

# REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
LEGISLAÇÃO***



São Paulo  
Volume 16 número 2 – 2009  
ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,  
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC***

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121  
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil  
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748  
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

**REVISTA DO IBRAC**

**EDITORIA**

**DIRETORA:** Viviane N. Araújo Lima

**EDITOR ASSISTENTE:** José Carlos Busto

**CONSELHO EDITORIAL:** Antônio Garbelini Júnior, Barbara Rosemberg, Diogo Coutinho, João Paulo Leal, Jorge Fagundes, José de Siqueira Neto, Leo Canabrava, Leonor Cordovil, Ligia Bisogni, Lucia Helena Salgado, Nadia de Araújo, Pedro Paulo S. Cristóforo, Rabih Nasser, Ricardo Salles, Tito Andrade, Vicente Bagnoli.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 2 números em 2009

**Catálogo**

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

## SUMÁRIO

REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DE CIGARROS NO BRASIL <i>José Tavares de Araujo Jr.</i> .....	5
THE JUDICIARY AND THE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN THE EMERGING ECONOMIES. CASE STUDY ON BRAZIL <i>Marco Botta</i> .....	21
POLÍTICAS DE LIBERALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE SERVIÇOS ("GATS") COM REGULAÇÃO REDISTRIBUTIVA: UM BOLERO DE RAVEL? <i>Umberto Celli Junior</i> .....	47
LUIS FERNANDO SCHUARTZ <i>Pedro Dutra</i> .....	79
SUBMISSÃO AO CADE DE ATO DE CONCENTRAÇÃO FIRMADO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS <i>Pedro Dutra</i> .....	83
INOVAÇÃO, PATENTES E PIPELINE NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E BEM-ESTAR SOCIAL <i>Jorge Fagundes</i> .....	97
O RELACIONAMENTO ENTRE A POLÍTICA INDUSTRIAL E A POLÍTICA ANTITRUSTE E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO <i>Ricardo Kalil Moraes e Elvino de Carvalho Mendonça</i> .....	159
A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE DE GERAÇÃO DE ENERGIA SOB AS REGRAS DO NOVO MODELO DO SETOR ELÉTRICO <i>Maria Eugênia Novis</i> .....	173
DEZ ANOS DA NOVA LEI DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ARGENTINA <i>Miguel del Pino</i> .....	191
DETERMINANTES DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA EUROPEIA: LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DIREITO CONCORRENCIAL COMUNITÁRIO <i>José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho</i> .....	195



# REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DE CIGARROS NO BRASIL\*

*José Tavares de Araujo Jr.\*\**

## 1. Introdução

Nas últimas duas décadas, o marco regulatório da indústria de cigarros no Brasil tem sido formado por um quarteto inconsistente de políticas. No âmbito do Ministério da Saúde, o governo lançou, em 1990, o *Programa Nacional para o Controle do Tabagismo*, que é um dos mais avançados entre os países em desenvolvimento, segundo a avaliação de instituições como a Organização Pan-Americana da Saúde e o Banco Mundial. Esse programa compreende um conjunto de intervenções não relacionadas aos preços, como proibição de propaganda, restrições crescentes ao fumo em locais públicos, limitações nos teores de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros, campanhas educativas, advertências contundentes nos maços de cigarros e ações permanentes nas áreas de vigilância e monitoramento (Iglesias et al., 2007). Entretanto, o impacto dessas medidas tem sido prejudicado pela desarticulação das políticas públicas em outras áreas, como as de tributação, combate ao contrabando e defesa da concorrência.

Seguindo uma orientação antagônica à do Ministério da Saúde, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) promoveu, no final da década passada, uma alteração radical na legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), por meio do Decreto 3.070, de 27.05.1999, que substituiu a antiga alíquota *ad valorem* de 41,25% sobre o preço final do cigarro por um conjunto de alíquotas específicas segundo distintas classes de produto. Como veremos na Seção 2 deste trabalho, tal mudança gerou, entre outras, as seguintes distorções: (a) reduziu a carga fiscal da indústria e tornou o preço do cigarro no Brasil um dos mais baixos do mundo; (b) elevou o poder de mercado das duas empresas líderes do setor, *Souza Cruz* e *Philip Morris*; (c)

---

\* Este trabalho foi preparado por solicitação do *Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – SINDIFUMO-SP*. Os argumentos aqui apresentados são, entretanto, de exclusiva responsabilidade do autor, e não representam, necessariamente, a visão do *SINDIFUMO* ou de seus associados. Sou grato a Roberto Iglesias, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, que me forneceu uma coletânea de dados e estudos recentes sobre a indústria de cigarros.

\*\* Doutor em economia pela Universidade de Londres e sócio da *Ecostrat Consultores*.

restaurou um critério medieval de tributação, conhecido como imposto *ad rem*, cujas deficiências já haviam sido apontadas por Adam Smith em 1776, e que, por este motivo, foi gradualmente abolido na maioria dos países durante o século XIX (Webber e Wildavsky, 1986; Steinmo, 1993).

Além da política tributária, outra anomalia que estimula o tabagismo no país é o intenso contrabando proveniente do Paraguai, que representa, atualmente, cerca de 30% do mercado brasileiro de cigarros (Iglesias e Nicolau, 2006). Um dos fatores que sustentam esse fluxo de comércio ilegal é a disparidade das estruturas tributárias dos dois países, que ainda continuou elevada após as mudanças introduzidas pela RFB em 1999. A Seção 3 comenta as diversas providências tomadas pelo governo nos últimos dez anos para enfrentar esse problema e as possíveis razões do fracasso de tais iniciativas.

Considerando-se que o Paraguai é membro do Mercosul, a principal medida que o governo brasileiro deveria ter tomado para coibir o contrabando seria propor a unificação dos impostos sobre a cadeia produtiva de cigarros entre os países-membros do bloco regional. A harmonização das políticas domésticas é um dos objetivos assinalados no Artigo 1 do Tratado de Assunção, que lançou o Mercosul em março de 1991. Embora esse compromisso tenha permanecido no plano retórico, constitui um instrumento que pode ser ativado a qualquer momento para lidar com distorções importantes no comércio regional. Além disso, a literatura econômica sobre contrabando mostra que, quando a diferença entre as alíquotas dos tributos domésticos é alta, as demais medidas para combater essa prática tendem a se tornar paliativas (Chaloupka e Warner, 1999). No entanto, até o presente, o governo brasileiro sequer incluiu esse tema na agenda de negociações do Mercosul.

A Seção 4 mostra que a indústria de cigarros tem peculiaridades que estimulam condutas abusivas por parte das empresas líderes do mercado, e comenta os tipos de delitos mais frequentes. Nos Estados Unidos, um dos primeiros casos antitruste envolveu a *American Tobacco Company*, que em 1890 controlava cerca de 90% da produção de cigarros naquele país. Em maio de 1911, a Suprema Corte americana julgou que aquela empresa violava o *Sherman Act*, e determinou a distribuição de seus ativos entre quatro firmas independentes, a fim de promover condições de concorrência mais equilibradas no mercado de cigarros. Outros casos ocorridos ao longo do século XX revelaram que o poder de mercado nessa indústria advém de três fontes: o controle sobre os canais de distribuição, a fidelidade do consumidor à marca, e as economias de escala nas atividades de publicidade e promoção de novas marcas (Letwin, 1965; Jaffe, 2001).

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pode exercer um papel catalisador na correção das

contradições do atual marco regulatório da indústria de cigarros. De acordo com o art. 7.º, inciso X, da Lei 8.884/1994, compete ao CADE: “requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei”. Esse dispositivo permite que o Conselho alerte o governo sobre os danos causados por mecanismos que amparam condutas anticompetitivas, como é o caso do imposto *ad rem* e do contrabando. Esses danos estão descritos nas próximas três Seções, e as conclusões resumidas na Seção 5.

## 2. Imposto *ad rem*: um retrocesso de 200 anos

Um dos legados da Revolução industrial ao mundo contemporâneo foi a substituição dos sistemas tributários que vigoravam na Europa desde a Idade Média por novos regimes orientados pelos princípios de equidade, eficiência e transparência. Assim, durante o século XIX, as democracias do Ocidente modernizaram gradualmente suas finanças públicas nacionais com base nesses princípios, que foram enunciados originalmente por Adam Smith em sua obra clássica *A riqueza das nações* (Webber e Wildavsky, 1986). Um dos aspectos centrais daquele processo foi a abolição dos tributos baseados em alíquotas específicas (*ad rem*) porque eram incompatíveis com os critérios formulados por Smith. Por ser altamente regressivo, esse tipo de imposto desestimula a concorrência de preços, é injusto com os consumidores de baixa renda, e é irracional do ponto de vista fiscal, porque reduz desnecessariamente a tributação dos bens de alto valor.

No século XX, entre as economias industrializadas, o uso de alíquotas específicas ficou restrito essencialmente ao imposto de importação de alguns bens agrícolas e industriais amparados por pressões protecionistas no mercado doméstico daqueles países. Por se tratar de uma barreira comercial não transparente, e que frequentemente é capaz de eliminar a concorrência de produtos importados, esse tipo de proteção tem sido um tema permanente da agenda de negociações comerciais multilaterais desde a criação do *Acordo Geral de Tarifas e Comércio* (GATT), em 1947. Apesar das diversas rodadas de negociações realizadas nos últimos 60 anos, esse litígio não foi encerrado até os dias atuais, conforme atestou recentemente a rodada Doha.

Contudo, é importante notar que tarifas aduaneiras *ad rem* não têm qualquer função de natureza fiscal. Na verdade, trata-se de tributos que cumprem seu objetivo quando *não são* arrecadados, porque sua finalidade é criar uma reserva de mercado para os produtores locais. Os danos que causam à economia doméstica estão restritos aos efeitos típicos do protecionismo, que são os de reduzir o bem-estar dos consumidores e prejudicar a competi-

tividade internacional das indústrias usuárias dos bens protegidos. Portanto, a despeito de suas mazelas, esse tipo de tarifa não afeta o desempenho do sistema tributário nacional. Devido a tal peculiaridade, vários governos decidiram manter esse instrumento à margem das reformas fiscais inspiradas nas doutrinas de Adam Smith e seus discípulos.

No Brasil, a ausência de alíquotas *ad rem* nos tributos domésticos não resultou de reformas similares àquelas realizadas pelas economias industrializadas no século XIX, mas foi um subproduto da intensa experiência inflacionária do País na segunda metade do século XX, que tornou impraticável o uso daquele tipo de imposto nas transações domésticas. Na área de comércio exterior, a reforma tarifária de 1957 implantou o uso exclusivo de alíquotas *ad valorem*. Mas, após a abertura da economia na década de 1990, o governo passou a usar com frequência alíquotas *ad rem* em medidas antidumping, embora essa prática não tenha se estendido a outras áreas da política comercial.

Entretanto, em 1989, ainda durante o período de inflação elevada, a RFB tomou a iniciativa de introduzir alíquotas específicas no IPI da indústria de bebidas. Em 1999, já em outro ambiente macroeconômico, a mesma providência foi aplicada à indústria de cigarros; e em 2008, também por iniciativa da RFB, o governo restabeleceu esse tipo de alíquotas para o imposto de importação, por meio da Lei 11.727, de 23.07.2008, não obstante a oposição de diversos atores, inclusive o Ministério das Relações Exteriores.

Escapa ao tema deste artigo discutir a preferência da RFB por esse imposto anacrônico. Cabe apenas apontar quatro efeitos notáveis sobre a indústria de cigarros. O primeiro foi o de gerar um benefício fiscal anual da ordem de R\$ 1,1 bilhão para a Souza Cruz, e de R\$ 200 milhões para a Philip Morris. Tal benefício é simples de calcular. Basta tomar os preços e as quantidades das diferentes marcas de cigarros vendidas pelas duas empresas num determinado ano, e comparar os impostos devidos segundo a regra antiga e a atual. Como é da natureza do imposto *ad rem*, o valor do benefício é uma função direta do preço do cigarro. Por exemplo, os dados relativos ao ano de 2005 indicam que, entre os cigarros mais caros, a redução de impostos chegou a 50% (Tavares de Araujo, 2006).

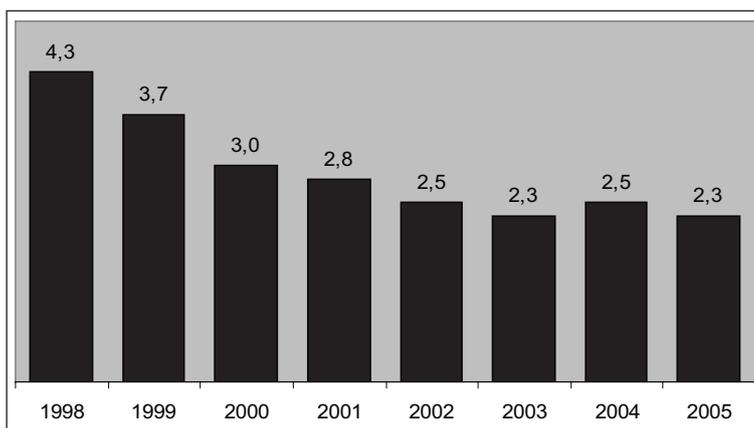
O segundo efeito foi o de elevar o poder de mercado daquelas empresas, que já controlavam cerca de 90% das vendas nacionais à época da mudança do regime tributário. A Souza Cruz ocupa uma posição hegemônica no Brasil há várias décadas, com parcelas de mercado da ordem de 70 a 80%. A parcela da Philip Morris é mais modesta, tendo variado entre 10 e 15% durante a década de 1990. A componente final, de cerca de 10%, era atendida por um conjunto de pequenas empresas cujas parcelas oscilavam entre 1 e 3%. A estratégia de sobrevivência desse conjunto de firmas era baseada na competição via preços, que foi virtualmente eliminada com a introdução

das alíquotas *ad rem* no IPI. Durante a presente década, vários integrantes desse grupo encerraram suas atividades, ampliando-se, assim, o potencial de crescimento das duas empresas líderes.

O terceiro efeito foi acentuar a queda na arrecadação do IPI sobre cigarros, que sofreu uma redução de 47%, em termos reais, entre 1998 e 2003, como mostra o Gráfico 1. Além dos benefícios fiscais concedidos à *Souza Cruz* e à *Philip Morris*, a queda na arrecadação foi provocada também por dois outros fatores: o comércio ilegal, que será discutido na Seção 3; e a mudança de hábitos da população em virtude das campanhas antifumo do Ministério da Saúde. O ponto importante a registrar aqui é a contradição entre a política de saúde pública e a atuação da Receita Federal, conforme apontou um estudo recente do Banco Mundial:

“O consumo legal de cigarros por adulto no Brasil não apresentou mais declínios, uma vez que o país manteve baixos preços reais de cigarros em termos absolutos, em termos de renda média e em comparação com países desenvolvidos e em desenvolvimento, incluindo os da própria região. Os instrumentos relacionados aos preços não estão sendo empregados de acordo com as melhores práticas. *As decisões referentes aos preços de cigarros no Brasil não ficam sujeitas a considerações sistemáticas de saúde pública, e as decisões de natureza fiscal, que afetam os preços praticados no varejo, são normalmente tomadas de forma isolada pelo Ministério da Fazenda e pela Secretaria da Receita Federal*” (Iglesias et al., 2007, p. 82 – grifo nosso).

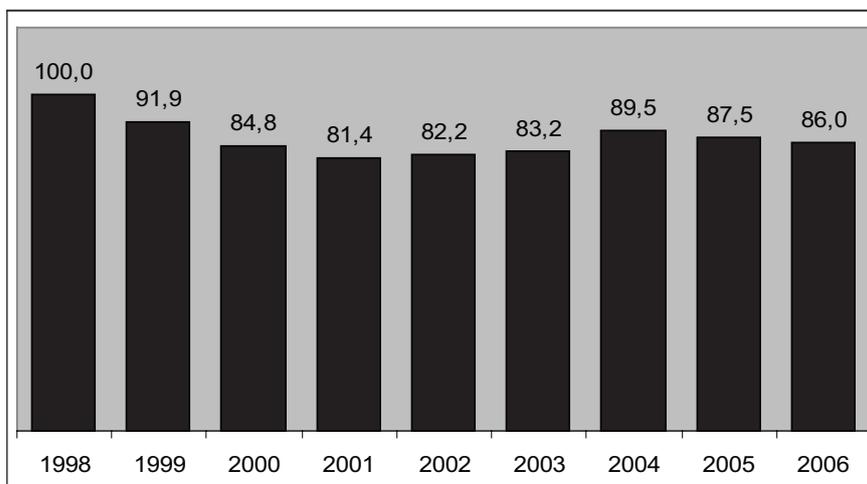
**Gráfico 1 – Receita Bruta do IPI sobre Cigarros**  
R\$ Bilhões (preços de 2005)



Fonte: RFB (Deflator: IPCA).

O quarto efeito foi o de incentivar o declínio do preço médio do cigarro no Brasil, que foi da ordem de 20%, em termos reais, entre 1998 e 2001, como indica o Gráfico 2. Embora as alíquotas específicas tenham estabelecido um piso para os preços, e inviabilizado a concorrência entre as marcas mais baratas, a redução da carga fiscal permitiu que a *Souza Cruz* e a *Philip Morris* continuassem a praticar preços módicos nas classes de cigarros mais caros, onde as pequenas empresas não atuavam. Dessa maneira, a Receita Federal concedeu a essas empresas um instrumento fundamental para confrontar a política de combate ao tabagismo promovida pelo Ministério da Saúde. Conforme mostram diversos estudos, por mais vigorosas que sejam as restrições impostas na área de saúde pública, os resultados efetivos estarão sempre aquém das possibilidades enquanto o preço do cigarro for moderado (Chaloupka e Warner, 1999). No mercado brasileiro, em 2002, o preço médio praticado foi um dos mais baixos do mundo, segundo a comparação realizada por Lal e Scollo (2002), que incluiu 30 países, alguns dos quais listados no Gráfico 3.

**Gráfico 2 – Índice de Preço Real de Cigarros no Brasil**

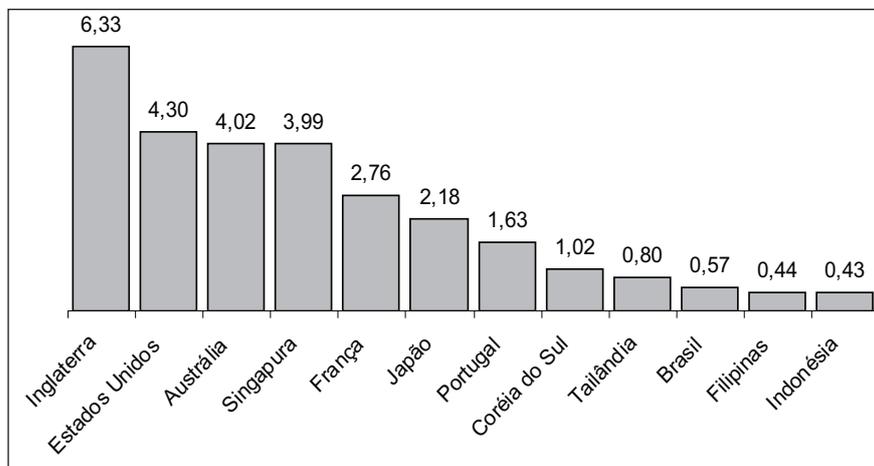


Fonte: IBGE (Deflator: IPCA).

Em síntese, o regime tributário vigente na indústria de cigarros desde 1999 é injustificável sob a ótica da saúde pública, da responsabilidade fiscal e das normas antitruste. Uma explicação possível para esse regime encontra-se na *Legacy tobacco documents library*, da Universidade de San Francisco, Califórnia, que contém um acervo com mais de dez milhões de documentos

**Gráfico 3 – Preços de Cigarros em Países Selecionados (2002)**

Dólares Americanos



Fonte: Lal e Scollo (2002).

sobre as atividades dos principais fabricantes mundiais de cigarros. Esse acervo apresenta o material usado pela *British American Tobacco (BAT)*, matriz da *Souza Cruz*, em cursos ministrados regularmente pelo centro de treinamento gerencial localizado em Chelwood, no condado de Sussex, ao sul de Londres.

Numa palestra proferida em Chelwood, em 28 de setembro de 1992, um dos executivos da *BAT* resumiu os desafios internacionais então enfrentados pela empresa na área tributária nos seguintes termos:

“Over this last decade, we have experienced excise increases in something like four to five countries a year. BAT’s efforts have been modestly successful in restraining governments from unreasonable increases in tobacco excise, but this continues to be a constant battle for us. In the recent past we have achieved effective reductions in Cameroon, Sierra Leone, El Salvador, Argentina, and Indonesia. More recently we have been successful in our lobbying in Pakistan, Malawi, Australia and South Africa.

Perhaps those of you from Souza Cruz can update us on how our current lobbying for amending the ad-valorem excise structure is faring in Brazil.

But whatever country we are working in, a key feature is that we should always be on the lookout for opportunities to change either the excise structure or rates to our competitive advantage. What we must not do, is to neglect this issue while Philip Morris or local producers – or even anti-smoking lobbies – nip in and create problems for us” (disponível em: <http://legacy.library.ucsf.edu/tid/cxy96a99/pdf>, p. 8-9 – grifo nosso).

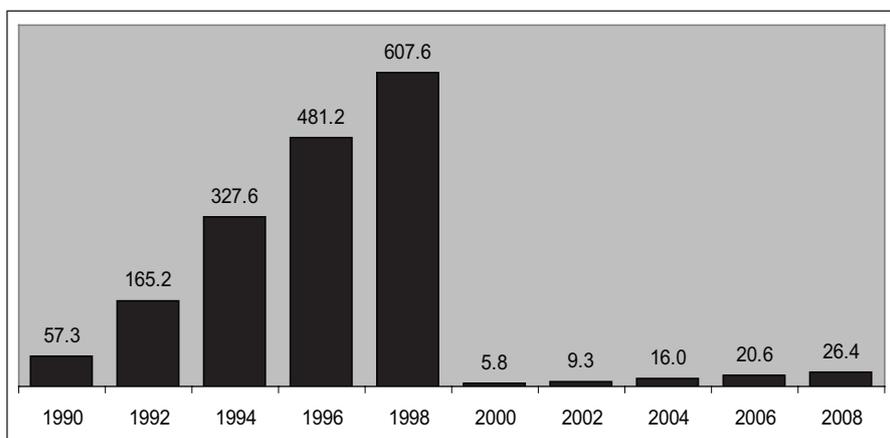
A teoria da regulação define como *processo de captura* a situação na qual uma entidade pública passa a impor normas destinadas a atender exclusivamente aos interesses de certas firmas em detrimento do bem-estar da sociedade. Tal como o imposto *ad rem*, o conceito de captura é antigo na história do pensamento econômico. O primeiro autor a abordar esse tema foi Karl Marx, em meados do século XIX. Posteriormente, economistas e cientistas políticos de diversas escolas mostraram que o risco de captura constitui uma ameaça frequente à execução de políticas públicas em qualquer país (Olson, 1965; Krueger, 1974; Laffont e Tirole, 1993; Grossman e Helpman, 2002). À luz da citação acima, e das demais evidências aqui apresentadas, a mudança do regime tributário brasileiro em 1999 pode ser descrita como uma ilustração radical do conceito de captura. A próxima seção indica alguns instrumentos usados pela *Souza Cruz* durante a década de 1990 visando promover a eliminação das alíquotas *ad valorem* no IPI sobre cigarros.

### 3. O problema do contrabando

O Gráfico 4 descreve a inusitada evolução das exportações brasileiras de cigarros no período 1990-2008, e responde parcialmente à pergunta formulada pelo executivo da *BAT* em 1992, a respeito das providências que estariam sendo tomadas pela *Souza Cruz* naquele momento para induzir o governo brasileiro a reduzir a carga tributária sobre a produção de cigarros. Refletindo a estrutura da indústria, as transações externas foram realizadas preponderantemente por *Souza Cruz* e em menor escala por *Philip Morris*, sendo inexpressiva a participação de outras empresas. Numa primeira fase, entre 1990 e 1998, as exportações cresceram exponencialmente, saltando de US\$ 57,3 milhões para US\$ 607,6 milhões. Entretanto, na fase seguinte, entre 2000 e 2008, esse fluxo de comércio foi praticamente extinto pelo Decreto 2.876, que estabeleceu, em 14.12.1998, uma tarifa de 150% sobre as exportações destinadas aos países da América do Sul, da América Central e do Caribe.

**Gráfico 4 – Exportações Brasileiras de Cigarros**

US\$ Milhões



Fonte: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Na verdade, a maior parte das exportações realizadas na década de 1990 era destinada, direta ou indiretamente, ao Paraguai, e posteriormente retornava ao Brasil sob a forma de contrabando. Naquele período, as estatísticas oficiais do Paraguai registraram um aumento de importações correspondente a cerca de dez vezes a capacidade de consumo do País. Embora ciente desse processo de triangulação, a *Souza Cruz* jamais reconheceu o seu envolvimento nele, conforme notou Iglesias (2008):

“Un abogado de la Souza Cruz me explicó que no era problema legal de las empresas de cigarrillos brasileñas si los comerciantes paraguayos compraban cantidades mayores que el consumo local, ni ellas eran responsables por lo que hacían después con esos cigarrillos” (p. 2).

No entanto, o crescimento do contrabando forneceu um instrumento importante à campanha da *Souza Cruz* em prol da eliminação da alíquota *ad valorem* do IPI sobre cigarros. Segundo a empresa, a fonte do problema residia na disparidade entre as cargas tributárias do Brasil e do Paraguai, e, portanto, a solução seria reduzir o imposto brasileiro e aumentar a fiscalização sobre a produção doméstica e o trânsito na fronteira.<sup>1</sup> Apesar de falacioso, este

<sup>1</sup> Ainda hoje, a *Souza Cruz* continua a insistir no argumento de que a origem do contrabando de cigarros no Brasil é a carga tributária doméstica, e não a virtual ausência de impostos no Paraguai. Por exemplo, ao comentar as medidas econômicas anunciadas pelo governo em 01.04.2009, que incluíram uma elevação dos impostos

argumento finalmente foi aceito pela Receita Federal em 1998, após vários anos de esforços por parte da *Souza Cruz*. Assim, em complemento à tarifa de exportação, o governo aboliu, em maio de 1999, a alíquota *ad valorem* de 41,25% do IPI sobre cigarros, e introduziu um conjunto de alíquotas específicas segundo seis classes de cigarros, ordenadas por intervalos de preços. Essa medida, cujos efeitos já foram comentados na Seção anterior, foi acompanhada de uma série de iniciativas que visavam combater o comércio ilegal.

Algumas semanas após a edição do novo regime tributário, a Receita Federal instituiu a *Declaração Especial de Informações Fiscais* (DIF – Cigarros) por meio da Instrução Normativa 84, de 12.07.1999, que passou a controlar mensalmente vários aspectos da produção e distribuição de cigarros, inclusive movimentação de matérias-primas, selos de controle e destino final dos produtos acabados. Em 2001, os controles foram aprimorados por meio da Instrução Normativa 95, que introduziu o *Registro Especial* para produzir cigarros, cuja finalidade era elevar as barreiras à entrada na indústria de cigarros. Segundo as novas regras, se uma nova firma quiser entrar na indústria, seu pedido de registro só será examinado pela RFB após a instalação completa das unidades produtivas, e a comprovação, entre outros, dos seguintes dados: (a) descrição detalhada dos produtos fabricados, informando marca, versão de apresentação do produto, classe de enquadramento, preço de venda ao consumidor e apresentação das respectivas embalagens de maço ou carteira; (b) lista de distribuidores, das gráficas responsáveis pela impressão das embalagens e dos fornecedores de papel para cigarros, com respectivos endereços e número de inscrição no CNPJ; (c) relação dos sócios, diretores, gerentes, administradores e procuradores.

Além dos controles da Receita Federal, a repressão ao contrabando de cigarros incluiu também iniciativas por parte da Polícia Federal e do Ministério Público, que resultaram em prisão de contrabandistas e confisco de mercadorias, bem como uma Comissão Parlamentar de Inquérito sobre pirataria, que funcionou em 2003-2004, e identificou empresas e pessoas envolvidas em atividades ilícitas (Iglesias, 2008a). Dentre estas ações, cabe destacar: (a) a operação *Hidra* da Polícia Federal, executada em maio de 2005, que levou à prisão de 65 pessoas e ao recolhimento de 422 veículos no Mato Grosso do Sul, Paraná, Mato Grosso e São Paulo; (b) a operação *Bola de*

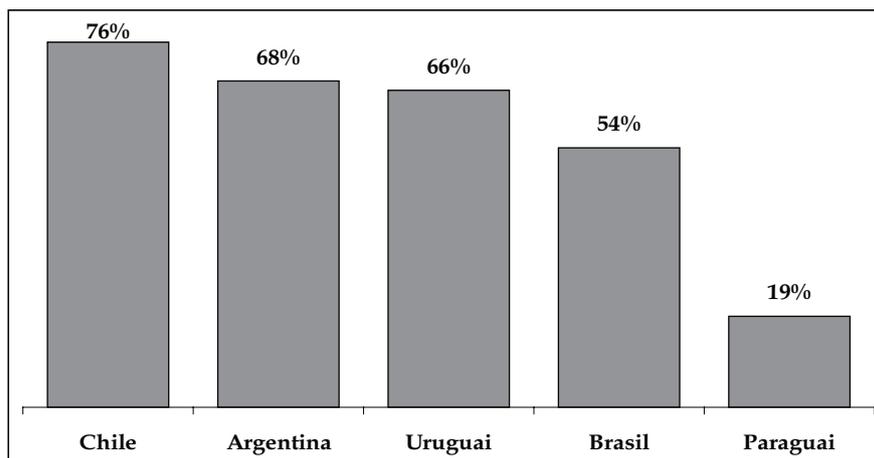
---

sobre cigarros, a empresa alegou que: “O aumento do contrabando e a informalidade, provocado pela alta carga de tributos imposta, colocam em risco a capacidade da indústria em arrecadar as metas estabelecidas pelo governo...” (disponível em: [www.souzacruz.com.br](http://www.souzacruz.com.br), acesso em: 3 jun. 2009).

*Fogo*, que em outubro de 2006 expediu 116 mandados de prisão preventiva e 135 autorizações de busca e apreensão, tendo autuado empresários, advogados, policiais federais e funcionários públicos; (c) a vigilância da Ponte da Amizade, que, a partir de outubro de 2006, passou a abranger 100% dos veículos em trânsito.

Entretanto, durante o período em que o contrabando era baseado na triangulação de exportações brasileiras, formou-se uma ampla rede de traficantes no Brasil e no Paraguai, que reformulou suas atividades após a extinção daquela fonte de suprimento em 1999. De fato, uma das consequências da tarifa de exportação imposta pelo Brasil foi promover um processo de “substituição de importações” no Paraguai, onde foi implantado rapidamente um parque industrial para abastecer o mercado ilegal de cigarros no Brasil. Com o capital acumulado durante a década de 1990, os traficantes estavam em condições de financiar, inclusive, firmas legalmente constituídas no Paraguai, posto que a diferença entre as cargas tributárias dos dois países permaneceu alta, mesmo após a redução do IPI no Brasil, como mostra o Gráfico 5. Na presente década, apesar das ações citadas nos parágrafos anteriores, o contrabando de cigarros continuou a prosperar, tendo absorvido cerca de 30% do mercado brasileiro, segundo estimativas disponíveis no *site* da *Souza Cruz* ([www.souzacruz.com.br](http://www.souzacruz.com.br)).

**Gráfico 5 – Participação de Impostos no Preço Final do Cigarro (2008)**



Fonte: Organização Mundial da Saúde.

A incapacidade do governo brasileiro em coibir o contrabando deve-se, em grande parte, ao fato de que ambas as medidas tributárias introduzidas pela Receita Federal no final da década passada foram equivocadas. Em vez da tarifa de exportação e da redução do IPI, a providência mais apropriada teria sido solicitar ao Itamaraty que iniciasse negociações no âmbito do Mercosul visando uniformizar a carga tributária sobre a indústria de cigarros no prazo mais breve possível, tomando por referência o nível vigente no Chile. A rigor, esse tema deveria ter sido incluído na agenda do Mercosul em 1992, quando as empresas brasileiras começaram a inundar o Paraguai com um estoque de produtos muito superior à capacidade de consumo daquele país. Naquele momento, provavelmente teria sido mais fácil enfrentar o problema, porque os traficantes ainda não tinham auferido os lucros que seriam gerados nos anos seguintes a partir da “estratégia exportadora” liderada pela *Souza Cruz*. É evidente que o comércio ilegal não desaparecerá após a harmonização dos impostos no Mercosul, mas perderá uma fonte de incentivos fundamental para a manutenção do dinamismo nesse tipo de atividade.

#### 4. O papel da autoridade antitruste

Durante o século XX, os fabricantes de cigarros foram objeto de alguns casos clássicos na jurisprudência antitruste internacional. No primeiro deles, já referido na introdução deste artigo, a *American Tobacco Co.* foi condenada pela prática de dois tipos de atos: (a) elevação dos custos dos rivais; (b) fechamento do mercado por meio de acordos de exclusividade com revendedores. Posteriormente, esses delitos deram origem a uma extensa literatura sobre o poder de mercado de firmas que operam em indústrias cujas barreiras à entrada derivam do controle sobre os canais de distribuição e da fidelidade do consumidor à marca. No Brasil, o mercado de cigarros tem sido afetado por ambos os tipos de distorções. Por um lado, a mudança do regime tributário gerou as mesmas consequências que, em litígios antitruste, normalmente levam à condenação de empresas que provocam a elevação dos custos dos rivais. Por outro lado, *Souza Cruz* e *Philip Morris* estão sendo investigadas pelas autoridades brasileiras em virtude de supostas práticas de fechamento de mercado.

Em 19.05.1998, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça abriu o Processo Administrativo 08012.003303/98-25 para averiguar se a *Souza Cruz* estaria tentando excluir seus competidores do mercado por meio de contratos de exclusividade com revendedores, conforme denúncia encaminhada pela *Philip Morris*. Após a instrução do processo, tanto a SDE

quanto a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda concluíram que a denúncia era pertinente e recomendaram ao CADE a punição da representada por abuso de posição dominante. Em dezembro de 1999, para evitar que o processo fosse julgado, a *Souza Cruz* informou ao CADE que estaria disposta a firmar um Termo de Compromisso de Cessação de Práticas (TCC). Após vários meses de negociações, o compromisso foi celebrado em setembro de 2000.

Em janeiro de 2005, o caso retornou ao plenário do CADE, em virtude de nova denúncia da *Philip Morris* alegando que a *Souza Cruz* não estaria cumprindo o TCC. Tal evento gerou consequências inesperadas. Não obstante a unanimidade do Conselho ao concluir que a denúncia era procedente, o conselheiro-relator decidiu solicitar à SDE que reexaminasse o caso, para investigar possíveis infrações à ordem econômica *por parte de ambas as empresas* no período posterior a dezembro de 1999. Após averiguações preliminares, a SDE encontrou motivos para instaurar um novo processo (PA 08012.003921/2005-10, de 21.12.2005) para apurar os impactos anticompetitivos dos acordos de exclusividade de *merchandising* e exposição de produtos das duas representadas nos pontos de venda.

O ressurgimento desse tipo de conduta no Brasil pode ser explicado, em parte, pela mudança que vem ocorrendo no padrão de competição da indústria de cigarros desde meados da década de 1980, em virtude do fortalecimento das políticas antifumo em diversos países. A abolição gradual dos canais de publicidade abriu espaço para um tipo de estratégia que até então tinha sido irrelevante nesse setor: a competição via preços. Uma ilustração célebre dessa mudança foi o litígio antitruste entre a *Liggett & Myers Tobacco Company* e a *Brown & Williamson Tobacco Corporation (B&W)*, a respeito de supostos preços predatórios que estariam sendo praticados pela segunda empresa. A disputa tramitou nos tribunais americanos durante nove anos, e foi submetida em junho de 1993 à Suprema Corte, que não aceitou os argumentos da *Liggett* e encerrou o caso (Burnett, 1999).

No Brasil, a *Souza Cruz* tomou duas providências importantes para lidar com o novo padrão de competição. Em 1993, lançou o cigarro *Derby*, destinado ao segmento de mercado de baixos preços, que rapidamente se tornou um dos empreendimentos mais bem-sucedidos na história da empresa. Além de ter alcançado a liderança de vendas naquele nicho já no primeiro ano, a produção de *Derby* passou a corresponder a cerca de 30% do total da indústria durante os últimos 15 anos. A outra providência resultou no desempenho exportador descrito na Seção anterior. Além de ter servido como

instrumento para pressionar a mudança do IPI, o crescimento acelerado das exportações no período 1990-1998 fortaleceu a competitividade da *Souza Cruz* no mercado doméstico ao reduzir a carga fiscal da empresa por meio da exoneração tributária das parcelas exportadas.

Nesse contexto, para assegurar o cumprimento da lei antitruste na indústria de cigarros, não basta ao CADE concluir a investigação em curso sobre acordos de exclusividade. É preciso também corrigir as distorções de mercado provocadas pela Receita Federal. O instrumento de que o CADE dispõe para lidar com esse problema é o da advocacia da concorrência, nos termos definidos pelo art. 7.º da Lei 8.884/1994. O alcance desse instrumento é, sem dúvida, limitado, porque não compete ao CADE determinar mudanças no sistema tributário e tampouco promover a harmonização de políticas entre os países do Mercosul. Todavia, à luz do relato apresentado nas Seções anteriores, não resta ao Conselho outra alternativa senão a de enfrentar esse desafio.

## 5. Conclusão

Este artigo procurou mostrar que o cerne das contradições do atual marco regulatório da indústria de cigarros reside na conduta autista da Receita Federal, que prejudicou as metas de saúde pública ao alterar a tributação do IPI, reduziu a eficácia das medidas de combate ao contrabando ao ignorar a necessidade de unificar a carga tributária entre os países do Mercosul, e desafiou o CADE ao fortalecer o poder de mercado das empresas líderes da indústria. Após uma década de vigência de normas equivocadas, a correção das falhas certamente não será imediata. Contudo, uma eventual manifestação do CADE sobre os danos causados ao País por essa situação poderá angariar o apoio do Ministério da Saúde e do Itamaraty, e promover a reconciliação dos procedimentos da RFB com as demais políticas públicas.

