

PAINEL III**Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial*****Vertical restrictions and abuse of industrial property rights***

Arthur Barrionuevo (Chairman)

Mário Possas - *Economista - professor titular da UFRJ*

Paula Forgioni - *Advogada, prof. da FGV-SP e da Fac. de Direito da USP*

Pietro Ariboni - *Advogado*

Fernando Marques - *Conselheiro do CADE*

Cleveland Prates Teixeira - *Conselheiro do CADE*

ARTHUR BARRIONUEVO

Bom dia!

Vamos retomar agora os trabalhos do VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, seria, antes de mais nada, bom dar um aviso de que houve uma ligeira alteração no nosso cronograma.

Em vez de haver um painel pela manhã, o almoço, e um painel pela tarde, houve uma troca de posições. Nós teremos os dois painéis, com dois coffee-breaks e depois o almoço.

O primeiro painel de hoje que vai contar com a presença dos Conselheiros do CADE: Cleveland Prates e Fernando Marques, Dr. Pietro Ariboni, a Profa. Paula Forgioni e o Prof. Mario Possas, que vão discutir conosco o tema: Restrições Verticais e Abuso de Direito de Propriedade Industrial.

Cada um dos palestrantes falará 20 minutos e nós vamos começar então, para que se possa aproveitar bem o tempo com a Palestra do Dr. Pietro Ariboni.

PIETRO ARIBONI

Eu acho que nós temos hoje uma grande oportunidade para focalizar um tema que está se tornando a cada dia mais importante, mais empolgante e mais desafiador.

Existe, efetivamente, uma série de problemas; alguns resolvidos, mas a grande maioria ainda demanda soluções, e em todas as jurisdições há polêmicas a respeito deste tema que hoje aqui será referido sobre os diversos

ângulos; mas basicamente a intenção do Ibrac a trazer isto para discussão é exatamente dar condições de que isto venha a ser estudado em profundidade.

Sabe-se que a raiz de todo esse problema está no choque, o cultural choque de conteúdo, entre, de um lado, o conceito de propriedade industrial, que é um conceito de natureza privada, são direitos privados que assistem aos empresários para proteger uma série de resultados de suas atividades criativas, e do outro lado, a livre iniciativa, a livre concorrência, que em princípio são direitos que representam portanto, verdadeiros monopólios legais, estabelecem em princípio, um determinado tipo de choque.

Na Comunidade Européia, durante muitos anos se discutiu, e por exemplo lá foi criado e se desenvolveu a teoria da exaustão dos direitos pela qual após a primeira venda, esses direitos de propriedade não poderiam ser exercidos dentro de um mercado interno ou de um mercado regional. Esta foi uma primeira evolução, foi uma primeira forma de conciliar estes dois conceitos. Mas ainda há muito o que fazer nesta área e ontem ouvimos várias vezes Conselheiros do CADE, o próprio Presidente, aludindo ao fato que o CADE teve poucas chances de se debruçar sobre este tema. Em geral, 99% da energia do Sistema Brasileiro da Concorrência é absorvida pelas questões relativas às fusões, às aquisições, às concentrações, enfim, essas concentrações apresentam apenas contingencialmente uma situação de momento, mas o que sempre deverá ocupar permanentemente a autoridade da concorrência, deverá ser a disciplina e o controle das condutas, e é na área das condutas que nós encontramos uma série de problemas seríssimos, exatamente pelo choque entre esses direitos de propriedade privada e o conceito de livre iniciativa.

A minha tarefa é tentar conceituar para que fique bem claro, para que se tenha até matéria para discussão do que se pode entender por abuso destes direitos.

Obviamente se falamos em direitos concedidos, outorgados pelo Estado, os direitos em si são legítimos, devem ser exercitados e formam uma tutela específica para estes interesses. Portanto, o uso normal destes direitos não pode representar nenhum tipo de infração, nenhum tipo de elemento que possa ser considerado diminutivo da liberdade da concorrência, e este é um parâmetro primeiro que já foi alcançado, pelo menos foi pacificamente aceito, que a propriedade industrial em si, quando bem exercitada, ela representa um estímulo ao desenvolvimento, portanto não é um monopólio que possa ser considerado em princípio danoso para a livre concorrência.

Então, o que é prejudicial? É exatamente tudo que pode ser, o que pode constituir uma forma abusiva de uso destes direitos.

Eu vou tentar, portanto, nestes 20 minutos, dar uma idéia exata de como esta abusividade pode ser dimensionada, de como ela pode ser caracterizada.

Em primeiro lugar, é importante saber que já estabeleceram as áreas de competência.

Quando nós falamos de ordem econômica, nós falamos de livre concorrência, nós falamos de livre iniciativa, conceitos perfeitamente estabelecidos, já assentados no mundo todo, e colocamos portanto tudo isto dentro de uma esfera pública, o interesse público, o interesse coletivo.

Exatamente porque a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência é algo que diz respeito à própria política econômica, à própria estrutura do próprio Estado, interessa a todos, ao consumidor na medida em que ele é consumidor e ao mesmo tempo cidadão. Nós sabemos que pela própria constituição se prevê perfeitamente que estes direitos de propriedade, os DPI's, devem estar submetidos a interesses superiores de natureza social e de natureza econômica. Social porque se vê, se busca o bem-estar do cidadão e, ao mesmo tempo, econômica, porque são meios de desenvolvimento e, portanto, de riqueza geral. Então esse é o aspecto positivo desses direitos.

Nós, quando falamos em livre iniciativa, quando falamos em livre concorrência, temos que ter em mente uma outra qualificação: não pode haver livre concorrência sem que haja lealdade concorrencial. A concorrência só existe livre se for leal. Portanto o conceito de lealdade concorrencial é básico, é essencial, é nuclear, e por lealdade concorrencial se entende exatamente a necessidade de que cada player, cada figurante do mercado, realize o avanço tecnológico, realize os seus ganhos no mercado através de luta mercadológica, por meios próprios, por resultados de sua atividade criadora, por investir em tecnologia, por investir em novos meios mercadológicos para ganhar espaço no mercado. Portanto, quando se fala em lealdade concorrencial significa que cada concorrente utiliza seus meios, seus recursos, sua capacidade. Em qualquer momento em que este equilíbrio é quebrado, temos uma situação patológica. Este equilíbrio é quebrado no momento em que um dos concorrentes passa a beneficiar-se do esforço alheio. E esta é uma definição bem ampla, tudo pode ser encaixado dentro dessa definição, até mesmo o concorrente que contrata funcionários fora do esquema da CLT, até mesmo o concorrente que não paga impostos, tudo isso é concorrência desleal. Exatamente porque quem assim age o faz buscando uma vantagem ilícita sobre o outro que em vez obedece todas as leis, a todas as normas impostas pelo Governo.

Então lealdade concorrencial é definido num artigo específico 195, § 3º, do Código da Propriedade Industrial, em termos amplos dizendo no sentido de que se considera o ato de deslealdade a forma pela qual fraudulenta-

mente alguém consegue desviar a clientela de outra. Portanto, o conceito fraudulento é que estabelece essa ação de má fé, esse dolo específico que está subjacente à atividade do concorrente desleal.

Em qualquer hipótese que a clientela é desviada em função exatamente de uma atividade ilícita, nós temos uma condição de deslealdade concorrencial.

Nós temos basicamente, dentro do sistema para proteger, para dar tutela à ação benéfica de quem trabalha honestamente, nós temos justamente uma série de normas que dão guarida às atividades leais.

Dentro desse aspecto, dentro dessa lealdade, ressalta a proteção dos chamados DPI, dos direitos de propriedade industrial. Trata-se apenas de um capítulo; é uma forma específica que a lei prevê para proteger determinadas manifestações do engenho humano a serviço da empresa.

Então, através dos direitos de propriedade industrial, se protege uma fase, uma faixa específica de atividades da empresa. Todas as demais também estão protegidas, tuteladas pelas normas da lealdade concorrencial. Dentro destas, há um capítulo específico para marcas e para patentes. Então, as patentes são as que cobrem o desenvolvimento tecnológico da empresa, a fase industrial e as marcas, os sinais distintivos que estabelecem diferenciação visual dos produtos para que o consumidor possa exercer seu sagrado direito da escolha do produto de sua preferência.

Então, este é o âmbito de proteção que os direitos de propriedade industrial oferecem ao concorrente leal. Ele protege, ele pode proteger tudo o que ele veio a desenvolver, e protege os seus produtos no mercado através do uso de marcas que permitem ao consumidor a identificação dos produtos. Estes direitos tem na outorga, já tem uma limitação em termos de como são obtidos e como devem ser usados. Exatamente nestes conceitos da obtenção e do uso, é que nós temos a possibilidade de fixar o que é lícito e o que é abusivo. Então, na obtenção para as patentes, por exemplo, eu só posso obter a proteção da minha invenção desde que se obedeçam à três condições essenciais: a novidade, o nível inventivo, e o aproveitamento industrial. E no caso das marcas, eu só posso proteger a marca desde que a empresa o faça no nicho específico onde ela efetivamente exerce atividades. E, uma vez obtidos esses direitos, o uso também está perfeitamente delimitado e descrito.

Em primeiro lugar, esses direitos como disse no começo subjazem, eles se submetem ao interesse superior social e econômico, o mercado que é constituído pelos consumidores.

O elemento final, o objeto final de toda essa estrutura é exatamente o consumidor; é ele que é tutelado em primeira pessoa, é o consumidor que

tem o direito de escolher o produto, de não ser enganado na hora da escolha, pelo fato de ter alguma marca semelhante e imitativa de alguma outra que ele estava buscando. É o consumidor que deve ter o direito de escolher o produto pela sua conformação, por ele estar acostumado a comprar de um determinado fabricante, detentor de uma patente de modelo industrial, de modelo de utilidade ou de invenção. Então é sempre o consumidor que é a tutela, que é o objeto final.

Então, primeiro aspecto, esses direitos exigem, a lei exige que sejam efetivamente utilizados. Deve haver a utilização, a exploração industrial, a exploração econômica; não se trata de títulos honoríficos. Quem tem a patente é obrigado a explorar industrialmente, a transformar aquele objeto em algum produto que esteja livre no mercado para ser utilizado. A marca, igualmente. Quem tem a marca é obrigado a usá-la, para que ela possa realmente ser de utilidade para o consumidor na identificação dos produtos.

Então, esta é uma primeira forma pela qual a lei estabelece ônus para o titular destes direitos. Uma segunda, não é apenas um uso qualquer, o uso destes direitos deve ser feito em escala de mercado. A patente deve ser utilizada para satisfação do mercado, para livre satisfação do mercado, para que exatamente o produto possa ser utilizado por qualquer cidadão ou qualquer concorrente, inclusive, que possa adquirir aquele produto, possa até ser um insumo, até mesmo para uma atividade industrial paralela e subsequente.

Portanto, esse aspecto da utilização em escala de mercado é importantíssimo e é estabelecido na lei, tanto no Código de Propriedade Industrial como na própria lei antitruste.

Nós temos mecanismos para forçar situações em que esses direitos venham a ser utilizados abusivamente, ou seja, por exemplo, tenham a patente ao invés de satisfazer o mercado, ao invés de satisfazer a demanda, eu reduzo a produção para criar condições de manipulação de preço. Numa situação de emergência nacional, de necessidade, por exemplo, de saúde, como houve recentemente a luta do governo brasileiro que foi reconhecido como legítima, buscando a licença compulsória das patentes farmacêuticas, estava exatamente assentado neste mecanismo, ou seja, na hora em que um determinado produto é colocado no mercado com um preço que está acima da capacidade normal de mercado de produtos correspondentes ou em quantidades inferiores às necessidades, forçando, portanto, a alta de preços, em qualquer situação dessas e não apenas para indústria farmacêutica, isso se aplica para qualquer situação. Daí a importância da presença do CADE, a importância do conhecimento dessa matéria, porque muitas outras situações poderiam ser resolvidas, situações críticas de mercado e ausência de produto, de carência de produtos, po-

deriam ser resolvidas sobre esse prisma da obrigatoriedade da presença do produto no mercado, com pena de sacrifício desses direitos.

Existe mecanismo, no caso da patente, existe um mecanismo da licença compulsória, e no caso da patente e da marca, existe um mecanismo da caducidade. O direito pode ser inclusive declarado caduco, pode ser considerado extinto pelo simples fato de não haver uso.

Portanto, tudo isso mostra exatamente a condição que existe para que se estabeleça a forma mais concreta de aproveitamento destes direitos de propriedade industrial como elemento catalisador do desenvolvimento e não como elementos que possam se tornar peças infetarias do sistema da livre concorrência.

No material que vocês deverão receber, eu relacionei uns 10, mais ou menos 10 situações em que estas podem se manifestar, esta forma abusiva.

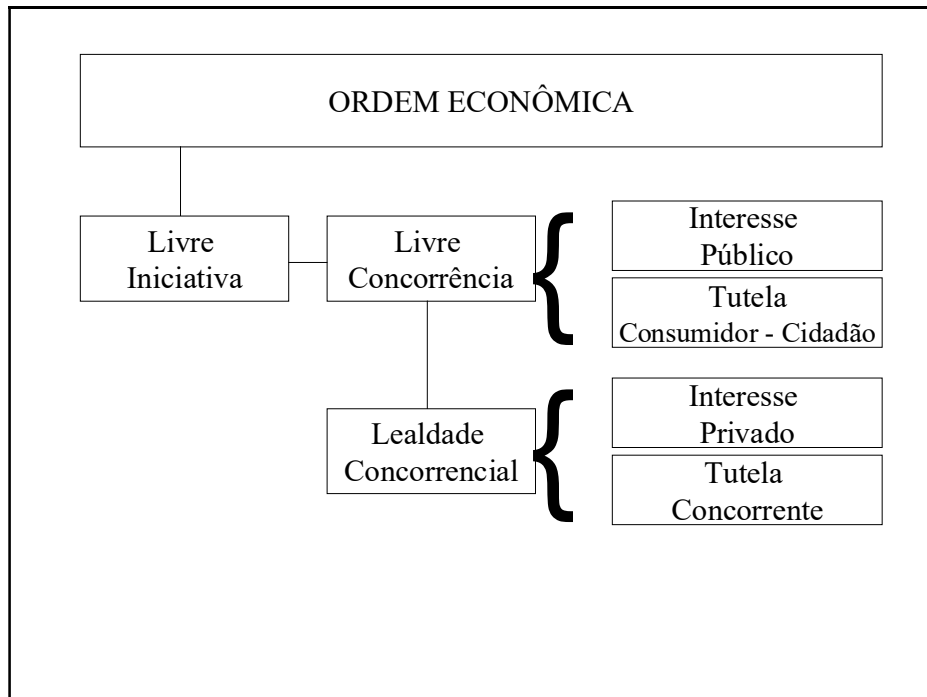
Não há tempo para ser examinadas uma a uma, mas o importante é que, efetivamente através desses direitos, pode-se atingir várias situações gravíssimas consideradas infrações à livre concorrência e infrações à livre iniciativa.

Já como experiência, tanto nos Estados Unidos como na Europa, esses 10 casos que eu estou trazendo para conhecimento geral no material que vai ser distribuído, esses 10 casos já são assentamentos jurisprudenciais, situações reais que foram utilizadas, sendo que uma delas é a utilização às vezes de uma licença de patente para simular o que na verdade está se fazendo uma caracterização. Então, exige-se efetivamente um posicionamento hoje; é muito importante por parte das autoridades da concorrência, porque esta matéria deve ser estudada em profundidade, porque através do mau uso destas propriedades pode-se cometer infrações que não apenas atinjam o concorrente direto na esfera privada, mas se refletem negativamente sobre a própria ordem econômica.

