

ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS

Edgard Antonio Pereira
João Paulo G. Leal
Abril de 2001

INTRODUÇÃO

A análise dos autos do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 mostra que a White Martins – mediante a prática de exclusividade na aquisição de matéria-prima, proveniente da Ultrafertil, para fabricação de gás carbônico – foi acusada de criar barreira ao ingresso de novo concorrente. Mais precisamente, a empresa foi acusada de criar dificuldade à constituição de novo concorrente (cf. inciso V do art. 21 da Lei 8.884); impedir o acesso a fonte de matéria-prima (cf. inciso VI do art. 21); e açambarcar, sem justificada necessidade, matéria-prima (cf. inciso XV do art. 21).

O mérito da prática de exclusividade não pode ser analisado com rigor sem que sejam cotejados seus efeitos anti-competitivos e pró-competitivos, isto é, os possíveis ganhos de eficiência econômica resultantes da exclusividade, que podem contrabalançar eventuais prejuízos à concorrência. Em uma palavra, a exclusividade não pode ser tida como uma infração *per se*, encontrando-se sujeita à aplicação da regra da razão, que busca sopesar potenciais efeitos nocivos à concorrência e eficiências decorrentes da conduta investigada.

As transações, mediadas pelo mercado e realizadas por empresas ao longo de uma mesma cadeia produtiva (*relações verticais*), encontram-se sujeitas a custos específicos, justamente denominados *custos de transação*. A celebração de contratos de longo prazo e de acordo de exclusividade ou, em termos mais gerais, a regulação das transações entre dois agentes quaisquer mediante contrato, em substituição às relações de mercado, pode ser geradora de ganhos de eficiência econômica, as quais se revertem em benefício à concorrência e ao mercado como um todo.

Essas questões são analisadas adiante, tendo em vista principalmente a identificação nos autos de insuficiências relativas à desconsideração, no curso das investigações, das possíveis eficiências associadas à exclusividade de fornecimento de matéria-prima para produção de gás carbônico.

No item 1, faz-se uma breve apresentação do conceito de custos de transação e das motivações para o estabelecimento de contratos que discipli-

nam as relações verticais entre empresas independentes. A análise volta-se no item 2 para o caso concreto, com seus custos de transação característicos e possíveis eficiências relacionadas à prática de exclusividade. No item 3, são analisadas a definição de mercado relevante e a suposta posição dominante da White Martins com relação especificamente à prática denunciada e considerando as especificidades das transações entre fornecedor e cliente no presente caso.

1. Custos de Transação, Comportamentos Oportunistas

A teoria dos custos de transação sustenta que as relações entre agentes econômicos estão sujeitas a custos, que podem ser significativos e não relacionados ao processo produtivo. No tocante, particularmente, às transações mediadas pelo mercado entre, por exemplo, o fornecedor de determinada matéria-prima e seu adquirente, há custos relacionados à obtenção de informações acerca de preços, qualidade e demais condições de fornecimento de todos os ofertantes da matéria-prima, assim como custos relativos à negociação e ao estabelecimento de um acordo entre as partes envolvidas¹.

Sob determinadas condições, especificadas adiante, o estabelecimento de relações contratuais duradouras entre cliente e fornecedor pode constituir-se em uma forma de organização dessas relações superior àquela propor-

¹ O trabalho de Ronald Coase (The Nature of the Firm. *Economica*, 1937; conforme reimpresso em *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1988) assenta pioneiramente os fundamentos da teoria, desenvolvida e ampliada principalmente por Oliver Williamson (vide, por exemplo, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization*. Nova Iorque, The Free Press, 1975). Para uma discussão mais atualizada vide, por exemplo, Azevedo, Paulo F. (1996). *Integração Vertical e Barganha*. São Paulo, FEA/USP (tese de doutorado). De acordo com Coase (idem), “A principal razão pela qual é rentável estabelecer uma firma seria que há um custo de uso do mecanismo de preços. O mais óbvio custo de ‘organizar’ a produção mediante o mecanismo de preços é aquele da descoberta de quais são os preços relevantes [...] Os custos de negociação e conclusão de um contrato separado para cada transação de troca que ocorre no mercado deve ser tomado em conta” (tradução livre de: “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organizing’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. [...] The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must be taken into account”. (p. 38-39).

cionada pelo mercado, no sentido de gerar maior eficiência econômica pela redução dos custos de transação. Em outros casos, nos quais sobretudo é pouco viável a predição em contração de contingências mais significativas, há um forte incentivo à integração vertical como forma de redução daqueles custos. Todavia, essa possibilidade não se coloca aqui como objeto de análise².