## Bibliografia

- BURNETT, W. 1999. Predation by a nondominant firm: the liggett case. in KWOKA JR. e John E.; WHITE, Lawrence J. (org.). *The antitrust revolution*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press.
- CHALOUPKA, F. e WARNER, K. 1999. The economics of smoking. *NBER Working Paper n. 7047*.
- GROSSMAN, G. e HELPMAN, E. 2002. *Interest groups and trade policy*. Princeton: Princeton University Press.

- IGLESIAS, R., 2008. La evolución del mercado negro en Brasil. *Alliance Bulletin*, INB-1, February.
- IGLESIAS, R., 2008a. *Principales puntos de la investigación sobre el contrabando y el mercado informal en Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Integração e Desenvolvimento, mimeo.
- IGLESIAS, R.; JHA, P.; PINTO, M.; COSTA E SILVA, V.; e GODINHO, J. 2007. *Controle do tabagismo no Brasil*. Washington, D.C.: Banco Mundial.
- JAFFE, A. 2001. Cigarettes. In: ADAMS, Walter e BROCK, James (org.). *The structure of American industry*. 10. ed. New Jersey: Prentice Hall.
- IGLESIAS, R. e NICOLAU, J. 2006. *A economia do controle do tabaco nos países do Mercosul e associados*. Washington, D.C.: Organização Pan-Americana da Saúde.
- KRUEGER, A. 1974. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, n. 64, p. 291-303.
- LAFFONT, J. J. e TIROLE, J. 1993. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge (MA): The MIT Press.
- LAL, A. e Scollo, M. 2002. Big Mac Index of cigarette affordability. *Tobacco Control*, v. 11, p. 280-282.
- LETWIN, W. 1965. *Law and economic policy in America*. Chicago: The University of Chicago Press.
- OLSON, M. 1965. *The logic of collective action*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- STEINMO, S. 1993. *Taxation and democracy*. New Haven: Yale University Press.
- TAVARES DE ARAUJO, J. 2006. *Tributação, regulação e condições de concorrência na indústria de cigarros*. Rio de Janeiro: Ecostrat Consultores Disponível em: [www.ecostrat.net](http://www.ecostrat.net).
- WEBBER, C. e WILDAVSKY, A. 1986. *A history of taxation and expenditure in the Western World*. New York: Simon & Schuster.



# THE JUDICIARY AND THE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN THE EMERGING ECONOMIES. CASE STUDY ON BRAZIL

*Marco Botta\**

**Abstract:** The last twenty years recorded the proliferation of the competition law regimes in several emerging economies. The article explores the issues related to the involvement of the judiciary in the enforcement of the competition law in the developing countries, taking Brazil as a case study. During the last years the Brazilian competition authority (CADE) pursued an active enforcement policy against cartels and other forms of anti-competitive conducts. Consequently, a large number of appeals against CADE's decisions were initiated in the Brazilian federal courts. The slowness of the Brazilian judicial system and the lack of understanding of competition law by the Brazilian courts has hampered the enforcement policy of CADE. A number of initiatives have been adopted in the country in order to solve these issues. The article critically analyzes these initiatives, and in the conclusion it proposes a number of policy lessons for other emerging economies.

## 1. Introduction

Nowadays an issue discussed in the majority of the competition law jurisdictions around the world concerns the role of the national courts within the process of enforcement of the competition policy. The debate concerning the standard of review applied by the European Court of First Instance (CFI) to the decisions of the European Commission is very well-known.<sup>1</sup> However,

---

\* Marco Botta, PhD candidate in the Law Department of the European University Institute, Florence (Italy). The author would like to thank Prof. Heike Schweitzer, Rozeta Karova, Pablo Ibañez Colomo, Danielle da Costa Leite Borges and Mario Viola de Avezedo Cunha for their useful comments on previous versions of this article. The article was presented at the Competition Law and Economics Network Annual Forum at the University of Tilburg (The Netherlands) on 15th May 2009. For any question, please contact the author at marco.botta@eui.eu.

<sup>1</sup> During the last years, in fact, the CFI started to review more carefully the decisions adopted by the European Commission in the area of competition law. For instance, in the judgement *Tetra Laval* the ECJ ruled that, although it recognized the Commission

the question of the standard of review applied by the appellate courts when reviewing decisions of the national competition authorities (NCA) is not an issue concerning exclusively the European Community. During the last fifteen years new competition law jurisdictions have “bloomed” around the world.<sup>1</sup> In particular, several emerging economies in Latin and Central America, Eastern Europe, South East Asia and in a number of African States have recently adopted a competition law. The latter was perceived as one of those policies necessary to establish a market oriented economy.<sup>2</sup> The article aims at filling this gap in the literature, by analyzing the common problems faced by the judiciary of the emerging countries within the enforcement of the competition policy, and by suggesting a number of policy lessons in the conclusions of the article.

Several developing countries have opted for the European civil law approach to the enforcement of competition law, rather than the US one.<sup>3</sup> The European approach mainly relies on a public system of enforcement of the competition law, where an independent NCA conducts the investigations

---

discretion with regard to the economic assessment of the merger, “that does not mean that the Community courts must refrain from reviewing the Commission’s interpretation of information of an economic nature” (par. 39).

In relation to the debate concerning the standard of review applied by the CFI and by the European Court of Justice (ECJ) in the area of merger control see for instance: LEGAL, H. “Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law. In: HAWK, B. (ed.). *2005 Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings*. New York: Juris Publishing, 2006, p. 107-116; SVETLICINII, A. Exploring the role of legal presumptions under the convincing evidence standard in EC merger control. *1 Global Antitrust Review*, p. 117-134, 2008; C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval BV* [2005] ECR I-00987.

<sup>1</sup> LIPSKY, A. B. The global antitrust explosion: safeguarding trade and commerce or runaway regulation? *26 Fletcher Forum of World Affairs*, p. 59-68, 2002.

Whish confirms that “more than 100 countries now have competition law” (WHISH, R. *Competition law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 782.

<sup>2</sup> LANDE, R. Creating competition policy for transition economies, *23 Brooklyn Journal of International Law*, p. 341, 1997-1998.

<sup>3</sup> One author who argues that the European administrative system of competition law suits better the developing country than the American one is D. J. Gerber (Implementing competition law in Asia: using European and US experience. In: IMMENGA, U. (ed.). *Wirtschafts-und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*. München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 168-169.

and it adopts the final decision related to the case. The latter may be appealed before an administrative tribunal. The competition agency often acts both as a prosecutor and as a judge of first instance. By contrast, the US Department of Justice (DoJ) conducts the investigations, but later it has to bring a case before a federal court, which would sanction the anti-competitive behaviour. Moreover, the number of cases of private enforcement of competition law is lower in Europe than in the USA.<sup>4</sup> Finally, judges from the common law jurisdictions have fewer restraints in interpreting the scope and the objectives of the legislations, and thus they can take a more active role in shaping the competition policy. One of the reasons for which the majority of the emerging economies have opted for the European model of enforcement of the competition law is related to the lack of expertise of their national courts in the field of competition law. However, even though the role of the courts in the enforcement of the competition law in the majority of the emerging economies is more limited in comparison to the US tribunals, they can still play an important role in reviewing the objectiveness of the NCA's decisions.

At the moment there are few studies in the literature on the role played by national courts within the enforcement of the competition law in the emerging economies.<sup>5</sup> This lack of interest may be explained by the fact that there are relatively few cases of judicial review in the field of competition law in the majority of the developing countries, in comparison to the EU

---

<sup>4</sup> For instance, unlike of the US judges, the European ones cannot grant treble damages to compensate the damages caused by an anti-competitive practice. Moreover, from a procedural point of view there are limitations to the right of the plaintiff to ask the defendant to disclose internal documents during the trial.

In relation to the reasons which hamper the development of private enforcement of competition law in Europe, see: RENDA, A. Making antitrust damages action more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios. Report published on 21.12.2007 by the Centre for European Policy Studies, the Erasmus University Rotterdam and the University Luiss Guido Carli. Report for the European Commission, contract DG COMP/2006/A3/012. The text of the report is available at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. Accessed on 10th June 2009.

<sup>5</sup> One of the few studies conducted in this sector was carried out by the International Competition Network (ICN) in 2006. International Competition Network, Competition Policy Implementation Working Group. *Competition and the Judiciary*. Report published in April 2006. The text of the report is available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/library/working-group/16> (accessed on 10th June 2009).

or the USA. In fact, in the majority of the emerging economies competition law has usually remained not enforced for a number of years after its introduction at the legislative level. Nevertheless, during the last years competition law has started to be more actively enforced in a number of emerging economies in different regions of the world. Countries like Mexico, Brazil, Chile, South Africa and South Korea are examples of emerging economies where competition law is today “aggressively” enforced by the NCA. The latter actively conduct investigations on anti-competitive conducts and cartels, instead of reviewing only the notified economic concentrations.<sup>6</sup> As a consequence, the number of the NCA’s decisions appealed to court is expected to grow in these countries during the next years. Therefore, the national courts will be more and more involved in the enforcement of the competition law in these countries.

## 2. Structure and objectives of the article

A number of questions will be discussed throughout the article. The first question discussed concerns the standard of review that should be applied by the national judges of the developing countries when reviewing the NCA’s decisions: should it be limited to procedural aspects or should it also go into the merits of the NCA’s decision? Furthermore, how can the NCA promote the awareness of competition law among the national judges, who are usually not familiar with the economic concepts underpinning the competition law? A final question concerns whether the judicial review may be better carried out by a single specialized court or by all State tribunals of the country, and which are the implications of this institutional choice.

---

<sup>6</sup> Further information concerning the enforcement activities of NCA of these countries can be found at:

– *Comisión Federal de Competencia* (México), <http://www.cfc.gob.mx/english/> (accessed on 10th June 2009).

– *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Chile), <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=286> (accessed on 10th June 2009).

– *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Brazil), <http://www.cade.gov.br/> (accessed on 10th June 2009).

– *Competition Commission* (South Africa), <http://www.compcom.co.za/> (accessed on 10th June 2009).

– *Korea Fair Trade Commission*, <http://eng.ftc.go.kr/> (accessed on 10th June 2009).

The article aims at answering these questions through a case study on Brazil. In this emerging country a competition law has been enforced for more than fifteen years.<sup>7</sup> As it will be mentioned in the next section, during the last years the Brazilian competition authorities have focussed their attention on the detection of cartels. As a consequence, a large number of decisions sanctioning private parties have been recently appealed to the Brazilian federal courts. In the 1994, the year when the current competition law was adopted in Brazil, only seven decisions of the Brazilian NCA were appealed to court; meanwhile, in 2007 there were 460 cases of judicial review in the area of competition law in the Brazilian federal courts.<sup>8</sup> Nowadays, the Brazilian federal courts have to review a large number of appeals against the NCA's decisions, in spite of their lack of knowledge in the field of competition law. The case of Brazil will be relied upon to grasp a number of lessons applicable to other developing countries, which have just started to enforce their competition law in a more active manner.

The article will deal exclusively with the issue of the judicial review carried out by the national courts in the appeal proceedings to the decisions of the NCA. The issue of private enforcement of the competition law in the emerging economies is out of the scope of this article.

The case study is based on the analysis of the most relevant judgements held by the Brazilian federal courts in the area of competition law during the last years. Moreover, another useful source of information have been the interviews conducted by the author in June 2008 with a number of officers of the Brazilian competition authorities in Brasilia and with some competition lawyers in São Paulo.

---

<sup>7</sup> The current competition law enforced in the country was adopted in 1994. (Law 8.884, adopted on 11.06.1994). The text of the legislation is available at <http://www.cade.gov.br/legislacao/8884lei.asp> (accessed on 10th June 2009).

<sup>8</sup> CADE's Annual Report 2007. Table at page 68.

The original Portuguese version of the CADE's annual reports starting from 1996 is available at: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?d859db24e827e9401036> (accessed on 10th June 2009).

This large number of cases did not concern exclusively the appeals against the decisions of the competition authority sanctioning cartels; it also included the appeals against the fines imposed by the competition authority due to the late notification of an economic concentration.

The article will be structured in the following manner: after an overview of the Brazilian judicial system and of the competition law regime in Brazil, the problems caused by the growing involvement of the judiciary within the Brazilian competition law system will be analyzed. Afterwards, the solutions elaborated during the last years by the Brazilian competition authorities to solve these problems will be discussed. Finally, answers to the questions mentioned at the beginning of this section will be provided in the conclusions of the article.

### 3. Introduction to the Brazilian judicial system

The Brazilian Constitution of 1988 established a system of federal courts parallel to the States' ones.<sup>9</sup> The lowest federal courts are the *Varas Federais*, the first instance courts. In Brazil there are five federal appellate courts (*Tribunais Regionais Federais*, TRFs), which have jurisdiction over five groups of Brazilian States.<sup>10</sup> The highest federal courts are the *Superior Tribunal de Justiça* (Superior Tribunal of Justice, STJ) and the *Supremo Tribunal Federal* (Supreme Federal Tribunal, STF). While the STJ is the last instance court for the appeals to the judgements of the TRFs on matters of law not on the merits, the STF acts as federal constitutional court of Brazil.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> AINA SADEK, M. T. El poder judicial y la magistratura como actores políticos. In: RODRIGUES, L. M.; AINA SADEK, M. T. (ed.), *El Brasil de Lula. Diputados y Magistrados*. Working paper n. 11. Buenos Aires: Instituto Torcuato di Tella, 2004, p. 27.

<sup>10</sup> The five TRFs are placed in Brasilia, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife and Porto Alegre.

<sup>11</sup> Only a limited number of plaintiffs have access to the STF to directly challenge the constitutionality of a federal act: the President of the Republic, the *Mesa* of the Federal Senate and of the Chamber of Representative, the Federal Attorney General, the Governor of a Brazilian State, the Federal Lawyers' Bar, any political party or trade union.

During the 1990s a number of opposition parties have exploited this right by challenging every act of the federal government in front of the STF in order to postpone the entry into force of the act.

*Supra*, AINA SADEK, p. 55.

An English translation of the Brazilian Constitution is available at:

<http://www.v-brazil.com/government/laws/titleII.html> (accessed on 10th June 2009).

*Supra*, AINA SADEK, p. 55.

After decades in which the military dictatorships restricted the human rights in the country, the Constitution of 1988 provided a long list of rights,<sup>12</sup> which should be protected by a judiciary system fully isolated from the other branches of the State.<sup>13</sup> The courts were given full control over their administrative functioning, disciplinary affairs and budget.<sup>14</sup> According to Santiso, “unlike in the rest of the (Latin American) region, the main question in Brazil is not whether the judiciary is sufficiently independent, but rather whether it has become too independent”.<sup>15</sup> Another peculiarity of the Brazilian judicial system is the fact that the Constitution of 1988 provided a broad range of legal actions that an individual may undertake in front of the federal courts in order to safeguard its rights.<sup>16</sup> In particular, in order to ensure the full compliance of the rights enshrined in the Constitution by the federal legislations, the judges of the *Varas* have the power not to apply a federal law that they consider unconstitutional.<sup>17</sup> Finally, according to Santiso, in order to safeguard the autonomy of every judge, the Constitution of 1988 did not introduce any form of *stare decisis*, even of a vertical nature, cau-

<sup>12</sup> The Constitution of 1988 is a “long” Constitution. In fact, it contains 245 articles. Beside the civil individual rights, it provides a list of social rights and collective rights (e.g., protection of consumers and environment). Finally, it also contains a number of goals which should guide the action of the federal government, which are sometimes in contrast (e.g., as mentioned in the previous chapter, the original text of the Constitution defended the principle of free competition, but it was also in favour of keeping monopoly rights in certain economic sectors).

*Supra*, AINA SADEK, p. 12-15.

<sup>13</sup> SANTISO, C. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R. (ed.), *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004, p. 164.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>16</sup> For instance, any citizen can file one *ação popular* with the aim at annulling any federal law contrary to the public property, the administrative morality, to the environment and historical heritage (Art. 5, LXXIII, of the Brazilian Constitution). Moreover, any individual or a group of individuals (e.g., political party or trade union) can ask one *recurso de amparo* to block a State’s measure which is illegal or result of the abuse of the State’s power (Art. 5, LXIX, of the Brazilian Constitution).

<sup>17</sup> The *Ações Diretas de Inconstitucionalidade* (Acts of Unconstitutional Law) allow groups affected by the government’s decisions to submit petitions against federal law on constitutional grounds in front of almost any federal court. *Supra*, SANTISO, p. 173.

sing a *de facto* “balkanization” of the Brazilian judicial system. Following a constitutional amendment adopted in 2004, the STF today can adopt *súmulas*. The latter are summaries of the case law of the STF on a certain issue and they are binding for all the courts in Brazil and for the agencies of the public administration. This decentralized system slowed down the functioning of the Brazilian judicial system.<sup>18</sup> As we will see in the following pages, the slowness of the Brazilian judicial system has also negative effects on the enforcement of competition law in the country.

#### 4. Overview of the Brazilian system of competition law

Brazil adopted its first competition law in 1962. The law established a *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Administrative Council of Economic Law, CADE)<sup>19</sup> under the Ministry of Justice, in charge of investigating cases of cartels and abuses of dominant position. In practice, this institution was not active until the beginning of the 1990s. In fact, like in the majority of the developing countries, for a number of decades the price of the majority of goods was agreed by the local producers with the Brazilian Government. Moreover, the imports were restricted in order to promote the domestic production. Obviously, in such an environment the defence of the free competition in the market was not a priority in the country.<sup>20</sup>

Within the broad programme of liberalization of the economy undertaken in Brazil at the beginning of the 1990s a new competition act, the

<sup>18</sup> For instance, between 1988 and 2003 there have been 3097 actions before the STF to challenge the constitutionality of federal legislations. During the same period of time, the STJ have received 16.493 appeals against the TRFs’ judgements. A gap between the cases decided and the new cases submitted started to appear in the 1990s. The growing stock of pending cases has slowed down the functioning of the judicial system.

*Supra*, AINA SADEK, p. 50-51.

<sup>19</sup> Law 4.137, adopted on 10th September 1962. Art. 8 The text of the legislation is available at: <http://www.cade.gov.br/legislacao/4137lei.asp> (accessed on 10th June 2009).

<sup>20</sup> In relation to the role of competition law in Brazil before the reforms of the 1990s see: MONTEIRO CONSIDERA, C.; CORREA, P. The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy. In: HAWK, B. (ed.). *Fordham Corporate Law Institute Annual Proceedings*. New York: Juris Publishing, 2001, p. 533-568.

Law 8.884/1994, was passed.<sup>21</sup> Under the new legislation CADE became a federal independent agency (*autarquia federal*),<sup>22</sup> composed of a President and six Board Members. Under the Law 8.884/1994, CADE is assisted by two advisory bodies: the *Secretaria de Direito Econômico* (Economic Law Office, SDE),<sup>23</sup> part of the Ministry of Justice, and the *Secretaria de Acompanhamento Econômico* (Secretariat of Economic Surveillance, SEAE), part of the Ministry of Finance.

Another important reform brought by the Law 8.884/1994 was the introduction of a system of merger control, absent in the previous legislation.<sup>24</sup> In the field of merger control, the concentrations have to be notified to the SDE and SEAE. The later elaborate a non binding opinion to CADE concerning the effect of the transaction in the market, which is in charge of taking the final decision.<sup>25</sup> On the other hand, in the field of anti-competitive behaviour SDE conducts the investigations.<sup>26</sup> The SDE later submits a report to CADE, providing the evidence gathered during the investigations. Like in the field of merger control, CADE is the only institution in charge of adopting binding decisions for private parties which could be appealed to court.

During the second half of the 1990s, CADE was criticized due to the long period of time needed to review the notified concentrations, even those ones which did not raise any competition concern.<sup>27</sup> Few decisions were adopted to sanction cartels and other anti-competitive conducts. This situation started to change in 2000, when the Law 10.149/2000 introduced a system of leniency for cartels.<sup>28</sup> Following this legislative reform, SDE started to focus

<sup>21</sup> *Supra*, Law 8.884/1994. For a comment on the Law 8.884/1994, see: Dallal, S. Competition law in Brazil (1995), 16 *European Competition Law Review*, p. 255-261.

<sup>22</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 3.

<sup>23</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 13.

<sup>24</sup> For a detailed analysis of the Brazilian system of merger control see: ANDRADE, M. C. *Controle de concentrações de empresas. Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

<sup>25</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 54(4).

<sup>26</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 30.

<sup>27</sup> See for instance: Page, W. H. Antitrust review of mergers in transition economies: a comment, with some lessons from Brazil (1997-1998), 66 *University of Cincinnati Law Review*, p. 1124.

<sup>28</sup> Law 10.149, adopted on 21st December 2000, which amended the text of the Law 8.884/1994. The text of the legislation is available at: <http://www.cade.gov.br/legislacao/10149lei.asp> (accessed on 10th June 2009).

its enforcement priorities on the detection of cartels. For instance, the number of dawn raids conducted by SDE increased from 11 in 2003 to 84 in 2007.<sup>29</sup> The enforcement activities of the SDE in the fight against cartels have been recognized also at the international level. For instance, in February 2009 the SDE conducted a dawn raid among a group of companies producing cooler compressors in São Paulo. Due to the fact that the companies involved in the cartel were also foreign companies, the investigations were conducted in close cooperation with the Directorate General for the Competition (DG COMP) of the European Commission and with the US Department of Justice (DoJ).<sup>30</sup> Finally, in September 2007 CADE adopted the Resolution 46/2007, which introduced the possibility to negotiate settlements with the companies involved in a cartel case, in order to decrease the time of investigations devoted to a single case.<sup>31</sup> In order to provide the reader with an idea of the growing importance of investigations on anti-competitive conducts in Brazil, it is sufficient to mention that while in 2006 SDE sent to CADE 21 cases to be decided, in 2007 this number rose to 90.<sup>32</sup> The consequence of this active enforcement action of the SDE has been the proliferation of the CADE's decisions to sanction cartels and forms of abuse of dominance, decisions which were later appealed to the Brazilian federal courts.

<sup>29</sup> SDE's press release, "SDE carries out the largest dawn raid in Latin America and fourteen executives were arrested on charges of conspiring to fix prices". Published on 29th August 2008. The press release is available at: <http://www.mj.gov.br/main.asp?View={AE70F431-442E-44D0-9303-65BF6C217A48}> (accessed on 10th June 2009).

<sup>30</sup> SDE's press release, "Operação internacional conjunta para combate a cartel". Published on 18th February 2009.

The text of the press release is available at: <http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID={C39E3B8E-055D-4951-8385-0BC8DAF63DB2}&params=itemID={37FDC97E-4756-4651-A400-ABB1E29D1AD0};&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}> (accessed on 10th June 2009).

<sup>31</sup> CADE's Resolution 46, adopted on 4th September 2007. The text of the resolution is available in Portuguese at: <http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/Resolucao46.pdf> (accessed on 10th June 2009).

<sup>32</sup> SDE's press release, "SDE sobe no ranking das melhores autoridades de concorrência do mundo". Published on 11th June 2008. The text of the press release is available at: <http://www.mj.gov.br/sde/main.asp?View={DF282882-D0CB-4D38-98C8-0EA6B037E370}&Team=&params=itemID={2F7AD3F5-9C20-472D-99C4-05CFF707119F}%3B&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}> (accessed on 10th June 2009).

Under Art. 109 (1) of the Brazilian Constitution, the federal courts have jurisdiction to hear the cases where an autonomous Government's agency is involved, both as a plaintiff and as a defendant. As mentioned above, CADE is defined under Art. 3 of the Law 8.884/1994 as an independent agency, which has its headquarters in the Federal District of Brasilia. Under Art. 64 of the competition act, CADE's decisions can be executed either at the federal courts of the District of Brasilia or at the court with geographic jurisdiction over the domicile of the executed party. This implies that the appeals to the CADE's decisions can be heard in any federal court of the country. The competition act did not establish a specialized court with exclusive jurisdiction in the area of competition law.

Another institution established by the Law 8.884/1994 is the CADE's Attorney General (*Procuradoria do CADE*, ProCADE). The latter plays an important role in ensuring the execution of the CADE's decisions in the federal courts.<sup>33</sup> The Attorney General takes part to the two monthly plenary sessions of CADE (*Plenário*), but unlike of CADE's Commissioners he/she does not have any right to vote.<sup>34</sup> The Attorney General represents CADE in the federal courts, both to request the execution of the CADE's decisions and to defend CADE during the proceedings of appeal against its decisions.<sup>35</sup> Finally, the Attorney General provides legal opinions to the CADE's *Plenário*, if so requested.<sup>36</sup>

## 5. Judiciary power and the competition law in Brazil: the main issues

An important issue debated today in Brazil concerns the degree of judicial review that the federal courts can exercise over the decisions of CADE. In Brazil the federal courts can exercise a different degree of review depending on the nature of the administrative act that they have to review.<sup>37</sup> In particular, for the *atos discricionários* (discretionary administrative acts) the review should be limited to the compliance by the executive branch with the proceedings required by law. On the other hand, when the law defines

<sup>33</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 10.

<sup>34</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 11(1).

<sup>35</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 10.

<sup>36</sup> *Supra*, Law 8.884/1994, Art. 10(V).

<sup>37</sup> Oliveira, G. J.; Rosas, G. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 324.

boundaries to the powers of the executive branch to adopt an administrative act (*atos vinculados*), the federal court should exercise a full review of the act, including the substance of the decision. The Law 8.884/1994 did not point out whether the decisions of CADE are *atos discricionários* or *vinculados*. This fault has caused a debate concerning the standard of review that the Brazilian federal courts should apply in reviewing the CADE's decisions. Oliveira and Rosas have identified four criteria to define whether an administrative act is *discricionário* rather than *vinculados*:<sup>38</sup>

- The act is adopted on the basis of clear/undetermined legal concepts,
- The administrative act has the value of a technical regulation,
- The act respects the principles of rationality and proportionality, and
- The act is/is not based on a decision of political nature.

The Brazilian competition act contains a number of not determined concepts (e.g. abuse of dominant position, market power...) and CADE enjoys a degree of discretion when applying these concepts to the real cases. However, according to Oliveira and Rosas the decisions of CADE are usually not guided by political considerations. Furthermore, CADE always follows the same technical criteria in enforcing the competition act and it binds itself to respect the principles of rationality and proportionality. As a consequence, the two authors conclude that the decisions of CADE are *atos vinculados*. However, the authors point out that the judicial review exercised by the federal courts faces some limitations. In particular, the judges can only check whether CADE has correctly exercised its technical discretion in the light of the principles of rationality and proportionality, but they cannot contest the evaluation on the substance of the case.<sup>39</sup> This approach is quite close to that one followed during the last years by the CFI in reviewing the European Commission's decision in the field of competition law.<sup>40</sup> Though

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>40</sup> For instance, in the judgement *Tetra Laval* the ECJ ruled that, although it recognized the Commission discretion with regard to the economic assessment of the merger, "that does not mean that the Community courts must refrain from reviewing the Commission's interpretation of information of an economic nature" (par. 39). C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval BV* [2005] ECR I-00987.

the *Procuradoria do CADE* still pleads sometimes in the Brazilian federal courts that the CADE's decisions are *atos discricionários*, this approach has been accepted in theory by the majority of the federal judges who had the chance to review a decision of CADE.<sup>41</sup>

Even though from a theoretical point of view the approach proposed by Rosas and Oliveira has been accepted by the majority of the federal courts in Brazil, from a practical point of view the federal *Varas* and the TRFs are still reluctant to review the merits of the CADE's decisions. According to Olavo Chinaglia, former competition lawyer in São Paulo and current CADE's Commissioner, the Brazilian courts have been generally quite deferent to the decision of the competition authority. In the past, this was due to the fact that the federal judges were not comfortable with reviewing the application of economic concepts. However, during the last years, the legal quality of the decisions of CADE has improved, and thus fewer appeals have been successful.<sup>42</sup>

An interesting example of judicial review of one of the most relevant CADE's decisions during the last years is the judgement of the 4th *Vara* of the Federal District in the Nestlé-Garoto case.<sup>43</sup> After the prohibition of the concentration by CADE,<sup>44</sup> Nestlé appealed the decision to the first instance

<sup>41</sup> Meeting with José Inácio Gonzaga Franceschini, founding partner in the law firm Franceschini & Miranda Advogados, in São Paulo on 13th June 2008.

<sup>42</sup> Meeting with Olavo Chinaglia, former competition lawyer in São Paulo and current CADE's Commissioner, on 10th June 2008 in São Paulo.

<sup>43</sup> Judgement of the 4th federal *Vara* of the Federal District of Brasília on 16th March 2007. Proceedings 2005.34.00.015042-8, Ação Ordinária. Nestlé LTDA e outro v. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. The judgements of the *Varas* of the District of Brasília are available at: [http://www.df.trf1.gov.br/inteiro\\_teor/consulta.php](http://www.df.trf1.gov.br/inteiro_teor/consulta.php) (accessed on 10th June 2009).

<sup>44</sup> The acquisition of the Brazilian chocolate producer Garoto by Nestlé has been one of the most debated merger cases in Brazil during the last years. Due to the fact that Nestlé was already present in the Brazilian market before the acquisition of Garoto, the horizontal merger would have granted to Nestlé a market share of 63.10% in the Brazilian market for chocolate bars and 88.50% market share for solid chocolate toppings. CADE decided to block the acquisition, in spite of the political pressures received. Several politicians argued that following the acquisition of Garoto, Nestlé would have opened new factories in Brazil and, thus, it would have created new possibilities for employment for Brazilian workers. This has been one of the few cases of concentrations prohibited by CADE since the introduction of the system of merger control in Brazil in 1994. OECD Secretariat, Peer Review of the Brazilian

federal court of Brasilia. Nestlé followed two lines of pleas: on the one hand, it argued that the decision of CADE was illegal, due to a number of procedural irregularities (e.g. the excessive time of review). On the other hand, Nestlé also argued that the decision was irrational and disproportionate in relation to the remedy imposed (the prohibition of the acquisition of Garoto by Nestlé). Such drastic remedy was contrary to the previous CADE's case law, which had followed a minimum interventionist approach in the past, and it had never prohibited any concentration since the introduction of the system of merger control in the country in 1994. Therefore, Nestlé suggested in its plea that the federal court should conduct a review of the merits of the CADE's decision. However, the judge did not follow this approach and it focussed its attention only on the procedural pleas. Under Art. 54 (6) of the Law 8.884/1994, CADE has 60 days to perform the review of the notified concentrations. However, in the past CADE not always complied with such deadline. In fact, by requesting additional documents to the parties, CADE can interrupt the time of review. The time of review of the Nestlé-Garoto case was particularly long, 441 days. During the appeal ProCADE argued that the case was particularly complex and thus, CADE was right to request additional information to the merging parties before taking any decision on the subject. On the other hand, Nestlé argued that in some circumstances CADE had exercised an excessive discretion in deciding when to stop the time of review. For instance, it interrupted several times the time of review in order to allow the competitors of Nestlé to submit further evidence against the concentration. The judge of the 4th *Vara* referred to the Brazilian law on administrative proceedings.<sup>45</sup> Under that law, every administrative act should state the facts and the legal grounds "... when it denies, limit or affect the rights or interests" of a private party.<sup>46</sup> According to the court, the decision of CADE to stop the time of review of the concentration had an impact on the interests of Nestlé. However, CADE did not state the reasons for which

---

Competition Law 2005. 33-34. The text of the report is available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf> (accessed on 10th June 2009).

<sup>45</sup> Law on Administrative Proceedings 9.784 adopted on 29th January 1999.

An electronic version of the law is available at: <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/49500/lei-de-procedimento-administrativo-lei-n-9784-de-29-de-janeiro-de-1999> (accessed on 10th June 2009).

<sup>46</sup> "Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses"

*Ibid.*, Art. 50(1).

it stopped the time of review, and thus its decision breached Art. 54 (6) of the Law 8.884/1994. The 4th *Vara* declared the concentration approved, instead of sending back the case to CADE for a new examination. In fact, under Art. 54 (7) of the competition act, a notified concentration is automatically approved if CADE does not terminate the time of review within the 60 days. The judge did not go further in the analysis; the breach of the time review was a sufficient procedural infringement, which saved him from entering into the analysis of the substance of the case. The judgement of the 4th *Vara* stated that the decisions of CADE are not free; they have to be based on facts and reasonable arguments. As a consequence, the 4th *Vara* apparently accepted in this judgement the interpretation that the decisions of CADE are *atos vinculados*, which require a review on the substance by the federal court. However, the judge avoided that kind of analysis. This judgement has been appealed by ProCADE to the TRF1, where the case is pending at the moment.<sup>47</sup>

Another relevant case of judicial review in the area of merger control involved the Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). In 2000 CVRD, a corporation operating in the area of production, transportation and distribution of minerals in Brazil, notified to CADE the acquisition of the five main steel mines in the country.<sup>48</sup> CADE cleared the acquisition subject to a number of structural and behavioural commitments.<sup>49</sup> However, the CADE's decision was appealed to the federal court of Brasilia. In Brazil, in fact, the remedies are often imposed on the merging parties by CADE, rather than being negotiated with them. This increases the chances that the merging parties will appeal the decision to a federal court. The decision of CADE was appealed to the federal *Vara*, then to the TRF1, and finally to the STJ. Before the STJ CVRD argued that the decision of CADE was void because it had been adopted during a session of the *Plenário* where only six Commissioners

<sup>47</sup> Julgamento sobre compra da Garoto pela Nestlé é adiado. *JusBrasil*, 21st January 2009. *JusBrasil* is an online newspaper which provides legal news and access to law and case law in Brazil. See: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias> (accessed on 10th June 2009).

<sup>48</sup> AC 08012.000640/2000-09. Companhia Vale do Rio Doce – CVRD e Mineração Socoimex S/A. Relatório, 1-2.

<sup>49</sup> The CADE's decisions required CVRD to divest one of the mines acquired (Fresco). Moreover, it required CVRD to delete the exclusivity clauses included in the acquisition contract of Casa de Pedro and it restricted the CVRD voting rights in the boards of some of the acquired companies.

*Ibid.*, Acórdão.

were present.<sup>50</sup> Three Commissioners voted in favour of the remedies and three against. However, the vote of the President of CADE was counted as double (the Minerva's vote). In 2007 the STJ upheld the decision of CADE, by ruling that under Art. 49 of the competition act the Minerva's vote of the President of CADE was legitimate when there was parity between the votes of the Commissioners.<sup>51</sup> The CVRD judgement is not very interesting in relation to the interpretation of the competition law carried out by the STJ, an interpretation quite obvious by reading the text of the competition act, but rather due to the fact that the CVRD decided to go for an appeal to the last instance court in Brazil, though both the federal *Vara* and the TRF1 had previously upheld the CADE's decision. The objective of CVRD was probably that one to postpone as long as possible the implementation of the CADE's decision adopted in 2005.<sup>52</sup>

It is well known that judges usually have difficulties in reviewing merger control decisions, an area of competition law which strongly relies on economic analysis. However, also in the area of anti-competitive conducts the Brazilian federal judges faced difficulties in analyzing economic concepts such as the relevant market and the market dominance. An interesting case of judicial review in the area of anti-competitive conducts is the Xerox judgement of the TRF1. The latter is a case of judicial review of one of the first CADE's decisions in the area of abuse of dominance.<sup>53</sup> Xerox was one of the main producers of photocopier machines in Brazil at the beginning of the 1990s. At that time the company was used to include in the sale contracts of its photocopier machines a tying clause: its clients were bound to purchase the toner produced by Xerox if they wanted to receive technical assistance by Xerox in case the machines had some technical problem. CADE decided the case under the old competition law of 1962.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Judgement of the Superior Tribunal de Justicia of 12th September 2007. Recurso Especial 966.930-DF (2007/0156633-6). Companhia Vale Do Rio Doce – CVRD v. Conselho Administrativo De Defesa Econômica – CADE. The STJ's judgements are available at: <http://www.stj.jus.br/SCON/> (accessed on 10th June 2009).

<sup>51</sup> Under Art. 8(2) of the Law 8.884/1994, the President has voting rights in the CADE Board meetings, "plus a casting vote".

<sup>52</sup> CADE Annual Report 2006, p. 56.

<sup>53</sup> TRF 1, V Turma, judgement of 07th May 2008. Apelação Cível 2001.01.00.036741-1/DF. Xerox do Brasil v. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>54</sup> *Supra*, Law 4.137/1962, as modified by the Law 8.158/1991, Art. 2. CADE's decision 23/91.

In May 2008, the TRF1 upheld the CADE's decision of 1993. In its judgement the court did not carry out any detailed analysis of important issues in the area of abuse of dominance, such as the definition of relevant market and the concept of dominance. The judge relied exclusively on the data contained in the decision of CADE, stating that the dominance of Xerox in the market was obvious and it could not be challenged.<sup>55</sup> The evidence of the abuse was easily confirmed by the sale contracts which contained the tying clause and had the effect of foreclosing any possibility for the competitors of Xerox to increase their market share.<sup>56</sup>

The judgements discussed above show the limits of the judicial review carried out by the Brazilian federal courts in the area of competition law. Though from a theoretical point of view, the federal courts could carry out a full review of the decisions of CADE (which are nowadays accepted as *atos vinculados*), they often limit themselves to the review of procedural aspects (e.g. the Nestlé-Garoto case) or they strongly rely on the evaluation provided by CADE in its decision (e.g. the Xerox case). Therefore, unlike the competition law jurisdictions of the developed countries, where the courts are active in shaping the enforcement of the competition policy together with the

<sup>55</sup> “The administrative proceedings also showed that Xerox held a dominant position in the markets for the supply of technical assistance, with a market share of 91%, and in the market for the spare parts for the photocopy machines, with a market share from 74% to 100% (...). It is not discussed the dominant position of Xerox in the market; the problem is that this company exercised its dominant position in order to abusively restrict the competition” (“No processo administrativo também provou-se que a Xerox detém posição dominante nos mercados de locação e prestação de serviços de assistência técnica, com uma participação de 91%, bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100% (...). Não se discute a posição dominante da Xerox no mercado; o problema é esta empresa exercer sua posição dominante para eliminar abusivamente a concorrência”). *Supra*, TRF 1's judgement in the case Xerox.