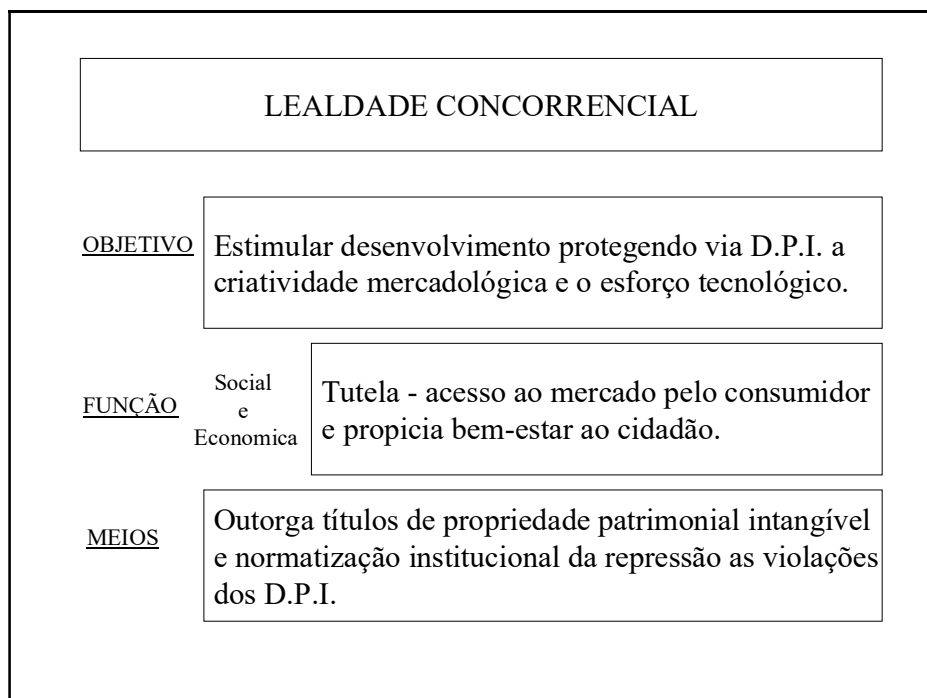
Portanto, o que o Ibrac está trazendo agora é esta abertura de discussão, porque há muito, muito para se discutir aí a esse respeito. Mesmo na Europa ainda há vários pontos que ainda estão sendo discutidos, e que em relação aos quais nós podemos, também, contribuir.

Obrigado.

Slide 1



Slide 2



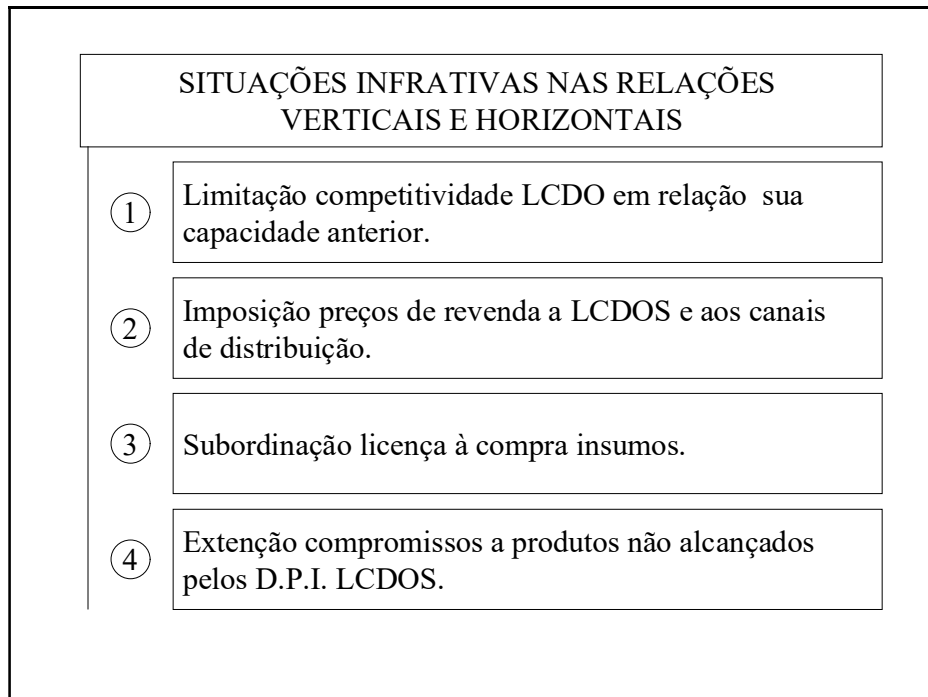
Slide 3

DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL D.P.I.	
<u>- Patentes</u>	<u>Invenções</u> [Produtos Processos Meios de Produção] <u>Modelos de Utilidade</u> [Funcionalidade Instrumental]
	<u>Desenhos Industriais</u> [- Registro - Modelagem - Estética]
	Sinais identificadores da origem e qualidade de
<u>- Marcas</u>	- de produtos - de serviços - coletivas - de certificação

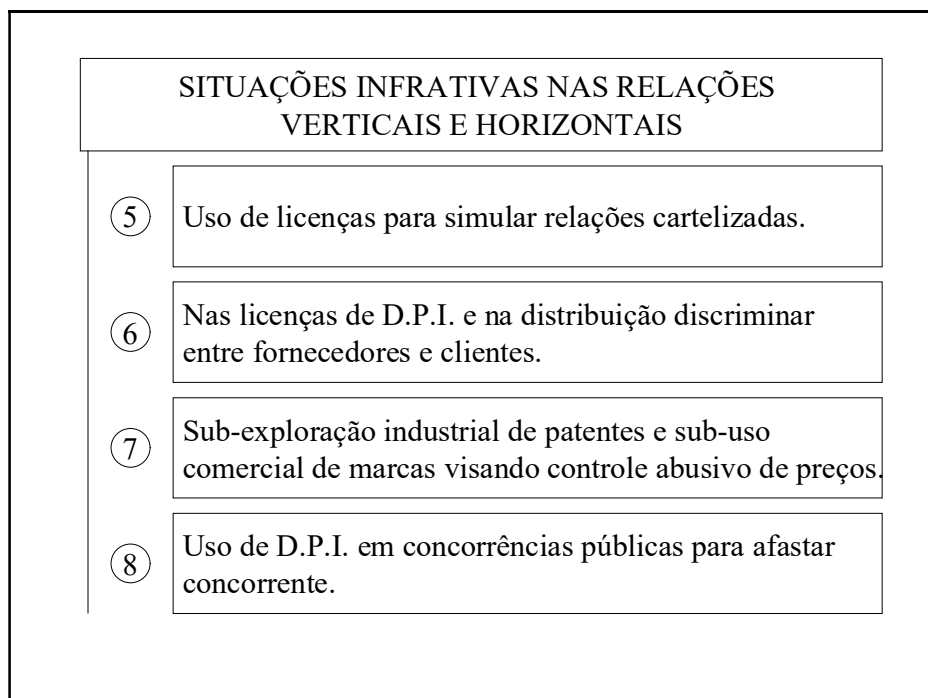
Slide 4

USO REGULAR D.P.I. EXERCÍCIO LEGÍTIMO	
<u>- Patentes</u>	- Fabricação obrigatória e venda livre do Objeto Patentado, no mercado. - Suprimento demanda do mercado. - Exploração direta pelo titular ou mediante licenciado voluntário - Repressão às contrafações.
<u>- Marcas</u>	- uso obrigatório para identificar origem dos produtos objeto da efetiva atividade do titular. - uso em escala de mercado. - repressão a contrafações.

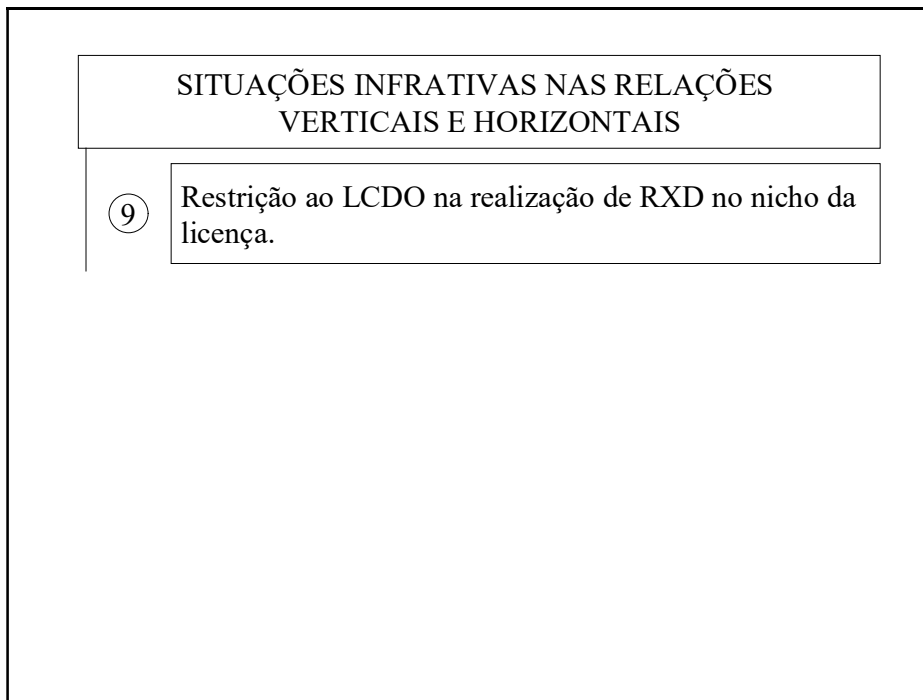
Slide 5



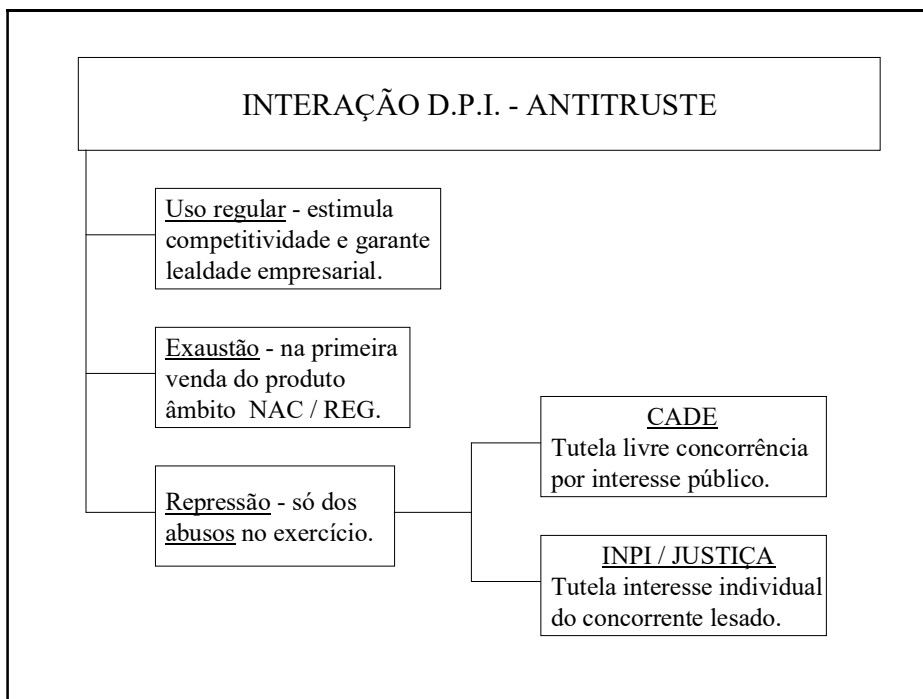
Slide 6



Slide 7



Slide 8



ARTHUR BARRIONUEVO

- Agradecendo a Palestra do Dr. Pietro Ariboni e seguindo o gosto vigente no País, vamos continuar pela esquerda, dando a palavra ao Dr. Cleveland, que vai fazer o uso da palavra.

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Bom dia a todos! Queria em primeiro lugar agradecer o convite para participar desse fórum que eu considero no âmbito nacional o fórum mais importante nesta área e gostaria também de salientar que a minha apresentação aqui hoje, foge um pouco do escopo da prática vertical propriamente dito, apesar de ter uma relação direta com a eventual relação entre as cadeias produtivas, ou seja, entre empresas que estão na mesma cadeia produtiva.

O que eu vou estar apresentando hoje aqui é basicamente um caso ou uma série de casos a que vem sendo julgado no CADE e que me pareceu que mereceria um fundamento um pouco maior sobre alguns aspectos tratados nesse mercado, particularmente o caso envolvendo compra de empresas de concreto, por cimentos, empresas de cimento.

Como nós podemos entender essa relação? Ora, obviamente as concretoras são clientes diretos de empresas de cimento; sob esse ponto de vista nós poderíamos eventualmente, ter estratégias como nós sabemos e conhecemos pela teoria da defesa da concorrência, relacionadas à práticas verticais.

Então meu foco aqui seria em que medida a integração vertical pode facilitar a existência ou a prática de condutas anticompetitivas sob o ponto de vista vertical, e vou aproveitar para falar sobre o reflexo de uma prática que poderia estar eventualmente associada também a essa relação vertical, que a facilitação de práticas horizontais e em particular de formação de cartel.

O que me chamou a atenção nessa relação entre empresas de cimento e empresas de concretagem? Ora, a hora que eu observei essa relação, eu procurei entender um pouquinho melhor como isso funcionava, e procurei entender um pouquinho melhor o passado recente de como isso vinha acontecendo.

Então os principais fatos que eu observei foram os seguintes: primeiro, a quantidade de casos semelhantes; segundo, a evolução do preço do cimento; em terceiro, o fato de existir uma baixa elasticidade de preço do cimento, como vou mostrar daqui a pouco; e quarto, e mais associado à prática, a possível prática horizontal, há um número de procedimentos de cartel em análise na própria SDE.

Então, vamos verificar ponto a ponto.

Com relação ao número de casos semelhantes, o que nós observamos é que nos últimos anos nós tivemos um total de 40 casos envolvendo aquisições de empresas de concretagem por empresas de cimento; dos quais 29 foram julgados e 11 estão sendo instruídos. Com relação ao preço do cimento, eu procurei fazer uma análise da evolução em medidas de termos reais, ou seja, essa evolução que está colocada, mostrada aqui na tela, é uma evolução do preço deflacionado, ou seja, em quanto aumentou o preço do cimento ao longo desse período em termos reais.

Então nós percebemos que a partir de 98 principalmente, começou a haver um crescimento relativamente grande do preço do cimento; e retomando isso coincide em alguma medida com o período em que houve um aumento da quantidade de casos de aquisições de concreteiras por empresas de cimento, ou seja, isso me deu a possibilidade de averiguar se haveria algum tipo de regulação entre esses dois fatos.

Com relação ao que eu disse da elasticidade de preços do cimento, nós fizemos um trabalho para tentar estimar a elasticidade de preços do cimento e a conclusão que nós chegamos foi que ele estaria entre 0,28 e 0,35. Eu estou trabalhando com três hipóteses de deflacionamento, então com deflacionamento da INCC, GPDI e GPOG. Qualquer um que se tome, nós podemos observar que a elasticidade de preço da demanda do cimento é bastante baixa, o que indicaria eventualmente a possibilidade do exercício do poder de mercado no que diz respeito ao número de procedimentos e averiguação na SDE, esse número pode ser um pouco maior ou um pouco menor; foi o dado que eu consegui o mais rapidamente possível, mas está por volta de 14. Dito isso, eu passei a fazer a análise do caso propriamente dito.

Qual que era a definição de mercado relevante vigente até o momento? Ora, a definição que se adotava e que se utilizava no Sistema de Defesa da Concorrência, era a adoção de que o mercado relevante deveria ser definido em termos de produto como o cimento endossado em central comercializado pelas concreteiras.