Dito de outro modo, a eficiência de determinada estrutura de governança – mercado, integração vertical ou relação contratual vertical – é determinada pelas características ou especificidades técnicas e econômicas das transações realizadas, fazendo com que os custos de transação sejam mais ou menos elevados. Essas características, sobretudo, estão relacionadas à temporalidade das relações comerciais envolvidas, à especificidade dos ativos envolvidos e à incerteza quanto a eventos futuros.

A relação comercial sobre sua perspectiva temporal pode ser qualificada quanto ao tempo total de duração e à frequência com que ocorre. Os custos de transação serão mais elevados, em geral, quanto maior a duração da relação e menor a frequência temporal entre as transações.

Em intervalos curtos e repetitivos, as partes envolvidas devem: (i) obter informações indispensáveis à concretização do negócio; (ii) zelar para que não haja assimetrias de informações; e (iii) processar até os níveis hierárquicos de tomada de decisão o conjunto mais relevante de dados obtidos. Além dos custos de informação, há os custos (iv) de negociação dos termos da transação estabelecida entre as partes; (v) de fiscalização e monitoramento das regras estabelecidas (prazos de entrega, qualidade da mercadoria, por exemplo), entre outros.

Ativos específicos são aqueles cujo valor depende da continuidade de determinada transação. Por serem específicos à transação, os ativos não podem ser facilmente remanejados ou, em sentido contrário, o rompimento da relação entre as partes faz com que se incorra em custos de seleção de novo fornecedor (ou cliente) e em custos de negociação, já mencionados.

A especificidade dos ativos, ademais, estabelece certo grau de dependência entre as partes de uma relação, que pode ser unívoca ou recíproca. Em linhas gerais, o custo de transação ou a diferença do valor do ativo alocado a uma ou outra transação é objeto de negociação entre as partes envolvidas

² Considerando que o produto transacionado é o subproduto de uma atividade industrial utilizado como matéria-prima para a produção de gás carbônico, é bastante razoável supor que a integração vertical entre as partes não seja facilmente cogitada como uma forma de organização superior às transações de mercado, embora as transações regidas por contrato sejam superiores a estas.

na transação, cientes dos poder de barganha que cada uma detém em razão da especificidade do ativo em questão.

Entre as três principais características das relações entre agentes, a incerteza por si constitui-se em um importante custo de transação, como também permeia todos os demais determinantes desses custos. A impossibilidade de se prever com segurança o ambiente econômico no qual os agentes tomarão suas decisões futuras, tendo em vista inclusive as prováveis assimetrias de informação existentes, faz com que, a cada transação, incorra-se em um custo de formação de expectativas sobre eventos incertos.

A supressão da necessidade de reavaliação das expectativas, a cada momento, reduz os custos de transação. A inter-relação entre incerteza, de um lado, e a temporalidade das transações e a especificidade dos ativos é acentuada. Quanto maior a duração temporal da transação, maior tende a ser a incerteza, resultando maiores custos de transação. E, quanto maior a especificidade dos ativos, maior a importância do grau de confiança acerca de eventos vindouros.

Por fim, esses elementos que constituem os custos de transação e, particularmente, a especificidade dos ativos envolvidos ensejam a adoção de comportamentos oportunistas. Diante de alterações das condições de mercado, uma das partes pode aproveitar para modificar os termos da transação em detrimento dos interesses da outra parte, cujos ativos são específicos (ou que dispõe de informações assimétricas, maior aversão ao risco etc.).

Carlton & Perloff ilustram a importância da especificidade dos ativos para as relações verticais entre empresas

“Em 1919 a General Motors (GM) contratou com a Fisher Auto Body para a produção exclusiva de carrocerias [auto body] GM. Porque a Fisher teve que desenvolver equipamentos produtivos especializados que poderiam ser utilizados somente para carros GM, estava relutante em assinar um contrato de curto prazo, porque, no momento da renegociação, Fisher estaria a mercê da GM. Por outro lado, a GM estava relutante em depender tão fortemente de um único fornecedor, temendo que, com um contrato de curto prazo, no momento de renegociação a GM estaria à mercê da Fisher. Porque cada parte temia que um contrato de curto prazo os colocaria à mercê da outra firma, eles assinaram um contrato por dez anos, com o preço dado de acordo com uma fórmula especificada”³.