<sup>56</sup> “In this case it has been clearly showed that the anti-competitive conduct of Xerox do Brasil had the objective to exclude its competitors, foreclosing the market and thus creating a prejudice for the consumer. Such acts are aggravated taking into account the dominant position in the market exercised by Xerox” (“No caso em tela, ficou claramente comprovado que a conduta anticoncorrencial da Xerox do Brasil tem o condão de eliminar seus concorrentes, conduzindo a um verdadeiro açambarcamento de mercado com conseqüente prejuízo ao consumidor. Tais fatos agravam-se levando-se em conta a posição dominante no mercado exercida pela Xerox”).

NCA,<sup>57</sup> the impact of the judicial review on the enforcement of the Brazilian competition law is still quite limited.

A second problem which emerges from the cases of judicial review mentioned above is the slowness of the system of judicial review. For instance, the TRF1's judgement in the case Xerox was decided in May 2008, though the CADE's decision dates back to 1993 when the current competition act was not in force yet. Private parties rely on the slow functioning of the judicial system in order to postpone as long as possible the execution of the decisions of CADE. This was also the strategy pursued by CVRD.

The excessive reliance on legal recourses by the sanctioned companies has also caused a broad mismatch between the amount of fines imposed by CADE and the amount of fines which have been effectively paid by the companies. Sanctioned companies usually request not to pay the amount of the fine during the time of appeal by claiming a potential *periculum in mora*: the company would be damaged if it had paid in advance the fine imposed by CADE on the basis of a decision which could be later reversed by the court of appeal. For instance, between 2002 and 2004 CADE imposed fines for a total amount of 16.7 million Real, but it only collected 632.770,00 Real, equivalent to 3.78% of the fines imposed.<sup>58</sup> According to Pagotto, the great delay in the enforcement of CADE's decisions reduces the credibility of persuasion of the enforcement efforts of this institution.<sup>59</sup> The author asks himself the following question: "would a company be persuaded not to commit a violation (of the competition law)... if it was known in advance that there was a 50% chance of success?"<sup>60</sup>

Another problem which has undermined the enforcement of the CADE's decision is the identification of the court which has jurisdiction to hear the appeal. As mentioned above, under the competition act of 1994

<sup>57</sup> Beside the case of the US courts, also the ECJ and the CFI have started during the last years to perform an active review of the European Commission's decisions in the area of merger control. See, for instance, the CFI's judgement in *Airtours* (T-342/99), in *Schneider Electric* (T-310/01), *General Electric* (T-210/01) and the ECJ's judgements in *Tetra Laval* (C-12/03).

<sup>58</sup> *Supra*, CADE's Annual Report 2006, p. 55.

<sup>59</sup> PAGOTTO, L. U. Are the Brazilian competition authorities being responsive? An Analysis based on the benign big gun model". (2006) 29, 2 *World Competition*, p. 285-314.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 311.

appeals against CADE's decisions may be initiated either in Brasilia or in the federal court of the State where the party involved is domiciled. Although the majority of the appeals are usually brought in Brasília, there have been some cases of appeals brought in other federal courts. For instance, some of the companies involved in the cartel case of the *vigilantes* (companies providing security services)<sup>61</sup> in the State of Rio Grande do Sul appealed the CADE's decision to the local *Vara* of that State, and then to the TRF4.<sup>62</sup> If the federal judges in Brasilia are not very comfortable to deal with competition law, such a problem is even more evident for the judges of other Brazilian States who only exceptionally have to review cases involving the application of the competition.

A final issue which emerged during the last years was of a procedural nature: most of the appeals against the CADE's decisions sanctioning cartels were treated by the Brazilian federal courts as separated, rather than joint appeals. If this element is taken in consideration together with the fact that both the appeals in the federal courts in Brasilia and in the State of residence of the party are possible, this fact increases the likeness of diverging judgements concerning the same CADE's cartel decision.

## 6. The solutions proposed

During the last years four kinds of initiatives have been undertaken by CADE, ProCADE and by the Brazilian federal courts in order to solve the problems mentioned above. These initiatives indeed tackle some of the

<sup>61</sup> The case of *vigilantes* concerned a group of companies providing security services in the State of Rio Grande do Sul. The companies established a bid rigging cartel in order to coordinate their bids when they participated to private and public calls for tender. The case is relevant because it was the first cartel case decided by CADE in September 2007 under the leniency procedure introduced in 2000 (CADE's decision 08012.001826/2003-10). For further information concerning the CADE's decision see: Lubambo de Melo, M. O. La decisión del CADE en el cartel de las empresas de vigilancia. (2008) 24 *Boletín Latinoamericano de Competencia*, p. 19-24.

<sup>62</sup> Three companies involved in the cartel, EBV, MOBRA and EPAVI requested the TRF4 to block the payment of the fine during the judicial proceedings due to *periculum in mora*. The requests have been rejected by the chambers of the TRF4 which reviewed the case. TRF 4, Agravos de Instrumento 2007.04.00.003701-7, 2007.04.00.003696-7 and 2007.04.00.031248-0. EBV, MOBRA and EPAVI v. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. The judgements of the TRF 4 are available at: <http://www.trf4.jus.br/trf4/> (accessed on 10th June 2009).

problems, such as the risk that the slowness of the Brazilian judicial system may hamper the execution of the CADE's decisions. On the other hand, these solutions neither fully tackle the issue of the quality of the judicial review carried out by the Brazilian federal courts, nor the problem of the conflicts of jurisdiction among the appeal courts.

The first initiative was a re-organization of the structure and of the tasks of ProCADE. CADE's Resolution 41 of 2005 modified the internal organization of CADE's Attorney General.<sup>63</sup> A new department of ProCADE in charge of taking care that the fines imposed by CADE were effectively paid was established by the Resolution (*Seção de Dívida Ativa e Precatórios*).<sup>64</sup> Moreover, in 2007 ProCADE concluded an agreement of technical cooperation with the SDE.<sup>65</sup> Under the terms of the agreement, in the merger cases which can be decided under the fast track procedure the ProCADE will submit an opinion to the *Plenário* of CADE concerning the payment of the filing fees by the merging parties and the compliance of the time of notification and other procedural formalities. Therefore, under the terms of the agreement, the ProCADE bound itself not to provide an additional opinion to CADE, in addition to the opinions from SDE and SEAE. This solution had the objective to avoid the overlaps among the legal opinions provided to CADE by these advisory bodies in the most simple merger cases. As a consequence, the merger review procedure would be speed up and ProCADE

<sup>63</sup> Originally ProCADE was divided in three departments: the *Coordenadoria de Estudos e Pareceres* (in charge of providing opinions to CADE in the concentration cases), the *Coordenadoria de Processos Administrativos* (it provided to CADE opinions concerning anti-competitive conducts and on a number of administrative decisions, like in the area of the public procurement competitions organized by CADE) and the *Coordenadoria do Contencioso* (in charge of representing CADE in front of the federal courts). CADE's Annual Report 2001, p. 156.

<sup>64</sup> CADE's Resolution 41, adopted on 14.09.2005, Art. 13. The Resolution has been abrogated by the Resolution n. 45 adopted on 28.03.2007, which consolidates in one text a number of previous CADE's Resolutions. The text of the Resolution is available at: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e344c44bd130f0491e3f> (accessed on 10th June 2009).

<sup>65</sup> Agreement of technical cooperation concluded between SDE and ProCADE on 19th July 2007. The text of the agreement is available at: <http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID={5C394253-B7F9-4E89-974E-CA56AC72DEBA}&params=itemID={827D7C2F-4E7C-4BF8-ABEF-6E45CC39F971};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}> (accessed on 10th June 2009).

would be able to focus its limited human resources in representing CADE before the federal courts.

In order to speed up the appeal proceedings, ProCADE has also started to promote some court settlements with the companies sanctioned by CADE. The legal basis to conclude court settlement is provided by Art. 10 (IV) of the Law 8.884/1994. The later mentions among the tasks of ProCADE that one to conclude court settlements with the sanctioned parties, subject to the prior approval of the *Plenário* of CADE. The first court settlement was negotiated by ProCADE in the case Microsoft-TBA.<sup>66</sup> CADE sanctioned the agreement of exclusive distribution concluded by Microsoft with TBA Informática, a retailer of software in the Federal District of Brasilia.<sup>67</sup> The appeal proceedings would have been lengthy and only after several years the decision of CADE would have been enforced (see the case Xerox). The court settlement promoted by ProCADE simplified and accelerated the enforcement mechanism.

CADE has also tried to promote the understanding of the competition law among the federal judges. In fact, since 2004 it has organized periodical workshops concerning competition law for the judges of the Federal District.<sup>68</sup> This initiative can help the federal judges to become more acquainted with competition law concepts. On the other hand, these events only involve the federal judges of the capital, who usually have to review the majority of the competition law cases. A future challenge for CADE will be to involve the federal judges of other Brazilian States in this kind of initiatives.

Finally, the federal courts have accepted the principle that the appellants are required to lodge the amount of the fine imposed by CADE in a temporary bank account held by the court. Art. 65 of the Law 8.884/1994 clearly provides this kind of obligation. However, when the first cartel case decided by

<sup>66</sup> CADE's Annual Report 2006, p. 85.

<sup>67</sup> The case involved the system of exclusive distribution established by Microsoft in Brazil. Microsoft had chosen TBA as the sole distributor of its software in the Federal District of Brasilia. As a consequence of the exclusivity agreement, a competitor of TBA, IOS Informática Organização e Sistemas Ltda., was excluded by the calls for tenders to provide computers to the federal agencies based in Brasilia, which required the Microsoft operating system to be installed in their computers. In 2004 CADE condemned the exclusivity clause and it imposed a fine on the companies. See the CADE's decision in the case: PA n. 08012.008024/98-49. Relatório, 1-2.

<sup>68</sup> CADE's Annual Report 2004, p. 74.

CADE was appealed (the steel cartel case),<sup>69</sup> the federal court did not require the companies to comply with such an obligation.<sup>70</sup> The court argued that the deposit of the fine in a temporary account would create *per se a periculum in mora* for the appellants. Following a judgement of the STJ in 2003 this is not the practice anymore.<sup>71</sup> Although pleas claiming the *periculum in mora* of the temporary deposit of the fine are still presented at the federal courts in Brazil by the sanctioned companies, these pleas are usually rejected by the courts.<sup>72</sup>

## 7. Conclusions: lessons for other emerging economies

The re-organization of ProCADE, the introduction of court settlements, workshops for the federal judges and the obligation for the sanctioned companies to lodge in a temporary bank account the amount of the fine, have solved some of the problems mentioned in the previous section. The rationale behind these initiatives was to avoid that the judicial review carried out by the Brazilian federal courts become an obstacle to the enforcement of the competition law in the country. During the last years, CADE/SDE/SEAE have improved the quality and the speed of their technical analysis and they have strengthened their independence from the executive branch. The Brazilian competition authorities are recognized today as one of the best NCA among the non-OECD countries.<sup>73</sup> On the other hand, the judiciary

<sup>69</sup> The case involved a price-fixing cartel established between the *Companhia Siderúrgica Nacional*, *Companhia Siderúrgica Paulista* and *Usinas Siderúrgica de Minas Gerais*. SDE started the investigations on the case in 1999. CADE took its decision sanctioning the companies on 14th April 2004. PA 08012.005924/2000-30.

<sup>70</sup> CADE's Annual Report 2006, p. 56.

<sup>71</sup> Judgement of the STJ, Recurso Especial 590.960-DF (2003/0169770-6), submitted by the UNIMED Campinas Cooperativa de Trabalho Médico.

<sup>72</sup> For instance, one of the preliminary judgements of the TRF4 in the case of *vigilantes* mentioned above, requested the appellant to comply with the obligation provided by Art. 65 of the Law 8.884/1994 by referring to the STJ judgement of 2003 in the case UNIMED. Judgement of TRF4 of 18th September 2008. EBV Empresa Brasileira de Vigilância LTDA v. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Agravo de Instrumento 2007.04.00.003701-7/SC.

<sup>73</sup> For instance, the enforcement activities of the SDE against cartels have been prized by the *Global Antitrust Review*, law review published by the International Bar Association, in June 2008. See SDE's press release: "SDE sobe no ranking das melhores autoridades de concorrência do mundo". Published on 11.06.2008. The

has not followed the same evolution of these technical bodies. The fact that private parties may exploit the slowness of the judicial proceedings in order to postpone as long as possible the execution of the administrative decision is an institutional problem faced by the majority of the emerging economies which have started to enforce actively a system of competition law. The four initiatives mentioned in the previous section had the objective to solve this issue. However, these initiatives aimed at solving this issue by limiting the scope of judicial review by the Brazilian federal courts; they aimed at improving mainly the speed, rather than the quality of the review. This was the underlining logic behind the introduction of the court settlement and the obligation for the private parties to submit the temporary payment of the fine. Due to the existence of court settlements, the tribunal loses its duty to review the NCA's decision. The latter becomes the exclusive enforcer of the competition law. A European lawyer would probably agree with the idea that the temporary deposit of the fine in the account of the court may damage the presumption of innocence of the private parties during the legal proceedings. In Brazil, on the other hand, the need to protect the presumption of innocence comes at a second stage in comparison to the need to guarantee a full and prompt execution of the decisions of the NCA. The quality and the speed of the judicial review seem two opposite goals, which are difficult to reconcile in an emerging economy like Brazil.

In relation to the question concerning the standard of review applied by the courts in reviewing the decisions of the NCA, the Brazilian case shows that this debate is still rather theoretical discussion in the majority of the emerging economies. The judgements analyzed above showed that the judges of the emerging economies try to escape from the task of reviewing the decision of the NCA. They tend to limit their analysis to the compliance of the procedural aspects by the NCA, even though the scope of their review could be broader (see the Nestlé-Garoto judgement). Alternatively, the judges confirm the assessment of the NCA without any critical evaluation of the economic evidence brought by the latter (see the Xerox judgement). From this point of view, the workshops organized during the last years in Brazil for the federal judges do not seem to be very successful to solve this issue.

---

text of the press release is available at: <http://www.mj.gov.br/sde/main.asp?View={DF282882-D0CB-4D38-98C8-0EA6B037E370}&Team=&params=itemID={2F7AD3F5-9C20-472D-99C4-05CFF707119F}%3B&UIPartUID={2218FAF9-5230-431C-A9E3-E780D3E67DFE}> (accessed on 10th June 2009).

The four initiatives mentioned above have not tackled the second issue discussed in the previous section: the conflicts of jurisdiction among the different appellate courts. One solution which could solve this problem would be the introduction of one federal court with exclusive jurisdiction to hear all the appeals to the CADE's decisions. Some emerging economies have opted for this kind of solution. For instance, the South Africa Competition Act of 1998 introduced a Competition Tribunal<sup>74</sup> and a Competition Appeal Court.<sup>75</sup> These courts have the exclusive jurisdiction to hear appeals to the decisions of the Competition Commission. The single appeal court is a good institutional solution because it ensures that fully qualified judges revise the decisions of the NCA. For instance, in South Africa every judge of the Competition Tribunal and of the Competition Appeal Court has a background in law and economics.<sup>76</sup> However, this kind of solution is valuable only in countries where a sufficient number of competition law cases are judged every year, which is not the case in the majority of the developing countries. Even in South Africa up to date there are few cases which have been appealed to the Competition Appeal Court. In fact, like in the majority of the emerging economies, during the first years of its activities, the Competition Commission focussed its enforcement priorities in the field of merger control. As a consequence, few decisions have been appealed to the Competition Tribunal and only a limited number of cases were appealed to the Competition Appeal Court. The growing number of appeals to the decisions of CADE during the last few years shows that this country would be ready for the introduction of such a specialized court.<sup>77</sup> Due to the fact that during the first years of the existence of the competition law few decisions of the NCA are appealed to court, a competition appellate court could be established at a later stage in comparison to the NCA. In addition, in some civil law countries, like Brazil, there could be procedural obstacles to the establishment of a specialized competition tribunal similar to that one existent in South Africa. An alternative

<sup>74</sup> South Africa Competition Act, Law 89, published on the *Official Journal* on 30th October 1998, notice n. 1392, Art. 26. The text of the legislation is available at: <http://www.info.gov.za/gazette/acts/1998/a89-98.pdf> (accessed on 10th June 2009).

<sup>75</sup> *Ibid.*, Art. 36

<sup>76</sup> *Ibid.*, Art. 28 and Art. 36(2).

<sup>77</sup> Such solution was already proposed in 2004 by Carlos Ragazzo, former head of SEAE and current CADE's Commissioner. However, at the time Ragazzo argued that the number of appeals to the decisions of CADE was still too limited to justify the establishment of a specialized appeal court in the field of competition law. RAGAZZO, C. The standing of the competition administrative authorities – the Judiciary in Brazil. (2004) *18 Boletim Latinoamericano de Competência*, p. 37-39.

solution could be to grant exclusive jurisdiction to one chamber of the tribunal which has jurisdiction to hear every appeal against the administrative decisions of the competition authority. For instance, the Italian competition act grants exclusive jurisdiction to the Regional Administrative Tribunal of Lazio (*Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio*, TAR) over the appeals against the decisions of the Italian competition authority (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, AGCM).<sup>78</sup> The TAR's judgements can be appealed exclusively to the Italian Supreme Administrative Court (*Consiglio di Stato*, CS).<sup>79</sup> During the last years every appeal against the decisions of the competition authority was always analyzed by the same chamber within these courts, namely the first chamber of TAR, and the sixth chamber of the CS. Consequently, even if these chambers are not specialized competition tribunals like those ones of South Africa, these chambers have developed during the last years an expertise in the field of competition law. Their judgements have clarified some unclear aspects of the Italian competition act,<sup>80</sup> and the quality of their judicial review has improved over the years. After a first phase in which the TAR and the CS upheld every decision of the competition authority without entering into the merits of the decision, today the TAR and the CS review aspects such as the correct definition of the relevant market and of the market power by the com-

<sup>78</sup> Italian law n. 287, adopted on 10th October 1990, Article n. 33(1). The text of the legislation is available at: <http://www.agcm.it/> (accessed on 10th June 2009).

<sup>79</sup> Available at: <http://www.giustizia-amministrativa.it/> (accessed on 10th June 2009).

<sup>80</sup> For instance, through its case law the CS has limited the involvement of the National Regulatory Authorities (NRA) in the enforcement of the competition act. Under Art. 20 of the Law 287/1990, the Italian NCA should ask the opinion of the competent NRA when the competition law investigations concerned a regulated sector. For instance, in the judgement 5640/2002 the CS ruled that the AGCM could undertake investigations on anti-competitive conducts involving banks and insurance companies, even though Art. 20(2) of the Law 287/1990 provided that in the banking sector the Bank of Italy enforced the competition law. According to the CS, due to the fact that the present case concerned an agreement between banks and insurances, the overlapping jurisdiction of the AGCM and of the Bank of Italy could lead to diverging results. Due to the fact that the jurisdiction of the Bank of Italy within the competition act was an exception to the general rule which granted exclusive jurisdiction to the AGCM to enforce the competition act, in that case the competence of the Bank of Italy should be excluded. This case law was important; in fact in 2006 the Law 287/1990 was amended and Article 20(2) of the Law 287/1990 was abrogated, by thus eliminating any competence of the Bank of Italy in enforcing the competition act.

petition authority.<sup>81</sup> This improvement was achieved due to the fact that the judges of the same chamber reviewed every decision of the AGCM appealed to court. Even though there are important differences between the Brazilian and the Italian legal systems (e.g. in Brazil there is no system of administrative courts) a number of lessons could be drawn from the Italian experience. In the countries where the establishment of a specialized competition tribunal would not be feasible, due to the procedural problems or due to the excessive costs connected with the establishment such an institution, an alternative solution could consist in granting exclusive jurisdiction to one court already present in the country and within this tribunal every appeal against the NCA's decisions should be judged by the same chamber.

The case of Brazil is a good example of the problems which may rise in an emerging economy where competition law starts to be actively enforced by the local NCA and where, as a consequence, the judiciary becomes more involved in the enforcement of the competition law. The main issues which can rise are related to the low quality of the judgements of the appeal courts, the conflicts of jurisdiction among different appeal courts and the slowness of the judicial proceedings, which may hamper the execution of the NCA's decisions. The initiatives undertaken in Brazil during the last years mainly aimed at solving the last problem. However, the acceleration of the time of judicial review does not improve the quality of the judgements and it may put at risk the presumption of innocence of the defendant during the judicial proceedings. This article has argued that the problems mentioned above could only be solved effectively through the establishment of a specialized appellate court with jurisdiction on every appeal against the NCA's decisions. Obviously, such a solution should be evaluated in the light of the procedural rules present in every country. Moreover, due to the low number of decisions adopted by the NCA during the first years of existence of the competition law, this institution could be established at a later stage in comparison to the NCA. Only when the NCA starts to actively enforce the competition law, the cost of establishment of such a specialized court may be justified by the higher number of appeals to the NCA's decisions. Alternatively, the identification of a chamber within a tribunal not specialized in competition law could also be a feasible solution.

<sup>81</sup> Initially the CS and the TAR reviewed the compliance by the AGCM of the procedural requirements provided by the competition act. This situation changed with the judgement of the CS 2199/2002. Following the case law of the ECJ and of the CFI, in this judgement the CS stated for the first time that the duty of the administrative judge was that one to verify the truthfulness of the facts relied as evidence by the AGCM and to check the logicity of the AGCM's decision.

# POLÍTICAS DE LIBERALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE SERVIÇOS (“GATS”) COM REGULAÇÃO REDISTRIBUTIVA: UM BOLERO DE RAVEL?\*

*Umberto Celli Junior\*\**

**Resumo:** A crise sem precedentes por que passa a economia internacional, provocada, em larga medida, pelo apego irrestrito a certos dogmas neoliberais, reforça a tese da necessidade de regulação da economia. O setor de serviços, em face de suas características, não pode ser compreendido sem que se leve em consideração a importância de um quadro regulador bem estruturado e afinado com as necessidades de inclusão social da população dos países em geral. As reflexões sobre regulação redistributiva no setor de serviços podem servir de inspiração à adoção de mecanismos de controle e fiscalização de certas atividades econômicas e financeiras movidas pela fé inabalável na capacidade de autorregulação dos mercados.

**Palavras-chave:** Comércio de Serviços; GATS; Liberalização; Regulação; Regulação Redistributiva; *Policy Space*.

**Abstract:** The unprecedented crisis affecting the international economy caused, to a large extent, by the unconditional faith in certain neoliberal dogmas, reinforces the need for the economic regulation. Given its special nature, one cannot fully understand the services sector without taking due regard of the importance of a regulatory framework well structured and attuned with social inclusion needs of countries population as a whole. The reflections on a redistributive regulation in the services sector may eventually inspire the adoption of control and monitoring mechanisms on certain financial and economic activities which have been operating based on the immovable faith in the self-regulation ability of the markets.

**Keywords:** Trade in Services; GATS; Liberalization; Regulation; Redistributive Regulation; *Policy Space*.

---

\* Dedico este artigo ao Professor Fernando Herren Aguillar por seu conhecimento, sua seriedade e sua capacidade e, acima de tudo, por sua dedicação incansável à causa acadêmica.

\*\* Professor livre-docente de Direito Internacional da USP.

## 1. Introdução

Em anos recentes, a arguição feita por países em desenvolvimento (PED) em foros multilaterais em favor da reafirmação do direito de regular setores de suas economias com o propósito, entre outros, de manter o *policy space* (isto é, espaço para fazer políticas públicas) foi combatida com veemência por economistas e juristas neoliberais que se recusavam a admitir que a abertura comercial não havia sido suficiente para gerar desenvolvimento, corrigir assimetrias econômicas e, o que é mais relevante, diminuir a pobreza.

O modelo ortodoxo de liberalização comercial parece ter eclipsado muitas das perspectivas dos PED sobre como usar de modo efetivo esse espaço para regulação. Para seus defensores, o encolhimento do espaço político para os governos dos PED na área de políticas comerciais (e industriais) seria, de fato, algo bom, pois evitaria que tais países cometessem erros ao adotarem políticas onerosas quer por crenças enganosas no intervencionismo quer devido às políticas de grupos de interesse.

A (re)introdução na agenda multilateral e, em particular, na *built in agenda* do GATS do tema relacionado à necessidade de manutenção do espaço para adotar políticas públicas e de regulação voltadas ao desenvolvimento constituiria para economistas e juristas neoliberais um retrocesso ou a retomada de um protecionismo nos moldes de algumas décadas atrás. Para alguns deles, a insistente defesa da importância do tema da regulação e do *policy space* para os PED guardaria grande similaridade com um “bolero de Ravel”, ou seja, não poderia haver algo mais tocado e mais desgastado pelo tempo.

A crise do sistema financeiro global internacional, com epicentro nos Estados Unidos, provocada pela inabalável crença na capacidade do mercado de autorregular-se, na regulação mínima ou na desregulação do mercado e da economia, colocou em xeque alguns dos dogmas neoliberais. Na reunião de cúpula do G-20, realizada em Washington em novembro de 2008, ficou acordado um rol de medidas visando a tornar viável uma maior regulação e supervisão dos mercados financeiros em nível global.

Quando a crise financeira atingiu a chamada economia real, ou seja, resultou em desaceleração de investimentos, queda da produção, importação e exportação, escassez de crédito e desemprego, aumentou a percepção na sociedade internacional de que o mercado necessita de mecanismos eficazes de controle e de proteção contra a ganância e a irresponsabilidade de alguns

investidores e especuladores de todos os matizes e de governantes que não têm qualquer tipo de compromisso com o desenvolvimento sustentável, o bem-estar e a inclusão social de suas populações. A regulação dos mercados voltou a ser defendida também por aqueles que até bem pouco tempo a viam como um retrocesso, um instrumento de intervenção do Estado prejudicial ao crescimento da economia.

Na reunião do G-20 também ficou acordado que seriam retomados os esforços para destravar a Rodada Doha da Organização Mundial do Comércio (OMC), uma vez que a liberalização comercial poderia funcionar como um antídoto contra a crise. De fato, o incremento do comércio internacional de bens e serviços será crucial para amenizar essa crise financeira e econômica sem precedentes. As negociações da Rodada Doha precisam ser concluídas. Em julho de 2008, os Membros não conseguiram chegar a um acordo para fechá-la. Enquanto no setor de bens não agrícolas (*Non-Agricultural Market Access* – NAMA), alguns Membros como a Argentina, além de terem se oposto ao percentual de abertura negociado, pleitearam tratamento especial para os denominados setores ou produtos sensíveis, em agricultura, a Índia, entre outros, demandou maior proteção por meio da adoção de mecanismos especiais de salvaguardas. No setor de serviços, embora o nível de ambição fosse bem menor, os Membros demonstraram disposição de avançar nas negociações sobre regulamentação doméstica e apresentar ofertas de compromissos em alguns setores.

A retomada das negociações da Rodada Doha ocorrerá nesse cenário pós-crise, no qual os excessos do liberalismo comercial e econômico e do mito do poder infalível de autorregulação do mercado deverão servir como reflexão para a adoção de novos rumos. Tanto o sistema financeiro quanto o econômico-comercial necessitam de regulação, de normas de controle e de fiscalização, sobretudo para assegurar a correção de assimetrias e proporcionar desenvolvimento sustentável.

Essa questão, aliás, é antiga na área do GATS. Afinal, o comércio de serviços contém setores sensíveis do ponto de vista das economias dos PED, mas que, se bem geridos e administrados, terão um enorme potencial de inclusão social. Nas negociações do GATS, a correção de assimetrias e a geração de desenvolvimento sustentável com alto índice de inclusão social só podem ocorrer se os PED dispuserem de espaço e autonomia para utilizar políticas ativas e instrumentos de política para promover sua capacidade de fornecimento de serviços, ampliar os processos de assimilação de novas tecnologias e buscar competitividade.

O objetivo deste artigo é exatamente demonstrar como essas reflexões sobre regulação, autonomia regulatória e espaço para condução de políticas públicas, que ora têm sido resgatadas por conta de uma crise financeira e econômica internacional sem precedentes, estiveram, ou, pelo menos, deveriam ter estado, subjacentes a qualquer programa viável de liberalização no âmbito do GATS. Essas reflexões podem ainda servir de estímulo à adoção de novos parâmetros de controle e fiscalização de alguns setores da economia.

## **2. Conflito potencial entre regulação nacional e liberalização do comércio internacional de serviços**

Um aspecto relevante do GATS relaciona-se à capacidade dos Membros de regular e introduzir novas regulamentações sobre serviços dentro de seus territórios para atingir seus objetivos nacionais. À medida que a liberalização do comércio de serviços pode resultar na limitação da autonomia reguladora ou legislativa interna dos Membros, na hipótese de as obrigações do GATS requererem a abolição ou a alteração de certas normas e regras e sua aplicação, constata-se um conflito potencial entre o direito de regular e o processo de liberalização. Isso parece indicar que a política nacional de regulação requer um reconhecimento especial *vis-à-vis* a liberalização do comércio.

### *2.1 Regulação*

O termo regulação, como lembram Baldwin e Case,<sup>1</sup> não possui conceito universalmente aceito. Tem distintos significados do ponto de vista político, econômico e jurídico, que, além disso, variam de país para país. De modo geral, a regulação é vista como uma atividade que restringe comportamentos e coíbe a ocorrência de certas práticas indesejáveis (*red light concept*). A regulação também pode ter por escopo viabilizar ou facilitar certas atividades (*green light concept*), como, por exemplo, o controle da utilização do uso de frequências para a prestação de alguns serviços de telecomunicações, sem o qual a própria comunicação se tornaria impossível. Nenhum desses conceitos, contudo, permite identificar a real abrangência, a influência e o impacto que a regulação pode exercer sobre a atividade econômica.

Dois enfoques substancialmente diferentes entre si, mas que contêm alguns elementos comuns, podem ser utilizados para a verificação do alcance

<sup>1</sup> Ver, a respeito: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 2.

e do significado da regulação. No primeiro deles, a regulação consiste fundamentalmente no processo de elaboração de normas voltadas à promoção de objetivos econômicos e sociais específicos, cabendo a agências reguladoras independentes o exercício dessa função. Nesse contexto, distingue-se claramente o papel do Estado enquanto agente regulador de outras atividades governamentais tradicionais, tais como o bem-estar social, a distribuição de riqueza e o planejamento estratégico. O objetivo da regulação é predominantemente corrigir eventuais falhas do mercado; o Estado intervém apenas para ampliar e não para substituir os processos ou atores desse mercado. Políticas de redistribuição estariam normalmente fora do escopo da regulação. Esse modelo de regulação desenvolveu-se e consolidou-se principalmente nos Estados Unidos.

O segundo enfoque ou modelo é mais abrangente, porque incluiria atividades governamentais típicas associadas às do Estado regulador. À diferença do primeiro enfoque, a regulação não teria como escopo primordial a correção das falhas do mercado. Teria metas de distribuição (i.e., repartição da riqueza) e outros objetivos de política social e econômica. Esse modelo caracteriza-se por intervenção governamental mais intensa nos processos de mercado, muitas vezes até visando a eles se sobrepor. A participação do Estado em empresas e incentivos à economia, bem como o planejamento econômico e de desenvolvimento são tidos como instrumentos legítimos de regulação. Sua adoção tem ocorrido com maior frequência em muitos países europeus e PED.<sup>2</sup>

De fato, com algumas nuances, esse é o modelo mais adequado para os PED. Não basta apenas uma regulação cujo objetivo seja primordialmente corrigir falhas do mercado. A intervenção estatal via regulação é um importante instrumento de desenvolvimento.<sup>3</sup> Não nos moldes clássicos em que

<sup>2</sup> KRAJEWSKI, Markus. *National regulation and trade liberalization in services: the legal impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on national regulatory autonomy*. Haia/London/New York: Kluwer Law International, 2003, p. 1-2.

<sup>3</sup> Em artigo intitulado “Retorno ao pêndulo”, Antonio Luiz M. C. Costa sublinha que, “a cada trinta anos, mais ou menos, trocam-se as ideologias sobre a ação do Estado na economia”. A crise financeira que assolou os Estados Unidos em 2008 tem provocado reflexões sobre a necessidade de maior intervenção do Estado para, entre outros aspectos, “remediar a falta de regulamentação do setor financeiro”. “Mais recentemente, o francês Dominique Strauss-Kahn, diretor-gerente do FMI, apelou aos demais governos com recursos para tanto que não se limitem à política monetária

o Estado assumia funções empresariais e impedia a livre concorrência com setores da iniciativa privada. No caso de serviços, assim como foi no setor industrial, são necessárias políticas de desenvolvimento que não afastem o setor privado, mas que criem um ambiente de concorrência em benefício da população e, principalmente, que assegurem a redistribuição de renda<sup>4</sup> e o acesso universal a serviços essenciais.

A regulação consistiria, assim, em um processo de influenciar, controlar e orientar atividades econômicas ou privadas por meio de políticas ou medidas governamentais. Seu propósito seria, pois, assegurar a implantação de políticas públicas de proteção a consumidores e a usuários, de estímulo à concorrência, de apoio à capacitação de fornecedores domésticos ou nacionais e de proteção ambiental, entre outras. Mais importante ainda, a regulação teria por escopo assegurar o acesso universal aos serviços essenciais, particularmente dos segmentos mais pobres, vulneráveis e marginalizados da sociedade. Em suma, o objetivo último da regulação seria o de endereçar questões relacionadas à redistribuição de renda, à equidade, à acessibilidade, à qualidade e à segurança dos serviços. Isso não excluiria a necessidade de cuidar também da correção das falhas do mercado e da busca por maior eficiência econômica dos prestadores de serviços.<sup>5</sup>

---

e recorram a políticas fiscais anticíclicas: ‘A necessidade de intervenção pública na economia está ficando mais evidente’, disse ele ao *Jornal Financial Times* em 7 de abril”. *Revista Carta Capital*, ano XIV, n. 492, 23 abr. 2008, p. 23-26. Luiz Carlos Bresser-Pereira, em artigo intitulado “Fim da onda neoliberal”, publicado no jornal *Folha de S. Paulo*, p. B-2, de 21 abr. 2008, assim se manifestou: “Chegou ao fim a onda ideológica neoliberal que dominou o mundo nos últimos 30 anos no quadro da hegemonia americana. Dois fatos ocorridos nas últimas semanas marcaram esse fim inglório; de um lado, o socorro do banco de investimento Bear Stearns; de outro, as revoltas populares em vários dos 33 países hoje seriamente atingidos pelo aumento do preço dos alimentos”. Para um estudo aprofundado sobre a evolução dos processos de regulação ver: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico – do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>4</sup> Como observado por Calixto Salomão, é “na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

<sup>5</sup> Nesse tocante, Calixto Salomão ressalta que nunca “será possível coordenar convenientemente princípios como, por exemplo, os da livre-iniciativa e da justiça social se ao último for dada uma interpretação meramente compensatória, ou seja, de que é preciso preservar a liberdade empresarial, compensando grupos menos favorecidos pelas injustiças (sociais) causadas pelo funcionamento natural do sistema”. Uma

Daí ser fundamental e, mais do que isso, condição para a liberalização internacional do mercado de serviços, a manutenção da autonomia reguladora e do *policy space* dos Membros.

## 2.2 *As duas faces do processo de liberalização*

O termo liberalização pode ser entendido como um processo cujo objetivo é estabelecer um mercado mais aberto e competitivo. Isso requer a remoção de barreiras e obstáculos à entrada nesse mercado, bem como a introdução de um regime de livre concorrência. Essa remoção de barreiras e obstáculos pode compreender tanto a adaptação de um sistema normativo, o que implicaria uma redução no conjunto de normas e regras vigentes, como a substituição desse sistema por outro com características bem distintas.

Nessa perspectiva, verifica-se um conflito potencial entre a liberalização e a regulação. Há, contudo, situações em que determinadas práticas comerciais do setor privado resultam na criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, o que gera a necessidade de regulação do mercado, especialmente no tocante à edição de regras de concorrência. Ocorre, assim, um fortalecimento mútuo dos dois processos, o de regulação e o de liberalização do mercado.

---

perspectiva que não seja compensatória, diz ele, “mas, sim, estruturalista, permite dar, se não mais precisão, ao menos mais materialidade à coordenação entre princípios. Assim, identificar instrumentos regulatórios que interfiram e modifiquem as estruturas de poder econômico, disciplinem e orientem a forma de funcionamento das empresas públicas e privadas nos setores regulados, pode ajudar a impedir que o funcionamento normal do sistema econômico leve à produção de desequilíbrios econômicos e sociais”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 16. Esse enfoque da regulação com viés claramente social parece também ser partilhado por outros autores brasileiros, entre os quais Diogo Coutinho. Para ele, a “noção de regulação pode admitir um viés redistributivo, especialmente se um pano de fundo típico a países em desenvolvimento for estendido”. Em sua análise sobre regulação, Coutinho, após citar autores que traçam uma distinção entre regulação econômica e regulação social, tais como Antony Ogus e Christopher Foster, assinala que “países em desenvolvimento podem e devem ver na regulação uma forma de cumprir, dentro de certos limites a respeito dos quais deve haver discussão ampla, uma certa ‘tarefa inacabada’ do Estado desenvolvimentista, submetido em grande escala a processos de privatização orientados por lógicas de curto prazo...”. Cf. COUTINHO, Diogo R. Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento, *Revista Direito GV*, v. 2, 2005, p. 137-160.

A liberalização do mercado tem duas faces: a interna e a internacional. Enquanto a liberalização interna visa a assegurar um mercado competitivo para os agentes econômicos domésticos, a liberalização internacional tem por escopo criar um ambiente competitivo para empresas estrangeiras. Contudo, na prática, muitas vezes, seus efeitos são coincidentes, razão pela qual nem sempre essas duas faces são facilmente diferenciáveis. Por exemplo, a legislação de muitos países (independentemente das esferas de poder) estabelece uma série de requisitos (e.g., testes de necessidade econômica) para que uma loja de departamentos possa operar, o que pode ser visto como um obstáculo ao comércio de serviços varejista. Tais requisitos ou obstáculos aplicam-se tanto a operadores domésticos quanto a estrangeiros. A revogação desses requisitos implicaria simultaneamente uma liberalização interna e internacional.