Eu passei a questionar alguns pontos em função do que eu vou dizer mais à frente e passei a tentar segmentar esse mercado muito em função da possibilidade da existência de clientes diferenciados com maior ou menos poder de barganha que indicariam diferentes elasticidades de preços da demanda. E isso está de acordo, obviamente, com a própria teoria econômica que recomenda isso e com a prática internacional que sugere que em situações desse tipo nós deveríamos segmentar o mercado relevante em mais de um. Como pode ser visto, este trecho foi extraído do Guia Americano para análise de atos de concentração; ele fala exatamente isso, ou seja, em situações que você tem diferentes clientes respondendo de forma diferentes à compra de

produtos, deve-se analisar a possibilidade de estarmos trabalhando com diferentes mercados relevantes e portanto, efeitos distintos sobre este processo.

O quê que me chamou à atenção neste caso? Particularmente nas conversas que eu tive com pessoas do setor, o que eu notei foi que existe uma diferenciação que demanda o serviço de concretagem e o serviço de cimento propriamente dito. Eu diria que em casos onde são obras pequenas, por exemplo construção de casas, seria pouco viável ou na maior parte dos casos se não teria a necessidade de contratar serviços de concretagem. O custo não compensaria. O serviço de concretagem estaria na maior parte relacionado à obras de médio porte e obras de grande porte, sendo que no caso das obras de grande porte por exemplo, uma usina, o serviço poderia ser feito de forma internalizada, ou seja, empresas que passariam a construir estas grandes obras poderiam dosar o cimento em centrais próprias. Isso dá uma diferenciação na capacidade de negociação de clientes de grandes obras e clientes de médias obras. Eu reitero que os dados que eu obtive junto à empresas de construção civil, me permitiram fazer esta definição, esta segmentação. A conclusão que eu cheguei, foi que os serviços de concretagem devem ser divididos em duas partes: serviços para grandes obras e serviços para obras de médio porte.

Passei então a análise das condições de entrada e da própria participação de mercado dado esse mercado relevante definido.

O que eu obtive em primeiro lugar foi que com relação à participação de mercado nos casos em que eu analisei, haviam um alto grau de concentração no que diz respeito à indústria de cimento propriamente dito e o C4, o índice das maiores empresas era extremamente elevado, e com relação às empresas de concretagem, dada essa segmentação, eu tive uma certa dificuldade em calcular exatamente qual a participação das empresas envolvidas. Ora, em função disso, eu optei por fazer, por seguir a análise, ou seja, dado que eu não tinha uma informação precisa sobre qual era o grau de concentração que aparentemente era levado, eu me senti na obrigação de fazer uma análise mais aprofundada dessa relação. Passei então a verificar a possibilidade de entrada de novas firmas no mercado de concreteira e de certa forma, derivado disso, no mercado de cimento.

O que aparentemente indicava é que havia uma alta probabilidade da entrada no mercado de concreteiras; derivada de que fatos? Ora, a tecnologia é simples, de domínio público, o investimento inicial é relativamente pequeno e tem *sunk costs* reduzidos, ou seja, se você precisar vender o material que você tem, você conseguiria facilmente vendê-lo no mercado secundário. Mas por outro lado, supondo que houvesse um processo de integrações constantes entre empresas de cimento e empresas de concreto, que nós tivéssemos um setor extremamente concentrado e verticalizado, eventualmente poderia se

supor uma estratégia conjunta das empresas para retirarem aquelas empresas que não estavam no mercado de concreto ou que estavam e não estavam integradas no mercado de concreto.

Qual que é o ponto: se isso fosse verdade, seria opção que essas empresas de concreto teriam.

A primeira opção é que, já estou excluindo, seria buscar novas fontes, novas alternativas ou novas firmas de cimento. Ora, se eu digo que não existem numa suposição novas firmas de cimento, a segunda possibilidade seria que elas passassem a criar para se manter no mercado de concretagem ou para entrar no mercado de concretagem, elas passassem a criar empresas de cimento. E isso não me parecia razoável por várias razões; eu acho que as duas mais importantes são: primeiro lugar, as escalas mínimas viáveis são muito diferentes no mercado de concretagem e no mercado de cimento, ou seja, seria viável para uma empresa de concretagem criar uma empresa de cimento só para manter a sua empresa de concretagem; e segundo ponto que me pareceu fundamental, é que para entrar no mercado de cimento, há necessidade de um insumo básico que é a posse de jazidas de calcário, e de preferência, relativamente próximas a centros consumidores. E isso, supondo que não houvesse geraria uma dificuldade para que tal fato acontecesse.

Bom, dito isso, eu continuo a afirmar que eu por cautela continuei a análise dos casos.

Vamos ver rapidamente o impacto sobre os dois mercados: impacto da operação prestados para mercados de grandes obras e depois eu vou ao mercado de médias obras.

Com relação ao mercado de grande porte, não havia muito problema. Primeiro, pelo que eu já havia comentado, há a viabilidade da substituição de serviços de concretagem para a fabricação de cimentos *in house*. Ou seja, as grandes obras poderiam internalizar a produção do concreto. Segundo, mesmo supondo que dado essa perspectiva, se nós entendêssemos que as empresas de cimento evidentemente estivessem formando cartel e eventualmente não fornecesse um produto a preço razoável, nós devemos lembrar que essa situação seria pré-existente à operação, ou seja, não seria a operação que estaria gerando isso, então o problema não estaria relacionado diretamente a esse fato, por isso eu considerei que a operação não estaria gerando esse problema especificamente neste caso. E terceiro, existem artigos que mostram, como eu cito embaixo, que essa estratégia em alguns casos pode ser eficiente na medida em que se procura discriminar preços e dar melhores condições para quem adquire grande quantidade, ou seja, empresas de serviço de grandes obras. Nesse sentido o preço poderia ser melhor obtido por essas grandes empresas.

A conclusão que eu cheguei nesse mercado é que o efeito seria neutro, ou seja, não teríamos problemas diretamente relacionados à esse mercado.

No caso de médias obras, que não haveria a possibilidade da internacionalização da produção, ou se fosse feito isso, o custo seria muito elevado.

O que nós teríamos é que não precisaríamos analisar com mais cuidado em que medida a proporção de insumos utilizados para criar o concreto seria feita proporções fixas ou variáveis. A própria teoria econômica mostra que em situações onde a proporção é fixa, você não teria maiores problemas, e ao passo que em situações em que a proporção fossem variáveis dependeria de uma série de variáveis.

A conclusão que nós chegamos foi que o cimento é o concreto, é fabricado em condições de proporções fixas.

Com base em quê que nós chegamos a essa conclusão? Informações de empresas de serviço de concreto e a própria experiência internacional, vários artigos podem ser observados isso.

A conclusão dessa história é que na pior das hipóteses, também uma tentativa de fechar mercado ou discriminar preço de forma anticoncorrencial, teria um impacto neutro sobre a concorrência.

Eu também observei no meu voto, que existiria um aspecto interessante relacionado a isso, que já foi estudado em 1971 nos Estados Unidos, que esse processo poderia eventualmente estar associado a uma tentativa das empresas de cimento em manterem um mercado cativo dado a eventual, por exemplo, uma eventual recessão durante o processo, tentariam adquirir empresas de concreto para ter um mercado garantido para elas, empresas de cimento. De novo, a resposta econômica que eu teria para dar para isso, o resultado também seria neutro, no sentido de que o incentivo para você tomar atitudes anticompetitivas não existiria, porque o resultado em termos de lucratividade para empresa integrada, cimento mais concretagem, seria melhor que ela não fizesse nenhum tipo de conduta anticompetitiva.

Então, essa a conclusão que nós chegamos com relação a esse mercado.

Só título ilustrativo, eu tenho um dado aqui que mostra que a utilização da capacidade instalada no período de 98 em diante, teve várias flutuações mas manteve-se relativamente, digamos, baixa com algumas ressalvas. Finalmente, nós podemos concluir que dada a peculiaridade do mercado nacional, as concertarias que representam uma pequena parcela de consumo de cimento, não gerariam tanto problema com relação à uma estratégia desse tipo.

Por quê isso? Porque tentar garantir o mercado através de compras de concertarias não representaria no fundo garantir o mercado porque eles representariam basicamente 20% do mercado total de demanda de cimento e o fechamento do mercado não seria economicamente viável, só para concluir.

Por último, algumas considerações sobre a possibilidade da operação facilitar a ação coordenada entre empresas de cimento.

Rapidamente, o guia americano levanta essa possibilidade, guia de integrações não horizontais. Primeiro: a facilidade da colusão poderia vir da aquisição de um varejista que poderia monitorar os preços deste mercado.

Por quê isso? Porque os preços eventualmente poderiam ser muito mais visíveis e também poderia se levantar hipótese de aquisição de um comprador agressivo, ou seja, aquele que desestabiliza o cartel poderia eventualmente facilitar a manutenção do cartel.

São os dois pontos levantados pelo guia não horizontal.

O próprio **Viscuzzi** trata os casos de cimento e levanta essa hipótese de que a eventual compra de concertarias estaria associada a tentativa de monitorar um suposto cartel no mercado de cimentos. E ele chega à conclusão de que isso não seria razoável.

Quais seriam as condições necessárias para que isso pudesse valer?

Em primeiro o mercado **upstream** ou mercado de concertarias, desculpa, o mercado de cimentos deveria ser propício à coordenação. E segundo, a estratégia deveria se mostrar razoável e efetiva em termos de lucratividade.

Ora, no mercado específico de cimento a gente tem algumas variáveis que eventualmente poderiam facilitar a colusão. Número reduzido de firmas em cada um dos mercados definidos, elevado grau de semelhança nos processos produtivos, homogeneidade dos produtos ou serviços ofertados da mesma finalidade, produtos sem substitutos próximos, facilidade de obtenção de informações e a demanda, como tinha dito, praticamente inelástica. Ou seja, as condições para a coordenação do mercado de cimento, eventualmente podem existir, só que a estratégia no caso em questão seria razoável, ou pelo menos nós poderíamos dizer que seria pouco crível.

Por quê isso? Primeiro lugar e fundamental como já havia dito, as concertarias representam uma pequena parcela da demanda por cimento. Por quê? Basicamente a grande parte da venda de cimento é aquela venda picada, para pequenas construções, digamos assim. Então, não faria sentido você monitorar por exemplo 15, 20% do mercado para garantir que o cartel permanecesse, o cartel de cimento. Além do mais, haveriam outros meios muito mais eficientes e menos custoso para monitorar o cartel. Então não faria sentido na suposição de que houvesse isso, que as firmas de cimento passassem a adqui-

rir firmas de concretagem simplesmente para conseguir monitorar esse segmento.

Ou seja, o quê que nós tiramos da conclusão geral da análise desse caso? Em primeiro, que certas situações, existe a necessidade de segmentar mercado relevante em função das diferentes demandas dos consumidores ou dos clientes. Em segundo, a estratégia de fechamento de mercado no caso analisado, é pouco crível e economicamente racional pelos fatores que eu levantei, ou seja, não faria sentido dentro desse processo se supor que a aquisição dessas empresas estariam somente e diretamente relacionado à possibilidade de fechar mercado ou monitorar cartel. E terceiro, é como havia dito, a monitoração do cartel haveria e teria meios muito mais eficientes do que esse, e esse meio seria muito custoso dado o objetivo a que se propunha.

Bom, eu encerro a minha apresentação por aqui, me perdoem pelo excesso de tempo, eu não consegui reduzi-lo mais.

Obrigado.

Slide 1

PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

Cleveland Prates Teixeira
Conselheiro do CADE

e-mail: cleveland.prates@cade.gov.br

fone: (61) 426-8472

Fax: (61) 328-5523

Slide 2

“Análise da Possibilidade de Práticas Restritivas Verticais no Mercado de Cimento”

- O Caso da Compra de Empresas de Concreto por Empresas de Cimento

Slide 3

Tipo de Operação

EMPRESAS DE CIMENTO
(Mercado *Upstream*)

EMPRESAS DE CONCRETO
(Mercado *Downstream*)

Slide 4

Questões Analisadas

- a) Adoção da Estratégia de Fechamento de Mercado ou de Discriminação de preços;
- b) Facilitação de um “Eventual” Cartel no Mercado de Cimento (Prática Horizontal).

Slide 5

Principais Fatos Observados

- a) Número de Casos Semelhantes
- b) Evolução do Preço do Cimento
- c) Baixa Elasticidade-Preço do Cimento
- d) Número de Procedimentos de Cartel em Análise na SDE

Slide 6

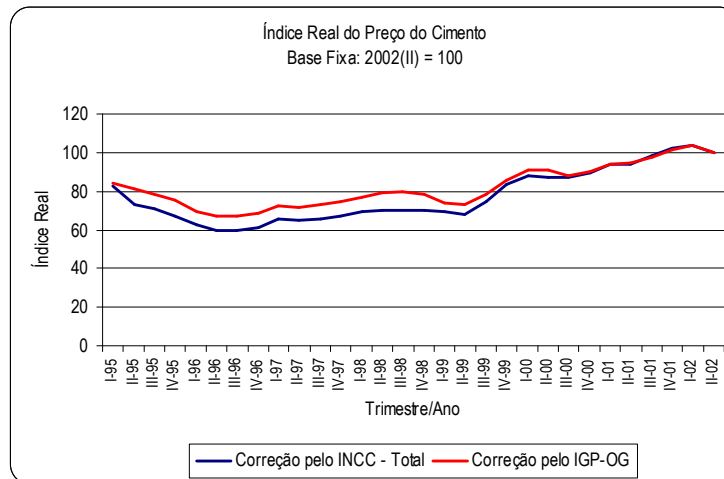
Principais Fatos Observados

Número de Casos Semelhantes

- Processos de Aquisições Envolvendo Empresas Fabricantes de Cimento e de Concreto tiveram início em 1998.
- Total de 40 casos, dos quais 29 já foram julgados pelo CADE e 11 estão sendo instruídos.

Slide 7

Principais Fatos Observados Evolução do Preço do Cimento



Slide 8

Principais Fatos Observados Elasticidade Preço do Cimento

Estimação da demanda por cimento – Modelo Restrito						
Variável	Modelo					
	A (INCC)		B (IGP-DI)		C (IGP-OG)	
	Coefficiente	t-test	Coefficiente	t-test	Coefficiente	t-test
Preço do cimento	-0,2855*	5,08	-0,3525*	5,27	-0,3531*	5,23
Preço dos materiais de construção	-0,3286*	3,29	-0,0447	0,51	-0,0370	0,43
PIB	0,8796*	4,43	1,0693*	4,91	1,0621*	4,85
D	-0,5093*	6,85	-0,4768*	5,27	-0,4726*	5,22
D*Tend	0,0141*	6,84	0,0133*	5,98	0,0131*	5,86
Tend	-0,0050*	3,89	-0,0046*	2,87	-0,0042*	2,67
Constante	3,4346*	3,42	1,5061	1,37	1,4968	1,36

Slide 9

Principais Fatos Observados

Número de Procedimentos em Análise na SDE

Espécie	Números
Procedimento Administrativo	8
Averiguações Preliminares	6
Total	14

Slide 10

Definição de Mercado Relevante

Vigente – cimento dosado em central comercializado pelas concreteiras.

Proposta de Segmentação:

- a) Diferentes tipos de clientes com possíveis elasticidades preço da demanda diferenciadas;
- b) Teoria Econômica e Prática Internacional sugerem que, nesses casos, os efeitos sobre o mercado são diferenciados;

Slide 11

Definição de Mercado Relevante

“In contrast, where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyer.” (Horizontal Merger Guidelines, 1992: 5).

Slide 12

Definição de Mercado Relevante

Diferença entre clientes

- obras de pequeno porte – cimento virado na obra;
- obras de médio porte – serviços de concretagem; e
- obras de grande porte – serviços de concretagem ou dosado em centrais próprias.

Dados comprovados a partir de ofícios encaminhados a empresas de construção civil

Slide 13

Mercado Relevante Definido CONCLUSÃO

- Serviço de Concretagem para Grandes Obras;
- Serviço de Concretagem para Obras de Médio Porte.