³ Tradução livre de: “In 1919 General Motors (GM) contracted with Fisher Auto Body for exclusive production of GM auto bodies. Because Fisher had to develop

A apresentação acima da teoria dos custos de transação certamente não se pretende exaustiva. Buscou-se mencionar os principais aspectos da teoria, os quais permitem identificar a presença de significativos custos de transação no caso sob exame e, conseqüentemente, a importância da celebração de contratos de longo prazo, que disciplinem as relações entre as partes, para a obtenção de maior eficiência econômica.

Essas questões são abordadas na seqüência, ressaltando-se, desde logo, que a análise desenvolvida não é detalhada ou conclusiva. Ao contrário, dadas as especificidades do mercado de gás carbônico e das transações entre fornecedor e cliente de subproduto, essas considerações evidenciam unicamente a necessidade de se analisar com rigor os possíveis ganhos de eficiência resultantes da aludida conduta a fim de contrapor-los a eventuais efeitos anti-competitivos sobre o mercado em questão.

2. Ganhos de Eficiência

A análise de relações contratuais verticais é considerada a razoabilidade da prática e eventuais efeitos pró-competitivos sobre o mercado. De acordo com Carlton & Perloff⁴

specialized production devices that could be used only for GM cars, it was reluctant to sign a short-term contract because at renegotiation time Fisher would be at the mercy of GM. On the other hand, GM was reluctant to depend so heavily on one supplier, fearing that, with a short-term contract, at renegotiation time GM would be at the mercy of Fisher. Because each party feared that a short-term contract would leave it at the mercy of the other firm, they signed a contract for ten years, with the price to be set according to a specified formula". (Modern Industrial Organization. Nova Iorque, Harper Collins College Publishers, 1994, 2ª edição, p. 18). Os autores citam Klein, Crawford and Alchian (Vertical Integration, Appropriable Rents, and Competitive Contracting Process. *Journal of Law and Economics*. 21, 1978).

⁴ "Under the antitrust laws, most nonprice vertical restrictions are judged under a rule of reason: a possible violation that must be considered separately on its merits. That is, vertical restriction are not per se illegal (always illegal). The courts attempt to weigh the procompetitive features of the restriction against the anticompetitive ones in deciding whether to prohibit the restriction" (Carlton & Perloff; op. cit., p. 537, como no original).

*“Sob as leis antitruste, a maioria das restrições verticais não-preço são julgadas sob a **regra da razão**: uma violação possível que deve ser considerado separadamente de seus méritos. Isto é, a restrição vertical não é ilegal per se (sempre ilegal). As cortes tentam pesar as características pró-competitivas da restrição contra as anti-competitivas, decidindo se proíbem a restrição” (como no original).*

O mesmo ocorre com relação ao Brasil, sendo que a Resolução CADE nº 20/1999 especificamente dispõe que:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anti-competitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços” (como no original).

Não obstante, no presente caso, como já mencionado, não se observou qualquer perquirição acerca dos ganhos de eficiência proporcionados pela exclusividade na aquisição do subproduto para a fabricação do gás carbônico, sendo que a análise dos custos de transação envolvidos indica claramente a importância dos mesmos⁵.

⁵ Pode-se mencionar, por exemplo, o Parecer nº 160 da Procuradoria-Geral do CADE, no qual alega-se que a cláusula de exclusividade em questão favoreceu unicamente a adquirente (“Ora, de se ver que a cláusula de exclusividade favorece unicamente um dos contratantes, qual seja a WHITE MARTINS”; p. 36). A exclusividade, como visto anteriormente, reduz os custos de transação, sendo que a transação diz respeito às partes. A ausência de profundidade revela-se, ademais, pela desconsideração de que o mesmo aditivo contratual dispõe de mecanismos de take or pay (a adquirente

A produção de gás carbônico ocorre mediante dois processos produtivos, sendo que, no caso em tela, a matéria-prima provem da atividade industrial de outra empresa. Trata-se de um subproduto, sendo que o efluente gasoso passa por uma etapa de separação em lavadores e absorvedores químicos e, posteriormente, há seu resfriamento, purificação, compressão e liquefação.

As unidades de fabricação dos gás carbônico apresentam reduzida escala de produção (dimensionado para o fornecimento do subproduto), não dispõe de uso alternativo (não são adaptáveis ou flexíveis) e localizam-se nas imediações das instalações fabris de onde provém o subproduto. Essa localização é dada para não se incorra no custo de transporte do efluente gasoso até a unidade de processamento. Há idealmente (não fossem as oscilações e paralisações das atividades fabris tanto da fornecedora do subproduto quanto das instalações de produção do gás carbônico) um fluxo contínuo de suprimento da matéria-prima.