Por outro lado, também é certo que, em teoria, essas duas faces não coincidem necessariamente. O mercado de um determinado país pode ser amplamente aberto para operadores domésticos, dispondo de um ambiente de competitividade e concorrência, e altamente restritivo ao acesso de operadores estrangeiros. Da mesma forma – e menos comum –, pode esse mercado ser relativamente restritivo para agentes domésticos e aberto a operadores estrangeiros. Mas, como lembra Krajewski, é muito mais complicado para o governo de um país manter essa política. Usualmente, diz ele, “abrir o mercado para prestadores de serviços estrangeiros requer a liberalização interna por razões de natureza legal, política e prática”. Assim, sustenta o autor, “na prática, a liberalização internacional frequentemente coincide ou reforça a liberalização interna”. Essa relação é muito visível no GATS, já que a liberalização do comércio de serviços “pode requerer a abolição de algumas barreiras regulatórias, o que contribui para a liberalização interna”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> KRAJEWSKI, Markus. Op. cit, p. 5-6. (“... opening a market to foreign service suppliers also requires domestic liberalization because of legal, political and practical reasons. (...) international liberalization often coincides or reinforces domestic liberalization in practical terms. (...) [L]iberalization of trade in services may demand the abolishment of some regulatory measures and may hence contribute to domestic liberalization”). Acrescente-se, ainda, que, em março de 2003, o CCS regulamentou mecanismo denominado de liberalização autônoma, por meio do qual os Membros podem assumir compromissos setoriais por vontade própria, independentemente de negociações na OMC. No entanto, esse mecanismo tem sido muito pouco utilizado pelos Membros.

### 2.3 Desregulamentação e privatização

Há dois conceitos costumeiramente associados aos contextos de liberalização e de regulação: a desregulamentação e a privatização. Não se observa, no entanto, muita clareza no tocante à relação entre eles.

A desregulamentação pode ser vista como um processo que visa a reduzir a quantidade e a densidade de normas e regras, de forma a permitir menos interferência estatal na economia ou sobre as forças de mercado. Nesse cenário, as normas e as regras seriam mais simples, transparentes e eficazes. Este último componente (i.e., normas e regras mais simples, transparentes e eficazes) sugere que a desregulamentação não é caracterizada apenas pela redução da quantidade de normas e regras, mas também pela substituição delas por outras com viés menos intervencionista.<sup>7</sup> Esse processo de substituição pode ser denominado de “re-regulação” ou “reforma regulatória”. Desregulação ou desregulamentação, assinala Krajewski, “refere-se à redução ou eliminação da regulação, enquanto re-regulação ou re-regulamentação significa a introdução de novas regras em área já desregulada ou desregulamentada”. Na prática, contudo, esses processos coincidem com muita frequência.<sup>8</sup>

De qualquer modo, constitui a desregulação ou desregulamentação processo intimamente relacionado a políticas de liberalização, que é estimulado ou promovido por “setores vinculados ao sistema capitalista transnacional” – para usar a expressão de José Eduardo Faria –, que, por disporem de condições de atuar na “economia-mundo”, pressionam o Estado a melhorar e ampliar as condições de “competitividade sistêmica”. Entre outras pretensões, eles reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção dos programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implantação de outros projetos de “deslegalização” e “desconstitucionalização”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Para Fernando Herren Aguillar, a desregulamentação “é apenas uma nova forma de regulação (...), e não menos política do que qualquer regulação normativa concentrada. E assim é também porque a desregulamentação é patrocinada pelo Estado, que escolhe, circunstancialmente, omitir-se em determinados segmentos da vida social e, ao fazê-lo, permite que tais setores sejam controlados por outrem. Trata-se de uma desconcentração regulatória normativa em seu grau mais elevado”. Op. cit., p. 209.

<sup>8</sup> Idem, p. 8. (“Deregulation refers to the reduction or elimination of regulation, while re-regulation means the introduction of new regulations in a deregulated area.”)

<sup>9</sup> Ver FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 25-26.

Se de um lado a redução de normas e regras, muitas vezes, propicia maior abertura de mercado e ampliação das condições de “competitividade sistêmica”, de outro sua abolição não conduz necessariamente ao estabelecimento de concorrência efetiva, especialmente em um contexto de privatização. Além disso, a pura desregulamentação frequentemente implica não somente maiores dificuldades de acesso a serviços essenciais (i.e., com preços bem acima do poder aquisitivo da maioria da população), como também distribuição desigual de renda e riqueza.<sup>10</sup>

Já a privatização, como observa Cristiane Derani, consiste na transferência de um serviço realizado pelo poder público para o poder privado e também na transferência da propriedade de bens de produção públicos para o agente econômico privado. Pela primeira modalidade, diz ela, “a titularidade do serviço continua sendo do poder público, mas seu exercício é transferido para o agente privado”. Outro modo de transferência de poder público ao poder privado caracteriza-se pela venda de ativos pelo Estado, com sua consequente retirada da atividade produtiva que desempenhava.<sup>11</sup>

No setor de serviços, o processo de privatização deve inserir-se em um contexto de política econômica geral desenhada por autoridades governamentais, cuja eficácia depende, em larga medida, de reformas ou ajustes regulatórios que assegurem o estabelecimento e a manutenção da concorrência, bem como o acesso universal àqueles considerados essenciais. São justamente essas condições ou requisitos de eficácia que aproximam, na prática, as políticas de liberalização e de privatização.

### **3. *Built in agenda do GATS: espaço para recalibração de prioridades e valores***

Referências às necessidades específicas dos PED e dos países de menor desenvolvimento econômico (*Least Developed Countries* – LDC) permeiam boa parte dos Acordos que compõem a OMC. Nos termos do parágrafo segundo do Preâmbulo de seu Acordo Constitutivo, um dos objetivos da

<sup>10</sup> KRAJEWSKI, Markus. Op. cit., p. 8.

<sup>11</sup> DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos – as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 110. No tocante à transferência do exercício de atividade do setor de serviços para o agente privado, a autora apoia-se no artigo 175 da Constituição Federal, que dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

OMC é realizar esforços positivos para que os países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento econômico relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico.

O Artigo 66 do *Trade Related Intellectual Property Rights* (TRIPS), por exemplo, isenta os LDC do cumprimento de certas obrigações durante determinado período, em “virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável...”. O próprio GATS, em seu Artigo IV, estabelece que a “participação crescente dos países em desenvolvimento no comércio mundial será facilitada mediante compromissos específicos negociados pelos diferentes Membros...”.

Apesar disso, não há dúvidas de que, como assinalam Hoekman et al., “em larga medida as regras da OMC refletem os ‘interesses’ dos países ricos: elas são menos rigorosas no tocante a políticas de distorção favorecidas por esses países, além de espelharem amplamente as (*best practice*) disciplinas que ao longo do tempo foram postas por eles em vigor.

“Assim” prosseguem eles, “a latitude muito maior que existe na OMC para o uso de subsídios à agricultura, por exemplo, reflete o uso de tais políticas de apoio em muitos países em desenvolvimento. O mesmo é verdade no que se refere ao enfoque permissivo que, historicamente, eles têm adotado no uso de quotas de importação sobre os produtos têxteis – o que, em princípio, foi proibido pelas regras do GATT. Mais recentemente, a inclusão de regras de proteção aos direitos de propriedade intelectual tem levado à percepção de que o contrato da OMC continua desequilibrado”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Ver a respeito: HOEKMAN, Bernard; MICHALOPOULOS, Constantine; WINTERS, L. Alan. Special and differential treatment of developing countries in the WTO: moving forward after Cancún, *The World Economy*, v. 27, n. 4; GREENWAY, David; WHALLEY, John (ed.). Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004, p. 482. (“[To] a significant extent WTO rules reflect the ‘interests’ of rich countries: they are less demanding about distortionary policies that are favoured by these countries and they largely mirror the (‘best practice’) disciplines that have over time been put in place by them. [Thus] the much greater latitude that exists in the WTO for the use of agricultural subsidization, for example, reflects the use of such support policies in many developed countries. The same is true for the permissive approach that has historically been taken towards the use of import quotas on textile products – which in principle was prohibited by GATT rules. More recently, the inclusion of rules on the protection of intellectual property rights has led to perceptions that the WTO

Esse desequilíbrio da OMC, na visão de Rabih Nasser, é reflexo da ideologia econômica liberal que predomina no sistema multilateral de comércio. Para ele, a regulação de diversos temas como propriedade intelectual, comércio de serviços, subsídios e consolidação de patamares máximos para tarifas de importação aplicáveis ao comércio de bens tem por objetivo impedir que os participantes do sistema ajam de forma incompatível com os predicados dessa ideologia econômica, mesmo que haja a percepção interna de que isso é necessário para o desenvolvimento.

Em consequência, assinala o autor, “as opções de que dispõem os países em desenvolvimento no que se refere à promoção de políticas de desenvolvimento são reduzidas pelo disposto nesse regime jurídico, que delinea os princípios que devem ser observados por todos”.

A conclusão a que chega Nasser é a de que as restrições à liberdade dos países de adotarem políticas de incentivo ao desenvolvimento têm o efeito de perpetuar uma situação de desequilíbrio nos níveis de desenvolvimento dos países integrantes do sistema multilateral de comércio. Esse resultado é diametralmente oposto ao objetivo traçado no Acordo Constitutivo da OMC de que “os países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico”.<sup>13</sup>

A OMC, na realidade, tem funcionado de modo inconsistente com seu próprio mandato. Assegurar o pleno emprego e aumentar padrões de vida certamente não constituem referências ou padrões de avaliação dos países desenvolvidos quando pressionam a agenda de negociações na Rodada Doha. O sistema tem operado, portanto, com base na crença de que os princípios (neo)liberais serão *de facto* a melhor política de desenvolvimento para os PED, enquanto os próprios países desenvolvidos buscam o maior número possível de alternativas para proteger seus setores sensíveis. Como diz Aileen Kwa, o

---

contract continues to be unbalanced”). Em outro texto sobre o assunto, Hoekman ressalta que, no “final dos anos 90, muitos países tinham chegado à conclusão de que a OMC estava desequilibrada, o que refletia, inter alia, numerosos problemas e questões relacionados à implementação”. ([By] “the end of the 1990s many countries had come to the view that the WTO was unbalanced, reflected, inter alia, innumerable implementation – related issues and concerns”). HOEKMAN, Bernard. Operationalizing the concept of policy space in the WTO: beyond special and differential treatment, *Journal of International Economic Law*, 8 (2) , p. 410, 2005.

<sup>13</sup> NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 84-113.

sistema “não optou por refletir acerca da agora clara evidência empírica das falhas das políticas neoliberais e, portanto, não permitiu uma recalibração de suas prioridades, valores e modos de funcionamento”.<sup>14</sup>

A recalibração das prioridades, dos valores e dos modos de funcionamento do sistema multilateral implicaria a efetiva inclusão de temas relacionados a questões sociais e de desenvolvimento, que não podem ser dissociados do objetivo de liberalização do comércio internacional. Essa recalibração é necessária como forma de corrigir ou, pelo menos, diminuir o desequilíbrio operacional do sistema em favor dos países desenvolvidos.

É fato que as opções de que dispõem os PED no que se refere à promoção de políticas de desenvolvimento foram reduzidas pelo disposto no regime jurídico da OMC. As normas da OMC limitaram, em maior ou menor intensidade, a flexibilidade dos Membros quanto à escolha dos instrumentos que podem ser usados na implantação de objetivos de políticas de desenvolvimento. Quando não limitaram expressamente, deixaram em aberto essa possibilidade, qual seja a de restrição do direito dos Membros de regular ou legislar, ou, posto de outra forma, de fazer políticas públicas (*policy space*) como muitos dos Membros, sobretudo os desenvolvidos, fizeram no passado.

Essa limitação aparece com maior clareza nos Acordos TRIPS, *Trade Related Investment Measures* (TRIMS) e *Subsidies and Countervailing Measures* (SCM), entre outros. Nesse tocante, Howse e Teitel assinalam que vários dos Acordos que compõem a OMC “contêm restrições à capacidade dos Membros [da OMC] de usar instrumentos de política interna, seja no caso de licença compulsória no caso do TRIPS, ou subsídios para alimentos no caso do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM), seja no Acordo sobre Agricultura, ou no que respeita medidas de política industrial, tais como exigências de conteúdo local”.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> KWA, Aileen. Rethinking the trading system. *Dialogue on Globalization*, n. 32. Geneva: Friedrich Ebert Stiftung, jun. 2007, p. 28. (“[The system] has not chosen to reflect on the now clear empirical evidence of the failures of neo-liberal policies, and has not accordingly allowed itself to recalibrate its priorities, values and ways of functioning”.)

<sup>15</sup> Ver HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti G. Beyond the divide: the covenant on economic, social and cultural rights and the World Trade Organization, *Dialogue on Globalization*, n. 30. Geneva: Friedrich Ebert Stiftung, abr. 2007, p. 12. (“[Various WTO treaties] contain constraints on the ability of WTO Members to use domestic policy instruments, whether compulsory licensing in the case of TRIPS, subsidies

No caso do TRIPS, as limitações contidas em seu artigo 8.º no tocante à adoção de medidas “necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu [dos Membros] desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico...”, quase provocaram um contencioso entre Brasil e Estados Unidos na OMC. O governo brasileiro, em face do disposto no artigo 71 de sua Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279, de 14 de maio de 1996), cogitou outorgar licença compulsória para exploração da patente de certos medicamentos de combate à AIDS. Os Estados Unidos, pressionados por poderosos conglomerados da indústria farmacêutica, reagiram com veemência, sob a alegação de que tal medida seria contrária às disposições do artigo 8.º do TRIPS.<sup>16</sup>

No entanto, a Declaração de Doha de 2001 sobre o TRIPS e Saúde Pública enfatizou que o Acordo deverá ser interpretado e implementado de modo a garantir a proteção da saúde pública e a promoção de amplo acesso a medicamentos nos Membros. Segundo assinala Maristela Basso, a Declaração vai além da mera interpretação do artigo 8.º; “quando apresenta interpretação extensiva de garantia pelos Estados Membros com relação aos objetivos do TRIPS relacionados à saúde pública”.<sup>17</sup> A Declaração acabou reforçando a

---

including food subsidies in the case of Subsidies and Countervailing Measures (SCM) Agreement and the Agreement on Agriculture, or industrial policy measures such as local content requirements”).

<sup>16</sup> Estabelece o artigo 71 da Lei de Propriedade Industrial Brasileira: “Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular”. Já o art. 8.º do TRIPS prevê: “1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo. 2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia”.

<sup>17</sup> BASSO, Maristela. Intervention of health authorities in patent examination: the Brazilian practice of the prior consent. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva*

tese do Brasil segundo a qual questões de saúde pública não se subordinam ao TRIPS, o que, de certa forma, desestimulou o governo norte-americano a iniciar processo contencioso na OMC, de resto desnecessário, até porque o Brasil, à época, não chegou a decretar o licenciamento compulsório de patente.

Seja como for, o caso é ilustrativo do conflito potencial entre a capacidade dos Membros de adotar políticas públicas e as normas do TRIPS. O TRIPS é mais restritivo ainda no que se refere à possibilidade de transferência de tecnologia aos países em desenvolvimento, como observado em relatório da Comissão de Direitos Humanos da ONU:

“Conceder jurisdição internacional à OMC sobre TRIPS restringiria, não liberalizaria, direitos de propriedade intelectual. Esse processo irá criar provavelmente monopólios globais que irão beneficiar corporações transnacionais em detrimento do interesse público. A proteção aos direitos de propriedade intelectual tornará impossível a disseminação da informação sobre a produção de invenções, mesmo nas áreas relativas a tecnologias aparentemente comprometidas com a ecologia e saúde”.<sup>18</sup>

O Acordo TRIMS não define medidas de investimentos relacionadas ao comércio. Fornece apenas no Anexo I uma lista ilustrativa de medidas que, nos termos do parágrafo 2.º do artigo II, são incompatíveis com a obrigação de conferir tratamento nacional consignada no parágrafo 4.º do artigo III, e

---

*Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 75. (“[The Doha Declaration on TRIPS and Public Health, of 2001, goes beyond the mere reiteration of articles 7 and 8 of the TRIPS] when it presents an extensively guaranteed interpretation by the Member States with regards to the objectives of the TRIPS concerning public health”.)

<sup>18</sup> (“Granting WTO international jurisdiction over TRIPs would restrict, not liberalize, intellectual property rights. This process is likely to create global monopolies beneficial to TNCs [corporações transnacionais] at the cost of public interest. The protection of intellectual property rights would render impossible the dissemination of information on the production of new inventions, even in the area of ecologically sound technologies and health”.) Comissão de Direitos Humanos da ONU. Relatório do Secretário Geral. “The Realization of Economic, Social and Cultural Rights. The impact of the activities and working methods of transnational corporations on the full enjoyment of all human rights, in particular economic, social and cultural rights and the right to development, bearing in mind existing international guidelines, rules and standards related to the subject matter.” E/CNSub.2/1996, p. 69 c), apud Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 41.

com a obrigação de eliminação geral das restrições quantitativas previstas no parágrafo 1.º do artigo XI, do GATT, a saber: (i) exigência de aquisição pelo investidor de produtos locais na produção (conteúdo local); (ii) limitação das importações a um percentual das exportações; (iii) restrições ao acesso de divisas estrangeiras e a importações; e (iv) imposição de metas ou compromissos de exportação (desempenho exportador).<sup>19</sup>

Carreau e Juillard extraem duas consequências dessa lista ilustrativa. “De um lado”, dizem eles, “a escolha de ilustrações que confere a lista indicativa parece indicar que o acordo condena apenas as M.I.C. [medidas de investimento relacionadas ao comércio] por ele enumeradas, já que são as únicas incompatíveis com os Artigos III:4 e XI:1. De outro, porém, essas ilustrações não são mais do que ilustrações e elas não prejudgam, portanto, qual seria a posição das instâncias da OMC *vis-à-vis* outras M.I.C que poderiam, elas também, se colocar como incompatíveis seja com o Artigo III ou com o Artigo XI:1”.<sup>20</sup>

Muito embora tenha sido conferida aos PED a possibilidade de deixar de aplicar temporariamente os dispositivos do Acordo TRIMS nos casos relacionados a problemas na balança de pagamentos ou em face da necessidade de proteção a indústrias emergentes, não se pode negar que seu espaço para utilização desse importante instrumento de promoção de desenvolvimento industrial, que são as medidas de investimento relacionadas ao comércio,

<sup>19</sup> A esse respeito expõe Vera Thorstensen que: “as políticas dos governos normalmente incluem incentivos e fornecimento de bens ou serviços em termos preferenciais. Em troca, exigem o cumprimento de certo número de regras como a de conteúdo local, isto é, a compra de partes e componentes de fabricação doméstica, ou a de desempenho exportador, isto é, o compromisso de exportar parte dos bens produzidos. Podem também exigir transferência de tecnologia, capital mínimo nacional ou *joint venture*”. THORSTENSEN, Vera. *OMC – as regras do comércio internacional e a nova Rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 102-103 (grifo do original).

<sup>20</sup> (... “le choix des illustrations que donne la liste indicative semble indiquer que l’accord ne condamne que les seules M.I.C. [medidas de investimento relacionadas ao comércio] qu’il énumère, parce que ce sont les seules qui s’avèraient incompatibles avec les Articles III:4 et XI:1. Mais d’autre part, ces illustrations ne sont jamais que des illustrations, et elles ne préjugent donc pas de ce que serait la position des instances de l’O.M.C. vis-à-vis d’autres M.I.C. qui pourraient, elles aussi, s’avérer incompatibles avec l’Article III: ou avec l’Article XI:1 ”). Cf. CARREAU, D.; JUILLARD, F. *Droit international économique*, 4. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 178-179.

foi drasticamente reduzido. Além disso, é preciso lembrar que não há no Acordo TRIMS qualquer dispositivo regulamentando a conduta de empresas transnacionais ou multinacionais, cujas atividades podem muitas vezes ferir interesses econômicos locais. Por exemplo: quando a matriz proíbe a subsidiária de exportar porque decide privilegiar fontes de produção em outros países dentro de uma estratégia global de produção, sendo que a subsidiária dispõe de todas as vantagens comparativas para exportar.

Para PED, como o Brasil e seus parceiros do Mercosul, a possibilidade de exigir desempenho exportador e conteúdo local continua sendo importante, como, de resto, o foi para os atuais países desenvolvidos há algumas décadas.<sup>21</sup> Há algum tempo, o governo brasileiro encomendou alguns estudos para o estabelecimento de uma política de implantação da TV digital no País. Nesses estudos figuraram algumas propostas de adoção de *offsets* ou contrapartidas, como a exigência de aquisição de conteúdo local para a fabricação de componentes para TV digital. Se essa política (que não deixa de ser política industrial) tivesse sido implantada nesses moldes, o Brasil poderia ter enfrentado alguns questionamentos na OMC quanto à sua inconsistência *vis-à-vis* o Acordo TRIMS.

Por essa razão, o Brasil vem há muito defendendo a necessidade de flexibilização dessas regras do Acordo TRIMS, de forma a poder adotar medidas de investimento relacionadas ao comércio e impulsionar seu desenvolvimento. Em 2002, o País apresentou junto com a Índia proposta de modificação dessas regras, que contou ainda com o apoio de Argentina, Colômbia e Paquistão, entre outros. Brasil e Índia basearam-se em estudos da própria OMC e da UNCTAD que mostravam que as “Trims” haviam sido importantes para os países ricos nas fases iniciais de desenvolvimento.

Ao defender a flexibilização do Acordo TRIMS, o então embaixador do Brasil junto à OMC Felipe Seixas Corrêa argumentou que o grande problema na implementação de Trims é que suas regras são impostas a todos da mesma maneira, sem distinguir o estágio de desenvolvimento de cada país. Assim, as enormes disparidades tecnológicas, sociais, regionais e ambientais entre

<sup>21</sup> O Canadá, o Japão e a Coreia do Sul fizeram uso constante dessas medidas de política industrial. A Coreia do Sul, aliás, pode-se dizer, “abusou” dessas medidas para montar seu parque automotivo. Também o Brasil utilizou-se dessas medidas por meio do Beflex, mecanismo usado nas décadas de 1970 e 1980 para induzir companhias nacionais e estrangeiras a exportar parte de sua produção relativa ao que importavam.

os países “tornam difícil, senão impossível, para o Acordo de Trims gerar benefícios equilibrados para todos”.<sup>22</sup>

Essa proposta apresentada por Brasil e Índia tem, entre seus objetivos, alterar o Acordo TRIMS para: (i) promover a indústria doméstica com alto valor agregado; (ii) estimular transferência de tecnologia; (iii) aumentar a capacidade de exportação; (iv) promover pequenas e médias empresas e gerar empregos.<sup>23</sup>

Quanto ao Acordo SCM, o caso *Brasil (Embraer) v. Canadá (Bombardier)* constitui exemplo eloquente da diminuição do espaço para a implantação de políticas comerciais de estímulo à exportação.<sup>24</sup>

O caso teve início quando, em meados da década de 1990, se implantavam no Brasil alguns dos princípios do “Consenso de Washington”, apoiados à época pelos países desenvolvidos, como o Canadá. Após bem-sucedido processo de privatização, a Embraer tornou-se uma empresa bem mais competitiva, mas, ainda assim, precisava de algum tipo de apoio governamental para poder concorrer em melhores condições com os grandes *players* do mercado de aviões de médio porte. Com os incentivos recebidos por meio de um programa de exportação do governo brasileiro denominado PROEX, a Embraer venceu, em 1996, uma concorrência internacional para a venda de um número significativo de aeronaves para companhias aéreas dos Estados Unidos. A grande derrotada nessa concorrência foi a canadense Bombardier,

<sup>22</sup> Ver *Gazeta Mercantil*, de 15 out. 2002, p. A-6.

<sup>23</sup> Nesse tocante, ver CELLI JUNIOR, Umberto. O impacto dos acordos de investimentos sobre os Estados-membros do Mercosul, *Cadernos PROLAM/USP*, ano 4, v. 1, p. 81-96, 2005. Artigo também publicado em: BASSO, Maristela (org.). *Mercosur (estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso)*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 533-546. Ver também do mesmo autor: Investimentos internacionais e mecanismos de solução de disputas entre Estados, AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 355-371; CELLI JUNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATS) e de investimentos (TRIMS) na OMC: espaço para políticas de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 37-52; idem, Os países emergentes e as medidas de investimentos relacionadas ao comércio. O acordo TRIMS da OMC, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 99, p. 505-521, 2004.

<sup>24</sup> *Brazil – Export Financing Program for Aircraft (WT/DS46)*. Disponível em: [www.wto.org](http://www.wto.org). Acesso em: 14 nov. 2006.

detentora na ocasião de mais de 50% do mercado mundial dessas aeronaves de porte médio.

Inconformada com a derrota, afinal o valor da concorrência atingia a cifra de aproximadamente US\$ 4 bilhões, a Bombardier pressionou o governo canadense a iniciar consultas junto ao governo brasileiro com o objetivo de apurar se, de fato, como alegava a empresa canadense, a Embraer havia recebido subsídios governamentais do tipo “apoio à exportação”. O governo brasileiro negou que tivesse concedido qualquer forma de subsídio contrária às regras da OMC, previstas no SCM.

O Canadá não aceitou os argumentos apresentados pelo Brasil e, em conformidade com as disposições do “Entendimento sobre Solução de Controvérsias” (Anexo 2 do Acordo da OMC), requereu a instalação de um Painel para analisar o caso. Para o governo canadense, o PROEX constituía um subsídio vedado pelo SCM, já que funcionava como um incentivo indistigável e direto às exportações da Embraer. Ainda que houvesse no SCM previsão para tratamento especial a países emergentes, ou seja, a possibilidade de, em algumas situações, tais países adotarem instrumentos de políticas de desenvolvimento, o Brasil, na visão canadense, não poderia se beneficiar desse mecanismo, pois havia concedido subvenção de valor expressivo, isto é, muito superior ao limite normalmente aceitável.

O Brasil, em sua defesa, não contestou o fato de se tratar o PROEX de um tipo de subsídio. Mas alegou, porém, ser um subsídio perfeitamente de acordo com o SCM para um país em desenvolvimento. Em linhas gerais, o PROEX consistia em um programa de equalização das taxas de juros cobradas por instituições financeiras internacionais em contratos de financiamento à importação de produtos de países emergentes, em virtude de seus riscos e instabilidades políticas e econômicas. Assim, por exemplo, companhias aéreas interessadas em importar aviões de uma empresa de país desenvolvido, como a Suécia, ao buscarem financiamentos internacionais, com o apoio e a intermediação da empresa exportadora, pagariam taxas de juros comparativamente baixas, uma vez que a Suécia é um país de risco próximo a zero. Por outro lado, a taxa de juros para o financiamento à importação cobrada dessas mesmas companhias aéreas, caso desajassem importar aviões de um país emergente, como o Brasil, seria muito mais elevada, em face do denominado “risco país”.

No caso específico da concorrência internacional vencida pela Embraer, esta conseguiu apresentar um “pacote de financiamento” bastante atrativo para as companhias aéreas dos Estados Unidos. Como se tratava de finan-

ciamento de importação para aquisição de bens de um país menos estável como o Brasil, as instituições financeiras cobriam, como de praxe, taxas de juros mais elevadas. Pelo mecanismo de equalização, o governo brasileiro comprometia-se a cobrir essa diferença na taxa de juros. Imagine-se que, para o financiamento concedido a importações de aviões da Bombardier, do Canadá, a taxa de juros cobrada fosse de 2%, e que, para o mesmo tipo de financiamento concedido a importações de aviões da Embraer, a taxa de juros fosse de 10%. A diferença de 8%, então, seria coberta pelo governo brasileiro.

O Brasil sustentou, portanto, que a equalização visava tão-somente corrigir uma distorção de mercado que levava uma empresa de país desenvolvido a ficar em condições artificialmente mais competitivas. Tratava-se, pois, de subsídio especial, cuja concessão era permitida para países emergentes nos termos do SCM.

O Painel da OMC não entendeu desse modo. De acordo com seu relatório, apresentado ao OSC (Órgão de Solução de Controvérsias) e distribuído às partes, o subsídio do PROEX era inconsistente com o SCM, isto é, tratava-se de subsídio ilegal em face dos dispositivos do SCM.<sup>25</sup> Como era de se esperar, o Brasil recorreu ao Órgão de Apelação, o qual, essencialmente, ratificou o teor do relatório do Painel. O Brasil teria, portanto, de retirar os subsídios concedidos via PROEX, sob pena de o OSC autorizar o governo canadense a adotar medidas compensatórias contra o Brasil. Como deixou de cumprir a determinação daquele Órgão, este autorizou o Canadá a adotar medidas compensatórias contra o Brasil, no montante aproximado de US\$ 3,6 bilhões de dólares.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Mais especificamente, em face do Artigo 3, 1 (a), nos termos do qual: “Com exceção do disposto no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no Artigo 1: (a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I”. Um dos exemplos dessa lista ilustrativa do Anexo I é “(a) A concessão pelos governos de subsídios diretos à empresa ou à produção, fazendo-os depender do desempenho exportador”.

<sup>26</sup> Cf. CELLI JUNIOR, Umberto. O caso Brasil (Embraer) x Canadá (Bombardier) na OMC, *Comciência – Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. Disponível em: <http://www.comciencia/?section=8&edicao=21&id=223>. Acesso em: 13 fev. 2007. No segundo caso envolvendo os dois países, ficou comprovado que o Canadá também havia concedido à Bombardier subsídios inconsistentes com o SCM. O Brasil foi

Se, de um lado, as opções de que dispõem os PED no que se refere à promoção de políticas de desenvolvimento foram reduzidas pelo disposto no regime jurídico da OMC, de outro também é certo que, tendo em vista o próprio mandato ou os objetivos da organização (ver parágrafo do Preâmbulo do Ato Constitutivo descrito acima), existe a possibilidade de reafirmação ou manutenção da capacidade dos Membros de implantar políticas de desenvolvimento dentro desse mesmo regime ou sistema. A característica de *built in agenda* do GATS, ao conferir maior espaço para recalibração de prioridades, valores e modos de funcionamento da OMC, permite o exercício dessa possibilidade.<sup>27</sup>

A recalibração do sistema e a conseqüente reafirmação do espaço para a implantação de políticas públicas pelos Membros, sobretudo no âmbito do GATS, encontram respaldo naquilo que Lafer, com base em Grócio, descreve como “potencial de sociabilidade e solidariedade na esfera internacional”. Esse potencial, lembra Celso Lafer, provê – e este é o pressuposto no qual se fundamenta a OMC – uma interação organizada e não-anárquica entre os atores da vida econômica num mercado globalizado, que não funciona como um *jogo de soma zero*, em que o ganho de um significa a perda de outro. Há conflito, mas também há cooperação, lastreada num processo abrangente que tem sua base na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses.<sup>28</sup>

---

autorizado a adotar medidas compensatórias contra o Canadá. O valor relativamente irrisório de US\$ 270 milhões é o que menos conta. O que teve importância mesmo foi o caráter simbólico da vitória. Foi possível demonstrar, pela primeira vez de modo efetivo, que países emergentes como o Brasil podem utilizar em seu benefício o mecanismo de solução de controvérsias da OMC, ainda que isso contrarie interesses de países desenvolvidos. Os subseqüentes sucessos do Brasil nos casos do açúcar e do algodão são exemplos disso.

<sup>27</sup> Quanto ao fato de o GATS constituir uma *built in agenda*, diz Pierre Sauvé: “O fato de o GATS dever ser visto como um trabalho em progressão não constitui surpresa quando é examinado à luz da notável diversidade de atividades por ele abrangidas e da velocidade com que o desenvolvimento de tecnologias e de enfoques regulatórios afeta a política e a elaboração de regras para o setor”. (“That the GATS should be seen as work in progress is hardly surprising when viewed in light of the remarkable diversity of activities it encompasses and the rapid pace at which developments in technology and regulatory approaches affect policy-and-rule-making in the sector”). Cf. SAUVÉ, Pierre. *Completing the GATS framework: addressing Uruguay round leftovers*, *Aussenwirtschaft*, 57, v. III. Zürich: Rüegger, jan. 2002, p. 304.

<sup>28</sup> LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 28.

É esse espaço para cooperação que os PED como o Brasil devem ocupar. O equilíbrio de forças, que resultou na fórmula-compromisso do GATS, é exemplo da “racionalidade e funcionalidade da reciprocidade” de interesses a que alude Lafer. O papel catalisador que vem exercendo o G-20 nas negociações da Rodada Doha também é ilustrativo da viabilidade da recalibração de prioridades, valores e modos de funcionamento da OMC.

Na diplomacia e na política, lembra Luiz Olavo Baptista, “o simbólico tem valor, às vezes, maior do que o fato. Ainda que não se tenha exercido diretamente o poder, a reserva de vir a exercê-lo em algum momento no futuro tem valor simbólico que é ultrapassado e pode chegar à efetividade concreta”.<sup>29</sup> Essa efetividade concreta, assegurada pelas relevantes funções que os Painéis e o Órgão de Apelação desempenham ao determinar qual a interpretação correta e como a regra se aplica aos fatos, é mais uma indicação de que os PED podem e devem exercer essa reserva de poder a que se refere Baptista para reafirmar ou manter sua capacidade (*policy space*) de implantar políticas de desenvolvimento via regulação.

Em anos recentes, a arguição feita por alguns PED em foros multilaterais em favor da reafirmação ou manutenção do *policy space* tem sido combatida com veemência sobretudo por alguns economistas liberais mais ortodoxos, que se recusam a admitir que a abertura comercial não foi suficiente para o desenvolvimento e a diminuição da pobreza. Segundo assinalam Corrales-Leal, Sugathan e Primack, modelo ortodoxo de liberalização comercial parece ter eclipsado muitas das perspectivas dos países em desenvolvimento sobre como fazer uso efetivo desses espaços (como no caso de muitos LDCs que retêm um amplo grau de autonomia), bem assim como as regras do comércio internacional afetam tais espaços.<sup>30</sup>

Como referido anteriormente, para os defensores do modelo ortodoxo de liberalização comercial, o encolhimento do espaço político para os

<sup>29</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito é história – alocação de abertura da Conferência do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento, em São Paulo, In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI JUNIOR, Umberto, YANOVICH, Alan (org.). *10 anos de OMC: uma análise do sistema de solução de controvérsias e perspectivas*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 17.

<sup>30</sup> Ver CORRALES-LEAL, Werner; SUGATHAN, Mahesh; PRIMACK, David. “Spaces for development policy” revisiting special and differential treatment, *paper* preparado para o ICTSD, maio 2003, p. 4. Disponível em: [www.ictsd.org](http://www.ictsd.org). Acesso em: 17 mar. 2008.

governos dos PED na área de políticas comerciais (e industriais) é, de fato, algo bom, pois evita que esses países cometam erros ao adotarem políticas onerosas, seja por crenças enganosas no intervencionismo, seja devido às políticas de grupos de interesse.

A (re)introdução na agenda multilateral e, em particular, na *built in agenda* do GATS do tema relacionado à necessidade de manutenção do espaço para adotar políticas públicas e de regulação voltadas ao desenvolvimento não constitui, como querem fazer crer esses economistas, um retrocesso ou a retomada de um protecionismo nos moldes de algumas décadas atrás. Trata-se de uma forma de corrigir e, no caso do GATS, de prevenir falhas de políticas neoliberais recentes que não levaram ao desenvolvimento e à redução das assimetrias entre os Membros da OMC.

Sob o GATS, isso é possível, até porque é pouco substancial o nível de comprometimento dos Membros até o presente. Como lembram Howse e Teitel, os Membros da OMC podem vir a assumir compromissos no GATS para liberalizar o acesso a mercados em setores relacionados a serviços essenciais, tais como saúde e água, limitando de modo significativo sua capacidade de impor objetivos públicos pertinentes às dimensões de segurança humana dos direitos sociais e econômicos (como acesso universal à água tratada) sobre operadores econômicos privados que têm direito de participar no mercado de acordo com os compromissos assumidos sob o GATS.

Até o momento, dizem eles, foram poucos os compromissos negociados que afetam diretamente esses serviços públicos; na atual rodada de negociações, ativistas de ONGs têm contribuído para aumentar o grau de conscientização sobre os riscos para o *policy space* e os direitos humanos de aceitar as solicitações de alguns Membros da OMC de garantia de acesso a mercados nessas áreas.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti G. *Op. cit.*, p. 12. (“[In addition], WTO Members could bind themselves under the General Agreement on Trade in Services (GATS) to liberalize market access in sectors related to essential services, such as health care and water, limiting in important ways their ability to impose public goals related to the human security dimensions of economic and social rights (such as universal affordable access to clean water) on private economic operators who have a right to participate in the market under the GATS commitments. (...) [So far], there have been few commitments negotiated that directly affect such public services; in the current round of negotiations, NGO activists have effectively raised awareness of the risks to policy space, and to human rights, of acceding to demands of some WTO Members for guaranteed market access in these areas”).

De fato, esse risco existe. Se, de um lado, alguns elementos do GATS parecem ser sensíveis à necessidade de regulação nacional e flexíveis o suficiente para permitir um “espaço regulador”, de outro, o Acordo também contém certos dispositivos que são claramente destinados a disciplinar (i.e., restringir) a regulação nacional e limitar a autonomia reguladora ou legislativa dos Membros.

Além disso, a existência de numerosos dispositivos ambíguos, pouco claros e muito abrangentes pode ser usada para interpretar o GATS de forma a inserir-lhe limites ainda maiores às opções de regulação interna ou nacional. O atual quadro político e ideológico do regime internacional de comércio ainda parece particularmente receptivo a tentativas de limitar o amplo uso de flexibilidade e abertura do GATS. Daí, mais uma vez, a importância da recalibração de prioridades, valores e modos de funcionamento da OMC, bem como, e particularmente, da reafirmação do *policy space* e da autonomia reguladora dos Membros no GATS.