Slide 14

Participação de Mercado e Condições de Entrada

- Dados não conclusivos sobre a participação de mercado.
- Alta probabilidade de que a entrada, no mercado de concreteiras, não seja difícil (tecnologia simples e de domínio público, investimento inicial relativamente pequeno, *sunk costs* reduzidos).
- Possibilidade de criação de barreiras estratégicas derivadas do domínio de insumo.

Slide 15

Participação de Mercado e Condições de Entrada

“a propriedade de jazidas de calcário relativamente próximas a centros consumidores é, ao mesmo tempo, fator determinante da viabilidade econômica das fábricas de cimento e uma das principais fontes de poder de mercado para as empresas do setor. Constituem, ao lado do elevado nível de investimentos necessários, barreiras realmente importantes ao ingresso de novos produtores do mercado” (HAGUENAUER, Lia. A

indústria brasileira do cimento. In: GARCIA, Fernando; FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ALVES, Marcel C. **Padrão de concorrência e competitividade da indústria de materiais de construção**. São Paulo: Singular, 1997, Cap. 6).

Slide 16

Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Grande Porte

Viabilidade da substituição de serviços de concretagem pela fabricação de cimento *in house* - empresas de construção podem internalizar a produção de concreto (resposta a ofícios).

- Possibilidade de existência de poder de mercado no mercado de cimento não tem nexos com a operação.

- Possibilidade de discriminação eficiente de preços. [McBride (1983) e Liebler (1968) in Johnson & Parkman (1995)].

- Efeito para o mercado de grandes obras: na pior das hipóteses é NEUTRO.

Slide 17

Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Inviabilidade de internalizar a produção de concreto.
- Viscusi, Vernon & Harrington Jr. (1997): processos de integração vertical devem ser analisados observando-se como os insumos são combinados no processo produtivo (proporções fixa ou variável).
- Apenas nos casos em que houver a possibilidade de combinação de insumos em proporções variáveis, a integração vertical poderá gerar danos à concorrência (a depender de alguns parâmetros).
- Produção do concreto é realizada com os insumos em proporção fixa (resposta a ofícios e exp. internacional).
- Tentativa de estender suposto poder de monopólio, por parte das empresas de cimento, seria pouco provável e economicamente não lucrativo.

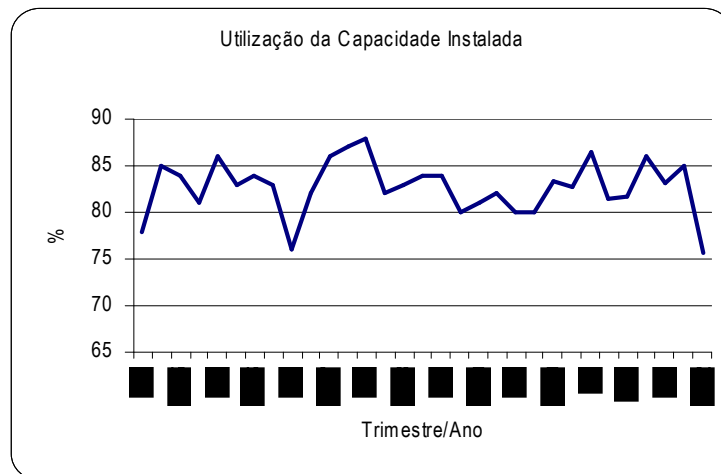
Slide 18

Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Tentativa de manter um mercado cativo para a compra de cimento (fechamento de mercado mais singelo).
- Allen (1971): estudo das aquisições de empresas concreteiras por grandes empresas de cimento nos Estados Unidos. Concluiu que as integrações não passaram de uma estratégia equivocada para manter o *market share* das empresas de cimento. Em face da recessão na indústria de cimento e o conseqüente aumento da capacidade ociosa, resolveram comprar empresas concreteiras para garantir a demanda pelo seu cimento. Essa estratégia não foi suficiente para evitar o prejuízo à produção de cimento.

Slide 19

Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte



Slide 20

Impacto da Operação sobre Serviços Prestados ao Mercado de Obras de Médio Porte

- Peculiaridade Nacional: concreteiras representam pequena parcela de consumo de cimento.
- Fechamento de mercado para as empresas concreteiras (recusa da divisão de cimento em vender seu produto para outras concreteiras concorrentes ou mesmo cobrança de preços diferenciados) não delinea problemas competitivos.

Slide 21

Considerações sobre a Possibilidade da Operação Facilitar a Ação Coordenada entre as Empresas de Cimento

Slide 22

Non-Horizontal Merger Guidelines

2. Facilidade de Colusão

- a aquisição de um “varejista” pode facilitar o monitoramento dos preços neste mercado, facilitando, assim, a colusão no mercado fornecedor. Devem ser observadas as condições que favorecem a colusão no mercado varejista
- a aquisição de um “comprador agressivo” pode facilitar a colusão no mercado fornecedor, pois pode acabar com o fator de instabilidade do cartel

Slide 23

Ação Coordenada

- Viscusi, Vernon & Harrington Jr. (1997): a existência de empresas verticalizadas pode, em determinados casos, facilitar a implementação de acordos colusivos, na medida em que o monitoramento dos preços dos insumos (cimento) via mercado do produto final (serviço de concretagem) se tornaria facilitada pelo fato dos preços neste segundo mercado serem mais visíveis.

- Condições necessárias:

- Mercado *upstream* deve ser propício à coordenação;
- A estratégia deve se mostrar razoável e efetiva.

Slide 24

Ação Coordenada

- Fatores que facilitam a coordenação:

- Número reduzido de firmas no mercado (ou a presença de poucas e grandes empresas)
- Elevado grau de semelhança nos processos produtivos dos ofertantes;
- Homogeneidade dos produtos ou serviços ofertados;
- Produtos sem substitutos próximos;
- Facilidade da obtenção de informações sobre as transações de vendas; e
- Demanda praticamente inelástica.

Slide 25

Ação Coordenada

- A estratégia de utilização das aquisição das empresas de concretagem como forma de fortalecer um eventual cartel no mercado primário é pouco crível.
- As concreteiras representam uma pequena parte do concreto utilizado nas construções. Sendo assim, caso existisse um acordo de colusão entre as empresas de cimento, estas poderiam vender para as concreteiras ao preço acordado pelo cartel e burlar o acordo nas vendas para os revendedores ou mesmo para clientes diretos.
- Johnson & Parkman (1995): haveria outros meios (que não a integração vertical) menos custosos para monitorar o cartel.

Slide 26

Conclusão Geral da Análise

- Redefinição do mercado relevante a partir da segmentação de mercado;
- Estratégia de fechamento de mercado é pouco crível e economicamente irracional;
- Estratégia de utilização da aquisição das empresas de concretagem como forma de fortalecer um eventual cartel no mercado primário é pouco crível.

Slide 27

OBRIGADO

Cleveland Prates Teixeira
Conselheiro do CADE

e-mail: cleveland.prates@cade.gov.br

fone: (61) 426-8472

Fax: (61) 328-5523

ARTHUR BARRIONUEVO

Bom, agradeço ao Dr. Cleveland, que ficou exatamente dentro do tempo. Antes do coffee-break, ainda teremos a fala do Dr. Fernando Marques, também conselheiro do CADE, a quem eu passo a palavra.

FERNANDO MARQUES

Bom dia a todos e nestas primeiras palavras eu gostaria de dirigir uma saudação pessoal aos organizadores deste Seminário do Ibrac, cumprimentando a organização da pessoa do Presidente deste Painel, Professor Arthur Barrionuevo, e também saudar as comemorações relativas ao transcurso do desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil, através da evolução do CADE e do Ibrac, nas pessoas aqui presentes do Professor Werter Faria e do Professor Doutor Carlos Francisco de Magalhães, fundador do Ibrac e coordenador desta entidade que tem prestado um serviço de extrema relevância para a convivência dos órgãos de defesa da concorrência com os profissionais que atuam nessa área, o que promove no Brasil um ambiente singular de convivência dos funcionários de administração pública com os representantes dos escritórios de advocacia e os representantes de empresas que aqui no Brasil

atuam e se socorrem do Sistema de Concorrência para reivindicar suas pretensões.

É realmente notável que no Brasil este ambiente se desenvolva, e acho que é por isso que temos andado tão rapidamente nesta matéria que, feitas essas considerações, o tema é restrições verticais.

Tema de grande relevância para o direito da concorrência, alguns com mais, outros com menos fundamentos, alguns com técnica, outros com retórica, o fato é que ao longo do desenvolvimento da defesa da concorrência, advogados e economistas não concordam entre si nem dentro de suas categorias profissionais.

Talvez por essa razão, como advogado e economista, ando com dois celulares, de modo que numa rápida *conference call*, consigo, comigo mesmo, resolver os conflitos intra e inter subjetivos relativos à matéria da restrição vertical.

Despertos para o tema, depois de estarmos enfrentando uma matéria tão difícil numa manhã tão bonita de sábado, vamos entrar nesta árdua tarefa de abordar o tema da restrição vertical.

Controle Preventivo das estruturas concentradas, Controle Repressivo das Condutas Anticompetitivas:

As condutas se desdobram nas restritivas de natureza horizontal que ocorrem dentro de um mesmo mercado relevante, e as restritivas de natureza vertical que se desbordam ao longo de uma cadeia produtiva.

A resolução 20 do CADE, de 1999, mapeia e procura trazer um esclarecimento sobre as práticas restritivas verticais. São restrições impostas por produtores e ofertantes de bens ou serviços, em determinado mercado de origem, sobre mercados relacionados verticalmente a montante ou a jusante, ao longo de uma cadeia produtiva. É alvo-tema de extrema complexidade na perspectiva do processo de desenvolvimento de uma economia capitalista de massa em pleno processo de transformação tecnológica notadamente através da utilização cada vez mais freqüente da Internet como meio da comunicação.

Os senhores estão vendo já a complexidade dessa matéria, sobretudo na época em que vivemos.

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismo de exclusão dos rivais ou aumentam a probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado.

Destaco que são pressupostos para a configuração de riscos de prejuízo à concorrência o poder de mercado sobre o mercado relevante de origem e o efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas.

Senhores, estamos num dos campos mais complexos da teoria anti-truste. Esta aí a necessidade de definirmos, de analisarmos integradamente dois mercados relevantes. Já é complexa a necessidade de definirmos e analisarmos um mercado relevante; nas integrações verticais estamos sempre diante de dois mercados.

Possíveis efeitos das práticas restritivas verticais: como se não bastasse a análise integrada de dois mercados, o tema ainda se torna mais interessante, porque aqui existem efeitos positivos de restrições verticais e que devem ser contemplados dentro da análise.

Quais são os possíveis efeitos positivos das restrições verticais?

Redução dos custos de transação, monitoramento da qualidade e da quantidade de bens e serviços do mercado downstream e evitar a prática do free riding.

Quais são os efeitos negativos das restrições verticais?

Estender o poder de monopólio, aumentar barreiras à entrada por meio de restrição ao acesso a canais de meio de distribuição e aumento dos custos de mudança e de buscas.

Incremento do poder de barganha é com base na assimetria de informação dos consumidores.

Estes efeitos anticompetitivos são mais prováveis de ocorrer e aqui estamos no campo das probabilidades, das análises específicas dos mercados; são mais prováveis de ocorrer em mercados nos quais a concorrência inter-marcas é fraca e existem barreiras à entrada de novos players. A resolução do CADE tenta mapear esta complexíssima situação das condutas restritivas verticais apontando oito condutas mais freqüentes e já assinalando dentre elas a possibilidade de haver, em algumas delas, eficiências com o que elas deveriam ser toleradas e não banidas do sistema econômico.

Fixação de Preço de Revenda: o produtor estabelece, mediante contrato o preço mínimo, máximo ou rígido a ser praticado pelos distribuidores ou revendedores. Esse tipo de prática pode reduzir, ou até mesmo eliminar, concorrência intra-marca. Contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

Restrições territoriais e de base de clientes: o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores e revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal como a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais podem reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca. Contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

Acordos de exclusividade: tema interessantíssimo, muitas vezes objeto de julgados pelo CADE aqui no Brasil. Os compradores de determinado bem ou serviços que comprometem adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor ou vice-versa, ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. A exigência de exclusividade pode culminar no incremento das barreiras à entrada de novos competidores potencialmente mais eficientes. É preciso considerar que os acordos de exclusividade são um meio alternativo à integração vertical, devendo ser avaliados sobre os mesmos critérios de uma concentração.

Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço, estabelece unilateralmente entre as condições a que se disponha a negociá-los, em geral a um distribuidor, revendedor ou fornecedor eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição e revenda ou de fornecimento.

A clássica da venda casada: o ofertante de determinado bem ou serviço põe para sua venda, a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. A prática é por vezes associada a intenção de ampliar o poder detido em um mercado para outro, especialmente, e aí um dado interessante para o Dr. Pietro Ariboni, se presente poder de monopólio derivado da proteção de patente. Notem aí realmente forte a questão da patente e de uma proteção específica, relativa a uma marca associada a uma prática de venda casada, o quanto ela pode ser exponenciada em detrimento da concorrência.

Discriminação de Preços: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para um mesmo produto e serviços, discriminando entre compradores individualmente ou em grupo, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

Seus efeitos sobre o bem-estar são ambíguos: em alguns casos pode aumentar o excedente econômico e, em outros, ter efeito negativo.

Exigência de investimentos em custos irreversíveis, os sunk costs: esse tipo de exigência aumenta os sunk costs do negócio, sendo que parte da doutrina considera que isso representa o aumento das barreiras à entrada.

Integração vertical: esse tipo de prática pode gerar eficiências ou reduzir os custos de transação e aproveitar melhor as economias de escala. Contudo, pode também implicar em aumento dos níveis de barreira à entrada.

No longo prazo, é preciso considerar que pode incentivar a entrada de novos competidores por tornar o mercado verticalizado mais lucrativo.

Aqui tem um gráfico que a Professora Elizabeth Farina apresentou no ano passado e que eu, com licença dela e autorização dos créditos de royalties ao Dr. Farina, estou aqui rerepresentando porque o Professor Key, econo-

mista e Professor de Política Industrial da London Business School, fez uma síntese dos motivos e instrumentos que são freqüentemente verificados nas análises de práticas restritivas verticais, e vejam, sobretudo embaixo, eu não vou me estender neste gráfico, porque já foi objeto da explanação muito mais apropriada da Profa. Farina no ano passado, mas eu destaco aqui embaixo, que a integração vertical gera exatamente todas as possibilidades de violação, vamos dizer assim, à ordem concorrencial, através do controle de qualidade, controle de quantidade, controle de oportunidades, segmentação de mercado, aumento de barreira à entrada e aumento do exercício do poder de monopólio. Daí porque a relevância incontestável do tema.

As condutas restritivas, e é bom dizer para deixar bem claro, do meu ponto de vista, não constituem ilícitos per se.

Tema de grande relevância, o tema da concorrência precisa ter uma análise muito detalhada.

Na sua análise deverão ser avaliados os efeitos do mercado relevante ponderando-se, vis a vis, os efeitos competitivos e seus possíveis benefícios ao bem-estar social, porque, como lhes mostrei, existem eficiências trazidas por uma restrição.

Nas restrições verticais, portanto, as possíveis eficiências à elas associadas, consistem na redução dos custos de transação em monitoramento qualitativo do mercado downstream. Portanto, matéria de grande complexidade, "praia", como dizia o Ministro José Gregory, praia ou campo de grandes debates na área jurídica e econômica.

Quais são, portanto, alguns parâmetros, um pouco do que eu estou tentando trazer aos Senhores nestes breves momentos, quais são alguns parâmetros para avaliação das práticas verticais: a análise do padrão de concorrência do mercado relevante afetado, a análise das questões inter-marcas e intra-marcas.