Com relação à especificidade dos ativos, nota-se que os que são utilizados para fabricação de gás carbônico são dedicados à transação envolvendo a aquisição de subproduto da respectiva fonte. Há, nos termos de Williamson, uma especificidade locacional no presente caso. Embora as instalações e os equipamentos de fabricação de gás carbônico possam ser trasladados para outra locação, tanto os custos de desmontagem, transporte, montagem e adaptação (*sunk costs*), quanto os custos de transação propriamente ditos – busca de novo fornecedor, estabelecimento de negociações quanto aos termos de suprimento, entre outros – são elevados.

O mesmo não pode ser tido com relação aos ativos da empresa fornecedora da matéria-prima. Como visto, esta é um subproduto da atividade principal da “fornecedora”. Independentemente, da importância alcançada no faturamento da empresa, por exemplo, pode-se presumir que a comercialização do subproduto não pode se constituir em sua atividade principal, ao passo que os ativos destinados à fabricação do gás carbônico a partir desse subproduto não tem outra finalidade.

Essa hierarquia, dada pela dependência unívoca entre as partes contratantes, e a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas por parte da fornecedora são importante para caracterizar o poder de barganha, no caso, do fornecedor do subproduto frente aos potenciais adquirentes. Como já mencionado, enquanto que o rompimento da relação comercial resulta apenas em custos de transação para o fornecedor (os quais podem ser compartilhados com o novo adquirente do subproduto), para o adquirente a quebra da transação

compromete-se a pagar por determinado quantidade do produto, mesmo que seu consumo efetivo não tenha alcançado aquela quantidade).

ção implica não só em custos de transação (com um novo fornecedor), como também em outros custos de desinstalação, manutenção da força de trabalho inativa e instalação dos equipamentos junto a outro fornecedor.

Há, ainda, outros importantes custos de transação relacionados à temporalidade e à incerteza presente das relações comerciais no caso em tela. A incerteza no presente caso é agravada pelo fato do gás carbônico não poder ser armazenado em grandes quantidades. Um impasse no momento de confirmação de determinada transação (ou renovação de contrato, por exemplo), se não garantida a continuidade do fornecimento, implica em perdas correntes de receita, devido à impossibilidade abastecimento do mercado consumidor de gás carbônico com produto previamente armazenado.

Com relação à temporalidade das relações de compra e venda do subproduto, como visto, maior tende a ser o custo de transação, quanto maior for tanto a frequência das transações, quanto os custos de monitoramento das regras estabelecidas entre as partes. Ambos os elementos estão presentes no caso em tela.

A compra e venda do subproduto, como já mencionado, dá-se idealmente de forma contínua, com o gás bruto fluindo ininterruptamente e em quantidades variáveis das instalações da fornecedora para os equipamentos de fabricação do gás carbônico. Abstraindo esse fato e supondo intervalos discretos nos quais transações sucessivas dispõem sobre a compra de “pacotes” de subproduto, os custos de negociação tendem a ser elevados.

No presente caso deve-se considerar, ainda, que o monitoramento das regras estabelecidas entre as partes é complexo e oneroso. O teor de gás carbônico contido no subproduto é parte importante do sistema de aferição da qualidade do efluente, o que depende de análise estequiométrica, e mesmo discrepâncias entre a quantidade vendida (medida pelo fornecedor em suas instalações) e a quantidade comprada (medida pelo adquirente em suas instalações) geram custos de monitoramento não desprezíveis.

Pelas características técnicas e econômicas do processo de produção do gás carbônico a partir de subproduto pode-se afirmar que os custos de transação envolvidos são significativos, bem como são substanciais as possibilidades de comportamentos oportunistas por parte da fornecedora. Num caso, a celebração de contratos de longo prazo condiz com a busca de redução desses custos. Noutra caso, a exclusividade de aquisição do subproduto está associada à prevenção de comportamentos oportunistas e ao período de tempo necessário para a recuperação do capital investido em ativos específicos. Em uma palavra, há elementos que autorizam concluir que essa forma de organização das relações comerciais em tela são superiores às de mercado, gerando ganhos de eficiência que, de outro modo, não seriam obtidos.