### 3.1 Reafirmação do *policy space* para o desenvolvimento: implicações para o GATS

Nas últimas duas décadas, intensificou-se no sistema multilateral um movimento progressivo de substituição do papel de estratégia de desenvolvimento pelo de estratégia de liberalização. Com a consolidação desse movimento, o nexos causal entre liberalização e desenvolvimento passou a ser feito de forma automática. Como resultado, virou prática comum em vários países, especialmente, nos PED, a adoção de pacote de políticas que viam o processo de liberalização como um fim em si mesmo, em vez de um meio para alcançar o desenvolvimento.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Paradoxalmente, porém, lembram Corrales-Leal et al., a justificativa para esse abrangente pacote de políticas de liberalização “decorreu das histórias de sucesso de várias economias de países asiáticos que seguiram uma ‘integração comercial estratégica’ (*strategic trade integration*), que confiou pesadamente em políticas de intervenção na economia, especialmente na área de fornecimento”. (“[Paradoxically, however,] the justification for this comprehensive package of liberalisation policies came from the success stories of several Asian economies that followed a ‘strategic trade integration’, which relied heavily on policy interventions in the economy, especially on the supply-side”.) Para eles, *strategic trade integration* “constitui o processo de aumento da participação de um país nos mercados mundiais pelo uso de políticas ativas voltadas para a melhora da competitividade e a otimização da sequência da liberalização da exportação e da importação de acordo com as metas

Esse pacote de políticas, que, mais tarde, viria a ser conhecido como o “Consenso de Washington”, apregoava a liberalização comercial e financeira, a estabilidade macroeconômica e a mínima intervenção governamental na economia. Isso levou a um crescente avanço das regras do sistema multilateral sobre a autonomia da política econômica interna dos Membros, ou seja, conduziu a uma efetiva proibição do uso de muitos dos instrumentos que haviam possibilitado a muitos países em passado recente, como alguns países asiáticos, implantar a integração comercial de forma estratégica.

Aliás, grande parte do sucesso da economia dos denominados “Tigres Asiáticos” pode ser atribuída à intervenção de seus governos na economia, especialmente em relação ao uso combinado de políticas industriais tradicionais e de capacitação tecnológica. Em vez de seguirem o receituário de estratégia de liberalização comercial abrangente, esses países puderam empregar, em um cenário de relativa autonomia de implantação de políticas públicas, um bem definido enfoque de integração comercial, por meio do qual selecionaram medidas do pacote de liberalização que lhes pareceram mais vantajosas, deixando de lado outras não consideradas benéficas.

A adoção desse pacote de políticas do “Consenso de Washington” pelos PED impediu-os, em grande medida, de romper com as condições de pobreza neles predominantes. A estratégia de desenvolvimento baseada exclusivamente na estabilidade macroeconômica e na liberalização comercial e financeira não gerou desenvolvimento e crescimento econômico sustentáveis na grande maioria deles. Isso não significa, é claro, que a liberalização *per se* tenha sido responsável pela continuidade das condições de pobreza predominantes, mas que alguns elementos importantes deixaram de constar desse pacote de políticas. É por isso que, como salientam Corrales-Leal et al., se os PED quiserem reverter essa tendência, “os termos nos quais esse processo de liberalização tem sido implementado – em especial as características de desenvolvimento do sistema multilateral em que ele opera – precisam ser revisitados”.<sup>33</sup>

---

de desenvolvimento sustentável de cada país”. (“[By *strategic trade integration*] we refer to the process of increasing a country’s participation in world markets by making use of active policies to improve competitiveness and optimizing the sequencing of export & import liberalization according to a country’s own sustainable development goals”.) CORRALES-LEAL, Werner et al. Op. cit., p. 3 e Nota 2 da mesma página.

<sup>33</sup> Ibidem. ([As such, if they are to reverse these trends,] “the terms on which this process of liberalization has been implemented – in particular the development characteristics of the multilateral system within which it operates – must be revisited”.)

Para que a liberalização comercial possa apoiar de modo mais efetivo o desenvolvimento sustentável, é necessário que os PED disponham de espaço e autonomia para utilizar políticas ativas e instrumentos de política e de regulação para promover sua capacidade de fornecimento de bens e, em especial, de serviços, ampliar os processos de assimilação de novas tecnologias e buscar competitividade. Políticas de competitividade para o desenvolvimento sustentável implicam: fortalecer e ampliar as estruturas de produção, a capacidade comercial e as instituições políticas de um país, com o propósito de melhorar suas condições para uma integração positiva no sistema global; assegurar crescimento econômico estável no longo prazo, baseado na produção de bens e serviços que enfrente a concorrência internacional em condições justas de mercado e, ao mesmo tempo, que expanda a renda e a liberdade dos cidadãos; e usar seus recursos naturais e o meio ambiente de forma sustentável, preservando seus valores em benefício das gerações presentes e futuras.<sup>34</sup>

Uma estratégia que Corrales-Leal et al. denominam de *Trade-supported Development Strategy* consistiria em administrar a integração comercial de forma a assegurar o alcance e a realização de objetivos de desenvolvimento econômico, social e ambiental. Sua viabilização compreenderia políticas comerciais em sentido estrito, de um lado, e políticas de competitividade, de outro.

Para eles, políticas comerciais nesse contexto incluiriam aquelas voltadas a obter acesso a mercado e condições comerciais justas para as exportações dos países, bem como políticas com o objetivo de apoiar o lado da oferta. Isso envolveria, entre outras coisas, a liberalização da importação, o apoio à capacidade de exportação e a seleção de alguns setores específicos para proteção. Políticas de competitividade abrangeriam estímulos ao desenvolvimento empresarial, de novas tecnologias e à diversificação e à consolidação de setores.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Idem, p. 4. ([We define ‘competitiveness policies for sustainable development’ as the process of] “strengthening and enhancing the production structures, trade capacity and policy institutions of a country, with a view to improving its ability for a positive integration into the global system; securing long term, stable economic growth, based on producing goods and services that meet freedoms of their citizens, and using their natural resources and the environment in a sustainable manner, preserving their values for the benefit of present and future generations”.)

<sup>35</sup> Idem, p. 17.

A conclusão fundamental a que chegam é que as políticas de competitividade deveriam procurar responder a duas questões essenciais, a saber: (i) como criar sistematicamente oportunidades para a diversificação da produção e da exportação tendo em vista o aumento de valor agregado e o intenso conhecimento em bens e serviços?; e (ii) como reintroduzir mecanismos que transformem exportações em ampliação de ganhos equitativos e de bem-estar?<sup>36</sup>

No caso específico do GATS, a questão do *policy space* coloca ainda muitos desafios de natureza jurídica *vis-à-vis* o regime da OMC. O primeiro deles seria, como assinalam Howse e Teitel, “identificar áreas nas quais a expansão ou flexibilidade adicional é necessária para assegurar que os Membros da OMC possam cumprir suas obrigações com respeito às dimensões de segurança humana dos direitos sociais e econômicos (por exemplo, a inclusão de salvaguardas emergenciais no GATS e a criação de um porto seguro (*safe haven*) para subsídios, necessária para a concretização da segurança humana relacionada aos direitos humanos).

O segundo seria “identificar, com a maior precisão possível, de que forma as novas disciplinas propostas, incluindo os compromissos adicionais para a liberalização do setor de serviços, podem gerar o risco de limitação de políticas necessárias à implantação das dimensões de segurança humana dos direitos econômicos, sociais e culturais (o exemplo da privatização da água e o GATS)”.<sup>37</sup>

### 3.2 Regulação redistributiva. Reforma do quadro regulador

A manutenção do *policy space* coloca, assim, imensos desafios. Por outro lado, o próprio direito de regular (ou autonomia reguladora) assegura-

<sup>36</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>37</sup> HOWSE, Robert; TEITEL, Ruti G. Op. cit., p. 12. (“to identify areas where enhanced or new flexibilities are required in order to ensure that WTO Members can meet their obligations with respect to human security dimensions of economic and social rights (for instance, the inclusion of emergency safeguards in the GATS and the creation of a ‘safe haven’ for subsidies necessary for the realization of human security-related human rights); (...) to identify with as much precision as possible those instances where proposed new WTO disciplines, including additional commitments to services sector liberalization, may risk constraining policies necessary to realize the human security dimensions of economic, social and cultural rights (the example of water privatization and GATS)”.)

do no Preâmbulo do GATS, precisa ser compreendido em seu sentido mais amplo, o que requer uma recalibração das prioridades, dos valores e dos modos de funcionamento do sistema multilateral. Essa recalibração deverá implicar a efetiva inclusão de temas relacionados a questões sociais e de desenvolvimento, que não podem ser dissociados do objetivo de liberalização do comércio internacional.

Isso significa que o direito de regular a que se refere o Preâmbulo do GATS não deve ser entendido como algo cujo objetivo primordial seja apenas corrigir as falhas do mercado. A regulação tem de ser vista, de forma sistêmica, como um importante instrumento de desenvolvimento e de implantação de políticas públicas, que permita aos Membros a criação de um ambiente de concorrência em benefício de sua população e, principalmente, que assegure a redistribuição de renda e o acesso universal a serviços essenciais. Isso não exclui a necessidade de o Estado, via regulação, cuidar também da correção das falhas do mercado e da busca por maior eficiência econômica dos prestadores de serviços.

Significa, ademais, que se devem interpretar o Preâmbulo e o GATS como um todo à luz dos direitos humanos. Por outras palavras, não deve o GATS ser interpretado de forma a restringir a capacidade e a responsabilidade dos governos nacionais de proteger e promover os direitos humanos. Essa leitura do GATS impõe a necessidade de se respeitarem políticas regulatórias nacionais e de que sejam assegurados o *policy space* e a flexibilidade para que os Membros cumpram suas obrigações relativas a direitos humanos. Essas condições tornam-se evidentes especialmente quando se analisam as características de serviços de infraestrutura ambiental, como os serviços de saneamento.

Em suma, o objetivo último da regulação – e é sob esse prisma que ela deve ser considerada no GATS – é endereçar questões relacionadas à redistribuição de renda, equidade, acessibilidade, qualidade e segurança dos serviços. É na redistribuição, sublinha Calixto Salomão, “que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores, e não em objetivos econômicos”. A redistribuição, diz o autor, pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado *universalização de serviços*.

A *universalização* é, em regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente devido às externalidades sociais positivas que apresenta. Em consequência, há características que o assemelham bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não regulamentáveis, onde a intervenção do Estado é necessária.<sup>38</sup>

A manutenção do *policy space* e a recalibração dos valores e dos princípios embutidos no direito de regular não são suficientes. É preciso que os Membros possuam um quadro regulador doméstico afinado com esses valores e princípios, que, em última instância, deverão corresponder aos interesses e objetivos nacionais.<sup>39</sup> A existência desse quadro regulador (*regulatory framework*) ou a necessidade de reformas internas e adaptações para colocá-lo em vigência é condição para a liberalização do setor de serviços e para que os Membros possam assumir compromissos específicos no GATS. A combinação de políticas de liberalização com regulação redistributiva é não somente um imperativo social como também um requisito de sustentabilidade política.

<sup>38</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 93-94. Enquanto serviço universal significa que o serviço tem de ser fornecido a cada pessoa ou residência individualmente, o acesso universal refere-se ao objetivo de prover a todos acesso a um determinado serviço, seja individual ou coletivamente. “A universalidade é elemento central aos dois conceitos. Em sentido amplo, está assentada em três princípios fundamentais: disponibilidade, acesso e razoabilidade de preço (*affordability*) (“[Universality] is central to both concepts. [In itself], it is a broad term, based on three fundamental principles: availability, access and affordability”). Cf. UNCTAD – Commission on International Trade in Goods and Services, and Commodities. Universal access to services, documento TD/COM.1/EM.30/2, de 18 de setembro de 2006, apresentado dois dias após a conclusão do *Expert Meeting on Universal Access to Services*, realizado em Genebra, de 14 a 16 de novembro de 2006, p. 3.

<sup>39</sup> A respeito, Adlung lembra com propriedade da distinção entre o direito de regular dos Membros e de sua efetiva capacidade de implantar políticas relevantes. Obviamente, diz ele, “é preciso fazer uma distinção entre o direito de regular dos governos, inclusive do direito de impor obrigações de universalização, o que não é proibido pelo GATS, e sua capacidade de efetivamente conceber, implementar e executar políticas relevantes”. (“[Obviously,] a distinction has to be made between governments’ right to regulate, including the right to impose universal service obligations, which is not constrained under the GATS, and their ability to actually devise, implement and enforce relevant policies”). ADLUNG, Rudolf. The contribution of services liberalization to poverty reduction: what role for the GATS? [*draft paper*], datado de 26.06.2007, p. 9.

A experiência dos PED revela que, a fim de gerar resultados positivos, a liberalização do setor de serviços (i) não pode ser feita de modo demasiado rápido para os agentes ou operadores locais; (ii) requer segurança do quadro regulador (jurídica) e social; e (iii) pressupõe um cenário de competitividade acompanhado de políticas que assegurem e ampliem a capacidade de integração da economia local à economia global.<sup>40</sup>

Outro grande desafio é elucidar que tipo de política deve ser adotado para os diferentes setores e subsetores de serviços e sob quais condições nacionais e internacionais eles podem contribuir com o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável. Contudo, a identificação ou negociação desses setores e subsetores não pode ser realizada sem que antes esteja em vigor um quadro regulador geral para serviços permeado pelos valores e princípios acima discutidos.

A grande maioria dos PED deverá empreender reformas para incorporar em seu quadro regulador esses valores e princípios. Essas reformas, que, como discutido anteriormente, não se confundem com desregulamentação (processo intimamente relacionado a políticas de liberalização), deverão, em muitos casos, também preceder programas de privatização. No setor de serviços e, em especial, de serviços de infraestrutura ambiental, os processos de privatização devem inserir-se em um contexto de política econômica geral desenhada por autoridades governamentais, cuja eficácia depende, em larga medida, dessas reformas ou ajustes regulatórios.

É justamente no setor de serviços ambientais que essas reformas ou ajustes regulatórios no âmbito interno dos Membros se tornam ainda mais relevantes diante da discussão acerca dos custos e benefícios de certas negociações que estão em curso no GATS.

#### 4. Considerações finais

No contexto do GATS, o que se nota, como visto, é um conflito potencial entre liberalização e regulação nacional. A OMC tem funcionado de modo inconsistente com seu próprio mandato. O sistema multilateral de

<sup>40</sup> Apesar de focar a questão sob um viés mais liberal, Aaditya Mattoo pondera que “administrar reformas de mercados de serviços requer, portanto, integrar abertura comercial com uma combinação cuidadosa de concorrência e regulação”. MATTOO, Aaditya. Services in a development round: proposals for overcoming inertia. In: NEWFARMER, Richard (ed.). *Trade, Doha, and development: a window into the issues*. Washington: The World Bank (Trade Department), 2005, p. 162.

comércio tem operado com base na crença de que os princípios neoliberais são a melhor política de desenvolvimento para os PED, enquanto os próprios países desenvolvidos buscam o maior número possível de alternativas para proteger seus setores sensíveis.

As opções de que dispõem os PED no que se refere à promoção de políticas de desenvolvimento foram reduzidas pelo disposto no regime jurídico da OMC. As normas da OMC limitaram, com maior ou menor intensidade, a capacidade dos Membros de escolher os instrumentos que podem ser usados na implantação de objetivos de políticas de desenvolvimento. Quando não limitaram expressamente, deixaram em aberto essa possibilidade, qual seja a de restrição do direito dos Membros de regular ou de fazer políticas públicas (*policy space*) como muitos dos Membros, sobretudo os desenvolvidos, fizeram no passado.

O fracasso da Conferência Ministerial de Seattle, em 1999, na qual ficou evidente a crise de legitimidade da OMC, permitiu reflexões um pouco mais equilibradas sobre os objetivos e as normas do GATS e, portanto, mais adequadas a um processo de interpretação de um Acordo-Quadro ou fórmula-compromisso. O GATS poderia e deveria ser interpretado como um instrumento de liberalização e de acesso a mercados para os prestadores de serviços estrangeiros, sem prejuízo, no entanto, da autonomia reguladora dos Membros. O espaço para a implantação de políticas públicas por meio de regulação nacional deveria ser preservado, desde que não se constituísse em protecionismo ou discriminação contra provedores de serviços estrangeiros.

Isso demonstra a importância da recalibração das prioridades, dos valores e dos modos de funcionamento do sistema multilateral e, em especial, do GATS. Essa recalibração é necessária como forma de corrigir ou, pelo menos, diminuir, o desequilíbrio operacional do sistema em favor dos países desenvolvidos. Ela poderia permitir a consolidação e a manutenção da autonomia reguladora e do *policy space* dos Membros. Poderia possibilitar, ainda, a compreensão, em seu sentido mais amplo, do próprio direito de regular, o qual deveria incluir temas relacionados a questões sociais e de desenvolvimento. Esses temas não podem ser dissociados do objetivo de liberalização do comércio internacional de serviços.

A manutenção do *policy space* e a recalibração dos valores e dos princípios embutidos no direito de regular (autonomia reguladora) não são suficientes. É preciso que os Membros possuam um quadro regulador do-

méstico afinado com esses valores e princípios, que, em última instância, deverão corresponder aos interesses e objetivos nacionais.

A regulação tem de ser vista, de forma sistêmica, como um importante instrumento de desenvolvimento e de implantação de políticas públicas que permita aos Membros a criação de um ambiente de concorrência em benefício de sua população e, principalmente, que assegure a redistribuição de renda e o acesso universal a serviços essenciais. Isso não exclui a necessidade de o Estado, via regulação, cuidar também da correção das falhas do mercado e da busca por maior eficiência econômica dos prestadores de serviços.

A existência desse quadro regulador (*regulatory framework*) ou a necessidade de reformas internas e de adaptação para colocá-lo em vigência é condição para a liberalização do setor de serviços e para que os Membros possam assumir compromissos específicos no GATS. A combinação de políticas de liberalização com regulação redistributiva é não somente um imperativo social como também um requisito de sustentabilidade política.

Essas ponderações deveriam ter sempre estado presentes nas negociações do GATS. Ficaram, no entanto, durante bom tempo, eclipsadas pelos dogmas neoliberais agora postos em xeque pela crise econômica internacional. A redescoberta da importância da regulação da economia, como bem demonstra o setor de serviços, além de necessária ao avanço das negociações da OMC, pode também servir para reparar uma grande injustiça perpetrada por alguns fundamentalistas do mercado contra os boleros de Ravel. Ainda que repetidos e ouvidos numerosas vezes, eles continuam bonitos. Deveriam continuar a ser ouvidos e escutados. Mesmo que não se convençam disso, é improvável que discordem do fato de que certas músicas são universais e eternas, como as de Johann Sebastian Bach. Se lembrarem disso, não irão incorrer novamente nos equívocos que levaram a essa catástrofe sem precedentes na história financeira e econômica internacional.

## LUIS FERNANDO SCHUARTZ

*Pedro Dutra\**

O plenário do CADE ia decidir um caso de cartel internacional, organizado fora do Brasil, cujos efeitos teriam sido sentidos no território nacional, segundo a instrução feita pela SDE. Em torno desse ponto, a defesa travou a sua batalha: não haveria, nos autos, prova de que tais efeitos tivessem aqui chegado, e essa prova deveria ter sido produzida pela SDE, no curso de uma instrução que se prolongou por cerca de seis anos. Quanto à existência do cartel, era indisputada ter ocorrido fora do território brasileiro; um de seus integrantes confessara e delantara os demais. O relator aceitou a tese de que os produtos fabricados pelos acusados, tendo sido distribuídos no Brasil, por esse fato haviam produzido efeitos nocivos à concorrência e assim deviam ser as empresas punidas. O conselheiro Schuartz pediu vista dos autos.

Trouxe um longo, denso e complexo voto. Afirmou ser necessária a demonstração nos autos da ocorrência em território nacional dos efeitos infrativos e, ausente esta, faltava-lhe um padrão de prova que lhe permitisse decidir pela condenação sem que lhe restasse uma dúvida razoável. Schuartz quis discutir, como explicaria depois, “o grau de certeza que o julgador deve ter para condenar alguém por infração à ordem econômica”. No caso, entendia não ter um grau mínimo de certeza que o autorizasse a seguir o voto do relator. A motivação de sua decisão foi fortemente calcada no direito norte-americano, pois “não via essa discussão muito desenvolvida no Direito Processual brasileiro”.<sup>1</sup> O voto dissidente, em sua sofisticação teórica, causou imediata impressão no plenário do CADE e na defesa. O relator Ricardo Cueva, o amigo que indicara o nome de Schuartz para integrar o plenário do CADE, aditou o seu voto, em réplica aos fundamentos jurídicos empregados por seu colega. Voto de vista e aditamento do voto do relator são, sem dúvida, um grande momento do plenário do CADE.

Antes, Schuartz redigira um voto de 180 laudas, igualmente denso e complexo, preocupado em enfrentar todas as questões que viu suscitadas

---

\* Advogado e Conselheiro do IBRAC.

<sup>1</sup> Cf. DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, p. 273.

pelo caso. Investigativo, calcado em uma pesquisa metódica, era um voto, como os demais, instigante, afirmativo. Gostava do contraditório; defendia “a importância da impugnação por terceiros interessados de concentrações notificados ao CADE”, pois ela “amplia o debate (...) o impugnante traz as suas informações e pode contestar as informações pelos requerentes, reduzindo a assimetria [da informação]”.<sup>2</sup>

A sua cultura era notável. Além de direito, formara-se em matemática. Estudara na Espanha, nos Estados Unidos e na Alemanha, com Jürgen Habermas, que sugeriu publicar a sua tese no original alemão. Na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, seguia estudando, pesquisando e ensinando com entusiasmo. Estava plenamente apto a promover a síntese de sua maior preocupação acadêmica, a redução de assimetrias de informações, sobretudo entre matérias complementares.

Quando fui entrevistá-lo para um projeto que o IBRAC adotou,<sup>3</sup> surpreendeu-me o seu entusiasmo – e a sua simplicidade. Disse-me que era “preciso registrar o esforço do CADE na defesa da concorrência no Brasil”; e sobre ela falou com vivacidade, narrando a sua experiência como Conselheiro do CADE, e expôs detalhadamente as suas opiniões, procurando esclarecê-las.

Disse-lhe que, transcrito o seu depoimento, eu faria uma primeira edição e a encaminharia à sua revisão e aprovação, antes de incorporá-lo ao livro. Que eu ficasse à vontade e procurasse tornar mais claro o que assim não me parecesse, disse. As suas correções no texto editado foram precisas.

Ao receber do editor José Carlos Busto o primeiro exemplar do livro, em meados de novembro, avisei ao ex-Conselheiro Ruy Santacruz, e este logo observou: “Fale com o Schuartz, ele vai querer fazer alguma coisa”. E assim fiz, e Schuartz logo se dispôs a sediar na Fundação Getúlio Vargas um seminário aberto ao público reunindo todos os ex-Conselheiros residentes no Rio de Janeiro, para dar aos alunos e convidados uma impressão viva da defesa da concorrência e do CADE. Os ex-Conselheiros aceitaram o convite. Enviei-lhe o texto de divulgação do seminário, e Schuartz pediu-me que seu nome não constasse como organizador, apenas figurasse ao lado

<sup>2</sup> Cf. DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009, p. 268.

<sup>3</sup> O livro *Conversando com o CADE*, que reúne o depoimento de 25 ex-Conselheiros desse órgão. São Paulo: Singular, 2009.

dos ex-conselheiros e do autor do livro. Respon-di-lhe negativamente por e-mail, afinal ele era o organizador do seminário. Na noite de 19 para 20 de novembro, Schuartz alcançou-me ao telefone no outro lado do mundo, na China; confirmou a data do seminário para o dia 8 de dezembro e insistiu: “Não coloque meu nome como organizador do seminário; não precisa”. E acrescentou: “Veja o que há de novo aí em matéria de concorrência, para conversarmos à sua volta”.

Dois dias depois, Schuartz ausentou-se.

A consternação fulminou a todos nós que o conhecemos.

E privou aos operadores do direito e da economia, especialmente os que lidam com a defesa da concorrência, de um grande trabalhador: investigativo, desassombrado em suas proposições interdisciplinares, incrivelmente aplicado, disposto sempre a ouvir, a debater e a ensinar. Isso tudo sem a badalação de títulos acadêmicos, que, como poucos, conquistara, no estrangeiro e no Brasil.

A sua generosidade e simplicidade, presente em todos os seus gestos, provinham de uma rara nobreza intelectual. Essa a maior lição do jovem Professor Luis Fernando Schuartz.



# SUBMISSÃO AO CADE DE ATO DE CONCENTRAÇÃO FIRMADO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

*Pedro Dutra\**

Controladores do banco A e do banco B firmaram negócio jurídico – “contrato de associação”<sup>1</sup> – por meio do qual pretendem integrar em uma única empresa – AB –, cujo controle compartilharão por meio de outras empresas, “as operações financeiras” dos dois bancos A e B. Os efeitos irradiados desse ato de integração de poder econômico – ato de concentração, em linguagem corrente – afetarão diferentes mercados relevantes, nos quais têm lugar as referidas “operações financeiras”.<sup>2</sup>

Os figurantes do ato de concentração, no Fato Relevante que divulgaram, declararam, sob a rubrica “Instituições Reguladoras”, que “a conclusão da associação entre o banco A e o banco B depende da aprovação do Banco Central do Brasil e das demais autoridades competentes”<sup>3</sup> (grifo nosso).

Embora refiram outras “autoridades competentes”, além do Banco Central – BACEN, aos figurantes do negócio jurídico remanesce dúvida sobre o alcance da competência de tais autoridades, nomeadamente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Essa dúvida acha-se na consulta, que é objeto deste parecer.

## **1. A questão controversa**

É ou não competente o CADE para exercer o controle preventivo de ato de integração de instituições financeiras submetidas à ação regulatória do BACEN, prescrita na Lei 4.595/1964? Essa questão chegou ao exame do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, inconformado o CADE com decisão

---

\* Advogado e Conselheiro do IBRAC.

<sup>1</sup> Cf. O Fato relevante.

<sup>2</sup> Ob. cit.

<sup>3</sup> Ob. cit.

de juízo de primeiro grau que declarou competente exclusivamente o BACEN para analisar atos de concentração a envolver instituição financeira.<sup>4</sup>

O negócio jurídico ora em análise, objeto do Fato Relevante citado, não versa diretamente sobre a aquisição do controle de um banco por outro, mas trata, inegavelmente, de ato de integração – em uma empresa para esse fim constituída – de dois bancos – e suas respectivas operações financeiras – antes distintos os seus controladores, e concorrentes os bancos entre si. Os argumentos expendidos na disputa judicial aplicam-se, portanto, ao ato em causa, e a seguir são referidos, extraídos do voto vencido da relatora Desembargadora Selene Maria de Almeida, do voto-vista do Desembargador João Batista Gomes Moreira e do voto-vista do Desembargador Fagundes de Deus.

## **2. O entendimento do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região**

Os bancos Bradesco e BCN,<sup>5</sup> adquirente e alienante, em face de decisão do plenário do CADE determinando modificassem ato de concentração que entre si haviam realizado, recorreram ao Judiciário argumentando ser competência privativa do BACEN – excepcionada a do CADE – para analisar aquele negócio jurídico.

O CADE contraditou, arguindo que a Lei 8.884/1994 – em conformidade com o artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal – não “conferiu imunidade a nenhum setor da economia”, dizendo inexistir “hierarquia entre as Leis n. 4.595/64 e a 8.884/94”, pois “a primeira trata do controle prudencial e tem raiz no art. 192 da Constituição Federal, (...) a segunda cuida do controle concorrencial de estruturas e funda-se nos artigos 170 e 173, § 4.º, da Carta Magna (e) o artigo 192 não tem qualquer relação com o problema da concorrência, a relação que pode eventualmente existir é a mesma de qualquer outro setor que trate de uma atividade econômica ou de um serviço público específico”.<sup>6</sup>

Refutou o CADE o argumento de que a Lei 4.595/1964 fosse de natureza especial, e a Lei 8.884/1994 de caráter geral; e defendeu a complementaridade das ações do CADE e do BACEN, dizendo que ao primeiro

<sup>4</sup> Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Apelados: Banco BCN S/A e Banco Bradesco S/A, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

<sup>5</sup> BCN e Bradesco, ver nota anterior.

<sup>6</sup> Fl. 9, Voto da Desembargadora Selene Maria de Almeida.

competia “a análise de concentrações e aplicação de sanções, à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional”, enquanto ao segundo “compete uma análise de natureza regulatória, no marco de suas atribuições de fiscalizar e aplicar a política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Decidindo esse ponto, a relatora assim se manifestou:

“Em síntese, em análise do conteúdo das normas da Lei 4.595/64 e com base no art. 173, § 4.º, da CF/88, conclui-se que os dispositivos da Lei 4.595/64 que dispõem sobre o direito da concorrência têm natureza de lei ordinária”.<sup>7</sup>

Fixada a natureza ordinária da Lei 4.595/1964, a relatora firmou o seu entendimento:

“Mas qualquer que seja a crítica que se ofereça à ineficácia da autoridade monetária no que diga respeito a possíveis condutas abusivas das instituições financeiras, o certo é que *legem habemus* que pela sua especialidade afasta a Lei 8.884/94, aplicável aos outros setores da ordem econômica.

A Lei 4.595/64 é especial porque diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de controle de atos de concentração bancária. Já a Lei Antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral.

O art. 10 da Lei 4.595/64 dispõe que a competência do BACEN é privativa, valendo dizer que resta excluída a competência de outra agência. Logo, inexistente conflito ou é aparente o conflito de competência no caso *sub examen*, porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (Lei 4.595/64, art. 10, ‘c’ e ‘g’, e art. 18, § 2.º).

É fato que o art. 54 da Lei Antitruste não tem previsão de exceção à competência do CADE, mas tal exceção não necessita ser expressa, eis que a existência de lei especial dispende regra específica para o controle dos atos de concentração de instituições financeiras significa

<sup>7</sup> Fls. 43-44, Voto da Desembargadora Selene Maria de Almeida.

que um segmento específico do mercado foi objeto de disciplina legislativa diferenciada.

(...)

Ao fim e ao cabo, nota-se que o BACEN atua como agência reguladora ao mesmo tempo que congrega a atividade da defesa da concorrência. Tal modelo teve inspiração no direito americano da década de 30, segundo o qual a decisão sobre fusões aquisições, etc. é do Federal Reserve System”.

A relatora negou provimento ao recurso de apelação formulado pelo CADE, afirmando a competência privativa do BACEN – e não do CADE – para decidir sobre ato de concentração que tenha por objeto instituição financeira.

O Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, em voto oral, divergiu da relatora, entendendo que “o interesse protegido na lei específica do sistema financeiro e o interesse protegido na lei do CADE” podem coexistir harmonicamente “dentro do princípio da complementaridade”, não havendo incompatibilidade entre eles. Em consequência, os atos de concentração envolvendo instituições financeiras deveriam, também, passar pelo crivo da legislação de defesa da concorrência.<sup>8</sup>

O Desembargador Fagundes de Deus, apoiando-se no voto oral do Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, entendeu que a Lei 4.595/1964 não prefere à Lei 8.884/1994, nem a substitui em relação à competência legal do CADE:

“(...) legislador estabeleceu, no art. 10, inciso X, alínea ‘c’, da primeira lei referida, a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação. A dita atribuição legal, a meu ver, diz respeito à sua atividade típica de ente regulador do sistema financeiro nacional; não, porém, de regulador, no que toca à defesa da concorrência, é dizer, relativamente aos atos de concentração. Correta, portanto, *data venia*, a posição assumida pelo CADE”.

Em linha com o entendimento do Desembargador João Batista Gomes Moreira, o Desembargador Fagundes de Deus assim decidiu, divergindo também da relatora:

<sup>8</sup> Fl. 1, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

“De tudo quanto ficou registrado, extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, sendo elas aplicadas de forma complementar, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, enquanto a segunda cuidaria especificamente da tutela da concorrência.

Dúvida não remanesce de que é competente o CADE para o exame da operação que resultou na aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob a ótica da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)”.<sup>9</sup>

### 3. Análise da decisão do TRF

Ao elevar a livre concorrência a princípio regente da ordem econômica, o legislador constitucional nela proscreeu o abuso do poder econômico de mercado, determinando-lhe a prevenção e a repressão, na forma da Lei.<sup>10</sup> Esta, de n. 8.884/1994, outorgou competência ao CADE para, especialmente, exercer o controle preventivo de ato de integração de poder econômico firmado entre empresas atuantes nos mercados (todos eles) de bens e serviços. Atendido o índice de jurisdição fixado na Lei 8.884/1994, art. 54, § 3.º, todo ato de integração, qualquer que seja a sua forma jurídica, os seus figurantes e o mercado, ou mercados, em que estes atuem – deve ser notificado ao CADE, que verificará se os efeitos dele irradiados sobre o mercado, ou mercados, relevante(s) afetado(s), nele consistirá posição dominante, restringirá a livre concorrência ou aumentará arbitrariamente os lucros.

A guarda da livre concorrência é, portanto, inerente à ordem econômica constitucional e, para ser exercida, requer, e a Constituição Federal assim dispõe, que o Estado nela intervenha. A experiência mostrou ser indispensá-

<sup>9</sup> Fl. 7, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

<sup>10</sup> Constituição Federal, art. 170, IV: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; (...)”.

Constituição Federal, art. 173, § 4.º: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

vel, e não contrário, à afirmação do princípio da livre -iniciativa – fixado em forma preambular na Constituição Federal<sup>11</sup> – a defesa da livre concorrência. Em uma palavra, não se afirma a livre-iniciativa sem a defesa da livre concorrência. Igualmente, mostrou a experiência não ser efetiva a guarda da livre concorrência e, pois, a prevenção e a repressão do abuso do poder econômico, se a sua execução não for cometida a um órgão especial, criado por Lei e a esse fim destinado.

O legislador infraconstitucional atendeu à prescrição constitucional e atribuiu ao CADE o controle preventivo da concentração de poder econômico – ao lado da repressão às infrações decorrentes de seu abuso – de todos os atos que integrem poder econômico, antes centrado em agentes econômicos distintos e independentes entre si, inclusive atos a envolver agentes atuantes nos mercados regulados, sob a jurisdição de agência reguladora. Nesse caso, o CADE age em sequência à agência reguladora, a esta cabendo aprovar o ato de concentração do ponto de vista estritamente regulatório e emitir parecer, não vinculante, sobre aspectos concorrenciais respectivos ao mercado sob a sua jurisdição, e encaminhá-lo ao CADE para este analisar-lhe os efeitos concorrenciais e aprová-lo, com ou sem condições compensatórias, ou não.<sup>12</sup>

É inteiramente diversa a disciplina constitucional da ordem econômica vigente daquela disciplinada na Carta Federal de 1946, em cujo âmbito, então especialmente conflagrado, foi editada a Lei 4.595/1964. É no contexto da atual Carta, a condicionar necessariamente a questão aqui posta, que a sua análise deve ser feita, como bem registrou o Desembargador Fagundes de Deus em seu voto-vista, em especial porque o ponto inicial da demanda

<sup>11</sup> Constituição Federal, art. 1.º, IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

<sup>12</sup> Cf. Lei Geral de Telecomunicações, art. 7.º: “As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1.º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2.º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador”.

versa, precisamente, sobre a recepção daquela lei no regime constitucional atual.<sup>13</sup>

Com efeito, os dispositivos da Lei 4.595/1964 que disciplinam a competência do BACEN para verificar as “condições de concorrência” no mercado que lhe cabe fiscalizar são de natureza ordinária.

Essa, também, a opinião de Odete Medauar:

“E nem se diga que a Lei 4.595/64, na sua inteireza, foi recepcionada pela Constituição Federal como lei Complementar, ante o *caput* do art. 192. A matéria dessa Lei complementar cinge-se somente ao Sistema Financeiro Nacional. Se entre seus preceitos devem constar as atribuições do BACEN, não se pode deduzir que daí advenham competências do mesmo em matéria concorrencial. Mesmo porque tal matéria insere-se na Lei indicada pela Constituição Federal, hoje a Lei 8.884/94, nenhuma outra”.<sup>14</sup>

Sob esse ponto, é unânime o entendimento contido nos votos acima citados, o que mostra ser a Lei 8.884/1994 aplicável aos atos de concentração a envolver instituições financeiras, sendo assim competente o CADE a julgá-los. Todavia, como transcrito acima, o entendimento da Desembargadora Selene Maria de Almeida desdobra-se no sentido de ser a Lei 4.595/1964 especial em relação à Lei 8.884/1994, cabendo, por conseguinte, privativamente ao BACEN exercer o controle preventivo de atos de concentração que envolvam instituições financeiras.

Sobre os fundamentos do voto vencido da Desembargadora Selene Maria de Almeida, além das considerações expendidas nos demais votos, entendo pertinente aduzir as considerações a seguir.

Diz a relatora ser aplicável privativamente a Lei 4.595/1964 a atos de concentração a envolverem instituições financeiras,

“porque (a Lei) diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de concentração bancária. Já a lei antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral”.

<sup>13</sup> Fls. 2-3, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

<sup>14</sup> MEDAUAR, Odete. Concorrência no sistema financeiro. Conflito de competência entre CADE e BACEN?. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS Paulo Todescan Lessa (org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 125.

Na ordem econômica constitucional não se distinguem setores, ou mercados, particulares, e assim a Lei 8.884/1994. Refere a Constituição Federal mercados de bens e de serviços.<sup>15</sup> O fato de a Lei preceituar alguns deles especialmente – como é o caso dos serviços ditos públicos e de outros mercados igualmente submetidos à intervenção do Estado para os fiscalizar e regular por meio de órgãos para esse fim especialmente criados – não os particulariza, sobretudo a ponto de os excluir da competência do órgão especial de defesa da concorrência.

Porém, mesmo se esse entendimento – vencido – fosse admitido, para argumentar, ainda assim o seu desdobramento, como se tem no voto da relatora, ao meu juízo não encontraria amparo legal. Seria privativa a competência do BACEN, como está no voto da relatora, “excluída a de outra agência”,

“porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (art. 10, X, *c*) e art. 18, § 2.º” (da citada Lei 4.595/1964).

Ou seja, a Lei n 4.595/1964 seria norma especial em matéria de defesa da concorrência em relação à Lei 8.884/1994.

Essa especialização, defendida pela relatora, sugere, porém, exame mais acurado dos artigos 10, X, *c*) e 18, § 2.º, da Lei 4.595/1964. Diz o artigo 10, X, *c*:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(...)

*c*) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; (...).”

<sup>15</sup> Constituição Federal, artigo 173, § 1.º: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”.

E o 18, § 2.º:

“Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

(...)

§ 2.º O Banco Central da Republica do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (*Vetado*) nos termos desta lei”.