Características das transações neste mercado: verificar os ativos específicos, as externalidades, a existência e a possibilidade da operação de free riding.

As complexidades da operação: verificar a possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado e verificar também as alternativas de relações contratuais possíveis àquela situação.

"O poder" do argumento de eficiência para restrições verticais em diferentes condições, e aqui também um pouco de pista para que aqueles que defendam ou ataquem as restrições verticais tenham um pouco de critério para o exercício das suas argumentações.

Primeiro: verificar aí a característica do produto ou da distribuição; e o gráfico aqui funciona da seguinte forma: verificada a complexidade do produto, os ganhos de eficiência serão mais prováveis ou menos prováveis. Se há complexidade do produto, existe uma grande complexidade técnica, os ganhos de eficiência serão mais prováveis. Se o produto for simples ou não-técnico, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Da mesma forma, o custo para o consumidor. Se o consumidor tiver um custo caro, os bens de eficiência serão mais prováveis se o consumidor tiver custos reduzidos deste produto, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Hábitos de consumo: se nos hábitos de consumo daquele bem ou serviço, as compras forem isoladas, os ganhos de eficiência poderão ser mais prováveis, e se as compras forem habituais, os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Informações sobre o produto conhecidas pelos consumidores: informações limitadas, alto grau de assimetria de informação por parte dos consumidores neste mercado, os ganhos de eficiência serão mais prováveis. Se as informações foram detalhadas, amplamente conhecidas, ganhos de eficiência menos prováveis.

Diferenciação dos produtos: a diferenciação não é clara, as marcas são fracas e aí de novo uma observação ao meu amigo e colega Dr. Pietro.

Questões das marcas: marcas fracas, os ganhos de eficiência serão mais prováveis e marcas fortes os ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Posição do produto no seu ciclo de vida: se o produto é novo, se é um produto que está sendo lançado, os ganhos de eficiência serão mais prováveis, se o produto for estável ou maduro, ganhos de eficiência serão menos prováveis.

Barreiras à entrada na revenda: se houver baixas barreiras à entrada, os ganhos serão mais prováveis; se as barreiras à entrada forem altas, os ganhos de eficiência para essa operação serão menos prováveis.

Economias de escopo na revenda: se economias forem insignificantes, os ganhos serão mais prováveis; se as economias forem substanciais, os ganhos serão menos prováveis.

Aqui é uma tentativa de se fazer uma síntese de raciocínio para tentar se fazer um check list, critérios de avaliação não-determinantes na análise de integrações verticais.

Fixação de preço e, portanto, restrições verticais benéficas. Fixação de preço máximo de revenda: nos casos em que tanto o produtor, como o dis-

tribuidor, tem poder de mercado, o modelo dos monopólios sucessivos, a possibilidade de um produtor limitar o preço de revenda, irão aumentar sua própria lucratividade. Contudo, aumentará também o bem-estar dos consumidores.

Fixação de preço mínimo de revenda: não obstante à argumentação doutrinária de que podem existir eficiências derivadas da prática e evitar, por exemplo, o free hiding?

O estabelecimento de preços mínimos nos Estados Unidos é um lícito, per se, desde 1911.

No Brasil, o CADE já se posicionou pela ilegalidade da prática, desde que não se trate de mera sugestão.

Restrições Territoriais: o caso da Continental TV e GTE Sylvania. A GTE Sylvania era uma pequena, e aí pequena eu digo de 1 ou 2% de market share, produtora de televisores. No intuito de aumentar sua participação, a empresa implementou uma nova estratégia: vender seus produtos a um pequeno e seletivo grupo de revendedores.

Com isso, a empresa esperava diminuir a competição intra-marca e, então, atrair competidores mais competitivos e agressivos que poderiam ampliar seu market share.

Ao se ver impossibilitado de abrir uma nova loja em outra localidade, devido à restrição territorial, a Continental deu início a uma ação com base no Sherman Act.

Destaco aqui que a restrição intra-marca com revendedores, não prejudica a concorrência entre marcas. Desse modo, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, aí nos textos que os Senhores têm, que: (slide)

Esta aí uma análise muito interessante da Suprema Corte Americana sobre um caso de restrição vertical e a análise profunda das possibilidades do exercício disso, quando de fato existem a ponderação de eficiências aliadas a essa prática.

Concluindo, dentro dos meus cinco minutos aqui já avisados, eu gostaria de me manter no tempo porque várias vezes sentei na Presidência da mesa e sei o quanto isso é árduo. Eu vou passar aqui rapidamente agora para encerrar, se eu conseguir pilotar a pirotecnia, casos brasileiros, e aqui de restrição vertical.

Destaco em 1992, o caso Fenasegue AMB, onde a presença do prejuízo causado artificialmente à livre concorrência basta ao reconhecimento de ofensa à ordem econômica, não se exigindo tal desiderato à eliminação daquela. Por outro lado, o conceito é relativo, porque, se a eliminação de um con-

corrente se dá em razão da superioridade tecnológica, não há falar em prejuízo ao mercado, pois aquela apenas resultou da preferência soberana dos consumidores.

Portanto, nesse caso destaco que a adoção da tabela foi considerada prejudicial à concorrência e hoje esse tema tem sido reiterado no CADE. Recentemente, o Conselheiro Cleveland proferiu um voto muito interessante sobre esse tema das tabelas.

Caso do Sindicato e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e as Indústrias Kibon, 94:

Nesse caso, tendo sido comprovada a inexistência de qualquer forma de imposição de preços, mas apenas a sugestão, bem como considerando-se as condições pouco concentradas do mercado, a representação foi julgada improcedente.

E por último, o caso Souza Cruz- Philip Morris.

O processo administrativo foi instaurado para investigar a prática da empresa Souza Cruz de impor cláusulas de exclusividade nos contratos de comercialização de suas marcas de cigarro, o que impedia a venda dos cigarros da empresa Philip Morris nesses estabelecimentos.

Foram impostas obrigações de fazer, rescindir a cláusula que dispunha sobre a exclusividade de venda de produtos nos contratos de merchandising, ou em quaisquer outros acordos. Inserimos contratos de exclusividade de merchandising que contenham cláusula de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique que a exclusividade de merchandising não importa a exclusividade de venda de produtos, obrigações de não fazer e, por final, o compromisso foi assinado com duração de três anos.

Portanto, vejam: essas práticas e a análise das restrições verticais, elas são tema de grande flexibilidade, que envolve matéria de direito e de economia, e disto é a única certeza que tenho a lhes dar: que economistas e advogados não concordam nem entre si, nem entre suas categorias, de modo que a riqueza do debate nessa área é surpreendente e eu penso ter trazido apenas uma contribuição para, longe de decidir, abordar o tema tão complexo das integrações verticais.

Senhor Presidente, tendo obedecido ao tempo, agradeço.

Obrigado.

Slide 1

CENSE
2002

Conselho Administrativo
de Defesa Econômica

“Restrições Verticais”

Conselheiro Fernando de Oliveira Marques




Slide 2

CENSE
2002

Defesa da livre concorrência

- Controle preventivo das estruturas concentradas
- II. Controle repressivo das condutas anticompetitivas
 - Restritivas de natureza *horizontal* (mesmo mercado)
 - Restritivas de natureza *vertical* (ao longo da cadeia produtiva).

Slide 3




Resolução CADE 20/1999

Práticas Restritivas Verticais

São restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo).

Slide 4




As restrições verticais são anticompetitivas quando:

- implicam a criação de mecanismo de exclusão dos rivais, ou
- aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado.

São pressupostos para a configuração de risco de prejuízo à concorrência:

- poder de mercado sobre o mercado relevante de origem;
- efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas

Slide 5




Possíveis Efeitos das Práticas Restritivas Verticais

➤ **Efeitos positivos – Eficiências:**

- ✓ redução dos custos de transação;
- ✓ monitoramento da qualidade e quantidade de bens e serviços do mercado *downstream*.
- ✓ evitar a prática do *free-ride*

Slide 6




Efeitos negativos - anticoncorrenciais:

- * estender poder de monopólio;
- * aumentar barreiras à entrada por meio da restrição ao acesso aos canais de distribuição e aumento dos custos de mudança e de buscas;
- * incremento do poder de barganha com base na assimetria de informação.

Efeitos anticompetitivos são mais prováveis em mercados nos quais:

- a concorrência inter-marcas é fraca e
- existem barreiras à entrada

Slide 7




São 8 as condutas mais comuns:

1. Fixação de preços de revenda:
O produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores. Este tipo de prática pode reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca, contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

2. Restrições territoriais e de base de clientes:
O produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões. Tal como a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais podem reduzir ou mesmo eliminar a concorrência intra-marca, contudo, poderá também aumentar a lucratividade da estrutura verticalizada e gerar melhorias qualitativas.

...

Slide 8




3. Acordos de exclusividade:

Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou *vice-versa*), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais. A exigência de exclusividade pode culminar no incremento das barreiras à entrada de novos competidores, potencialmente mais eficientes. É preciso considerar que os acordos de exclusividade são um meio alternativo a integração vertical, devendo ser avaliados sob os mesmos critérios de uma concentração.

4. Recusa de negociação:

O fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.


Slide 9



5. Venda casada:
O ofertante de determinado bem ou serviço impõe para sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. A prática é, por vezes, associada à intenção de ampliar o poder detido em um mercado para outro, especialmente se presente poder de monopólio derivado da proteção de patente.

6. Discriminação de preços:
O produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros. Seus efeitos sobre o bem-estar são ambíguos: em alguns casos pode aumentar o excedente econômico e, em outros ter efeitos negativos.

Slide 10



7. Exigências de investimento em custos irreversíveis:
Este tipo de exigência aumenta os *sunk costs* do negócio, sendo que parte da doutrina considera que isto representa o aumento das barreiras à entrada.

8. Integração vertical:
Este tipo de prática pode gerar eficiências ao reduzir os custos de transação e aproveitar melhor as economias de escala. Contudo, pode também implicar em aumento dos níveis de barreiras à entrada. No longo prazo, é preciso considerar que pode incentivar a entrada de novos competidores por tornar o mercado verticalizado mais lucrativo.

Slide 11




Motivos X Instrumentos

(J.A.Kay, 1997:292)

	Controlar			Segmentação	Barreira à Entrada	Poder de Monopólio
	Quantidade	Qualidade	Oportunidade			
Cláusulas Específicas	✓	✓	✓	✓		
Fixação Preço Revenda	✓	✓		✓		✓
Exclusividade			✓		✓	
Restrição Territorial	✓	✓	✓		✓	
Venda Casada			✓		✓	✓
Recusa Fornecimento	✓	✓		✓		✓
Integração Vertical	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Slide 12




As condutas restritivas não são atos ilícitos *per se*.

Na sua análise deverão ser avaliados os efeitos no mercado relevante, ponderando-se vis-à-vis seus efeitos anticompetitivos, e seus possíveis benefícios ao bem-estar social (eficiência).

Nas restrições verticais as possíveis eficiências a elas associadas consistem na redução dos custos de transação e monitoramento qualitativo do mercado *downstream*.


Slide 13



Parâmetros para avaliação das práticas verticais

- **Padrão de concorrência no mercado relevante afetado;**
 - inter-marcas;
 - intra-marcas;
- **Características das transações nesse mercado:**
 - ativos específicos;
 - externalidades (*free ride*);
 - complexidade;
- **Possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado;**
- **Alternativas de relação contratual.**


Slide 14



O “poder” do argumento de eficiência para restrições verticais em diferentes condições

Característica do Produto/Distribuição	Ganhos de Eficiência	
	Mais Prováveis	Menos Prováveis
Complexidade do produto	Grande complexidade ou técnica	Simples ou não técnico
Custo para o consumidor	Caro	Não caro
Hábitos de consumo	Compras isoladas	Compras habituais
Informações sobre o produto conhecidas pelos consumidores	Informações limitadas	Informações detalhadas amplamente conhecidas
Diferenciação dos produtos	Não clara. Marcas fracas	Clara. Marcas fortes
Posição do produto em seu ciclo de vida	Novo	Estável ou maduro
Barreiras à entrada na revenda	Baixas	Altas
Economias de escopo na revenda	Insignificantes	Substanciais

Slide 15



Restrições Verticais Benéficas - Exemplos


Fixação de Preço Máximo de Revenda:

Nos casos em que tanto o produtor como o distribuidor têm poder de mercado (modelo dos monopólios sucessivos), a possibilidade de o produtor limitar o preço de revenda irá aumentar sua própria lucratividade, contudo, aumentará também o bem-estar dos consumidores.

Fixação de Preço Mínimo de Revenda:

Não obstante a argumentação doutrinária de que podem existir eficiências derivadas da prática (evitar o *free riding*), o estabelecimento de preços mínimo, nos Estados Unidos, é um ilícito *per se* desde 1911. No Brasil, o CADE já se posicionou pela ilegalidade da prática, desde que não se trate de mera sugestão.

Slide 16



Restrições Verticais Benéficas - Exemplos


Restrições Territoriais:

Continental T.V.Inc X GTE Sylvania Inc.

GTE Sylvania era uma pequena (1 ou 2% de *market share*) produtora de televisores. No intuito de aumentar sua participação a empresa implementou uma nova estratégia: vender seus produtos a um pequeno e seletivo grupo de revendedores. Com isso, a empresa esperava diminuir a competição intra-marca e, então, atrair revendedores mais competitivos e agressivos que poderiam ampliar seu *market-share*.

Ao se ver impossibilitado de abrir uma nova loja em outra localidade, devido à restrição territorial, a Continental deu início à uma ação com base no Sherman Act.


Slide 17



A Suprema Corte decidiu em favor da Sylvania.

“Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products... For example, new manufacturers and manufacturers entering new markets can use the restriction in order to induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and labor that is often required in the distribution of products unknown to the consumer. Established manufacturers can use them to induce retailers to engage in promotional activities or to provide service and repair facilities necessary to the efficient marketing of their products... Certainly there has been no showing... that vertical restrictions have or are likely to have a ‘pernicious effect on competition’ or that they ‘lack...any redeeming virtue.’”

Slide 18



CASOS


***Representante:* Federação Nacional de Empresas de Seguro Privado e Capitalização - FENASEG**

***Representada:* Associação Médica Brasileira - AMB**
Processo Administrativo nº61/92

“Ementa: Eliminação da concorrência - Conceituação - Natureza Relativa - Inteligência do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal.

A presença do ‘prejuízo’, causado artificialmente, à livre concorrência basta ao reconhecimento de ofensa à ordem econômica, não se exigindo a tal desiderato a ‘eliminação’ daquela. Por outro lado, o conceito é relativo, porque se a eliminação de um concorrente se dá em razão da superioridade tecnológica, não há falar em prejuízo ao mercado, pois aquela apenas resultou da preferência soberana do consumidor”

Slide 19



CASOS

Continuação **FENASEG vs. AMB**

Neste caso, houve entendimento no sentido de que a adoção de tabelas de honorários médicos (THM) é prejudicial à livre concorrência pois:

- **impede a competição efetiva, entre os prestadores de serviços médicos, como consequência da inexistência das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda;**
- **restringe a livre escolha dos consumidores pelo serviço que melhor se adequa às suas necessidades;**
- **dificulta a concorrência entre as próprias entidades seguradoras, que não têm possibilidade de oferecer planos diversificados por ficarem vinculadas aos mesmos honorários.**

Slide 20



CASOS


Representante: Sindicato e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo

Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. (Kibon)
Processo Administrativo nº148/94

“Ementa: Prática de ‘preço sugerido ao consumidor’ – Inexistência de ilegalidade per se – Natureza da estrutura do mercado de sorvetes – Diferença entre tabela impositiva e sugestiva – ‘Suggested Retail Price’ e ‘Retail Maintaince Price’ – Recentíssima evolução da corte suprema americana – Ausência, no caso, de pressupostos de conduta infrativa – Pelo conhecimento e improcedência da representação e conseqüente arquivamento.”