3. Posição Dominante e Definição de Mercado Relevante

Nas investigações realizados no âmbito desse processo administrativo pode-se verificar que não houve a devida aferição ou até mesmo a consideração dos ganhos de eficiência decorrentes da redução dos custos de transação. Encontra-se, assim, prejudicada a análise pelas autoridades antitruste dos efeitos pró-competitivos da prática em contraposição aos seus efeitos restritivos. Não obstante, na seqüência, são apresentados breves comentários sobre a suposta posição dominante exercida pela White Martins e sobre alegados efeitos anti-competitivos da exclusividade celebrada com a Ultrafertil.

A caracterização de posição dominante ou de poder de mercado reside na capacidade de um agente impor condições vantajosas a outrem (uma empresa ou consumidor final). Essa capacidade, por sua vez, é aproximada pela participação da empresa no mercado relevante, embora outros fatores devam ser levados em consideração.

No presente caso, tanto o Parecer da Secretaria de Direito Econômico, quanto o da Procuradoria Geral do CADE, inclusive por remissão ao Ato de Concentração nº 78/96, definem o mercado relevante como o de gás carbônico na dimensão geográfica regional (Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo) e, considerando a participação de mercado da White Martins, concluem pela existência de posição dominante.

Independentemente do mérito, “*posição dominante no mercado de gás carbônico*” significa dizer, por exemplo, que determinada fabricante do produto tem capacidade de praticar um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços, sem que a reação de empresas rivais seja capaz de frustrar o aumento. Não se percebe, no entanto, relação entre a posição dominante no mercado de gás carbônico e o exame da referida prática. Ou, em outros termos, havia por parte da White Martins capacidade de impor algo desvantajoso à fornecedora do subproduto para a produção do gás carbônico?

Para a Ultrafertil, no momento da negociação de fornecimento do subproduto, o *market share* da White Martins no mercado de gás carbônico é irrelevante. O que importa unicamente é a existência, atestada nos autos, de outra empresa disposta a adquirir a matéria-prima. Nesse ponto, é importante atentar para a cronologia dos fatos narrados nos autos:

Em março de 1996 havia “firmes tratativas” entre a Messer e a Ultrafertil para a aquisição do subproduto, nos termos utilizados pela primeira (*apud* Parecer da Procuradoria Geral, p. 3);

Em 10 de maio de 1996, a Messer apresentou “firme proposta para a compra dessa produção excedente de dióxido de carbono” (*apud* Parecer da Procuradoria Geral, p. 3);

Em 9 de julho de 1996, a Ultrafertil pronunciou-se por meio de carta, pondo fim às negociações (vide Parecer da Procuradoria Geral, p. 3).

Note-se que o aditamento ao contrato de fornecimento, e conseqüentemente a inserção de cláusula de exclusividade sobre a disponibilidade do subproduto, foi firmado em 1º de julho de 1996. Então é possível afirmar com bastante precisão que a Ultrafertil teve duas empresas dispostas a adquirir o subproduto.

Como em um leilão, nada importa exceto o lance realizado por cada participante. E, como já mencionado, a fornecedora dispõe de maior poder de barganha (e possibilidade de comportamentos oportunistas) derivado, principalmente, do fato de que os ativos da empresa adquirente são específicos e sujeitos a elevados custos de transação, além de outros custos igualmente significativos.

Por essas razões, sustenta-se que posição dominante da White Martins não está suficientemente caracterizada, pois não é derivada de sua participação no mercado de gás carbônico, como definido no curso das investigações. Ao contrário, o mercado relevante para o exame da prática em questão, em sua dimensão geográfica e material, encerra-se na própria Ultrafertil.

4. Considerações Finais

Encontra-se consagrado na teoria econômica que relações contratuais entre empresas verticalmente relacionadas podem ser superiores às relações mediadas pelo mercado, no sentido de propiciarem as primeiras reduções de custos de transação e, assim, maior eficiência na utilização dos recursos disponíveis. A regulamentação da Lei 8.884/94, como mencionado, faz menção explícita à necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade quando do exame de restrições contratuais verticais.

Assim sendo, a ausência de investigação acerca dos possíveis efeitos pró-competitivos da prática em exame, o que facilmente é constado a partir da análise dos autos, torna-se ainda mais grave, quando se considera que as relações comerciais (transacionais) em questão estão sujeitas a custos de transação elevados, como demonstrado nos itens anteriores. Ademais, à medida que se

avança na compreensão das especificidades dessas relações, a própria definição do mercado relevante utilizada nos autos mostra-se frágil.

Por essas razões, em suma, considera-se que o exame dos impactos concorrenciais da prática investigada encontra-se prejudicado, tendo em vista a ausência dos elementos que permitem apreender correta e completamente o alcance dos efeitos pró-competitivos presentes no caso concreto.