Note-se que a referência à eventual ação do BACEN, a guardar relação com a defesa da concorrência, está no citado artigo 18, § 2.º, que trata, exclusivamente, de conduta de instituição financeira, ou seja, de sua forma de conduzir (sob o ângulo concorrencial) seus negócios no mercado onde atua. No citado artigo 10, X, *c*, que versa sobre ato de concentração de instituição financeira, inexistente referência à “*condição de concorrência*”, a dele resultar.

Ou seja, a Lei 4.595/1964 só tratou de matéria concorrencial em relação à conduta de agente econômico sob sua jurisdição; não em relação a ato de concentração que o envolva.

Assim, mesmo se vingasse o entendimento de ser aplicável privativamente a Lei 4.595/1964 à matéria concorrencial, como, em minoria, entendeu a relatora, a competência do BACEN, ao meu juízo, estaria limitada aos casos de infração à ordem concorrencial, não alcançando ato de concentração, em face do silêncio daquela norma sobre essa hipótese.

Esse silêncio desabilitaria o BACEN a agir, de analisar um ato de concentração, fosse a sua competência, que é privativa, admitida em desfavor da competência do CADE. Não se acham disciplinados na Lei 4.595/1964 os termos em que tal competência privativa do BACEN seria exercida: seria o ato simplesmente aprovado, ou não aprovado? Poderia ser ele aprovado sob condição compensatória aos efeitos anticoncorrenciais dele decorrentes?

Ainda nesse sentido, considere-se a possibilidade de o BACEN deparar-se com um ato de concentração cujos efeitos fossem benignos no plano regulatório, devendo, portanto, ser aprovado nesse âmbito, mas negativos sobre a ordem concorrencial, o que importaria em sua não aprovação. Ao primeiro exame, o BACEN estaria habilitado, assim os termos claros do artigo 10, X, *c*, citado; e, ao segundo exame, dos efeitos concorrenciais irradiados

do mesmo ato sobre os mercados por ele afetados, onde buscaria o BACEN amparo e roteiro legal à sua atuação?

Indubitavelmente, a competência privativa do BACEN segue íntegra em relação à aprovação regulatória – esta distinta daquela concorrencial, atribuída ao CADE: ao BACEN, e só a ele, cabe autorizar as “instituições financeiras (...) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas” – vale dizer firmar negócio jurídico de integração empresarial, ato de concentração – em cumprimento das “disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9.º da Lei 4.595/1964).

Ou seja, o fato de ser o CADE competente para decidir sobre os efeitos irradiados de ato de concentração a envolver instituições financeiras não elimina, reduz ou modifica a competência privativa do BACEN para decidir sobre os efeitos do mesmo ato no plano regulatório.

A finalidade da ação regulatória do BACEN é, de forma preventiva sobretudo, zelar pela estabilidade do mercado financeiro, sob sua jurisdição. Em verdade, a regulação dita prudencial é um atributo da função preventiva ordinária de regulação do mercado financeiro cometida ao BACEN.

Ao contrário, a ação do CADE não visa à disciplina dos mercados de bens e serviços, senão à prevenção e à repressão do abuso do poder econômico que neles possam ocorrer.

A ação do CADE, no exame de ato de concentração de instituição financeira, justapõe-se à ação regulatória do BACEN. A natureza preventiva das funções exercidas por esses órgãos faz coincidir e possibilita a fluência natural e sequencial de suas ações voltadas ao exame daqueles atos.

A necessidade de o BACEN aprovar, ou mesmo estimular, a elevada concentração de instituições financeiras será, por sua natureza, extraordinária – atenderá, sempre, a injunções conjunturais, identificadas e irreprimíveis, as quais poderão ser admitidas como justificativa à alta concentração pelo órgão de defesa da concorrência. Nessa hipótese, o CADE, com amparo na Lei 8.884/1994, não poderá cegar à necessidade de determinadas instituições integrarem-se, para, com maior solidez financeira, oferecer respostas às exigências de um mercado convulsionado, cujo colapso, ou prejuízos consideráveis, comprometeriam gravemente a economia popular. A Lei 8.884/1994 é aplicada sob o princípio da razoabilidade – a regra da razão – e esta regra acha a sua medida entre as variáveis de cada mercado, como se apresentem no momento da aplicação da lei.

Tem-se, portanto, que a ação preventiva do BACEN coaduna-se com a ação preventiva do CADE, mesmo em situações extremas, de aguda crise financeira, a reclamar medidas extremas.

A Lei 4.595/1964 não é, ao meu juízo, especial em relação à Lei 8.884/1994. Elas harmonizam-se perfeitamente, assim como as ações do BACEN e do CADE, na apreciação de atos de concentração de instituições financeiras: o BACEN as analisa no âmbito da regulação do mercado financeiro; o CADE no âmbito da defesa da concorrência nesse mercado, em uma sequência linear e fluente.

Nesse sentido, o voto do Desembargador Fagundes de Deus, já citado:

“[o] legislador estabeleceu, no art. 10, inciso X, alínea ‘c’, da primeira lei referida, a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação. A dita atribuição legal, a meu ver, diz respeito à sua atividade típica de ente regulador do sistema financeiro nacional; não, porém, de regulador, no que toca à defesa da concorrência, é dizer, relativamente aos atos de concentração. Correta, portanto, data venia, a posição assumida pelo CADE.

Dúvida não remanesce de que é competente o CADE para o exame da operação que resultou na aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob a ótica da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94)”.<sup>16</sup>

#### 4. Respostas aos quesitos

- 1) Há obrigação por parte dos figurantes do ato de concentração em causa em submeter a recente operação de associação ao CADE em sua totalidade, ou apenas no que diz respeito às atividades não financeiras?
  - Há. Os figurantes do contrato de associação devem notificá-lo integralmente ao BACEN e ao CADE. Como acima visto, decidiu o Judiciário, confirmando entendimento anterior do CADE, ser ele competente para analisar os atos de concentração firmados por instituições financeiras, entendimento ao qual me associo, pelas razões aqui expostas. A doutrina partilha desse entendimento, majoritariamente.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Fl. 7, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

<sup>17</sup> Cf. GOLDBERG, Daniel K. (org.). *Sistema financeiro: o desafio da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008 (em especial, o artigo da Profa. Odete Medauar, p. 119 e ss.).

- 2) Se o posicionamento for pela não submissão ao CADE da operação no que diz respeito às atividades financeiras, qual tem sido o entendimento do CADE acerca do conceito de atividades financeiras e que estaria fora de seu âmbito de atuação?

*Ver resposta anterior.*

- O CADE entende que a Lei n. 8.884/1994, que lhe atribui competência para analisar atos de integração de poder econômico – atos de concentração –, não excepcionou desse exame nenhum mercado de bem ou serviço, e por conseguinte não isentou agente econômico atuante no mercado financeiro de notificar ao CADE ato de concentração em que seja figurante.
- 3) Há decisão do CADE posterior ao julgamento da TRF-DF que decidiu pela competência do CADE, tendo em vista que julgados anteriores do próprio órgão já vinham na linha de atribuírem ao Banco Central a análise de atos de concentração envolvendo atividades financeiras?
- Sim. O CADE deu-se por competente para apurar atos de concentração envolvendo instituições financeiras em doze casos julgados a partir da decisão do TRF, datada de agosto de 2007.
- 4) Por fim, gostaríamos de entender se o quanto mencionado acima também se aplica às operações envolvendo BANCOS PÚBLICOS.
- Ao meu ver, aplica-se, sim.

---

Em artigo recente, dois ex-Conselheiros do CADE assim se manifestaram: “(...) em suporte ao entendimento de que a competência do Banco Central não poderia ser exclusiva, sustentou-se nos votos então proferidos que não há isenção ou imunidade para as instituições financeiras na Lei n. 8.884/94. Não há, tampouco, conflito entre o disposto nessa lei e na Lei n. 4.595/64, já que não existe superioridade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária, e as competências previstas na lei bancária e na lei da concorrência não são excludentes, mas concorrentes. (...) O *impasse institucional entre a autoridade de supervisão bancária e a autoridade da concorrência encontra-se hoje superado no Brasil. O caso Finasa foi determinante para que o debate sobre as competências formais e as funções efetivas dessas autoridades demonstrasse a necessidade de cooperação entre elas...*” (PRADO, Luiz Carlos Delorme; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Concorrência e sistema financeiro: a construção de um modelo de política de defesa da concorrência no setor bancário brasileiro*. In: GOLDBERG, Daniel K. (org.), op. cit., p. 148 e 161.

Pública é a titularidade do controle dos bancos públicos; privado, o regime a que estão submetidos em sua ação ordinária. Atuam eles no mesmo mercado relevante em que atuam os bancos sob controle privado (e nele os bancos públicos detêm expressiva participação). A Constituição Federal não criou regime especial próprio às empresas sob controle estatal; ao contrário, submeteu-as ao regime aplicável às empresas de capital privado.<sup>18</sup> Assim já nos manifestamos sobre esse tema:

“É clara a finalidade da norma igualitária: todas as empresas que explorem atividade econômica sujeitam-se ao mesmo regime jurídico e esse regime é de natureza privada. O princípio, subjacente a esta norma, há muito acha-se inscrito no direito nacional, referindo a isonomia que deve estar à base da exploração da atividade econômica, na qual o Estado não age como poder público, e sim como agente econômico organizado como os demais, privado”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Constituição Federal, art. 173, § 1.º, II: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...)”.

<sup>19</sup> DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228-229.



# INOVAÇÃO, PATENTES E *PIPELINE* NA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E BEM-ESTAR SOCIAL

*Jorge Fagundes\**

## **I – Introdução**

O fortalecimento dos direitos de propriedade é um aspecto fundamental para a criação de incentivos à inovação e para a disseminação de seus benefícios à sociedade. Uma ampla literatura econômica – de diferentes matrizes teóricas – tem-se debruçado sobre essa temática, elaborando implicações normativas que apontam para a importância da estruturação de regimes de propriedade industrial e intelectual que forneçam uma base legal e institucional adequada à geração de um fluxo continuado de inovações, capaz de impulsionar o processo de desenvolvimento econômico e de ampliar os níveis de bem-estar social.

Tais regimes adquirem maior importância quanto mais complexa for a base de conhecimentos relacionada às inovações geradas e quanto maiores forem a intensidade e os riscos inerentes ao esforço tecnológico que deve ser empreendido para a geração dessas inovações. Ao mesmo tempo, a magnitude dos impactos dessas inovações em termos da elevação dos níveis de bem-estar social, particularmente quando estas têm a capacidade de solucionar problemas que afetam uma parte significativa da população, constitui elemento que justificaria – não só do ponto de vista econômico, mas também do ponto de vista ético e moral – a criação de mecanismos institucionais que procurassem acelerar a sua difusão entre a sociedade. Configura-se, assim, a necessidade de compatibilizar os interesses públicos e privados na formatação de um sistema de propriedade industrial e intelectual eficiente do ponto de vista dos incentivos à inovação e à elevação do nível de bem-estar social.

Essas questões assumem particular importância em indústrias nas quais três elementos se combinam no âmbito das trajetórias inovativas. O primeiro deles se refere a situações nas quais o esforço tecnológico é intrin-

---

\* Doutor em economia e titular da Fagundes Consultoria Econômica. E-mail: fagundes@fagundesconsultoria.com.br; www.fagundesconsultoria.com.br.

secamente complexo, requerendo a mobilização de um montante elevado de recursos e a aglutinação de múltiplas competências e se defrontando com um grau elevado de incerteza quanto aos seus resultados potenciais. O segundo elemento refere-se a situações em que as rendas diferenciais advindas da inovação desempenham um papel crucial na dinâmica competitiva da indústria, conferindo às empresas inovadoras a possibilidade de obter ganhos expressivos na competição, o que acabaria estimulando a continuidade do esforço tecnológico, gerando uma espécie de “círculo virtuoso” de geração de inovações. O terceiro elemento refere-se a situações em que a inovação desempenha um papel crucial na resolução de problemas mais prementes da população, justificando ações que procuram facilitar o maior acesso da população a seus frutos. A indústria farmacêutica constitui, sem dúvida, a situação mais exemplar de confluência desses elementos, e é nesse contexto que a questão relativa aos direitos de propriedade deve ser enquadrada.

Em termos comparativos, a indústria farmacêutica é aquela em que se observam internacionalmente esforços de inovação mais intensos – medidos por meio da relação entre P&D e faturamento –, bem como aquela em que a complexidade desses esforços – avaliada a partir dos conhecimentos que necessitam ser integrados, da taxa de sucesso associada aos esforços realizados e do tempo a ser percorrido ao longo das diversas etapas do processo – é mais evidente. Ao mesmo tempo, as maiores empresas dessa indústria têm sua posição alicerçada numa reputação de liderança quanto à capacidade de gerar e introduzir continuamente novas inovações no mercado.

Nesse contexto, é natural que os agentes demonstrem interesse e se mobilizem no intuito de garantir o retorno econômico dos esforços inovativos realizados, para o que a plena garantia dos direitos de propriedade sobre as inovações geradas é fundamental, resguardado, porém, o interesse público de garantia de acesso da população a essas inovações ao longo do tempo. Tais direitos atuam, portanto, como elemento propulsor da continuidade do processo de inovação: na medida em que sua vigência é restringida, interrompe-se um círculo virtuoso, cujos reflexos tendem a se refletir no abandono de linhas de pesquisa, na maior aversão ao risco inerente à busca de inovações, na adoção de estratégias alternativas de valorização dos ativos e na conseqüente redução do ritmo em que novas soluções terapêuticas são colocadas à disposição da sociedade, com impactos negativos sobre o bem-estar social. Em outras palavras, os direitos de propriedade, entre eles as patentes, são de interesse social, posto que garantem a realização de investimentos geradores das inovações que aumentam o bem-estar das populações.

Partindo dessas premissas, este artigo procura discutir a importância do instrumento baseado na concessão de patentes *pipeline* no contexto da vigência dos direitos de propriedade à inovação na indústria farmacêutica. Essa discussão é desenvolvida a partir de três eixos básicos de análise.

O primeiro deles baseia-se numa revisão seletiva da literatura sobre a relação entre progresso técnico, inovação e bem-estar social, que aponta para a importância da consolidação de regimes de apropriabilidade em que o sistema econômico e a sociedade delimitem regras que garantam o retorno do investimento realizado por meio de lucros diferenciais para o agente inovador.

No segundo eixo, procura-se discutir mais detalhadamente alguns instrumentos relativos aos direitos de propriedade incorporados àqueles regimes, sendo as patentes a forma mais bem acabada de legitimação legal e econômica daqueles direitos. Essa discussão é complementada com informações sobre tendências gerais do processo de patenteamento no cenário internacional, incorporando o recente advento do acordo TRIPS.

O terceiro eixo de análise parte da discussão anterior para abordar a experiência da indústria farmacêutica. Inicialmente, procura-se salientar a importância dos esforços inovativos na dinâmica competitiva dessa indústria, apontando para o papel crucial que as patentes assumem como instrumento capaz de garantir um retorno adequado àqueles esforços, funcionando como incentivo à sua continuidade e aprofundamento. Em seguida, considerando o caráter crescentemente globalizado dessa indústria, que amplia o ambiente econômico de valorização dos esforços inovativos, procura-se discutir a importância das patentes *pipeline* enquanto instrumento de fortalecimento dos direitos de propriedade possível de ser ativado para resguardar os interesses das firmas inovadoras, de um lado – particularmente num contexto marcado por custos crescentes para a introdução de inovações, decorrentes das dificuldades inerentes ao processo de P&D na indústria, das crescentes pressões regulatórias e da intensificação da concorrência em segmentos nos quais as patentes já expiraram – e, por outro lado, da sociedade, receptora final dos medicamentos que resultam do processo inovativo.

## II – Progresso técnico, inovação e bem-estar social

Esta Seção objetiva analisar o papel do progresso técnico na dinâmica da economia capitalista, destacando a importância da introdução de inovações tecnológicas no processo concorrencial e seus benefícios para o bem-estar

social. Para isso, será utilizada, fundamentalmente, a abordagem teórica evolucionária, elaborada a partir das proposições originais de Schumpeter, o primeiro autor a integrar de forma orgânica a discussão dos impactos de processos inovativos sobre a dinâmica de desenvolvimento econômico e sobre a natureza das decisões empresariais.

O progresso técnico, entendido como o desenvolvimento de novas possibilidades técnicas e a aplicação e difusão dessas novas possibilidades pelo tecido econômico (Heertje, 1988, p. 81), sempre foi reconhecido, nos trabalhos de história econômica (Landes, 1969), como uma das principais variáveis na explicação das transformações econômicas e sociais no Ocidente desde o século XVII (Dosi et al., 1992, p. 6).

De fato, o avanço da tecnologia produz novos produtos e novos processos de produção, que, por sua vez, proporcionam a abertura de novos mercados, o surgimento de novos hábitos sociais (por exemplo, as consequências em termos de organização social advindas do surgimento do automóvel no início do século XX), a ascensão e queda de firmas, mudanças nas curvas de custo e na demanda por novos insumos, novas técnicas de vendas, alterações de preços, mutações nas estruturas industriais, transformações nos padrões de comércio internacional etc. A história das transformações econômicas e do desenvolvimento tecnológico gera perdedores e ganhadores, tanto no nível das empresas quanto no âmbito dos países (Kennedy, 1993, cap. 1, 3, 4 e 5).

O processo de inovação tecnológica é, por natureza, complexo. Na literatura econômica, essa temática passou a ser discutida com maior profundidade a partir dos trabalhos seminais de Schumpeter (1934), o primeiro autor a ressaltar de forma explícita a importância central da inovação – que consistiria não apenas na introdução de novos produtos e processos, como também de novas formas de organização empresarial, novos mercados e novas fontes de matérias-primas – na competição entre firmas, na evolução de estruturas industriais e no processo de desenvolvimento econômico.

Para Schumpeter, o capitalismo é, por natureza, um método de transformação econômica (Schumpeter, 1984, p. 112), sendo sua dinâmica de crescimento baseada em um processo contínuo de introdução e difusão de inovações, entendidas como resultado da busca dos agentes econômicos por lucros diferenciais. Tais inovações, na medida em que geram *diferenciação*, proporcionam às firmas que as introduzem vantagens competitivas *temporárias* em relação aos concorrentes efetivos e potenciais.

Tal concepção tem implicações importantes em termos da compreensão das possibilidades de desenvolvimento dos diferentes países. O processo de desenvolvimento tem como motor principal a transformação das estruturas produtivas de um determinado país, que é induzida, por sua vez, pela dinâmica de inovação e difusão. Tal dinâmica se baseia na ocorrência de mudanças disruptivas – às vezes revolucionárias – geradas por um processo de “destruição criadora” (Schumpeter, 1988, cap. 4; Schumpeter, 1984, cap. 7 e 8; Collins, 1986, cap. 5). Como ressalta Schumpeter:

“The fundamental impulse, that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers’ goods, the new methods of production or transportation, the new markets (...) [This process] incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism” (Schumpeter C.S.D., 1942, 83).

Destaca-se nesta análise a importância central atribuída às firmas como agentes propulsores do processo de desenvolvimento, correlacionada à possibilidade de obtenção de lucros econômicos diferenciais em virtude da introdução de inovações no mercado. Nesse sentido, percebe-se nitidamente que esse processo vincula-se a uma determinada expectativa de ganhos econômicos, que é influenciada por diversos aspectos relacionados às tecnologias envolvidas, tais como a duração temporal do processo de pesquisa e desenvolvimento, as condições de “apropriabilidade” do conhecimento gerado, a importância dos conhecimentos “tácitos” envolvidos e a possibilidade de utilizá-los na resolução de múltiplos problemas.

De fato, as estratégias *tecnológicas* das firmas definem o seu grau de comprometimento com a perseguição de atitudes inovadoras na esfera *técnica*. A intensidade do engajamento com as atividades tecnologicamente inovativas depende tanto da natureza da própria tecnologia empregada pela firma e de sua capacitação tecnológica e organizacional para explorá-la, como das características estruturais de sua indústria e do ambiente econômico e institucional geral no qual ela está inserida. Portanto, as estratégias tecnológicas da empresa surgem como resultado da conjugação de forças internas – capacitação tecnológica e organizacional – e externas – o ambiente *econômico-institucional* (Penrose, 1962, cap. VII).

Nesse sentido, a existência de estruturas de mercado mais concentradas, como as oligopolizadas, pode representar uma situação favorável para

a sociedade se, a despeito do eventual poder de mercado a elas associado, reforçarem a capacidade de realização de esforços inovativos (Schumpeter, 1942). Essa é uma característica, por exemplo, de algumas atividades em que os gastos em P&D e outros métodos informais de aprendizagem são muito elevados relativamente à receita média da indústria.

Nesse contexto, os benefícios oriundos da maior capacidade dinâmica de introduzir progresso técnico por parte dos oligopólios – eficiência dinâmica – superam custos potenciais de curto prazo relacionados ao exercício de poder de mercado<sup>1</sup> – eficiência estática. A concorrência no longo prazo por meio de inovações, introduzindo *novos* e melhores produtos, ou reduzindo os custos a partir de mudanças no processo de produção, permite, do ponto de vista dinâmico, uma melhoria de bem-estar social muito superior àquela associada à concorrência via preços com base nos produtos e processos *já* existentes.<sup>2</sup>

Em suma, o caráter evolutivo do processo capitalista “não se deve ao fato de que a vida econômica acontece num ambiente social que muda (...) tampouco se deve (...) a um aumento quase automático da população e do capital (...) o impulso fundamental que inicia e mantém o movimento da máquina capitalista decorre dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria” (Schumpeter, 1984, p. 112). A firma capitalista é o *locus* de dinamismo do sistema econômico; suas diferentes ações estratégicas, no decorrer perene do processo competitivo, são os veículos endógenos de materialização do movimento e das mutações na realidade econômica.

É usual a literatura econômica diferenciar as *etapas* do processo inovativo em função do tipo de conhecimento gerado e do direcionamento dos esforços dos agentes envolvidos. Tradicionalmente, tal literatura identifica *três* etapas bem definidas, associadas, respectivamente, aos conceitos de invenção, inovação e difusão.

---

<sup>1</sup> Isto é, preços muito acima dos custos de produção e distribuição.

<sup>2</sup> Por exemplo, para a sociedade é muito melhor que um certo medicamento tenha surgido para solucionar os problemas gerados por uma determinada doença, ainda que o preço de tal medicamento tenha de ser elevado *temporariamente* para obter o retorno do investimento que o gerou, do que simplesmente não dispor jamais do produto porque este não foi criado (com preço “infinito”, portanto).

O primeiro deles se vincula aos esforços realizados por diversos agentes visando gerar novas ideias, estando referenciado fundamentalmente à esfera *científico-tecnológica*. Esses esforços resultam num avanço do conhecimento científico, cujo valor econômico é, a princípio, meramente potencial. Já o conceito de “inovação” refere-se, basicamente, à primeira *introdução comercial* de uma invenção transladada à esfera técnico-econômica. O processo de inovação pressupõe, assim, a existência de um agente específico que possui uma determinada expectativa de *retorno econômico* (o “empresário inovador”), que será, ou não, sancionada pelo mercado por meio de mecanismos de “seleção” associados ao processo concorrencial.

Desse modo, o processo inovativo inclui as atividades técnicas, a concepção, o desenvolvimento e a gestão que resultam na comercialização de novos (ou melhorados) produtos, ou na primeira utilização de novos (ou melhorados) processos produtivos. Compreende, portanto, a aplicação de novos conhecimentos tecnológicos, de mercado e outros, fato que produz novos produtos, processos ou serviços, ou a melhoria significativa de alguns dos seus atributos.

Os impactos econômicos da introdução de inovações se desdobram em *dois* “momentos” particulares. O primeiro deles se refere aos condicionantes da *obtenção de ganhos econômicos* a partir da introdução da inovação em determinado mercado. Tais condicionantes associam-se às características estruturais dos ambientes em que as firmas inovadoras se encontram inseridas, como, por exemplo, *o sistema de propriedade intelectual*. Claramente, são as firmas que inovam aquelas que incorrem em maiores riscos, sendo natural que obtenham temporariamente ganhos elevados em caso de sucesso.

O segundo momento constitui um desdobramento natural da introdução de inovações nos diferentes ambientes industriais: a sua “*difusão*” pelos agentes inseridos nesses ambientes, uma vez que os resultados obtidos a partir das mudanças tecnológicas tenham-se mostrado economicamente compensadores. Nesse sentido, observa-se uma tendência de as firmas, que não incorreram nos investimentos e riscos do inovador, incorporarem o mais rapidamente possível inovações que passaram pelo “crivo” dos mecanismos de seleção, resultando num processo de “imitação” das inovações que demonstrarem possuir uma capacidade de gerar ganhos econômicos e tecnológicos.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Obviamente, essa possibilidade de “imitação” depende de uma série de fatores, entre os quais é possível ressaltar: (i) a existência de barreiras legal-institucionais que impedem o acesso dos agentes às tecnologias necessárias para viabilizar o processo de

A difusão é, portanto, o processo em que a inovação é transferida e incorporada às atividades produtivas por meio de determinados canais, ao longo do tempo e entre os membros de um sistema social. Em outras palavras, é o processo em que novas tecnologias eliminam, ou substituem, tecnologias existentes, envolvendo a adoção pelos usuários, da forma o mais extensiva possível, de determinada inovação introduzida por um inovador original.

Em termos da amplitude dos impactos, é comum a diferenciação entre inovações radicais e incrementais.<sup>4</sup> As “inovações incrementais”<sup>5</sup> referem-se a pequenas melhorias nos produtos ou processos existentes que resultam da acumulação de conhecimento tecnológico – podendo-se citar, como exemplos, o controle remoto da TV, telefones multifunção, máquina de lavar com programador etc. Já as “inovações radicais” não resultam da acumulação de melhorias, mas sim da introdução de novos conceitos, como no caso do desenvolvimento do microprocessador para sistemas lógicos discretos, do microscópio eletrônico ou de novos medicamentos.<sup>6</sup>

---

imitação; (ii) a complexidade da “base de conhecimentos” requerida para viabilizar essa imitação em condições satisfatórias; e (iii) o próprio ritmo de transformação dos conhecimentos técnicos associados à inovação introduzida, que pode resultar numa rápida obsolescência das capacitações acumuladas ao longo do processo de difusão.

<sup>4</sup> Ampliando a análise, é possível ainda distinguir as “inovações sistêmicas”, baseadas em combinações de várias inovações, com ramificações em diferentes setores econômicos – como no caso de inovações baseadas em materiais sintéticos ou novos compostos baseados na engenharia genética – ou ainda inovações que implicam uma “alteração de paradigma tecnológico”, quando a tecnologia tem uma gama de aplicações tão vasta que afeta os fatores e condições de produção em praticamente todos os sectores econômicos, como no caso das novas tecnologias de informação e comunicação.

<sup>5</sup> As *inovações incrementais* ocorrem não como resultado de qualquer atividade deliberada de P&D, e sim como consequência de um processo contínuo de melhoria, decorrente, por exemplo, das sugestões de agentes diretamente engajados no processo de produção ou das iniciativas e propostas de usuários. Esse tipo de inovação surge geralmente como resposta a problemas técnicos e a gargalos pontuais da produção, envolvendo melhorias marginais do produto e/ou aperfeiçoamentos do processo de produção.

<sup>6</sup> As *inovações radicais* referem-se a eventos descontínuos do ponto de vista temporal resultantes de atividades deliberadas de P&D realizadas em empresas e/ou universidades e instituições de pesquisa. Esse tipo de inovação está geralmente associado a mudanças de “primeira ordem de magnitude” das funções de produção, resultando num processo de ruptura que dá origem a um rumo (ou trajetória) tecnológico

Finalmente, vários modelos econômicos com ênfase no comportamento da firma salientam a influência do meio institucional (associações industriais, órgãos técnicos, universidades, agências governamentais, aparelho jurídico etc.) como fator de indução do crescimento econômico. Na abordagem de Edquist e Johnson, as instituições – definidas como “um conjunto de hábitos comuns, rotinas, práticas estabelecidas, regras ou leis que regulam as relações e interações entre indivíduos e grupos” (1997, p. 46) – desempenham um papel de fundamental importância no processo inovativo, na medida em que influenciam fortemente as garantias dos investimentos, os processos de aprendizagem e a interação entre os agentes. Nesse sentido, as funções básicas desempenhadas pelas instituições são a *redução da incerteza*, a gestão de conflitos e a possibilidade de cooperação que podem estimular as inovações (Nelson, 1994, p. 50).

Em resumo, pode-se concluir que, nas economias capitalistas, há prevalência de um sistema concorrencial em que a *introdução de inovações tecnológicas desempenha um papel central e perene na dinâmica econômica*. A busca por inovações é, portanto, um traço fundamental do comportamento dos agentes econômicos que visam à obtenção de vantagens competitivas. Embora apresente dinâmicas distintas, a materialização das vantagens competitivas almejadas pelas firmas resulta em lucros diferenciais temporários.

No entanto, a existência desses lucros não deve ser vista como maléfica ou contraditória com os interesses sociais. Apesar de aparentemente contraditória à noção tradicional de concorrência com base em preços, a obtenção de lucros oriundos de “monopólios temporários” é crucial para a dinâmica do processo inovativo, cujo resultado se traduz em ganhos de bem-estar social muito superiores aos obtidos com eventuais reduções de preços.

Com efeito, a introdução de inovação, em diversos setores, somente possível em função de investimentos em pesquisa e desenvolvimento intensos e extremamente incertos, e gera benefícios para a sociedade, na forma de novos produtos e/ou novos processos de produção mais eficientes, incomparavelmente maiores do que a redução dos preços dos produtos *já* existentes.

Nesse contexto, uma questão importante do ponto de vista do bem-estar social está associada à determinação das condições necessárias para que as

---

totalmente novo. O engajamento dos agentes em atividades de P&D – por meio da “busca” sistemática de novos conhecimentos – desempenha um papel crucial para a geração desse tipo de inovação. Ver Freeman (1975).

firmas tenham o *incentivo* adequado à realização de investimentos em P&D, isto é, à geração de inovações que aumentem o bem-estar social.

### **III – Direitos de propriedade, apropriabilidade, patentes e inovação**

Nesta Seção, será abordada a importância da capacidade de apropriação dos frutos do progresso técnico desenvolvido pelas firmas como forma fundamental de estímulo à atividade de busca por inovações e, portanto, para o aumento do bem-estar social. Dessa forma, a ideia é analisar as principais características dessa busca como uma estratégia competitiva das empresas em ambientes marcados pela mudança tecnológica, com destaque para o papel das patentes como um dos instrumentos de maior relevo para essa capacidade de apropriação em determinadas indústrias, como, por exemplo, a farmacêutica.

#### *III.1 – Regimes tecnológicos e apropriabilidade*

De maneira a contemplar a variedade de aspectos que condicionam o ritmo da mudança tecnológica e seus impactos em termos das estratégias dos agentes econômicos, é importante esclarecer o conceito de “regime tecnológico”. Originariamente, o conceito de “regime tecnológico” foi introduzido por Nelson e Winter (1982) enquanto instrumento analítico capaz de caracterizar o ambiente tecnológico no qual as firmas operam, associando-se à combinação de diversos elementos.

Em particular, os “regimes tecnológicos” são caracterizados em função dos seguintes elementos:

- (i) *condições de oportunidade*, que revelam as possibilidades concretas de introdução de uma inovação em determinado ambiente;<sup>7</sup>
- (ii) *condições de apropriabilidade*, relacionadas à possibilidade de proteger a inovação gerada contra esforços imitativos de firmas que não incorreram em investimentos inovativos, garantindo *temporariamente* os lucros diferenciais necessários para a recuperação dos investimentos para o agente inovador;

---

<sup>7</sup> Rosenberg (1982) e Nelson e Winter (1982) demonstraram que, em algumas indústrias, as condições de oportunidade estão relacionadas com o progresso na área de P&D, enquanto, em outras, as fontes externas de conhecimento em termos de fornecedores e consumidores podem constituir o principal papel.

- (iii) *condições de cumulatividade*,<sup>8</sup> relacionadas à interdependência que se estabelece entre o esforço tecnológico atualmente realizado e as inovações que poderão ser geradas no futuro;
- (iv) *características da base de conhecimentos*,<sup>9</sup> relacionadas ao seu caráter específico e complexo, à dificuldade de codificar conhecimentos “tácitos”, e à necessidade de integração de diferentes tecnologias e disciplinas científicas para viabilizar o processo inovativo.

As características específicas dos regimes tecnológicos afetam decisivamente os padrões de realização das atividades inovativas em nível setorial. Assim, a concentração de atividades inovativas em determinada indústria relaciona-se a oportunidades favoráveis, a uma elevada apropriabilidade e a uma forte cumulatividade dos esforços realizados. Nesse sentido, as condições específicas de oportunidade, apropriabilidade e cumulatividade inerentes a cada regime tecnológico impõem condicionamentos que influenciam a direção e a intensidade do esforço tecnológico inovativo dos agentes.

Consideradas isoladamente, essas condições afetam as estratégias tecnológicas de três formas básicas. Condições de alta oportunidade tornam relativamente mais atrativa a implementação de estratégias baseadas na busca de inovações radicais. Por outro lado, condições de alta cumulatividade estimulam a busca por inovações incrementais e a exploração do potencial implícito nas tecnologias existentes e do nível de capacitação previamente acumulado pelos agentes. Finalmente, condições de baixa apropriabilidade favorecem estratégias imitativas adotadas por firmas “seguidoras” que não incorreram nos investimentos em P&D (pegando “carona” nos esforços das firmas inovadoras), convertendo a montagem de instrumentos de proteção à

<sup>8</sup> A cumulatividade refere-se ao fato de o progresso técnico, em geral, não ocorrer de modo aleatório, mas seguir uma trajetória tecnológica, cujas etapas sucessivas podem ser até certo ponto identificadas antecipadamente. Para Nelson e Winter (1982), as inovações atuais passam a formar a base necessária para que ocorram inovações posteriores. Além disso, as firmas caracterizadas por inovarem constantemente são as que apresentam maior probabilidade de inovar no futuro em tecnologias específicas.

<sup>9</sup> Nesse sentido, observa-se que podem requerer a integração de diferentes áreas científicas e tecnológicas, além de necessitarem da contribuição de competências relacionadas com o processo de produção, a natureza dos mercados e as características da demanda (Nelson e Winter, 1982).

atividade inovativa numa dimensão crucial do esforço tecnológico realizado pelas firmas inovadoras.<sup>10</sup>

A direção do esforço tecnológico dos agentes decorre não apenas das condições de oportunidade, apropriabilidade e cumulatividade tomadas isoladamente, como também da maneira como tais condições se combinam no interior de cada regime tecnológico. Com base nessas combinações, Malerba e Orsenigo (1993) identificaram oito tipos distintos de “regimes tecnológicos”, cada um dos quais associado a uma estratégia tecnológica com maiores chances de ser bem-sucedida (ver Quadro I abaixo). Em termos genéricos, existem três orientações básicas que podem ser perseguidas no esforço tecnológico:

- (i) a busca de novas tecnologias;
- (ii) a exploração do potencial das tecnologias existentes;
- (iii) o fortalecimento das condições de apropriabilidade das tecnologias básicas nas quais se sustenta o regime em questão.

Do ponto de vista dos objetivos deste artigo, a questão da apropriabilidade merece maior destaque. De fato, a questão relativa aos direitos de apropriabilidade sobre as inovações é um tema recorrente na literatura econômica. A possibilidade de as firmas não conseguirem se apropriar dos ganhos advindos da inovação tecnológica pode levá-las a retardar o processo inovativo, com conseqüente redução do bem-estar social.

De acordo com Nelson & Winter (1982), as condições de *apropriabilidade* – ou seja, a facilidade com que uma inovação pode ser imitada<sup>11</sup> – refletem diretamente nas possibilidades de proteção às inovações tecnológicas contra possíveis imitações. Assim, nos casos em que a inovação tecnológica for mais facilmente passível de imitação, sua apropriabilidade será mais baixa e, conseqüentemente, o período de ganhos monopolistas será menor. Segundo Teece (1986):

<sup>10</sup> A correlação existente entre as características dos diferentes regimes tecnológicos e a orientação geral das estratégias tecnológicas do setor empresarial é um dos temas abordados na análise de Malerba e Orsenigo (1993).

<sup>11</sup> A discussão sobre condições de apropriabilidade está particularmente associada às proposições originais de David Teece, para quem (1998, p. 66): “The term ‘appropriability regimes’ describes the ease of imitation. Appropriability is a function both of the ease of replication and the efficacy of intellectual property rights as a barrier to imitation”.

“a regime of appropriability refers to the environmental factors, excluding firm and market structure, that govern an innovator’s ability to capture the profits generated by an innovation. The most important dimensions of such a regime are the nature of the technology, and the efficacy of legal mechanisms of protection”.

### Quadro I – Características de Regimes Tecnológicos e Estratégias Empresariais

	Alta Oportunidade		Baixa Oportunidade	
	Alta Cumulatividade	Baixa Cumulatividade	Alta Cumulatividade	Baixa Cumulatividade
<b>Alta Apropriabilidade</b>	<b>I</b> – Balanço entre inovações radicais e incrementais – Evitar processo de <i>lock in</i> em tecnologias existentes – Manter “janelas” abertas para novas tecnologias	<b>II</b> – Ênfase em inovações radicais – Manutenção de postura inovativa – Manter “janelas” abertas para novas tecnologias	<b>V</b> – Ênfase em inovações incrementais – Necessidade de fortalecer <i>core competences</i>	<b>VII</b> – Inexistência de atividades inovativas sistemáticas
<b>Baixa Apropriabilidade</b>	<b>III</b> – Mesmas sugestões de I – Acelera imitação de tecnologias relevantes – Manter <i>lead times</i> – Acelerar movimento na curva de aprendizado – Acesso a ativos complementares	<b>IV</b> – Mesmas sugestões de III – Aproveitar tempo curto de lucros da inovação – Acesso a ativos complementares	<b>VI</b> – Mesmas sugestões de V – Ênfase em inovação incremental e imitação – Acesso a ativos complementares	<b>VIII</b> – Inexistência de atividades inovativas

Fonte: Malerba e Orsenigo (1993).