Neste caso, tendo sido comprovada a inexistência de qualquer forma de imposição de preços, mas apenas a sugestão, bem como considerando-se as condições pouco concentradas do mercado, a representação foi julgada improcedente

Slide 21



CASOS

Souza Cruz S/A X Phillip Morris Brasil S/A

Processo Administrativo nº 08012003303/98-25

Mercado relevante: Mercado de cigarros

Imposição de compromisso de Cessação: 13.set.2000

Conselheiro Relator: Mércio Felsky

Práticas Investigadas da Lei 8.884/94: art. 20, I a IV c/c
art. 21, V, VI e XI

O Processo Administrativo foi instaurado para investigar a prática da empresa Souza Cruz de impor cláusula de exclusividade nos contratos de comercialização de suas marcas de cigarros, o que impedia a venda dos cigarros da empresa Phillip Morris nesses estabelecimentos.

Slide 22




Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

Obrigação de fazer imposta:

- Rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de merchandising ou em quaisquer outros acordos (salvo nos contratos de exclusividade de venda ou as clausulas de exclusividade acessórias aos contratos de merchandising) .
- Tornar sem efeito, no prazo de 60 dias após a assinatura do compromisso, as cláusulas de exclusividade celebrado com o Makro Atacadista;
- Inserir, nos contratos de exclusividade de merchandising que contenham cláusulas de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique que a exclusividade de merchandising não importa a exclusividade de venda de produtos;

Slide 23




Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

Obrigações de fazer impostas:

- Incluir nos futuros contratos de exclusividade de merchandising idêntica disposição contratual acima descrita;
- Enviar, em 15 dias da assinatura do termo, cartas com AR a todas as pessoas físicas ou jurídicas com as quais tenha contrato de exclusividade de merchandising, divulgando o presente termo de compromisso;
- Enviar ao CADE cópia autêntica do termo de revogação da cláusula de exclusividade de venda (com o Makro) e dos demais aditamentos referidos;

Slide 24




Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

Obrigações de *não* fazer:

- Abster-se de exigir ou celebrar, qualquer tipo de contrato ou acordo que contenha disposição ou cominação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos;
- Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos comercializem ou venham a comercializar, ou exponham ao consumidor, marcas concorrentes de cigarro;
- Não praticar qualquer ação que resulte em boicote de produtos aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarro produzidas por seus concorrentes;

Slide 25



Souza Cruz S/A x Phillip Morris Brasil S/A

Apresentação de relatórios:
a cada seis meses

Conteúdo dos Relatórios:
Prestar informações ao CADE, enviando documentos e, principalmente, cópias dos contratos de merchandising com cláusula acessória de exclusividade de venda que tenham sido celebrados no respectivo período.

Multa imposta no descumprimento da obrigações:
multa diária de R\$ 10.000,00

Multa em caso de atraso de relatório:
multa diária de R\$ 5.000,00

Duração do Compromisso:
três anos (3) da assinatura do termo

Slide 26



**Conselho Administrativo
de Defesa Econômica**

OBRIGADO

Conselheiro Fernando de Oliveira Marques



PAULA FORGIONI

Então, conforme o programado, agora a fala da Professora Paula Forgioni.

Bom dia a todos. Antes de mais nada gostaria de agradecer o convite do Ibrac, cumprimentar pela organização do evento na pessoa do Ubiratan, e realmente para quem viu tudo isso começar numa salinha do Guarujá, é edificante a gente perceber o que aconteceu em termos de evolução do Direito da Concorrência, do estudo de direito da concorrência nos últimos anos no Brasil.

Eu vou aproveitar esses minutos que eu tenho aqui, para lançar idéias, retomando à tradição desses seminários do Ibrac, que a gente vem mais trocar idéias com os colegas do que propriamente expor alguma coisa nova.

O tema que foi proposto em relação às restrições verticais e aos abusos de direito de propriedade industrial, pode nos convidar a uma reflexão maior se nós considerarmos o que está acontecendo no mundo hoje. Eu costumo brincar que algo está acontecendo, em termos de relação de direito de propriedade industrial e restrições verticais. E neste ponto, a minha exposição ficou muito facilitada pela exposição das pessoas que me antecederam, mas todas as vezes, vamos começar, obviamente, já que eu sou da área do direito, tentar situar a questão na parte da teoria geral.

Todos nós sabemos, todos nós que lidamos com direito sabemos, que a questão da definição do abuso ou da verificação concreta de um abuso é extremamente tortuosa. Não se pode definir com certeza o que é um abuso, o que seja posição dominante, seja um abuso de direito. Não se consegue definir o que é o abuso.

Os americanos perceberam isso claramente desde os primeiros anos de vigência do Sherman Act, tanto que a regra da razão foi construída pela impossibilidade, pela necessidade, de se dar uma maior amplitude, uma maior maleabilidade ao texto normativo.

Mas ao contrário do que se poderia pensar e ao contrário do que é dito várias vezes, com essa indefinição dos termos, essa amplitude de interpretação de hoje em dia, não falamos mais em conceitos discricionários, mas a possibilidade de amplitude de interpretação do texto não deve ser considerada, não é considerada pela teoria geral como uma anomalia do sistema jurídico.

Ter essas noções integrando os textos normativos, viabiliza a adaptação dos fatos à norma.

Então não é uma anomalia.

A questão de a noção de abuso ser "indefinida", ampla, fluída, faz parte do sistema e não há nenhum problema com isso. Nós temos que trabalhar com isso. É uma característica do sistema, não é uma anomalia do sistema.

Eu costumo dizer de forma jocosa para meus alunos, que talvez o antitruste tenha toda essa dificuldade no trato porque não há área do direito, pelo menos na minha opinião, que concentre um maior número de conceitos amplos, conceitos fluidos. Isso é necessário, e todos nós já sabemos que isso é necessário.

De qualquer maneira, em relação ao abuso do direito de propriedade industrial, como diz Dr. Pietro Ariboni, o que nós temos? Nós temos ilhas de proteção. Sempre pensando em termos de sistema jurídico como um todo, nós estamos querendo, ou não, ilhas de proteção que são dadas aos agentes econômicos para proteção de uma vantagem competitiva que ele licitamente adquiriu, seja na marca, seja um sinal distintivo, seja um nome comercial, seja uma patente?

Com a idéia do sistema eu vou proteger a vantagem competitiva que foi licitamente adquirida pelo agente econômico; eu vou possibilitar a exploração de uma ferramenta concorrencial, porque com isso eu vou incentivar o desenvolvimento da própria ferramenta e a busca da vantagem competitiva.

Ao contrário do que se poderia pensar, o direito clássico, clássico, o mais clássico possível, o direito comercial mais clássico possível, fomenta a busca da vantagem competitiva, a proteção dessa vantagem competitiva como a proteção do sistema como um todo. O mercado funciona assim.

Na aquisição e proteção dessa vantagem competitiva, free rider, podemos fazer saltos, da parte mais tradicional do direito para a parte mais de ponta do antitruste. A questão do free rider nada mais é do que impedir que uma vantagem competitiva, licitamente conquistada, seja indevidamente utilizada por outro agente econômico, isso desestimula o sistema se entrar no mérito do free rider.

Então, para poder dar essa proteção, como bem disse o Professor Ariboni que me antecedeu, eu tenho, em termos do sistema jurídico, uma ilha de proteção para utilizar a expressão que não é minha, é do Professor (...). Existe uma ilha de proteção. Ótimo. Uma ilha de proteção que concede exploração exclusiva daquela vantagem competitiva, ou obviamente todos nós sabemos que isso não significa a ausência de concorrência, óbvio, é uma ferramenta para a concorrência. Em alguns casos pode-se dar o monopólio? Lógico que

se pode dar o monopólio, mas, na maioria dos casos, continua havendo concorrência ainda com aquela ilha de proteção.

Por outro lado, eu tenho todo o sistema de proteção concorrencial, ou seja, uma ilha de proteção que se coloca, uma ilha específica, uma ilha de proteção, dando esses privilégios para os agentes econômicos que se coloquem em um contexto de proteção da concorrência. O que nós percebemos se olharmos o sistema por cima, é que essas fronteiras, os limites dessa ilha, podem ser, e geralmente são, extremamente belicosos. Se nós analisarmos a evolução, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, nós perceberemos esta tensão que existe e que sempre existiu. O que está me parecendo, e esse tema proposto é muito instigante, é que, como disse no início, há algo acontecendo no mundo.

O que está acontecendo com essas fronteiras hoje?

Por isso eu proponho, para se chegar à alguma conclusão, sair um pouco da questão que já foi abordada pelo Professor Ariboni de propriedade intelectual em si, e vamos tentar, se os Senhores me permitem, o termo "cavoucar" algumas coisas, cavar, tentar ver em alguns casos clássicos ou no que está acontecendo na Europa agora. Eu vou usar o exemplo da Regulamentação de distribuição de automóveis, da isenção em bloco, que acabou de entrar em vigor.

O que está acontecendo?

Bom, caso Kodak.

Eu tenho muita honra de falar para uma platéia de especialistas, mas todos nós estudamos o caso Kodak, julgado nos Estados Unidos pela Suprema Corte em 1992, como um típico caso de venda casada. Todos nós nos debruçamos para analisar se a delimitação do mercado relevante, como foi feita, não foi extremamente segmentada, etc., mas, o que acontece no caso Kodak só para, vamos, rememorar rapidamente aqui, não haveria nem necessidade.

Kodak fabrica copiadoras. Ela tem aproximadamente 20% desse mercado principal em que ela atua, ou seja, ela não tem, de longe, posição dominante nesse mercado de cima, nesse primeiro mercado.

A Kodak atua também em um outro segmento. Não sabemos, enfim. Muito se discute se há realmente essa segmentação ou não, mas a Suprema Corte assim decidiu, a Suprema Corte americana não a nossa, que existe um mercado de prestação de serviços de manutenção para as máquinas Kodak. E nesse mercado atua a própria Kodak e atuam outras empresas independentes que são as chamadas **isos**.

O que faz a Kodak? Eu não vou entrar no mérito do caso, mas o que faz a Kodak?

A Kodak corta o fornecimento de peças originais para esses prestadores de serviços independentes.

A Kodak fabricava cerca de 20% das próprias peças e as outras eram encomendadas a terceiros, cobertas por direitos de propriedade industrial. Aproximadamente 75% das peças, esse dado não consta do caso, mas é importante, pelo que se sabe, aproximadamente 75% das peças que eram encomendadas para terceiros, estavam cobertas pelo direito de propriedade industrial.

Então o que eu proponho: vamos olhar o caso Kodak, não do ponto de vista que todos nós olhamos sempre, mas o que aconteceu ali? O que dizem muitos expoentes da escola de Chicago?

Foi um erro dos advogados.

Não foi explorada a questão sob o ponto de vista do Direito da Propriedade Industrial. Isso realmente não aparece no texto da Suprema Corte. Não foi explorado sob esse aspecto.

Será que foi um erro? Por que, qual foi a consequência do caso Kodak?

A Kodak foi condenada: venda casada, não venda casada, legalidade, per se, típica muito peculiar das vendas casadas. O fato é que a Kodak foi condenada porque impediu acesso a essas peças de reposição por parte das isos.

Mas ela não tinha o direito de propriedade industrial sobre essas peças? Será que ela poderia ter sido condenada?

E essa é uma pergunta que fica no ar. Eu pessoalmente não acredito em um erro dessa proporção por parte de advogados dos mais especializados nos Estados Unidos.

Será que não foi realmente uma decisão tomada?

Há muitos pontos obscuros naquele caso. Às vezes podiam prestar serviços para outras, para a Xerox, por exemplo. Não se sabe lendo o caso. E a questão da propriedade industrial não é abordada, mas a decisão Kodak tem um impacto sobre o direito da propriedade industrial que a gente não pode ignorar.

Qual é a impressão que temos?

Que os direitos de propriedade, a esses limites a que estava me referindo antes, o direito concorrencial pressiona os direitos de propriedade industrial hoje em dia, ainda que, enfim, como disse no último trabalho que escrevi: ninguém, cada um tira do caso Kodak a conclusão que quer, como em Max Weber, me ensina o Professor Guerreiro, cada um lê Max Weber do jeito que

quer, cada um lê o caso Kodak do jeito que quer também, e tira as suas conclusões.

Então esse é o primeiro ponto que eu gostaria de simplesmente chamar a atenção, seguindo, como disse, a tradição do Ibrac, mais colocar questões do que trazer colocações prontas.

Enfim, pulando, vamos pular.

Europa: acaba de entrar em vigor o regulamento de distribuição de veículos automotores. Regulamento 1400 de 2002 pelo que sei, em vigor desde os primeiros dias agora do mês de outubro.

A impressão que tenho, e posso estar errada, é que tanto a inserção em bloco quanto a brochura de esclarecimento, procuram evitar a discussão sobre os direitos da propriedade industrial na questão das peças, principalmente das peças dos veículos automotores.

O que sabemos? O que se diz por não podermos saber?

É que grande lucro das montadoras vem das peças.

Segundo os dados da Comissão Européia, 20% dessas peças são fabricadas pela própria montadora, e os restantes, 80%, são fabricados, como acontecia no caso Kodak, por terceiros sob encomenda.

O que fazia a montadora?

Encomendava a terceiros, pegava, colocava na sua fábrica, trocava de caixa, e vendia com um lucro bastante elevado. Ela tem um direito de propriedade industrial sobre essas peças. Mas é um assunto que não é abordado novamente pela isenção e a gente não sabe o que vai acontecer, mas é um fenômeno que devemos, no mínimo, observar, para ver o que acontecerá nos próximos tempos.

Agora, o que acontece?

Esses terceiros, livremente, independentemente de autorização ou não da montadora, poderão vender essas peças originais, com a marca da montadora, para as oficinas independentes.

E aí eu já vou para uma outra questão; não apenas para a rede oficial de concessionárias, mas para as oficinas independentes.

E o direito de propriedade industrial?

Bom, o que se diz aqui, o que diz a brochura de esclarecimento sobre as peças originais, porque o problema é pior ainda, o problema é pior, é mais instigante. Mas sobre as peças originais, não é necessário ter tradução livre minha, mas a brochura que ainda não foi traduzida para o português, ou pelo menos ainda não está disponível, mas é o texto original da brochura de esclarecimento.

*Não é necessário, nos termos da Resolução 1400, que a montadora dê permissão expressa para os fabricantes das peças, que utilize das especificações **standards** para produção e distribuição de peças originais. O fato de que esses standards estão disponíveis para o fabricante das peças e autorizam sua utilização na produção de peças originais, que não serão vendidas para a montadora, mas sim, diretamente a distribuidores de peças ou prestadores de serviços, ou seja, venda direta de um produto marcado pelo fabricante e não pelo proprietário da marca.*

Um outro ponto que chama a atenção, sempre esmiuçando esse Regulamento, tentando olhá-lo do ponto de vista dessa fronteira que a gente estabeleceu no início aqui, são criadas as chamadas peças de qualidade equivalente.

O que quer dizer isso?

"São peças sobressalentes, exclusivamente fabricadas por qualquer empresa que possa comprovar, a qualquer momento, que as peças em questão correspondem à qualidade dos componentes que são ou foram utilizados para montagem dos veículos a motor em causa".

Diz a brochura de esclarecimento, comentando esse texto que eu li, a definição da própria isenção em bloco, mas a brochura de esclarecimento diz que essas peças poderão, por exemplo, ser de outra cor ou material.

Outra cor... e aí não serão consideradas peças originais, mas pelas de qualidade equivalente, livremente comercializadas por agentes econômicos.

E quanto às garantias, a "garantia gratuita"?

