organizarse seminarios para el intercambio de opiniones entre personas de los sectores público y privado sobre las prácticas comerciales restrictivas.

7. Debería pedirse a las organizaciones internacionales y a los programas de financiación, en particular al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, que proporcionen recursos, por cauces y según modalidades apropiadas, para financiar las actividades expuestas en el párrafo 6 *supra*. Además, se invita a todos los países, en particular a los países, en particular a los países desarrollados, a que hagan contribuciones voluntarias, financieras y de otra índole, para las actividades antes mencionadas.

G.- Mecanismo institucional internacional

i) Disposiciones institucionales

1. Un Grupo intergubernamental de Expertos en prácticas comerciales restrictivas, que actúe en el marco de una comisión de la UNCTAD, constituirá el mecanismo institucional.

2. Los Estados que hayan aceptado el Conjunto de principios y normas deberían adoptar las medidas adecuadas en los ámbitos nacional o regional para cumplir las obligaciones que hayan contraído en relación con el Conjunto de principios y normas.

ii) Funciones del Grupo Intergubernamental

3. El Grupo Intergubernamental desempeñará las funciones siguientes:

a) Servir de foro y tomar disposiciones y cambios de impresiones entre los Estados sobre cuestiones relacionadas con el Conjunto de principios y normas, en especial sobre su aplicación y la experiencia que de ésta se derive;

b) Efectuar periódicamente estudios e investigaciones sobre las prácticas comerciales restrictivas en relación con las disposiciones del Conjunto de principios y normas, y difundir sus resultados, con miras a intensificar el intercambio de experiencias y dar mayor efectividad al Conjunto de principios y normas;

c) Solicitar de las organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas los estudios, documentos e informes pertinentes y examinarlos;

d) Estudiar las cuestiones relacionadas con el Conjunto de principios y normas que puedan definirse mediante datos relativos a las transacciones comerciales y otra información pertinente obtenida trevia petición presentada ante todos los Estados;

e) Reunir y divulgar información sobre las cuestiones relacionadas con el Conjunto de principios y normas, la consecución en general de sus fines y las medidas adecuadas que hayan adoptado los Estados en los ámbitos nacional o regional para promover la efectividad del Conjunto de principios y normas, en especial en lo concerniente a sus objetivos y principios;

f) Presentar los informes y hacer las recomendaciones pertinentes a los Estados sobre cuestiones de su competencia, incluidas la aplicación y ejecución del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente;

g) Someter, por lo menos una vez al año, informes sobre la labor realizada.

4. En el desempeño de sus funciones, el Grupo Intergubernamental y sus órganos auxiliares no actuarán como un tribunal ni emitirán de otro modo juicio alguno acerca de las actividades o el comportamiento de determinados gobiernos o determinadas empresas en relación con una transacción comercial concreta. El Grupo Intergubernamental o

sus órganos auxiliares deberían evitar toda implicación in cualquier litigio que pudiera surgir entre las empresas en una transacción comercial concreta.

5. El Grupo Intergubernamental establecerá los procedimientos necesarios para examinar las cuestiones relativas al carácter confidencial de la información.

iii) *Procedimientos de examen*

6. A reserva de la aprobación de la Asamblea General, cinco años después de la adopción del Conjunto de principios y normas, el Secretario General de las Naciones Unidas convocará una conferencia de las Naciones Unidas, con los auspicios de la UNCTAD, para que examine todos los aspectos del Conjunto de principios y normas. Con tal fin, el Grupo Intergubernamental formulará propuestas a la conferencia para mejorar y desarrollar el Conjunto de principios y normas.