Tece destaca a relevância da proteção legal das inovações tecnológicas, em que o *know-how* e as habilidades desenvolvidas por uma empresa inovadora podem ser protegidos legalmente sempre que se enquadrarem em uma das

categorias reconhecidas como propriedade intelectual, como, por exemplo, patentes, direitos autorais, segredos comerciais e marcas registradas.

O autor também classifica os regimes de apropriabilidade em *fracos* (em que a inovação pode ser facilmente codificada<sup>12</sup> ou sua proteção legal é ineficaz) e *fortes* (em que o conhecimento é tácito ou o bem protegido legalmente). Além disso, na visão de Teece, os regimes de apropriabilidade abrangem os fatores ambientais que determinam a capacidade de um inovador de se apropriar dos lucros gerados pela inovação, tais como o sistema de patentes, o segredo, tempos de desenvolvimento (*lead times*), bem como custos e tempo associados a esforços imitativos de duplicação (Teece, 1986, p. 287).

Pode-se perceber, portanto, que a apropriabilidade é um elemento fundamental na conformação dos processos inovativos e, portanto, para a geração de bem-estar social. Embora também dependam de aspectos gerais associados às características da tecnologia envolvida (em particular no que diz respeito à cumulatividade e ao caráter mais ou menos tácito do conhecimento) e ao ritmo do progresso tecnológico, as condições de apropriabilidade proporcionadas por direitos de propriedade ocupam um papel de relevo nas garantias de retorno dos investimentos realizados por empresas inovativas, com destaque para os mecanismos de patentes. É o que será visto a seguir.

### III.2 – Direitos de propriedade, apropriabilidade e bem-estar social

Partindo da conceituação de inovação e sua importância para o bem-estar social desenvolvida na Seção II, é possível assumir que um conhecimento novo (invenção) é capaz de induzir uma inovação que apresente utilidade econômica para a sociedade, como no caso de medicamentos. Assim, a adoção de mecanismos de proteção aos direitos de propriedade intelectual seria justificada socialmente em função da criação de incentivos à invenção e à inovação.

A garantia de que uma empresa disporá de meios efetivos para recuperar os seus esforços – em particular os gastos em P&D – na criação de uma

<sup>12</sup> Segundo Foray e Lundvall (1999) o *conhecimento codificado* é aquele que pode ser transformado em informação por meio do seu registro em manuais, normas, procedimentos etc., podendo ser transmitido facilmente por meio de infraestruturas de informação que possibilitam a sua verificação, armazenamento e reprodução; já o *conhecimento tácito* refere-se ao tipo de conhecimento que não pode ser facilmente transferido, uma vez que não está estabelecido em uma forma explícita.

invenção e da subsequente inovação (novo produto ou processo produtivo) constituiria um estímulo à sua decisão de investir (Besen e Raskind, 1991, p. 5). Conforme ressalta Albuquerque (1998, p. 88-89), a existência de direitos de propriedade intelectual proporciona à firma uma perspectiva real de apropriação dos resultados presentes e futuros decorrentes da exploração, eventualmente em caráter de monopólio *temporário*, de sua inovação (por meio do uso próprio ou licenciado), conferindo-lhe uma vantagem comparativa em face dos concorrentes.

Note-se, no entanto, que mesmo os direitos de propriedade não são garantia de monopólio: a existência de outros concorrentes inovativos implica a possibilidade do surgimento de diferentes produtos, também protegidos por direitos de propriedade, bons substitutos do ponto de vista do consumidor.

Os instrumentos mais utilizados para proteger os direitos de propriedade intelectual são as patentes, os direitos de reprodução (*copyright*) e as marcas (*trademarks*) (Cruz, 1997, p. 180). Esses instrumentos se caracterizam pela garantia legal de usufruto exclusivo (para fins comerciais) do objeto de proteção (que pode ser um sinal, símbolo, produto ou processo) por um *período limitado de tempo*. Assim, direitos de propriedade intelectual aumentam o grau de apropriabilidade das inovações para as firmas que as introduzem.

Entretanto, na análise dos impactos de patentes e outras formas de direitos exclusivos, é importante comparar as *eventuais* perdas de bem-estar no curto prazo provenientes de uma *possível* posição monopolista, caso não haja outros produtos patenteados bons substitutos sob a ótica dos consumidores, desenvolvidos por empresas rivais, com os benefícios resultantes do encorajamento de atividades inovativas cujos frutos se manifestam em maior bem-estar social ao longo do tempo.

No caso específico dos direitos de propriedade intelectual, a legislação tem, portanto, a função de regular a relação econômica entre o incentivo privado a inovar e o interesse público na difusão do conhecimento. De forma a atingir estes objetivos, é comum que o conceito de proteção esteja associado à duração limitada no tempo, fato que estimularia o agente inovador a dar continuidade aos esforços realizados, uma vez que a expiração da proteção automaticamente eliminaria o seu eventual poder de monopólio, disponibilizando o uso da inovação livre de qualquer impedimento, que cairia em domínio público e seria incorporada ao estoque de conhecimento técnico disponível da sociedade.

Nesse sentido, cabe ressaltar que, do ponto de vista legal, é amplamente aceito que:

“[a] proteção temporal da invenção, conjugada à sua divulgação social, nega à patente a condição de mero monopólio, tornando-a um instrumento do desenvolvimento sócio-econômico e afirmando-a como expressão original da tendência legislativa moderna de harmonizar a propriedade privada com o interesse público” (Barbosa, 1999, p. 25).

Em particular, quanto à duração das patentes, existe uma vasta literatura que se tem debruçado sobre o tema do “período ótimo” das mesmas, elaborada a partir do trabalho seminal de Nordhaus (1969) e Scherer (1972). Geralmente tais análises baseiam-se na construção de modelos em que se procura balancear os incentivos necessários à introdução de inovações no mercado com a delimitação temporal dos direitos de monopólio sobre elas. Mais recentemente, esses modelos têm evoluído no sentido de abordagens dinâmicas que se baseiam numa extensão dos prazos e efeitos das atividades inovativas ao longo do tempo (Duffy, 2005; Takalo, 2001). As consequências normativas dessas análises apontam para a importância dos direitos de propriedade intelectual, que pode implicar, inclusive, uma extensão dos prazos de patentamento em circunstâncias específicas (OTA, 1981).

Por exemplo, no caso de medicamentos, o prazo de proteção patentária original pode ser insuficiente para garantir o retorno dos investimentos realizados pelas firmas inovadoras, na medida em que existe um divórcio entre a invenção e a inovação. De fato, a patente é obtida quando da invenção, enquanto a inovação, ou seja, a exploração comercial do medicamento, ocorre somente após os longos períodos de testes, aprovação junto às autoridades competentes e difusão de informações junto aos consumidores e à comunidade médica. Nos EUA, esse *gap* temporal pode chegar a 10 anos, exigindo, em alguns casos, a extensão do prazo da patente.

### *III.3 – Patentes como direitos de propriedade e inovação*

Para avançar nessa discussão, é importante, de início, diferenciar a patente de outros direitos de exclusividade presentes num sistema de propriedade intelectual-industrial. Diversos trabalhos utilizam dados de patentes como indicador de inovação tecnológica (Albuquerque, 2000). As patentes são largamente utilizadas por serem uma variável de fácil acesso e mensuração.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Entretanto, apresentam também diversas limitações (Griliches, 1990). Inicialmente, as patentes podem ser caracterizadas como uma medida intermediária de resultado,

Do ponto de vista legal, a patente é um certificado de propriedade privada de uma invenção. Por meio dela, é atribuído ao inventor o direito de excluir outros agentes em relação à provisão dessa invenção. Do ponto de vista da sociedade, o estabelecimento desse direito implica uma realocação de rendas a favor de determinados agentes, com implicações sobre o incentivo que tais agentes têm para realizar as atividades inventivas ou inovativas.

Portanto, uma patente é elaborada de forma a proteger um produto, processo, substância ou *design* em relação à imitação ou cópia, sem que seja transferido qualquer tipo de pagamento ao agente responsável pelo seu desenvolvimento. A patente habilita o titular a excluir todos os outros de fabricar, vender ou usar o objeto sob proteção por um período determinado de tempo (Besen e Raskind, 1991, p. 6-7).

O alcance da proteção oferecido por uma patente restringe-se ao seu título, que é uma descrição técnica do processo, máquina, método ou matéria contida no requerimento patentário original. Melhorias incrementais no produto também costumam ser cobertas por patentes, cujo prazo de duração dos direitos de exclusividade é usualmente bastante longo – 20 anos no mercado americano.

De forma a obter esse direito, a invenção gerada – uma vez que a obtenção daquele direito não implica necessariamente que essa invenção já tenha se convertido numa inovação introduzida no mercado – deve possuir *três* propriedades, cujo atendimento deve se tornar público e estar claramente especificado no pedido de patente para que aquele direito de exclusividade possa ser concedido (Besen e Raskind, 1991, p. 7; Cruz Filho, 1996, p. 161-163):<sup>14</sup>

---

pois se referem não propriamente a inovações, mas sim as invenções geradas, independentemente de seu lançamento e aceitação no mercado. Tal característica reflete o fato de que nem toda invenção é patenteada, pois para patentear uma invenção é necessário tornar públicos os detalhes referentes a ela e algumas empresas preferem não patentear e manter em segredo os detalhes técnicos associados. Além disso, as patentes refletem um conhecimento técnico novo, que não tem necessariamente valor econômico; no entanto, mesmo não possuindo o mesmo valor econômico, elas são contadas de forma igual. Em contrapartida, nem toda invenção com algum valor econômico é patenteável. Assim, a mera quantificação de patentes tende a ser insuficiente, pois não possibilita avaliar adequadamente a qualidade da patente.

<sup>14</sup> Em contraste com as patentes, os direitos de exclusividade concedidos na forma de *copyrights* são elaborados de maneira a proteger resultados de uma expressão criativa ou artística, os quais não necessariamente implicam uma utilização econômica direta, apresentando uma duração mais longa em comparação com as patentes. No caso

- (i) apresentar alguma utilização econômica potencial;
- (ii) incorporar uma novidade em relação às alternativas técnicas existentes; e
- (iii) incorporar algum tipo de avanço “não óbvio” que exige esforços de pesquisa e desenvolvimento.

O atendimento dessas propriedades deve se tornar público e estar claramente especificado no pedido de patente para que aquele direito de exclusividade possa ser concedido.

Dentre os argumentos tradicionais que conduziram ao estabelecimento de um sistema patentário estruturado no século XIX, é possível destacar: i) o direito natural à propriedade das ideias; ii) o retorno justo à atividade do inventor; iii) o incentivo à invenção; e iv) o incentivo à revelação (*disclosure*) da informação secreta.

Estes argumentos estão baseados na hipótese de que a principal motivação para a realização de uma inovação intencional é a renda de monopólio que poderia ser obtida em função da colocação no mercado de uma tecnologia ou produto superior.

Os argumentos mais modernos que justificam esse tipo de direito enfatizam algumas propriedades da informação (ou do conhecimento) para justificar o estabelecimento dessa forma de proteção, particularmente aquelas

---

norte-americano, essa extensão atinge até 95 anos no caso de resultados de atividades empresariais ou o período de duração da vida do artista, acrescido de até 70 anos, no caso de direitos individuais, com algumas exceções sendo previstas em lei por uma doutrina particular. Nesse caso, o objeto sob proteção deve apresentar um autor (ou autores) para o trabalho original e estar “fixado” em um meio tangível de expressão (papel, tubos de imagem, meio eletrônico etc.). A não-obrigatoriedade de depósito prévio da criação em instituições específicas para esse fim (como existe com as patentes) faz que o alcance da proteção possa ser definido em litígio. A precedência temporal da expressão, e não da ideia criada, garante a titularidade da proteção. Já os direitos concedidos na forma de marcas (*trademarks*) estão associados a palavras, expressões, símbolos ou outro tipo de marca utilizado para diferenciar o produto de uma determinada firma em relação às demais. Esse mecanismo de proteção difere dos demais em razão de sua função econômica, pois a marca não se destina a criar incentivos para a inovação ou criatividade, mas apenas a identificar produtos e sua origem, configurando-se numa forma de proteção indireta ao consumidor por meio da credibilidade reforçada por tal instrumento, a qual decorre de uma suposta qualidade do produto e da familiaridade pública com ele.

associadas a princípios de não-rivalidade e não-exclusividade, assim como o papel de externalidades na realização de esforços de P&D.

É possível, portanto, distinguir dois princípios de racionalidade econômica na manutenção de um sistema patentário. O primeiro deles baseia-se na hipótese de que, ao prevenir o processo de imitação, a concessão de patentes tende a encorajar investimentos em pesquisa.<sup>15</sup> Em segundo lugar, assume-se que um sistema patentário eficaz encoraja a abertura e disseminação (*disclosure*) do avanço do conhecimento incorporado em invenções para o conjunto do sistema econômico.

Quanto ao primeiro aspecto, assume-se que sem a interveniência de uma patente imitações da invenção gerada tenderiam a ser colocadas no mercado, fato que, na presença de condições competitivas, levaria à progressiva redução das margens de lucro, impossibilitando à firma responsável pela invenção original recuperar os seus investimentos de pesquisa e desenvolvimento. Nessas condições, seria razoável que todas as firmas viessem a copiar invenções geradas por outras, desestimulando investimentos em atividades de P&D imprescindíveis à geração continuada de invenções. No limite, não haveria mais invenções ou inovações, com graves prejuízos sociais.

Dessa forma, a implantação de um sistema patentário teria como objetivo solucionar um problema recorrente de “falha de mercado” associado à presença de “economias externas” e à geração de incentivos à provisão de “bens públicos” – nesse caso, incorporados em informações associadas ao desenvolvimento de novos produtos e processos.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Nesse sentido, Cohen (2003) ressalta três efeitos positivos que podem ser gerados: o efeito direto de reforço da apropriabilidade do resultado dos esforços de P&D; um efeito indireto relacionado ao efeito demonstração que as patentes obtidas por firmas rivais geram sobre a atividade de uma firma particular; e os efeitos de transbordamento (*spill-over*) que possibilitam elevar a produtividade das atividades de P&D.

<sup>16</sup> Existe uma vasta literatura que discute as características da informação como um bem econômico especial, desenvolvida a partir das proposições originais de Arrow (1962). Nesse sentido, algumas propriedades específicas da mercadoria informação poderiam ser destacadas: 1) caráter intangível que resulta em não-rivalidade – decorrente do fato do seu uso ou consumo por uma pessoa não impedir o seu uso ou consumo por outra – e não-exclusividade – decorrente do fato de que, salvo intervenção estatal, ninguém pode ser impedido de usá-la; 2) a existência de um paradoxo intrínseco na definição do valor da informação para viabilizar o seu intercâmbio comercial, pois o comprador potencial não sabe que valor deve atribuir a ela, pois não a conhece; 3) a vinculação da informação a processo de invenção que, ao contrário do processo de produção de mercadorias físicas, envolve elevado grau de incerteza; 4) o caráter cumulativo decorrente do fato de a informação constituir também um insumo para

Já no que se refere ao incentivo ao *disclosure*, assume-se que, na elaboração da patente, uma descrição detalhada da inovação é produzida, gerando informações que fornecem uma base a partir da qual novos desenvolvimentos subsequentes podem ser buscados, dando origem a importantes efeitos de transbordamento (*spill-over*) em termos da disseminação de informações, a partir das quais maiores níveis de eficiência e bem-estar para o conjunto do sistema econômico poderiam ser alcançados. Esse processo de *disclosure* poderia ser visto como uma espécie de contrapartida social da proteção garantida pelo direito de exclusividade oferecido pela patente.

Finalmente, alguns fatos estilizados relacionados à implementação de direitos patentários são ressaltados nas análises de diversos autores, como van Dijk (1994), Cohen, Nelson e Walsh (2002), Gallini e Scotchmer (2002), Hall (2002) e Mansfield (1986).

Em primeiro lugar, observa-se que a maior parte das inovações passíveis de serem patenteadas efetivamente o são, apesar de essa proporção apresentar variações em função das características de cada setor.

Em segundo lugar, a geração de inovações a partir de uma patente é uma prática comum, com muitas inovações combinando elementos de diversos produtos.

Em terceiro lugar, observa-se que o tempo de vida efetivo de uma patente é geralmente mais reduzido do que o prazo legal do direito (menos de 8 anos para 50% das patentes no Reino Unido e na França).

Em quarto lugar, verifica-se que as patentes são um instrumento eficaz para impedir a imitação, com os custos suplementares de imitação resultantes da presença de uma patente variando entre 7 e 30%, dependendo das características de cada setor.

Por fim, observa-se, como tendência geral, um crescimento da propensão a patentear, apesar de tal tendência refletir características específicas de cada setor e ser mais elevada para firmas menores.<sup>17</sup>

---

a produção de novas informações; 5) o caráter único do ciclo de produção pois, uma vez que a informação é produzida, deixa de fazer sentido investir recursos para produzi-la uma segunda vez. Em razão das propriedades anteriores, e ao contrário das mercadorias comuns, a informação apresenta complexos problemas de apropriabilidade, os quais, para serem solucionados, geralmente requerem o estabelecimento de medidas legais (como as leis de patentes).

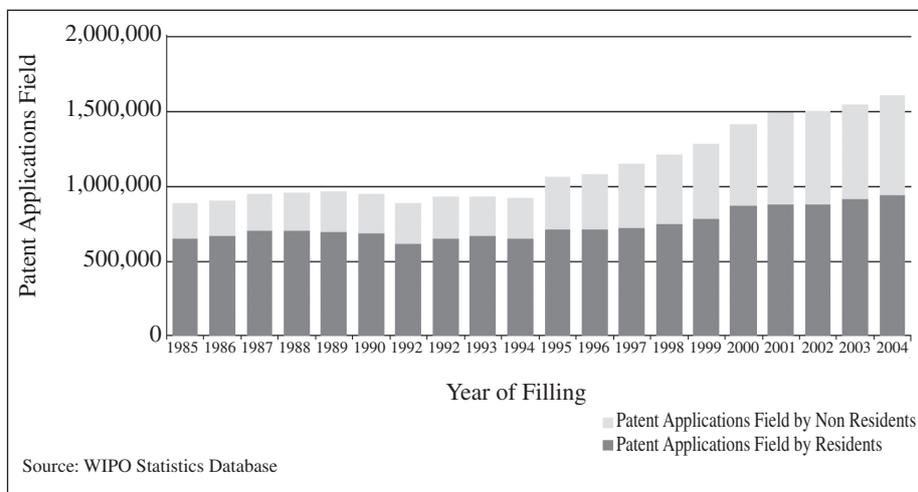
<sup>17</sup> No que se refere especificamente à propensão ao patenteamento, as diferenças interseoriais são nítidas. De fato, existe um grande número de inovações em determinados setores que não são patenteáveis e, mesmo quando isso ocorre, o patenteamento deve ser confrontado com outras alternativas de apropriação das rendas de inovação. Essas

A partir da discussão precedente, é possível coletar na literatura evidências acerca da intensidade do processo de patenteamento e sobre a importância desse instrumento como mecanismo de proteção de rendas inovativas e como incentivo à realização de esforços de P&D.

Nesse sentido, é possível observar, nos últimos anos, um processo de intensificação do patenteamento no cenário internacional. Segundo o *Wipo Patent Report* (2006), quatro tendências principais estão relacionadas a essa dinâmica:

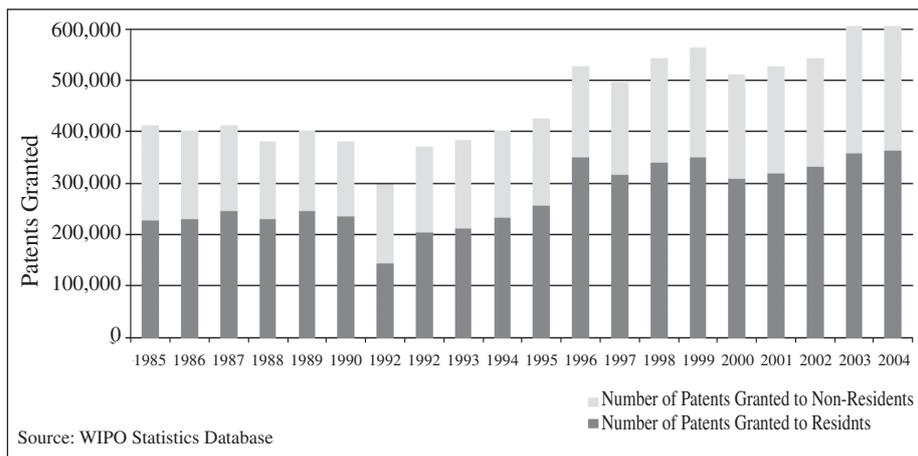
- (i) *crescimento da atividade de patenteamento*: as solicitações de patentes têm crescido a uma taxa anual de 4,75% nos últimos 10 anos – crescimento comparável às taxas de crescimento do produto da economia internacional – atingindo 1,6 milhões em 2004. As patentes concedidas têm crescido num ritmo similar, atingindo mais de 600 mil em 2004. No final daquele ano as patentes em vigência atingiam mais de 5,4 milhões em todo o mundo (ver Figuras 1 e 2);

**Figura 1 – Patentes solicitadas no Mundo (1985-2004)**



diferentes propensões a patentear se refletem em fortes discrepâncias entre setores que, no tocante à produtividade do P&D (medida por meio do número de patentes por unidade de gasto em P&D), conforme ressaltado na análise de diversos autores (Schmookler, 1996; Taylor e Siolvenson, 1973; Soete, 1979; Pakes e Grilches, 1980; Bound et al., 1984; Patel e Pavitt, 1994). Quanto ao tamanho das firmas, observa-se que a propensão a patentear varia, sendo maior nas pequenas empresas. A esse respeito Scherer (1965) aponta que as pequenas empresas têm fortes incentivos para

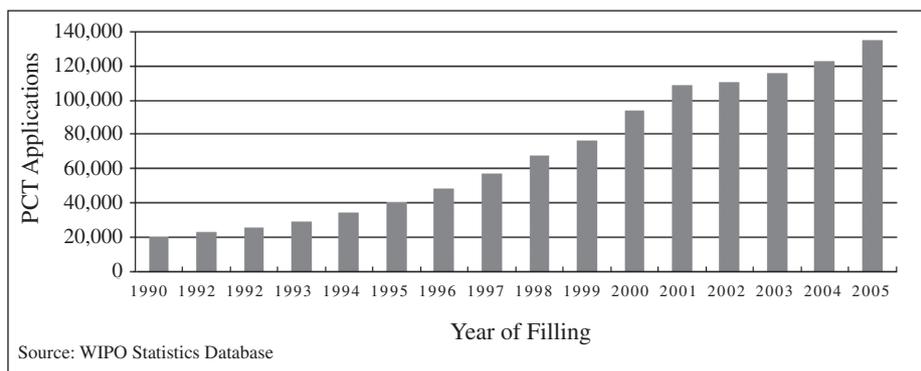
**Figura 2 – Patentes concedidas no Mundo (1985-2004)**



- (ii) *crescente Internacionalização das patentes*: observa-se uma crescente utilização do sistema internacional de patentes por não-residentes dos países onde se localizam os escritórios de patentes (com crescimento anual de 7,4% desde 1995). Esse processo é particularmente intenso em alguns países emergentes (China, Brasil, Índia, México e Coreia). Apesar disso, mais de três quartos das patentes solicitadas e concedidas estão concentradas em apenas cinco escritórios de patentes (EUA, Japão, Coreia, China e no European Patent Office);
- (iii) *crescente uso do Tratado Internacional de Cooperação em Patentes (Patent Cooperation Treaty – PCT)*, que constitui um sistema simplificado de solicitação de pedidos de patentes. O número de patentes solicitadas internacionalmente por meio desse Tratado cresceu a uma taxa anual de 16,5% entre 1999-2005, tendo atingido 135 mil solicitações em 2005 (ver Figura 3). Atualmente, 47% das solicitações de pedidos de não-residentes nos diferentes escritórios de patentes estão vinculadas a esse tipo de acordo;

realizar P&D e para patentear visando assegurar suas posições contra as grandes empresas rivais, que contam com economias de escala em promoção, distribuição e provavelmente em produção. Nesse sentido, argumenta que, apesar de as grandes empresas também possuírem incentivos para inovar e uma alta propensão a patentear, seriam menos ativas (em termos de gastos em P&D e patentes) porque encontram vantagens em outras atividades de promoção e produção.

**Figura 3 – Solicitações de patentes por meio do Patent Cooperation Treaty (PCT)**



- (iv) *patentes em vigência*: as regras internacionais de patentes preveem que estas podem ter duração de até 20 anos, com algumas exceções. Porém, como a manutenção de uma patente tem um custo, muitas patentes são mantidas por um período inferior a esse máximo. De fato, 53% das patentes em vigência em 2004 foram concedidas em 1997 ou posteriormente.

Informações fornecidas pelo *Wipo Patent Report* (2006) relativas a 2004 indicavam que o Brasil tinha recebido 3.892 solicitações de pedidos de patentes para residentes e 2.356 solicitações de pedido para não-residentes. Comparativamente a outros países “emergentes” (ver Tabela 1), destaca-se a maior participação relativa de solicitações de patentes por não-residentes e o grande número de solicitações vinculadas ao Tratado de Cooperação em Patentes na sua fase nacional. Por outro lado, a Tabela 2 apresenta uma comparação do Brasil com outros países selecionados no tocante a três indicadores considerados pelo *WIPO Patent Report* relacionados a solicitações de patentes com a população, ao valor do PIB e ao montante de gastos em P&D para diversos países. Em particular, observa-se que a relação entre patentes solicitadas e gastos em P&D é relativamente baixa no Brasil, comparada a outros países.

As informações do *WIPO Patent Report* (2006) podem ser complementadas por informações extraídas da base do escritório norte-americano de patentes, o USPTO. Considerando o total de pedidos realizados por não-residentes ao USPTO entre 1990-2006,<sup>18</sup> é possível verificar que esse número

<sup>18</sup> Ver Tabela I no Anexo I.

mais do que duplicou. Entre os países selecionados apresentados naquela tabela (Brasil, México, China, Índia, África do Sul, Rússia e Coreia) observa-se que esse crescimento foi particularmente impulsionado pela Coreia e, num período mais recente, por China e Índia.

**Tabela 1 – Informações relativas a patentes –  
Brasil e países selecionados**

Country	Resident Applications 2004	Non Resident Applications 2004	PCT National Phase 2004	PCT International Applications 2005	Grants to Residents 2004	Grants to Non Residents 2004
Brazil	3.892	2.356	12.444	280	590	
China	65.786	32.109	32.489	2.501	18.241	31.119
India	7.179		10.287	679	851	1.466
Mexico	565	2.010	10.623	141	162	6.677
Russian Federation	22.985	1.958	5.247	656	19.123	4.068
Total	939.372	348.292	311.311	122.633	361.657	241.372

Fonte: WIPO (2006).

Apesar das solicitações encaminhadas por residentes no Brasil terem aumentado nos últimos anos, esse número se mantém bem atrás daqueles países e mesmo da Rússia, apresentando um ritmo de solicitação de patentes equivalente à África do Sul e superior ao México. Quando se consideram as patentes concedidas no período 2001-2005, verifica-se que o Brasil posiciona-se na 28.<sup>a</sup> posição, atrás de China, Índia, África do Sul, Rússia e à frente de México, Malásia e Argentina.

Dentre as diversas classes de patentes concedidas pelo USPTO, a mais importante é a classe 424, que compreende a produção de medicamentos.<sup>19</sup> Outra classe importante é a que compreende a biologia molecular e microbiologia (classe 435). A participação da classe de medicamentos no total das patentes concedidas pelo USPTO para o período 1985-2005 se elevou expressivamente entre 1985-1999, tendo-se estabilizado e depois decrescido no período posterior, porém sem que seja possível estabelecer claramente uma tendência para o período mais recente.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Ver Tabela II no Anexo I para o período 2001-2005.

<sup>20</sup> Ver Tabela III do Anexo I.

**Tabela 2 – Indicadores relativos a patentes –  
Brasil e países selecionados**

Country	Resident Patent Filings per Million Population 2004	Resident Patent Filings per \$Billion GDP 2004	Patent Filings per \$Million R&D Expenditures 2004
Argentina	28.41	2.32	0.56
Australia	479.34	17.20	1.12
<b>Brazil</b>	<b>21.16</b>	<b>2.81</b>	<b>0.29</b>
Canada	121.97	4.25	0.22
Chile	14.88	1.49	0.25
China	50.75	9.37	0.71
European Patent Office	56.82		
France	235.67	8.75	0.40
Germany	587.13	22.57	0.90
India	6.65	2.30	0.22
Italy	109.43	4.23	0.37
Japan	2883.56	107.26	3.41
Korea,	2188.96	116.19	4.40
Mexico	5.44	0.60	0.14
New Zealand	401.63	18.66	1.60
Norway	326.72	9.24	0.54
Portugal	11.71	0.65	0.07
Russian Federation	159.78	17.56	1.37
Singapore	151.17	5.86	0.25
Spain	67.25	2.92	0.26
Thailand	10.52	1.41	0.48
Turkey	7.11	1.00	0.13
United Kingdom	320.34	11.31	0.60
United States of America	645.44	17.70	0.68
Uruguay	10.76	1.24	0.5

Fonte: WIPO (2006).

Comparando-se as patentes em medicamentos com o total de patentes, verifica-se que as primeiras encontram-se mais concentradas nos principais países desenvolvidos. Isto se explica principalmente em função da importância das principais empresas multinacionais atuantes no setor e pela força dos direitos de propriedade intelectual. Observa-se que as dez primeiras

empresas eram responsáveis por 12% do total de patentes, enquanto entre as 20 primeiras, esse total atingia 20%.<sup>21</sup>

### *III.4 – Sistemas de propriedade intelectual: tendências recentes com ênfase no Acordo TRIPS*

O exercício do direito de propriedade da inovação por meio de uma patente encontra-se regulado pelas regras definidas no âmbito do Sistema Internacional de Propriedade Intelectual, criado com a assinatura da Convenção da União de Paris (CUP) em 1883, que vem sofrendo transformações que refletem as mudanças ocorridas no desenvolvimento econômico e tecnológico dos países e na dinâmica do comércio internacional.

De maneira geral, as legislações de patentes nos vários países envolvem: 1) exigências a serem cumpridas; 2) atividades não contempladas pelo sistema; 3) duração e abrangência da patente; 4) facilidade (e dificuldade) para a oposição ao direito à patente por agentes que se sintam lesados; 5) definição do local para disputas em torno da propriedade das patentes; e 6) relação com o arcabouço institucional antitruste e pró-competição.

A partir da década de 1980 observa-se que o Sistema Internacional de Propriedade Intelectual vem se tornando cada vez mais favorável ao estímulo à atividade inovativa, aumentando a proteção conferida ao detentor da patente. Tal tendência se acentuou quando o tema de propriedade intelectual entrou na agenda da Rodada Uruguaia do *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio* (GATT), que culminou com a assinatura do *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio* (Acordo TRIPS), em abril de 1994, e com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em janeiro de 1995, que passa a ser responsável pela administração de acordos multilaterais relativos ao comércio internacional. Segundo o Acordo TRIPS, a partir de janeiro de 1995, todos os Estados-membros da OMC têm que reconhecer patentes em todos os campos tecnológicos, independentemente de seus estágios de desenvolvimento e contextos social e econômico.

O Acordo TRIPS apresenta duas características importantes:

- (i) estabelece regras sobre os direitos de propriedade intelectual, mais rígidas que as vigentes na ocasião nos países desenvolvidos;

<sup>21</sup> Ver Tabela IV do Anexo I, que apresenta as principais empresas patenteadoras de medicamentos no USPTO entre 2001-2005.

- (ii) não reconhece a liberdade de cada país-membro apresentar diversidade em seu arcabouço legislativo.<sup>22</sup>

De todo modo, o Acordo TRIPS precisa ser internalizado por cada um dos países-membros da OMC para que possa ter vigência em âmbito nacional. Assim, acabou por incorporar cláusulas que permitem que os países em desenvolvimento se diferenciem dos demais. Especificamente, os artigos 65 e 66 do Acordo TRIPS estabelecem prazos para que cada país-membro da OMC possa adequar sua legislação de propriedade intelectual às novas disposições estabelecidas pelo acordo, prazos estes que variam conforme o nível de desenvolvimento de cada país.

Apesar do princípio geral de fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual, o acordo TRIPS reconhece a possibilidade de cada país incluir em sua legislação de propriedade intelectual cláusulas mais flexíveis que permitam proteger os interesses da saúde pública. Nesse sentido, cabe destacar o acordo internacional que resultou na elaboração da *Declaração Ministerial sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública*, conhecida como *Declaração de Doha*, que estabelece que países menos desenvolvidos, que não reconheciam patentes para produtos farmacêuticos antes da entrada em vigor do Acordo TRIPS, teriam um período de transição até 2016 para iniciar o reconhecimento.

Entre as principais flexibilidades incorporadas ao Acordo TRIPS no tocante à área de medicamentos, destaca-se o mecanismo de “licença compulsória” baseada numa autorização governamental, que permite a exploração de um produto ou processo patenteado sem o consentimento do titular da patente, e a qual poderá ser emitida mediante algumas condições, como falta de exploração da patente, interesse público, situações de emergência nacional e extrema urgência, para remediar práticas anticompetitivas e de concorrência desleal, por falta de produção local e na existência de patentes dependentes.

#### **IV – Indústria farmacêutica, patentes e pipeline**

##### *IV.1 – O padrão de concorrência da indústria farmacêutica*

Esta Seção se ocupa do tratamento das características básicas do padrão de competição típico da indústria farmacêutica, destacando as peculiaridades

<sup>22</sup> Além disso, a OMC passa a dispor de mecanismos para penalizar seus membros que não cumprirem as regras estabelecidas nos acordos.

do processo inovativo do setor e sua relação com a importância conferida às patentes como mecanismo fundamental de garantia de apropriação dos esforços de busca por inovações que marca o comportamento das empresas envolvidas.

A moderna indústria farmacêutica caracteriza-se por elevados investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) e consequente ritmo elevado de inovações, podendo ser datada do final da Segunda Guerra Mundial. Em 1996, a indústria como um todo não era concentrada: as 20 maiores companhias farmacêuticas mundiais participavam com 52,6% das vendas globais, com a maior delas chegando apenas a 4,4% (Fiuza e Lisboa, 2001, p. 2).

Em termos econômicos, a indústria farmacêutica é genericamente definida como um oligopólio diferenciado, em que a disputa de mercado a partir de menores preços não é a principal dimensão da concorrência, mas sim a contínua busca por novos produtos. Essa busca reflete não só a necessidade de captar maiores parcelas de mercado mas, principalmente, uma condição fundamental para a sobrevivência das firmas no mercado, definindo um comportamento sistemático de investimento em P&D e outras estratégias de diferenciação de produto.

É importante destacar, como visto na Seção II, que a situação de oligopólio, nesse caso, satisfaz uma condição própria da atividade em questão, considerando os requisitos de investimento em P&D do setor – extremamente elevados relativamente às receitas das empresas – que determinam a sobrevivência de um grupo relativamente restrito na dinâmica do processo concorrencial.

Da mesma forma, o fato de a indústria ser caracterizada tecnicamente como um oligopólio não deve ser visto como algo negativo; pelo contrário, como visto na Seção II, trata-se de uma condição necessária para o desenvolvimento de atividades intensivas em P&D e, conseqüentemente, para a geração de inovações na forma de novos medicamentos, que implicam ganhos expressivos de bem-estar social.

As empresas participantes de indústrias com esse padrão de competição estão obrigadas, estrategicamente, a criar condições para produzir um fluxo contínuo de inovações de produto, tanto para preservar posição quanto para dispor de instrumentos mais agressivos de ocupação de mercado. Por conseguinte, no oligopólio diferenciado observa-se uma tendência de que as firmas introdutoras de inovações consigam eventualmente auferir lucros diferenciais, ainda que temporários, como visto na Seção II. A obtenção de

lucros diferenciais, por sua vez, aparece como uma condição essencial ao estímulo às atividades de P&D nesse tipo de padrão de concorrência, como abordado na Seção II.

Embora a atividade inovativa seja uma característica comum a um importante conjunto de atividades industriais fundadas em oligopólios diferenciados, na farmacêutica assume um papel especialmente relevante, representando uma proporção das vendas totais muito superior à visualizada nos demais segmentos industriais.

De acordo com Bastos (2005, 2005, p. 7):

“poucas indústrias destinam tantos recursos para P&D quanto a farmacêutica (algo em torno de 14% das vendas), superando setores como software (11%), computadores (10%) e eletrônica (7%) (...). Gastos totais em P&D das firmas farmacêuticas e de biotecnologia alcançaram quase US\$ 50 bilhões em 2002 – só nos Estados Unidos a indústria gastou mais em pesquisa do que o governo através dos National Institutes of Health (NIHs), cujo orçamento total foi de US\$ 27 bilhões”.

Se, de um lado, essa característica pode implicar a formação de barreiras à entrada temporárias, por outro lado confere aos seus atores um comportamento necessariamente pró-ativo na busca incessante por inovações. Considerando a natureza incerta dos empreendimentos inovativos, essa situação implica uma elevação atípica das condições de risco relacionadas ao setor – os gastos são extremamente elevados e, em boa medida, sujeitos a fracasso comercial, ou mesmo à rejeição de medicamentos em fase de desenvolvimento ao longo do processo.

No Brasil, algumas características específicas merecem ser analisadas.

Em primeiro lugar, a indústria nacional não parece ser excessivamente concentrada. Em 1999 existiam cerca de 350 laboratórios atuando no País, a maior parte, na época, de capital nacional (85%). A grande maioria dos princípios ativos era importada. A concentração, em 1999, das 20 maiores empresas do setor era de 64,2% do mercado total, sendo que a maior delas, a Aventis Pharma, detinha apenas 6,6% do mercado geral, enquanto a vice-líder, a Novartis, possui um *market share* de 6,1%. O CR4, nesse nível de agregação, era de somente 23%.

Já em 2004, a concentração no nível dos 20 maiores laboratórios era de 61,4%, o CR4 de 18,28%, sendo a Aché a empresa líder, com 5,09% do

mercado, e Aventis Pharma, a vice-líder, com 4,87%. Observa-se, portanto, entre 1999 e 2004, uma ligeira *desconcentração do mercado*, acompanhada de uma certa mudança no *ranking* dos principais laboratórios em termos de participação de mercado, fato que indica a presença de forte competição. Em particular, os líderes de 1999 perderam aproximadamente 25% de suas participações no período observado.