Não se pode subordinar, ou, a montadora não pode subordinar a garantia gratuita ao uso de peças originais sob pena de sair da isenção, ou seja, a montadora deverá reconhecer os produtos de qualidade equivalente, que não foram produzidos conforme as suas especificações.

E os Senhores poderiam me perguntar de acordo com o texto:

E quem certifica a qualidade do produto equivalente?

O próprio fabricante do produto equivalente.

Essa certificação pode ser contestada por qualquer um, principalmente pela montadora, ou seja, uma verdadeira revolução.

Não bastasse, as montadoras deverão fornecer para essas, que eu chamei oficinas independentes, ferramentas, treinamentos, softwares, etc, sem qualquer tipo de discriminação em relação à rede oficial.

E os direitos de propriedade industrial? Como ficarão?

A brochura não esclarece.

Há apenas a questão 104 da brochura, já que o tema proposto era esse eu fui procurar, que diz, enfim, é uma questão que não temos tempo de analisar, mas a resposta é: embora o regulamento não discipline a questão da transferência de tecnologia, os direitos de propriedade industrial, o *know how*, não podem ser utilizados pela montadora ou importadora dos veículos para restringir o direito do fabricante de peças de vender para revendedores autorizados ou independentes.

Se a montadora pretender utilizar os direitos de propriedade industrial, o *know how*, dessa forma, não terá a isenção do Regulamento 1400, e todos nós sabemos a dificuldade de se obter uma isenção individual numa *hardcore restrictions*, praticamente impossível; ou seja, o que está acontecendo?

Bom, em termos de proteção de direito de propriedade industrial, o que vimos talvez seja um fenômeno de restringir cada vez mais das fronteiras.

O mais interessante é que os europeus, como sabemos todos, colocam as suas políticas de forma muito mais clara que os norte-americanos. Os europeus justificam tudo isso.

Pela proteção de vários interesses, por exemplo, viabilizar aos proprietários de automóveis um maior leque de escolhas. Isso eu tiro de um recente discurso do Dr. Monti: *Viabilizar aos proprietários de automóveis um maior leque de escolhas, com preços competitivos*.

Primeiro interesse protegido se podemos falar assim: proprietários de automóveis. Segundo, as montadoras protegerão sua imagem. Eu entrei na questão da exclusividade, mas a exclusividade também cai, e a rede de distribuição deverá ser composta na sua maioria por distribuidores multi-marca. O máximo que a montadora vai poder fazer é obrigar um cantinho específico para determinada, para sua marca, mas serão salões; eles até fazem a comparação com salões de automóveis.

Bom, as montadoras poderão proteger a sua imagem e eu não sei se as montadoras estão tão felizes com isso.

Distribuidores: a proteção dos distribuidores utilizando ou viabilizando o seu crescimento e tornando-os mais competitivos. Distribuidores, ou seja, uma isenção, em bloco, europeia que compõem de forma absolutamente clara que a isenção em bloco é feita também para proteção dos distribuidores.

Proteção dos fabricantes de peças: fazendo-os depender menos de um único cliente. Lógico, agora os fabricantes de peças vão poder fazer venda direta tanto para a rede autorizada quanto para as oficinas independentes, e acima de tudo, como sempre, obter um mercado único que funcione transparente e competitivo, que trará benefícios para todos.

Eu já estou vendo o Professor Arthur escrever o meu bilhete, eu já estou terminando. Economistas são muito bons na condução dos trabalhos porque não passam um minuto; Arthur é uma maravilha nisso. Enfim, nunca vi um seminário... economista tem que ser chamado mesmo, eu falo isso sempre... enfim, o que terá, o que estará acontecendo?

Parece-me que se nós fizermos nesse vôo que eu pretendi fazer talvez não tanto ousado. Os direitos de propriedade industrial continuam sendo uma vantagem competitiva, continuam sendo protegidos como uma ferramenta concorrencial num mercado principal de atuação dos agentes econômicos.

Porém, em relação a mercados que gravitam, Professor Arthur, em torno, mercados menores, de menor importância, que gravitam em torno desse mercado principal, talvez os direitos de propriedade industrial não poderão mais, ou será entendido como abuso do direito de propriedade industrial a tentativa de sua utilização para explorar esses mercados que gravitam em torno do mercado principal.

No caso prestação de serviços de manutenção para máquinas Kodak ou fabricantes terceirizados de peças Fiat, Volkswagen, etc, ou concessionários de tal marca, ou prestadores de serviços independentes, sempre procurando aumentar o grau de concorrência nesses setores, talvez esse seja o sentido da evolução; talvez não, ainda não podemos saber, mas não deixa de ser instigante fazer esse exercício de comparação dentro de uma visão de teoria geral do direito e, principalmente do que está acontecendo no mundo em termos de antitruste.

Muito obrigada.

ARTHUR BARRIONUEVO

Bem, a palestra que vai encerrar esse primeiro Painel, antes de passarmos às questões do Professor Mario Possas. Então eu já passo à palavra à ele.

MARIO POSSAS

Bom dia a todos, mais uma vez é um prazer estar aqui. Agradeço ao Ibrac ao convite de participar de mais esse seminário.

O tema que eu vou tratar é um pouco mais específico, é o de restrições verticais em setores de infra-estrutura regulados.

O tema das restrições verticais tem se expandido já há alguns anos para atividades que são sujeitas à regulação. A maioria dos setores de infraestrutura tem uma peculiaridade que é a presença de gargalos ou *bottlenecks* que ensejam oportunidades de exercício de poder de mercado vertical. A regulação, na medida em que interfere diretamente na atuação, na delimitação estrutural e nos preços desses mercados, tem que necessariamente estar atenta às aplicações concorrenciais da presença desses *bottlenecks*. Então a estrutura dessa brevíssima apresentação começa pela definição desses gargalos que freqüentemente são responsáveis principais pela presença de efeitos anticompetitivos. Segunda lugar, em seguida passo à uma apresentação sucinta de alternativas de modelos estruturais para lidar com a presença *bottlenecks* e seus efeitos anticompetitivos.

Primeiro lugar: a possibilidade de integração vertical em que o Regulador procura regular o acesso aos *bottlenecks*; em segundo lugar: o modelo alternativo mais importante. Há outros mais importantes, que são os de separação estrutural entre os segmentos *bottlenecks*, que é em geral monopolista ou quase, e o segmento competitivo ou potencialmente competitivo.

Regulação e concorrência como se sabem, andam em conjunto, são interdependentes. Os setores regulados não são isentos nos principais países onde ocorre a regulação de ação antitruste da aplicação da lei de defesa da concorrência.

Os gargalos, em geral, constituem segmentos, ou melhor, instalações de suporte para instalação de serviços de infra-estrutura. Alguns constituem monopólios naturais, outros, nem tanto. Não é necessariamente um monopólio natural, mas envolve freqüentemente um monopólio na prática, um quase-monopólio efetivo e constituem no jargão antitruste *essential facilities*, ou seja, instalações essenciais que permitem o exercício de poder de mercado pelo monopólio do acesso à instalação.

O monopólio do acesso à instalação não é necessariamente um monopólio ou exercício à prestação dos serviços; ele é um monopólio por tabela, por inferência à prestação dos serviços na medida em que esse gargalo seja difícil, *by pass*, ou muito custoso. O contorno dele, a duplicação, mediante investimentos, desses gargalos, são proibitivos. Isso evidentemente gera problemas não só do ponto de vista privado, quer dizer, esse investimento adicional não é só um custo privado, mas é um custo público também. Freqüentemente, a duplicação de infra-estruturas é um custo desnecessário. Então, deve ser sujeito à regulação por esse motivo.

Por outro lado, além da presença de *bottlenecks*, os setores de infraestrutura também apresentam segmentos nos quais a abertura da concorrência é possível e, portanto, desejável. Esse, portanto, não é óbvio, embora seja

tomado como tal freqüentemente. Então convém pelo menos fazer um comentário a respeito: A regulação é necessária devido à presença desses gargalos e o incentivo que isso proporciona, o exercício de práticas verticais restritivas.

Por outro lado, a concorrência é desejada sempre que possível, porque ela incentiva a eficiência e a inovação, reduz preços, aumenta a qualidade, oferece alternativas ao usuário e, em segundo lugar, mas não menos importante, destaco esse ponto, ela aumenta a eficiência da própria regulação.

Como mencionei antes, há alguns padrões típicos de convivência de segmentos desse tipo de gargalos com outros potencialmente competitivos no contexto da regulação na maioria dos países.

Há um quadro de um trabalho recente da OCDE que dá uma idéia para alguns setores; eles fazem um trabalho bastante extenso em numerosos setores, eu selecionei quatro, pelos quais talvez haja um pouco mais de interesse no Brasil: telecomunicações, energia elétrica, gás e transporte ferroviário.

Quais são os segmentos tipos que geram gargalos, tipo instalações essenciais e quais as atividades potencialmente competitivas?

Muito resumidamente, no caso de telecomunicações, onde esses problemas já começam a surgir no Brasil, como é de conhecimento de todos vocês, nós temos como atividades típicas de segmentos *bottlenecks*: telefonia local com rede capilarizada ou telefonia local em áreas rurais, o que vem sendo objeto de restrição em todo o mundo, e no Brasil em particular a telefonia local mais grave, do ponto de vista do impacto concorrencial e a telefonia local com rede capilarizada. E atividades potencialmente competitivas são aqueles serviços que são prestados utilizando acesso à rede local como insumo, ou seja, serviços de longa distância, serviços móveis, serviços de valor agregado, em geral.

No caso de energia elétrica, temos na atividade *bottleneck* tipicamente transmissão de energia elétrica, outras, distribuição local.

Nas atividades potencialmente competitivas podemos listar geração de energia, distribuição e comercialização de energia elétrica.

Casos de gás, também há transmissão em *bottleneck*, em geral são instalações de alto custo de duplicação e são atividades potencialmente competitivas: a produção, a distribuição, a armazenagem e a comercialização.

E finalmente, o transporte ferroviário, a infra-estrutura de trilhos de sinalização é uma atividade típica de gargalo e as competitivas potenciais são operação e as instalações de manutenção.

O que se coloca então para política de regulação de cada um desses setores de infra-estrutura de modo geral, é procurar combinar de forma eficiente os benefícios da concorrência e a necessidade de regulação daqueles segmentos *bottleneck*.

São duas, como mencionei antes, as soluções mais típicas; há outras como já disse, mas para focar um pouco no nosso pouco tempo disponível, são duas as soluções: integração vertical e separação estrutural entre os segmentos.

Começando pela integração vertical.

Em geral você tem um *bottleneck* upstream, ou seja, a montante da cadeia produtiva de serviços e um outro setor potencialmente competitivo. Em geral, não necessariamente *downstream*, seja a jusante da cadeia de produção dos serviços.

A integração vertical consiste por definição no prestador de serviço monopolista detentor do *bottleneck* prestado, também o serviço que é usuário dessa instalação essencial.

Como qualquer opção estrutural, em tese é possível identificar custos e benefícios dessa opção. Os benefícios dessa integração vertical, ou seja, o detentor do *bottleneck* é autorizado também a atuar no serviço downstream, no serviço que é usuário do acesso à instalação essencial.

Benefícios, aproveitamento de economias de escopo, o que significa que diferentes serviços podem compartilhar determinados ativos e o compartilhamento desses ativos implica custos unitários mais baixos.

Economias de custo de transação relativas à contratos, o que se tornam mais fáceis a redução de dosimetrias de informação ao longo dessa cadeia, já que se trata de uma mesma empresa que detém as informações necessárias para, não só para as transações que se tornam intra-empresa naquelas verticais, como outras transações com fornecedores e com usuário final.

E em terceiro lugar, a contenção de poder de mercado no segmento competitivo, devido àquele fenômeno conhecido como a dupla marginalização ou o duplo *markup*, enfim o fato que desaparece um incentivo ao exercício adicional de poder de mercado no mercado downstream, pelo fato de que se trata do mesmo operador.

Muito brevemente vejamos cada um deles.

Caso das economias de escopo, como mencionei, compartilhamento de ativos, equipamentos, instalações, aí não são só ativos físicos ou técnicos, são ativos intangíveis também, marcas, por exemplo.

A diluição de custos físicos, que não sejam específicos, associados à determinados ativos, como o caso de depreciação em custos financeiros, e a utilização mais eficiente de mão-de-obra especializada. São economias muito semelhantes, economias de escala, a única diferença é que no caso se trata de uma escala que abrange diferentes serviços, por isso são economias de escopo, assim denominadas, mas de fato tem a ver com tamanho da empresa e a diluição de ativos indivisíveis ou divisíveis apenas de uma forma, com magnitudes muito altas, entre utilizações alternativas.

Economias de custo de transação, como mencionei, também reduzem as dosimetrias de informações estratégicas, permitindo contratos mais eficientes e possibilita maiores investimentos, por isso mesmo em ativos específicos, inclusive inovações.

Isso tudo é um pouco teórico, depende caso a caso, mas teoricamente pode incentivar maiores inovações e minimizar incerteza associada a conflitos negociais e contratuais.

Redução de poder de mercado no segmento competitivo, terceiro fator mencionado, terceiro aspecto de benefício mencionado, também é muito teórico .

Já mencionei, é o fato que supostamente o detentor da instalação essencial quando se integra verticalmente para jusante da cadeia produtiva dos serviços, ele deixa de ter incentivo em exercer o poder de mercado adicional, nesse segundo segmento, àquele que ele já exerce enquanto monopolista, no primeiro segmento.

Teoricamente, também esse tipo de atuação, dupla marginalização, poderia ser contornado mediante restrições regulatórias, tarifas duplas, etc., mas é muito difícil de eliminar o exercício do poder de mercado quando ele existe. Como se sabe, todo mundo que trabalha nessa área sabe disso. O regulador tem muita dificuldade de reduzir ou eliminar poder de mercado quando ele existe de modo que, em geral, a mensagem principal de se tentar sempre que possível viabilizar concorrência efetiva e não apenas confiar na regulação para como substituto adequado da concorrência.

Agora os custos.

Quais são os principais custos da integração vertical?

E aqui nós chegamos num ponto central da discussão, o principal custo é o incentivo às práticas anticompetitivas verticais, que é o nosso foco do painel e da análise.

Em segundo lugar, mas não menos importante, a presença desses incentivos torna os custos regulatórios muito elevados. A presença de incentivos, do ponto de vista estrutural, leva a necessidade de que a agência regula-

dora esteja permanentemente atenta ao exercício de poder de mercado que esses incentivos permitem, induzem.

Vejamos mais detalhadamente.

Em primeiro lugar, os incentivos das práticas verticais.

Quais são as práticas mais comuns desses casos?

Em primeiro lugar, a prática de preços predatórios ou price size, como especificamente é chamado no caso de relações verticais no mercado alvo, ou seja, aquele mercado que é o potencialmente competitivo. Então, a empresa detentora do *bottleneck* exerce poder de mercado mediante preço predatório ou price size no mercado alvo, que é o mercado potencialmente competitivo.

Segundo tipo de prática não excludentes entre si, é a discriminação de acesso via-preço ou outros atributos-qualidade; demora no atendimento e inclusive no limite a recusa de venda, recusa pura e simples de fornecimento do acesso.

Terceiro lugar, subsídios cruzados do segmento não-competitivo para o segmento competitivo. Isso também é muito importante.

Subsídio cruzado é um fenômeno muito comum na atividade econômica, em todas as atividades econômicas, mas a presença de subsídios cruzados em setores regulados, em segmentos que são verticalmente relacionados, pode levar à inviabilização da atividade econômica para concorrentes no mercado competitivo; quer dizer, uma prática perfeitamente comum nesse caso é de uma empresa integrada verticalmente dificultar ou qualquer desses meios, ou pôr uma combinação neles, à própria sobrevivência e, por extensão, à eventual entrada de concorrentes no mercado potencialmente competitivo por meio de subsídios cruzados.

Na verdade, o subsídio cruzado pode estar combinado com as outras duas práticas; freqüentemente ocorre isso: você discrimina o acesso como subsídio cruzado, você pratica price sizes com subsídio cruzado.

Em segundo lugar e como disse, não menos importante, estão os altos custos regulatórios presentes.

É importante ter em conta que esses incentivos são estruturais, sendo estruturais, são permanentes, sendo permanentes, eles geram uma necessidade permanente de atuação e de vigilância da agência. A tarefa do regulador então tem que ser apoiada num esforço de preparação, de treinamento de pessoal, de dispor de mecanismos contínuos de monitoração e de ação efetiva na repressão dessas práticas.

Bom, o poder alternativo, para concluir, terceira parte, o principal modelo alternativo é separação estrutural, vale dizer o impedimento daquela integração vertical por meio de uma mesma empresa ou de uma coligada sua entre os dois segmentos mencionados, ou seja, o monopolista ou quase e o potencialmente competitivo.

Essa separação tem muitas modalidades. Resumidamente podemos considerar duas modalidades, a separação entre serviços pela qual o detentor do *bottleneck* permanece como tal e presta os serviços apoiados, suportados pelas instalações desse *bottleneck*, e ao mesmo tempo, ele é impedido de exercer, de atuar no segmento competitivo; ou você pode ter uma separação estrutural entre redes, seria o caso de quando você tem de fato rede, mas se não for uma rede, pelo menos a instalação é essencial ou *bottleneck*.

Então, separação entre a administração-operação do *bottleneck* e os serviços, inclusive aqueles serviços ou aqueles serviços que utilizam diretamente essa rede ou essa infra-estrutura de suporte, essa solução é mais rara, não é tão comum, mas é uma solução perfeitamente razoável e como sempre acontece, esses dois tipos de soluções têm custos e benefícios também.

Vamos ver então de modo geral, os benefícios da separação, em seguida os seus custos.

Principal benefício: eliminação óbvia por contraste anterior, é só inverter o sinal, o principal benefício é eliminação dos incentivos às práticas verticais.

A separação vertical elimina completamente o incentivo à prática decorrente do fato de que o monopolista estaria se beneficiando do impedimento ou do encarecimento do acesso à instalação essencial. Aqui não se trata apenas de separação contábil, é importante deixar isso claro, uma separação efetiva de propriedade entre os dois segmentos.

O segundo benefício, também tão importante quanto o custo correspondente que ele está eliminando, é a redução substancial de custos regulatórios. Do regulador bastam, agora, os custos convencionais de regulação, fiscalização do desempenho do cumprimento de metas e outros aspectos do contrato de concessão, se for o caso, e da fixação das tarifas, quando é também o caso.

Quais são os custos então para concluir da separação?

De uma forma por simetria, seria a perda daqueles benefícios aos associados à integração vertical, quais sejam, as eventuais economias de escopo e eventuais reduções de custo de transação.

Como tudo isso é muito difícil de identificar concretamente, muito difícil de medir em particular, nos casos dos custos de transação, essas consi-

derações devem ser analisadas caso a caso porque elas não são de fato muito bem documentadas na literatura.

É muito difícil medir a magnitude exata nos casos de economia de escopo e dos custos de transação, particularmente estes últimos para efeito de uma avaliação dos custos da separação estrutural. É claro que o tipo da modalidade da separação adotada afeta os benefícios e os custos. Se a separação se dá entre serviços em que desaparece inteiramente o incentivo às práticas verticais, no entanto perde-se à possibilidade de a empresa entrar no segundo segmento. Isto é uma coisa importante, porque o estímulo à concorrência tem um aspecto horizontal, ou seja, o aumento do número potencial de competidores no mercado; se você separa verticalmente, você está inibindo um competidor potencial, em geral importante. Esse é um argumento importante que me chama à atenção para um problema potencial da separação entre serviços.

No caso da separação entre rede ou instalação, como queriam gerar uma rede, no caso de telecomunicação é claramente rede, no caso de energia elétrica uma rede de transmissão; enfim, geralmente são redes mas pode ser uma outra instalação de outra natureza.

No caso da separação entre redes e serviços, também desaparece o incentivo, como já dito antes, mas, em contra-partida, se cria um custo regulatório adicional, ou seja, de regular o monopolista do *bottleneck*. Agora a operação do *bottleneck* está separada da operação da prestação dos serviços associados, quer dizer, são suportados por essa instalação essencial. Então, a administração da infra-estrutura está sempre separada dos serviços. Portanto, agora o regulador tem que regular também esse monopolista na atuação dele.

Conclusões: combinar concorrência e regulação é necessário, mas é complexo. É um desafio para o regulador, é um desafio para o órgão de defesa da concorrência também.

Por que é um desafio para o regulador?

Porque ele tem que entrar fundo nas questões concorrenciais, inclusive monitorando e punindo as práticas verticais no caso de haver integração vertical, particularmente neste caso.

É um desafio também para o órgão de defesa da concorrência porque freqüentemente os setores regulados têm especificidades de natureza técnica, mas em particular ele tem especificidades associadas à própria regulação. A regulação introduz variáveis e parâmetros distintos que aumentam imensamente a complexidade da atuação pró concorrencial nesses segmentos, nesses setores.

Essas duas modalidades alternativas, apesar de terem, e enfim, benefícios e custos, na minha opinião a separação estrutural, é o modelo mais re-

comendável e elimina completamente os incentivos, ao mesmo tempo em que preserva concorrência. A prática mostra, isso é uma coisa que requer maior aprofundamento, maior análise, mas eu estou convencido de que a prática mostra, isso vale no Brasil também, a prática mostra que uma agência reguladora dificilmente tem as condições de experiência, de preparo técnico e de disposição para aprofundar as investigações relativas às práticas anticompetitivas.

A investigação e a punição de práticas dessa natureza envolve não só um esforço permanente, que essas agências muitas vezes não têm condições de fazer ou de investir o suficiente; envolve também uma decisão, frequentemente uma decisão política de fazer ajustes nos modelos regulatórios de que essas próprias agências são muitas vezes as responsáveis pela criação e pela execução. Essa é uma tarefa não só difícil e complexa do ponto de vista técnico; ela é complexa e difícil de um ponto de vista político.

Eu acho que a maior especialização das agências, e no sentido de uma agência de defesa da concorrência, que detenha nela mesma ou em outros órgãos à ela associados, as funções concorrenciais. É um modelo mais desejável de distribuição e de divisão de trabalho entre as diferentes agências responsáveis pela regulação *latu sensu*, ou seja, pelo acompanhamento do funcionamento dos mercados, tendo em vista o bem-estar.

Obrigado.

Slide 1

RESTRIÇÕES VERTICAIS EM SETORES DE INFRA-ESTRUTURA REGULADOS

**IBRAC - VIII SEMINÁRIO
2002**

Prof. Mario Possas

Slide 2

Restrições verticais em setores de infra- estrutura regulados

- 1. *Bottlenecks*, concorrência e regulação em setores de infra-estrutura**
- 2. Modelos estruturais alternativos (I): integração vertical com regulação de acesso**
- 3. Modelos estruturais alternativos (II): separação estrutural**

Slide 3

1. *Bottlenecks*, concorrência e regulação em setores de infra-estrutura

É consenso universal que *regulação* e *concorrência* devem coexistir nos setores de infra-estrutura, devido:

- ❖ à presença de *bottlenecks* (em geral *essential facilities*, ou até mesmo monopólios naturais) em alguns segmentos, que requerem *regulação*; e
- ❖ à presença de segmentos nos quais a abertura à *concorrência* é possível e, *portanto*, desejável.

3

Slide 4

Por partes:

- *Regulação* é necessária nos segmentos em que há *bottlenecks* - que podem ou não constituir *redes* - porque estes em geral são acompanhados de forte *poder de mercado*, que pode ser exercido mediante preços elevados e/ou *práticas restritivas verticais* associadas a discriminação de acesso; *por outro lado*,
- *Concorrência* é desejável, quando possível, porque:
 - ❖ incentiva a eficiência e a inovação, reduzindo preços, aumentando a qualidade e oferecendo alternativas ao usuário; e
 - ❖ aumenta a eficiência *da própria regulação*.

4

Slide 5

- A experiência internacional aponta para alguns padrões típicos de convivência de segmentos de tipo *bottleneck* com outros potencialmente *competitivos*, nos mais diversos setores de infra-estrutura, atualmente sujeitos a regulação na maioria dos países. O Quadro a seguir (OECD) ilustra essa subdivisão, com o exemplo de alguns dos setores mais importantes.

5

Slide 6

Quadro I: Bottlenecks e segmentos competitivos em setores de infra-estrutura selecionados		
Setor	Atividades <i>bottleneck</i>	Atividades potencialmente competitivas
Telecomunicações	Telefonia local com rede capilarizada Telefonia local em áreas rurais	Serviços de longa distância Serviços móveis Serviços de valor agregado
Energia elétrica	Transmissão de energia elétrica Distribuição de energia local	Geração de energia Distribuição de energia Comercialização de energia
Gás	Transmissão em alta pressão	Produção de gás Distribuição de gás local Armazenamento de gás Comercialização de gás
Transporte ferroviário	Infraestrutura de trilhos e sinalização	Operação de trens Instalações de manutenção
Fonte: OECD, 2002.		

6

Slide 7

A questão que se coloca, sob esse prisma, para a *política de Regulação* de cada setor de infra-estrutura, é:

❖ Como combinar, *de forma eficiente*, os benefícios da *concorrência* nos segmentos potencialmente competitivos com a necessidade de *regulação* nos segmentos de *bottleneck*?

São duas as soluções regulatórias, *estruturais*, geralmente adotadas:

- *integração vertical* com regulação de acesso; e
- *separação estrutural* entre segmentos.

7

Slide 8

2. Modelos estruturais alternativos (I): integração vertical com regulação de acesso

A *integração vertical* entre um segmento com *bottleneck* e sujeito a regulação (em geral *upstream*) e outro potencialmente competitivo (em geral *downstream*) consiste na autorização de que o prestador de serviços monopolista (ou quase) do *bottleneck* atue *também* no segmento competitivo. Esta é uma opção estrutural que, como qualquer outra, tem *benefícios e custos*; a saber:

8

Slide 9

2.1. Benefícios da integração

- Os principais, conforme a literatura, seriam:
 - (i) *economias de escopo*;
 - (ii) *economias de custos de transação*;
 - (iii) *contenção do poder de mercado no segmento competitivo*, devido à “dupla marginalização”.

Vejamos cada um.

9

Slide 10

(i) Economias de escopo

A diversificação dos serviços ofertados permite:

- *compartilhar ativos* subutilizados (equipamentos, instalações, tecnologia, marcas), reduzindo assim custos fixos unitários;
- diluir *custos fixos não-específicos* (depreciação, financeiros);
- utilizar melhor a *mão-de-obra especializada*.

10

Slide 11

(ii) Economias de custos de transação

A integração possibilita:

- aumentar a *disponibilidade* e reduzir a *assimetria* de *informações* estratégicas, viabilizando contratos mais eficientes;
- maiores *investimentos* em *ativos específicos* (inclusive inovações), de maior risco, ao minimizar *incertezas* associadas a conflitos negociais e contratuais.

11

Slide 12

(iii) Redução de poder de mercado no segmento competitivo

A integração minimiza o risco de que surja e seja exercido poder de mercado no segmento potencialmente competitivo em detrimento dos usuários, pela chamada “dupla marginalização”, devido à minimização do incentivo a um *markup* alto neste mercado por parte de empresa integrada.

Essa condição, no entanto, não se aplica ao caso, mais freqüente, de que o segmento competitivo seja também regulado. Contudo, é preciso ter em mente que dificilmente o poder de mercado neste seria totalmente eliminado, daí a importância de viabilizar uma concorrência efetiva.

12

Slide 13

2.2. Custos da integração

- Os mais importantes são:
 - (i) o incentivo a *práticas anticompetitivas verticais*; e,
 - associados a estas,
 - (ii) altos *custos regulatórios*.

Vejamos.

13

Slide 14

(i) Incentivos a práticas anticompetitivas verticais

A integração vertical cria fortes incentivos às seguintes práticas, entre outras:

- *preços predatórios* ou *price squeeze* no mercado-alvo (potencialmente competitivo);
- *discriminação de acesso*, via preços ou outros atributos (qualidade, demora no atendimento, recusa de venda);
- *subsídios cruzados* do segmento não-competitivo para o competitivo.

Diferentes *combinações* dessas práticas são viáveis.

14

Slide 15

(ii) Altos custos regulatórios

- O fato de que os referidos incentivos, além de fortes, são *permanentes*, por serem estruturais, torna extremamente difícil a tarefa do regulador, que precisa dispor de meios, aplicando-os continuamente, de:
 - *identificação* dessas práticas - o que muitas vezes é difícil, especialmente quando a precificação é complexa e gera grandes assimetrias de informação;
 - seu *acompanhamento* sistemático; e
 - sua *repressão* rigorosa.

15

Slide 16

3. Modelos estruturais alternativos (II): separação estrutural

A *separação estrutural* - impedindo a integração vertical da mesma empresa (ou sua controlada ou coligada) entre os segmentos com *bottleneck* e o potencialmente competitivo - pode ser de duas modalidades:

- (i) entre *serviços*; e
- (ii) entre a *rede* e os *serviços*, quando se trata de indústria de rede (e.g. telecomunicações, energia elétrica, transportes).

16

Slide 17

3.1. Benefícios da separação

(i) O principal benefício é a *eliminação dos incentivos às práticas anticompetitivas verticais*. Ele ocorre qualquer que seja a modalidade de separação *efetiva* (não apenas contábil) adotada. Como decorrência, tem-se também:

(ii) a *redução* substancial dos *custos regulatórios*, agora restritos aos custos convencionais de fiscalização do desempenho e do cumprimento dos contratos.

17

Slide 18

3.2. Custos da separação

O principal custo dessa solução estrutural é a *supressão* dos possíveis benefícios da alternativa de integração vertical, isto é, de eventuais *economias de escopo* e de *custos de transação* (a também mencionada *redução de incentivos* ao exercício de poder de mercado no segmento competitivo só se aplica ao caso particular em que este não for regulado). Contudo, esses custos são difíceis de avaliar concretamente, em particular as economias de custos de transação.

18

Slide 19

Tanto *benefícios* quanto *custos* podem ser afetados pela *modalidade de separação* adotada:

- (i) No caso da separação entre *serviços*, embora desapareça inteiramente o incentivo às práticas anticompetitivas verticais, perde-se a possibilidade de que a mesma empresa detentora do *bottleneck também* concorra no segmento competitivo, restringindo o conjunto de competidores potenciais.

19

Slide 20

- (ii) no caso da separação entre *rede e serviços*, também desaparece o incentivo às práticas anticompetitivas, mas em contrapartida cria-se um *custo regulatório adicional*, de regular o monopolista do *bottleneck* (tipicamente, do detentor e administrador da infraestrutura de *rede* de suporte dos serviços).

20

Slide 21

Conclusões

- A combinação adequada de *concorrência* com *regulação* nos setores de infra-estrutura, embora essencial para obter soluções socialmente eficientes, é de difícil formulação e consecução, constituindo grande desafio regulatório; em particular, o de como evitar práticas restritivas verticais a partir do controle de *bottlenecks*.
- Há na literatura e na experiência internacional diferentes modelos alternativos, com benefícios e custos. Destacam-se dois: a *integração vertical* de serviços e a sua *separação estrutural*. Os incentivos estruturais *permanentes* a práticas anticompetitivas verticais criados pelo primeiro geram altos custos sociais e regulatórios. O modelo de *separação estrutural* parece o mais recomendável, ao eliminar completamente tais incentivos ao mesmo tempo em que preserva a concorrência.