Em segundo lugar, as atividades de P&D no País são pouco relevantes, incluindo aquelas realizadas por empresas nacionais e multinacionais. Os gastos em P&D giram em torno de 0,6% do seu faturamento, em grande parte direcionados para o desenvolvimento de produtos (cerca de 2/3 do total) em detrimento da pesquisa aplicada e, sobretudo, da pesquisa básica. Além disso, essa pesquisa envolve em sua quase totalidade medidas de controle de qualidade, sendo insignificante a pesquisa por novos medicamentos.<sup>23</sup> Dessa forma, mesmo apresentando um relativo bom desempenho nos últimos anos, as empresas domésticas e estrangeiras da indústria farmacêutica têm esforços reduzidos de P&D no País.

Esse comportamento reflete, em alguma medida, a própria evolução do setor no País, em particular no que se refere ao período anterior ao reconhecimento das patentes em 1996 e à vigência da “Lei dos Genéricos” em fevereiro de 1999. De fato, até 1996,<sup>24</sup> a lei brasileira de patentes não abrangia os fármacos, de modo que vários medicamentos originais foram copiados e registrados junto à ANVISA,<sup>25</sup> a partir da única exigência de que tivessem os mesmos princípios ativos.

<sup>23</sup> Dados extraídos da PINTEC/IBGE (2003) indicam que, no caso brasileiro, ao contrário do observado no cenário internacional, a intensidade dos gastos em P&D no setor farmacêutico não é particularmente elevada, localizando-se, inclusive, abaixo da média da indústria de transformação. O mesmo ocorre em relação à participação dos gastos em P&D em relação ao total de gastos inovativos, o que é compatível com um padrão de proteção que tende a privilegiar as marcas em comparação a patentes. Por outro lado, a taxa de inovação nessa indústria é expressiva, bastante superior à média. Isso sugere que tais inovações são resultantes de esforços em P&D realizados no exterior (basicamente por empresas multinacionais), cujos resultados são internalizados mais por meio do fortalecimento de marcas do que da utilização de patentes.

<sup>24</sup> Em 1996, com o reconhecimento da lei de patentes, ficou determinado que os laboratórios nacionais poderiam produzir similares de medicamentos patenteados em outros países somente se a patente tivesse expirado na data de produção interna.

<sup>25</sup> Agência criada em 1999 para substituir a Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Logo, até 1999, anteriormente à entrada dos medicamentos genéricos “verdadeiros” no mercado farmacêutico brasileiro, existia concorrência, em alguns de seus mercados específicos, entre os medicamentos originais e os similares, que eram comercializados por meio de dois tipos: (a) com marca própria geralmente conhecida do público devido às grandes campanhas publicitárias do setor, diferenciada do nome de seu princípio ativo; ou (b) segundo a denominação comum brasileira (DCB), tipo esse posteriormente conhecido como “pseudogenérico” ou “falso genérico”, já que tinha como nome fantasia o próprio nome do componente ativo do medicamento (DCB). Dado que a preexistência desses últimos no mercado confundia os consumidores que buscavam os verdadeiros genéricos após o seu lançamento, agravando o problema da credibilidade, esse tipo de similar passou a ser proibido por lei: os produtos “pseudogenéricos” tiveram de mudar seu nome até setembro de 2001.<sup>26</sup>

Tratava-se, portanto, de um ambiente marcado pelo baixo estímulo à atividade de busca por novas tecnologias, pois a rivalidade das empresas não estava centrada nessa forma de competição. Prevaleciam, claramente, as práticas de imitação, a partir da apropriação dos esforços inovativos de empresas multinacionais no exterior (comportamento *free rider*), em muitos casos sem o devido controle de qualidade indispensável ao setor farmacêutico.

Além do mais, deve-se destacar o constante controle de preços sobre a indústria farmacêutica, fato que pode ter contribuído para seu baixo desempenho inovativo. De fato, após o início de liberalização no período 1997-1999, após a desvalorização cambial de janeiro de 1999, a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – firmou um acordo de cavalheiros com os laboratórios objetivando limitar os repasses da desvalorização para os preços finais. No final do ano 2000 foi editada a

<sup>26</sup> Resolução ANVISA 36/2001. Os antigos similares do tipo DCB, portanto, ou adotaram uma marca sob a qual passaram a ser comercializados, ou realizaram os testes de bioequivalência, passando a ser comercializados no mercado como “verdadeiros” genéricos. A ausência de obrigação de testes de bioequivalência para os similares é o motivo pelo qual a legislação previa – e ainda prevê – que a substituição de um medicamento original (de referência) por um similar deverá ser feita somente sob orientação médica: não é permitido ao farmacêutico, ou ao balconista da farmácia, qualquer tipo de troca entre medicamentos originais e similares éticos, notando-se que estes últimos poderiam ter, como mencionado, em sua embalagem o nome ou denominação genérica, isto é, o princípio ativo, conforme as determinações do Decreto 793/1993.

Medida Provisória 2.063/2000, de 18.12.2000, logo substituída pela Medida Provisória 2.138-2/2000, de 08.12.2000, convertida na Lei Ordinária 10.213 em 27.03.2001.

Referidas normas instituíram novamente no Brasil o regime de congelamento e controle de preços de atividades particulares, especificamente dos preços de venda de medicamentos. Após o término da vigência do congelamento de preços apontado acima, no vácuo criado pela mudança de governo causada pela eleição presidencial, vigorou um acordo entre os laboratórios farmacêuticos e o novo governo, que manteve o congelamento de preços até a edição da Medida Provisória 123, de 26 de junho de 2003, que novamente congelou os preços de medicamentos até março de 2004, determinando que a partir de então os preços seriam definitivamente controlados, e que foi convertida na Lei 10.742, de 6 de outubro de 2003.

#### *IV.2 – O processo de P&D na indústria farmacêutica*

A formalização da P&D no setor farmacêutico apresenta características comuns ao processo observado em outras indústrias intensivas em pesquisa, sobretudo no que se refere aos elevados gastos relativos com a atividade e aos prazos requeridos, mas, simultaneamente, é marcada por um amplo conjunto de fatores específicos.

Por um lado, considerando a natureza e o propósito da pesquisa realizada, os testes exigidos para a aprovação e distribuição final dos medicamentos determinam a formação de custos muito maiores que a média e, ademais, *um aumento substancial do tempo entre o início do processo e a possibilidade de auferir receitas com os novos produtos*. Além disso, as inovações mais importantes do ponto de vista da rentabilidade do setor são as radicais (ver Seção II), tornando ainda mais clara a diferença da indústria farmacêutica em relação as demais<sup>27</sup> e ampliando o impactos benéficos de suas inovações sobre o bem-estar social.

Por outro lado, a atividade é caracterizada por taxas de risco excepcionalmente altas, resultado do baixo índice de sucesso relacionado às inovações do setor, fato que ocorre mesmo nas fases mais avançadas de testes clínicos. Como mostra a Tabela 3, o tempo para exploração básica buscando

<sup>27</sup> De acordo com Achilladelis e Antonakis (2001) o desenvolvimento de medicamentos originais (relacionados a inovações radicais), embora representando uma parcela menor do total das inovações farmacêuticas, apresenta uma maior incidência de sucesso comercial (cerca de 60%) que inovações relacionadas a aprimoramentos de classes terapêuticas (cerca de 15% de sucesso comercial).

**Tabela 3 – O Processo de P&D e o Lançamento de Medicamentos**

ESTÁGIO DE P&D	P&D (DESCOBERTA)	DESENVOLVIMENTO PRÉ-CLÍNICO (b)	TESTES CLÍNICOS			REGISTRO	FASE 4 (f)
			Fase 1 (a)	Fase 2 (b)	Fase 3 (c)		
Principais atividades	Exploração básica com vistas à identificação de áreas de pesquisa sobre doenças e busca em laboratório ou computador de moléculas biologicamente ativas para tratamento. Envolve estudos de farmacodinâmica, farmacocinética e rotas químicas, bem como o desenvolvimento em escala piloto e experimental	Compostos selecionados são estudados em termos de Boas Práticas de Laboratório de toxicidade e segurança em paralelo ao desenvolvimento de métodos analíticos específicos para desenvolvimento subsequente.	Compostos bem-sucedidos são testados em humanos em três fases de testes clínicos: Fase 1 – segurança e tolerância em voluntários saudáveis; Fase 2 – estudos de segurança, eficácia e bioequivalência em pequenos grupos de pacientes; e Fase 3 – testes mais longos com diferentes populações para demonstrar prova de eficácia, segurança e valor.		Se os resultados dos testes clínicos são satisfatórios em termos de qualidade, eficácia e segurança, um dossiê é apresentado às autoridades reguladoras para aprovação.	Têm início estudos de pós-marketing, envolvendo milhares de pacientes, após o medicamento ser lançado no mercado, com vistas a identificar efeitos colaterais e reações adversas não previstos.	
Taxa de Sucesso (a)	Menos de 1%		70%	50%	50%	90%	N.A.
Tempo	4-6 anos	1 ano	1-1,5 ano	1-2 anos	2-3 anos	1-2 anos	Vários anos
% Custos	35	6	7	20	22	Lançamento: 10	

Fonte: IFPMA (2004, p. 23) *apud* Bastos (2005, p. 12).

(a) A taxa de sucesso reflete o número de drogas candidatas que têm sucesso na passagem ao estágio seguinte de P&D. (b) Laboratório e teste animal.

(c) São usados 20-80 voluntários saudáveis para determinar segurança e dosagem.

(d) São usados 100-300 voluntários pacientes para verificar eficácia e efeitos colaterais.

(e) São usados 1.000-5.000 voluntários pacientes para monitorar reações adversas ao uso prolongado.

(f) Testes adicionais pós-comercialização.

REVISTA DO IBRAC

identificar áreas de pesquisa sobre doenças, estudos de farmacodinâmica, farmacocinética e rotas químicas, desenvolvimento piloto e experimental, somado ao desenvolvimento pré-clínico, é bastante elevado e envolve alta taxa de risco (a taxa de sucesso é menor que 1%). As fases de descoberta e desenvolvimento pré-clínico respondem por cerca de 40% do total da P&D. Mesmo após a realização dos testes clínicos, relacionados à segurança e à tolerância aos medicamentos, além de experimentações mais longas com populações diferenciadas, existe a possibilidade de insucesso comercial do produto desenvolvido – os problemas são, em geral, identificados após a terceira fase desses testes, elevando sobremaneira os riscos e custos associados ao processo.

Até chegar a essa fase, podem ser necessários 13 anos de desenvolvimento dos medicamentos. Segundo Scherer (1995), o tempo médio entre o início dos testes clínicos até a aprovação da nova droga nos Estados Unidos, por exemplo, é de 98,9 meses (*new drug approval* – NDA). Na mesma direção, Grabowski (2002, p. 4 e 5) destaca que:

“The explanation for why patents are more important to pharmaceutical firms in appropriating the benefits from innovation follows directly from the characteristics of the pharmaceutical R&D process. In essence it takes several hundred million dollars to discover, develop and gain regulatory approval for a new medicine. Absent patent protection, or some equivalent barrier, imitators could free ride on the innovator’s FDA approval and duplicate the compound for a small fraction of the originator’s costs. In essence, imitation costs in pharmaceuticals are extremely low relative to the innovator’s costs for discovering and developing a new compound. One of the reasons R&D is so costly in pharmaceuticals is that most new drug candidates fail to reach the market. Failure can result from toxicity, carcinogenicity, manufacturing difficulties, inconvenient dosing characteristics, inadequate efficacy, economic and competitive factors, and various other problems. Typically, less than 1 percent of the compounds examined in the pre-clinical period make it into human testing. Only 20 percent of the compounds entering clinical trials survive the development process and gain FDA approval. Furthermore, the full R&D process from synthesis to FDA approval involves undertaking successive trials of increasing size and complexity. The pre-clinical and clinical testing phases generally take more than a decade to complete”.

Nesse sentido, a formatação de um ambiente que estimule a constante busca por inovações nessa indústria representa um aspecto fundamental para a geração de bem-estar social do ponto de vista dinâmico, o que será discutido a seguir.

#### *IV.3 – Patentes na indústria farmacêutica*

Levando-se em conta a estrutura de regulação para o desenvolvimento e uso de medicamentos, e dadas as características especiais relacionadas ao produto e ao seu fim, *a indústria farmacêutica é uma atividade de alto custo e risco.*

Uma importante questão, nesse cenário, é entender a racionalidade e os mecanismos de incentivo para as empresas produtoras efetivarem esses esforços de investimento, sujeitos a somas extremamente elevadas nessas condições. Nos Estados Unidos, os custos para introduzir uma nova droga no mercado situam-se, em média, na faixa dos US\$ 800 milhões – e vem assumindo, nos últimos anos, uma trajetória crescente, inclusive no que se refere aos prazos exigidos para a realização de testes necessários para sua aprovação (Grabowski, 2002; Bastos, 2005).

A forma mais difundida (e considerada a mais importante) de garantir os retornos do investimento nessas condições tão específicas da indústria farmacêutica é a proteção conferida pelos regimes de patente. Encontra-se na literatura um conjunto de evidências de que os direitos de propriedade intelectual são consideravelmente mais importantes nessa indústria do que nos demais segmentos, mesmo aqueles também caracterizados pela forte dinâmica inovativa. Provavelmente, essa situação é devida ao fato de as patentes para prescrição de drogas atuarem de maneira mais efetiva na elevação dos custos de imitação quando comparadas a outros produtos.

De acordo com Grabowski (2003, p. 6):

“R&D costs per new drug approval were observed to have increased at an annual rate of 7.4% above general inflation when compared to the costs of 1980s introductions. A major factor driving this increase is the size, complexity and number of clinical trials, which have increased significantly in the 1990s compared to the 1980s. One important factor underlying this trend is the increasing focus of the pharmaceutical industry on chronic and degenerative diseases. These

conditions require larger trial sizes to establish their efficacy and longer time periods for effects to be observed”.

Visando captar a importância das patentes com relação à criação de incentivos às atividades de P&D, Cohen (2003) procura avaliar, por meio de um recorte *cross-sector* que utiliza informações extraídas da *Carnegie Mellon Survey* (CMS), realizada junto aos laboratórios do setor empresarial norte-americano em 1994, qual o “prêmio médio do patenteamento”, definido como o incremento proporcional do valor da inovação obtido por meio de patentes. Os resultados obtidos ressaltam a variação intersetorial desse prêmio, sendo que este é particularmente mais elevado nos setores de medicamentos, biotecnologia e equipamentos médicos.

Com base nessas informações, o autor conclui que há evidências de uma relação positiva entre patenteamento e atividades de P&D, especialmente naqueles setores. Essa evidência corrobora a ideia da necessidade de um sistema de proteção mais adequado que possibilite a manutenção de estímulos à atividade de pesquisa em condições crescentemente adversas.

Nesse sentido, duas tendências recentes marcam o ambiente regulatório internacional, em particular dos países centrais. Por um lado, observa-se a adoção de um conjunto expressivo de normas adicionais para os sistemas de patentes visando à ampliação do escopo de proteção, tornando-as mais rígidas e seguras para garantir a propriedade intelectual. Nessa direção, segundo documento da OCDE (2003, p. 3-4), os principais efeitos das reformas em curso no sistema de patentes são:

“An extended coverage of patent protection. Areas that used to be outside the realm of patents are now increasingly protected, notably as regards service-type inventions (e.g. software and business methods). Inventions are more frequently based on the results of basic research, especially in the field of biotechnology (e.g. genetic inventions), and public research organizations increasingly patent and license their inventions. In addition, minor inventions that would not qualify for patent protection can be now protected by weaker forms of protection known as ‘petty patents’ or ‘utility models’ in an increasing number of countries.

Patents have become increasingly robust. In the US, the rate of invalidation of patents substantially decreased since the creation of the CAFC in 1982. The creation of the European Patent Office as the

centralized granting authority upgraded the legal status of European patents by introducing examination and opposition procedures”.

Por outro lado, há uma percepção cada vez mais forte acerca da importância do sistema de patentes para o desempenho econômico dos países. De acordo com o mesmo documento da OCDE (2003, p. 4-5):

“policy makers seem to share a common and strong belief in the positive impact of patents on innovation and economic growth, which has been frequently reflected by policy statements in the US, Japan and Europe, whose patent offices grant around 84% of all patents worldwide. At USPTO the growth in patent applications has been recently qualified as ‘a boon for America’s economy, as well as contributing to our genius for innovation’, the Japanese government considers intellectual property to be ‘the source of industrial competitiveness’. Likewise, the European Commission views the future Community patent as an essential tool ‘to succeed in transforming research results and the new technological and scientific know-how into industrial and commercial success stories’. And the EPO released a mission statement in 2001 making clear that its objective is ‘to support innovation, competitiveness and economic growth for the benefit of the citizens of Europe’”.

#### IV.4 – Direitos de *pipeline* na indústria farmacêutica

Esta Seção procura apresentar uma descrição sucinta dos direitos patentários implementados na forma de *pipeline*, apresentando a sua justificativa econômica e a evolução da sua implementação no Brasil.

O Brasil alterou sua Lei de Propriedade Industrial em 1996, incluindo em seus arts. 230 e 231 as chamadas patentes *pipeline*, por meio das quais passaram a serem aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos não reconhecidos até então. Esse mecanismo teve um impacto importante sobre a saúde pública, já que possibilitou o patenteamento de substâncias obtidas por processos químicos, produtos químico-farmacêuticos, medicamentos de qualquer espécie e seus processos de obtenção ou modificação.

No que tange aos direitos de *pipeline*<sup>28</sup> dentro da legislação patentária brasileira, particularmente no tocante às patentes farmacêuticas, cabe

<sup>28</sup> O termo *pipeline* refere-se a uma patente que protege “produtos em desenvolvimento e que não tenham sido lançados em nenhum mercado do mundo no momento em

inicialmente destacar o longo período marcado pela ausência de patentes farmacêuticas: para produtos, desde 1945; e para processos excluídos, desde 1969. Por volta de 1995, com o advento do TRIPS e os compromissos assumidos pelo País no âmbito da OMC, consolidou-se a percepção acerca da necessidade de mudança da legislação, o que foi feito por meio da Lei 9.279, de 14 de maio 1996 (Lei da Propriedade Industrial), no interior da qual destacavam-se os seguintes aspectos:

- (i) a concessão de patentes farmacêuticas e de agroquímicos;
- (ii) a opção pela dispensa dos períodos de transição previstos no âmbito do TRIPS;
- (iii) a possibilidade de concessão de patentes *pipeline*;
- (iv) o estabelecimento de critérios para cálculo de indenização no caso de violações dos direitos de propriedade intelectual;
- (v) a inversão do ônus da prova na análise de litígios relativos a patente processo; e
- (vi) a possibilidade de concessão de liminares no caso de violações dos direitos de propriedade intelectual.

Posteriormente a esse período de endurecimento da legislação dos direitos de propriedade intelectual, observam-se movimentos de maior flexibilização, em consonância com as possibilidades abertas pelo TRIPS e pela Declaração de Doha, descritas na Seção III.4.<sup>29</sup>

---

que um determinado país muda a sua legislação de propriedade industrial e passa a admitir patentes para produtos farmacêuticos e alimentícios”. Ainda, segundo a literatura: “o termo *pipeline* – cuja tradução para o português seria tubulação – refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação, o que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda poderiam ser protegidos. O *pipeline* também pode ser chamado de patente de revalidação” (Di Blasi, Garcia e Mendes. *A propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 159 – apud Barbosa, 2006).

<sup>29</sup> Dentro dessa linha de flexibilização, destaca-se a regulamentação da anuência prévia ANVISA para pedidos de patenteamento (em dezembro de 1999), a Lei 10.196 prevendo indeferimento de pedidos de patente *não-pipeline* em fevereiro de 2001 e a regulamentação da expansão das disposições de licença compulsória baseadas em interesse público e emergência nacional em setembro de 2003. No período mais recente, também tem proliferado a elaboração de projetos de lei na esfera legislativa como o objetivo estabelecer algum tipo de restrição aos direitos

O direito de *pipeline* foi introduzido na legislação visando corrigir, em parte, a falta de patentes para produtos químicos, e processos e produtos de fins farmacêuticos e alimentares, visando incorporar diretamente ao sistema jurídico brasileiro as patentes solicitadas no exterior ou no Brasil, que aqui não poderiam ser deferidas em face da proibição da lei anterior.

As patentes *pipeline* estão particularmente associadas ao portfólio de moléculas patenteáveis das multinacionais que ainda não estariam sendo comercializadas, constituindo uma forma de proteção para os produtos que já são protegidos fora de um determinado país, mas não o são no país objeto do *pipeline*, porque naquele país não existem patentes na área farmacêutica.<sup>30</sup>

De acordo com o artigo 230 da LPI que define os direitos de *pipeline*, poderá ser depositado:

“pedido de patente relativo às substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou processos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, por quem tenha proteção garantida em tratado ou convenção em vigor no Brasil, ficando assegurada a data do primeiro depósito no exterior, desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados, por terceiros, no país, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente”.

Portanto, o art. 230 fixa limites para a concessão das patentes *pipeline*, a saber: (a) o objeto da invenção não tenha sido colocado em qualquer mercado, seja diretamente por seu titular ou por terceiro com seu consentimento; e (b) que não tenham sido realizados, por terceiros, no Brasil, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente. Esses dois limites teriam o objetivo de impedir que as patentes *pipeline* viessem ter efeitos retroativos, prejudicando laboratórios locais que anteriormente vinham explorando invenções patenteadas no exterior nesses ramos industriais.

de propriedade intelectual na área farmacêutica, como os Projetos de Lei 139/1999, 22/2003 e 5.356/2005.

<sup>30</sup> Apesar dessas características, alguns especialistas em propriedade intelectual (Dannemann, 2005) argumentam que as patentes *pipeline* não pressupõem uma proteção retroativa, pois não agasalham invenções cujos objetos tenham sido introduzidos em qualquer país, inclusive o Brasil, antes da publicação da LPI.

Resta claro, portanto, que os direitos *pipeline* nada mais são do que o reconhecimento dos direitos de patentes aplicados a uma situação específica, a saber: aquela decorrente do fato de um país não ter um sistema de proteção à propriedade intelectual na forma de patentes no momento em que empresas multinacionais depositaram o primeiro pedido de patente no exterior. Caso o país já possuísse tal sistema legal, os direitos *pipeline* seriam desnecessários.

Do ponto de vista econômico, portanto, os direitos *pipeline* são idênticos aos direitos de patentes, tratando-se de uma forma insubstituível de garantia de apropriabilidade dos investimentos em P&D por parte de empresas farmacêuticas inovativas, sem a qual a sociedade seria prejudicada em função da redução da taxa de inovatividade.

Nesse contexto, a ênfase atribuída pelas empresas farmacêuticas ao fortalecimento de direitos de propriedade na forma de *pipeline* pode ser explicada em função de quatro fatores básicos.

O primeiro deles se refere à necessidade de ativar mecanismos que protejam os esforços de P&D realizados globalmente, num contexto de crescentes regulações que impactam os prazos e os custos de desenvolvimento de novas moléculas. De fato, o “ciclo” de atividades de pesquisa, desenvolvimento e realização de testes pré-clínicos e clínicos na indústria farmacêutica é extremamente longo, arriscado e complexo, conforme ilustra a Figura 4.

A probabilidade de fracasso no tocante ao desenvolvimento de novas formulações atinge em média 75% das patentes solicitadas, o que implica a realização de elevados gastos em P&D, que, como proporção do faturamento, são os mais elevados dentre todos os setores da indústria, atingindo em média 15% do faturamento da indústria, segundo estatísticas internacionais.

O custo de desenvolvimento de um novo medicamento, conforme já observado, atinge até US\$ 800 milhões, segundo Lagarrigue (2006). De acordo com esse autor, a indústria farmacêutica aumentou o número de compostos em fase de P&D de 2.500 em 1980 para 7.504 em 2005. Se em 1985, 531 empresas realizavam P&D, o número se elevou para 1.629 empresas em 2005, muitas delas de pequeno porte (668, segundo estimativas internacionais). As dez principais empresas farmacêuticas apresentavam um portfólio de 669 moléculas em 1985, montante que se eleva a 1.303 moléculas em 2005 (Pharmaprojects. SCRIP – World Pharmaceutical News, 2005).

**Figura 4 – Ciclo de Atividades de P&D na Indústria Farmacêutica**  
**PROCESO DE P&D FARMACÊUTICO**

Etapa P&D	Pesquisa & Descoberta	Desenvolvimento pré-clínico	Fase I	Fase II	Fase III	Registro	Fase IV
Atividades Principais	Pesquisa exploratória básica para identificar objetivos. Pesquisa inicial sobre compostos novos em laboratório ( <i>high throughput screening</i> – HTS), visando identificação e seleção compostos mais promissores	Estudo de compostos selecionados em animais segundo Boas Práticas de Laboratório para toxicidade e segurança; desenvolvimento de métodos analíticos específicos.	Compostos bem sucedidos testados em humanos em 3 fases de estudos clínicos: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Fase I – segurança e tolerância em voluntários sãos</li> <li>▪ Fase II – estudos de segurança, eficácia e bio-equivalência em pequenos grupos de pacientes</li> <li>▪ Fase III – grandes estudos com diferentes universos para demonstrar prova de eficácia, segurança e valor.</li> </ul>			Com resultados satisfatórios para qualidade, eficácia e segurança é apresentado relatório às autoridades regulatórias para aprovação.	Estudo pós-marketing com pacientes após lançamento do medicamento para identificar efeitos secundários
Índice de Êxito*	Menor que 1 %		70 %	50 %	50 %	90 %	N.A.
Tempo	4 - 6 anos	1 ano	1 - 1,5 anos	1 - 2 anos	2 - 3 anos	1 - 2 anos	Vários anos

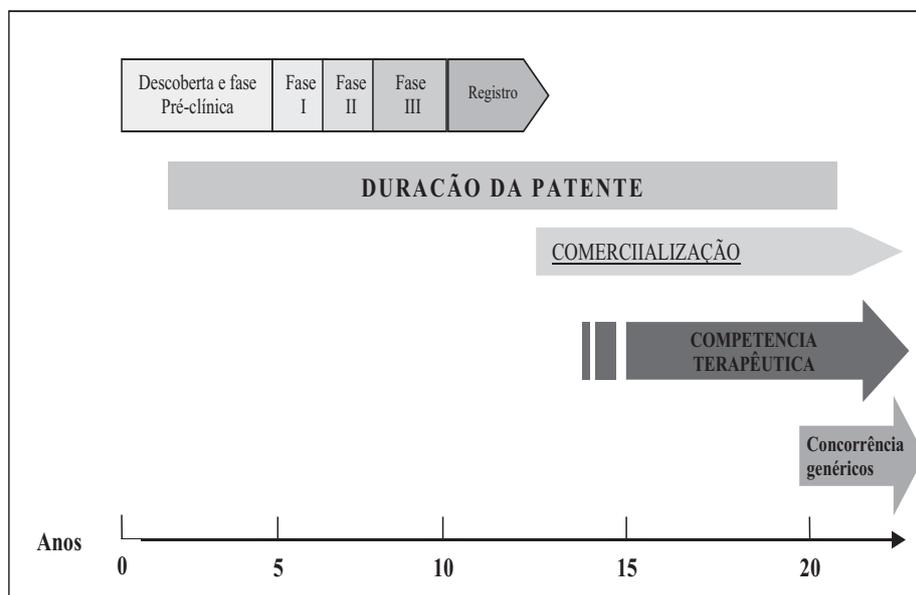
No entanto, em face dos crescentes custos de desenvolvimento, observa-se que, na prática, o período de exclusividade no mercado outorgado pela proteção de patente é muito menor que o prazo de vigência desta, uma vez que o produto farmacêutico não pode ser vendido no mercado até que se completem todos os testes clínicos de segurança e eficácia.

A título de exemplo, observa-se que os principais produtos lançados no final da década de 1980 gozaram de exclusividade no mercado por um período entre 4 e 6 anos, enquanto os produtos lançados na década de 1990 só tiveram esse benefício durante 6 meses a 2 anos. Isso afeta diretamente as estratégias inovativas de longo prazo das empresas, que são formuladas em boa medida tendo como referência os períodos de exclusividade esperados.

Além disso, a vida efetiva de uma patente pode ser reduzida em função de políticas públicas desenhadas de forma a incentivar a entrada

de medicamentos genéricos no mercado, mediante o enfraquecimento dos direitos de propriedade concedidos na forma de patentes. Como exemplo, é possível mencionar a generalização de cláusulas de “licença obrigatória” que podem privar o titular da patente dos incentivos econômicos para continuar a investir no futuro (ver Figura 5).

**Figura 5 – Ciclo de Atividades de P&D e Duração de Patentes Farmacêuticas**

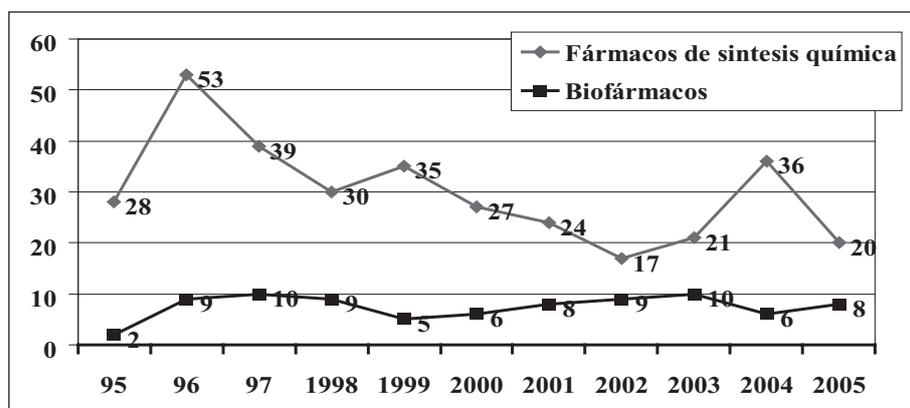


Um segundo aspecto, articulado diretamente ao primeiro, refere-se ao fato de que, não obstante a intensificação dos esforços na direção da busca de novas substâncias, os resultados efetivamente obtidos têm ficado abaixo do esperado, o que reforça a importância do fortalecimento dos direitos de propriedade para patentes já concedidas internacionalmente. De fato, nos últimos 11 anos, o FDA aprovou 412 novos medicamentos, em um ritmo decrescente, evidenciando uma queda na taxa de inovação, particularmente para produtos provenientes de síntese química (ver Figura 6). Aproximadamente 20% dos novos medicamentos são biofármacos, cuja taxa de inovação vem se mantendo estável.

Um terceiro aspecto importante como fator de incentivo às pressões pelo fortalecimento dos direitos de *pipeline* refere-se ao porte e à atratividade do mer-

cado farmacêutico brasileiro, que é considerado pelas empresas internacionais do setor um importante espaço de valorização dos seus direitos de propriedade. Atualmente o Brasil ocupa a 12.<sup>a</sup> posição dentre os principais mercados da indústria, com um faturamento de 5,1 bilhões em 2004 (ver Tabela 4).

**Figura 6 – Ritmo de Introdução de Medicamentos pelo FDA**



Fonte: FDA.

**Tabela 4 – Principais Mercados Farmacêuticos Mundiais – 2004**

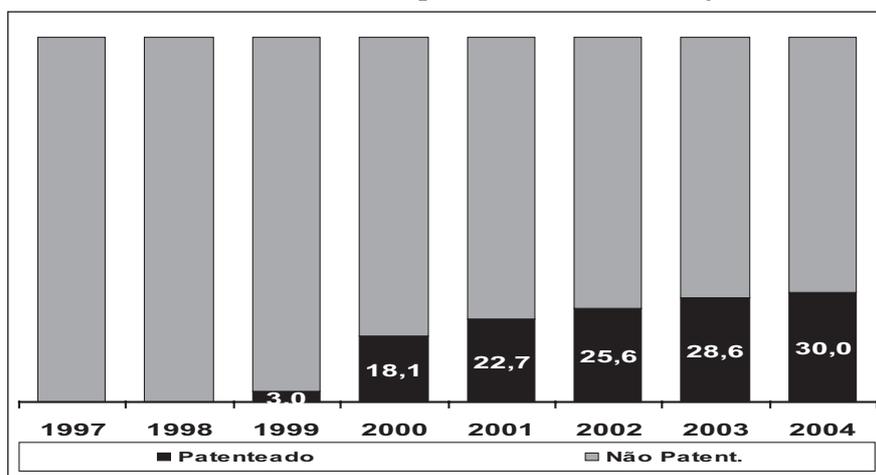
	Países	Vendas
1	EUA	232.743
2	Japão	56.399
3	Alemanha	28.607
4	França	27.400
5	Inglaterra	19.295
6	Itália	18.432
7	Espanha	11.781
8	Canadá	13.362
9	China	7.159
10	México	6.336
11	Austrália	5.648
12	<b>Brasil</b>	<b>5.098</b>

Fonte: \*IMS World Review 2005 (Data Q304) – Revised – includes Hospital market; GRUPEMEF.

Além disso, considerado conjuntamente com outros países da América Latina (Brasil, Argentina, México, Peru, Venezuela e Chile), é possível observar um crescimento do mercado farmacêutico de aproximadamente 40% entre 1999-2004, atingindo um valor próximo a US\$ 21 bilhões, o que colocaria a região como 5.º maior mercado farmacêutico mundial (atrás apenas dos EUA, Japão, Alemanha e França).

Nesse sentido, as pressões para o fortalecimento dos direitos de propriedade no caso brasileiro se explicam também em função da pequena participação de produtos patenteados entre os principais vendidos no País, conforme ilustrado pela Figura 7.

**Figura 7 – Participação de Produtos Farmacêuticos Patenteados em Relação a 50 Principais Produtos de Varejo**

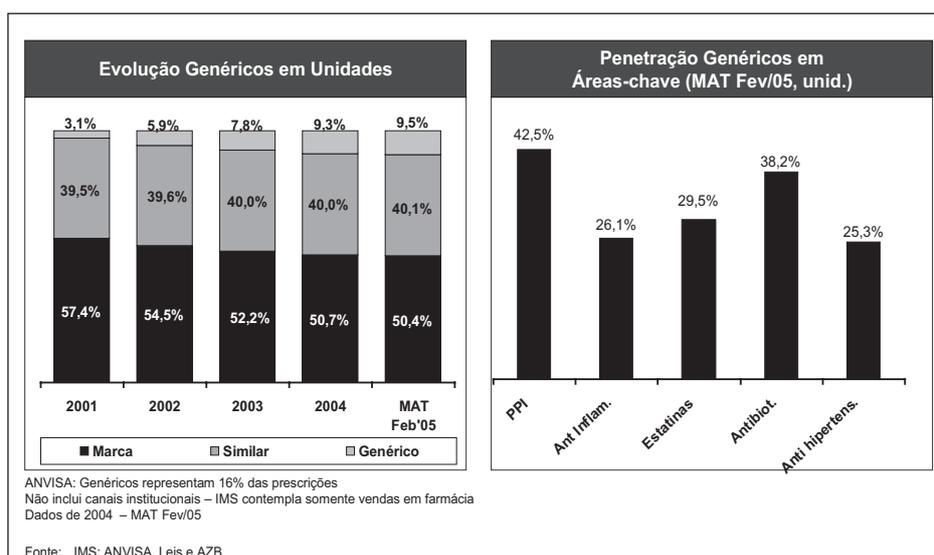


Finalmente, um último aspecto pode ser vinculado à intensificação da concorrência no mercado brasileiro com o advento da produção de genéricos, fato que tende a incentivar o fortalecimento dos direitos de propriedade como mecanismo de defesa e reação a essa tendência. Tais produtos, em conjunto com os medicamentos ditos similares, eram responsáveis por aproximadamente 50% do mercado em 2005, tendo uma participação expressiva nas principais classes terapêuticas (ver Figura 8).

Em função dos aspectos mencionados, é possível identificar uma grande demanda pela solicitação de patentes farmacêuticas na América Latina,

estimada na ordem de mil solicitações anuais. No Brasil, entre 1995-2005, 20 mil solicitações de patentes foram encaminhadas. Em um ano de vigência da possibilidade de depósito de patentes *pipeline*, foram apresentados cerca de 1.200 pedidos. Ao final de 2005, 770 patentes *pipeline* haviam sido concedidas e cerca de 428 pedidos ainda podiam ser deferidos, encontrando-se em andamento no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) ou aguardando concessão no exterior (condição *sine qua non*, segundo o art. 230 da Lei de Propriedade Industrial).

**Figura 8 – Indicadores Relativos ao Mercado de Medicamentos Genéricos**



Segundo informações relativas ao final de 2005, do total de patentes concedidas por meio desse instrumento, 589 haviam sido feitas sem anuência prévia da ANVISA. Comparando-se as patentes concedidas por meio do instrumento de *pipeline* com as patentes farmacêuticas que não utilizam esse instrumento, verifica-se que as primeiras equivalem a mais que o dobro das segundas, o que confirma a importância do instrumento na dinâmica de fortalecimento dos direitos de propriedade na indústria farmacêutica brasileira. O Quadro 2 sintetiza essas informações.

**Quadro 2 – Indicadores Relativos a Patentes *Pipeline* e Não *Pipeline***

Indicador	n.º	Estimativa de pendências
<b>Casos não-pipeline farmacêuticos depositados a partir de 01.01.1995</b>		
Pedidos referentes a preparações para fins médicos, dentários e de higiene (icl A61K)	20.709	N/A
Pedidos de patente enviados para ANVISA (7.4)	381	N/A
Pedidos de patente deferidos pelo INPI (9.1) após anuência ANVISA	308	381 - 308 = 73 (pedidos enviados para a ANVISA ainda sem anuência prévia)
Patentes concedidas pelo INPI (16.1)	269	308 - 269 = 39
<b>Casos <i>pipeline</i></b>		
Pedidos <i>pipeline</i> publicados pelo INPI (23.3)	1.198	N/A
Patentes concedidas (23.9)	770	428
Pedidos enviados para ANVISA para anuência prévia (23.17)	246	N/A
Patentes concedidas (23.9) após anuência prévia ANVISA	181	246 - 181 = 65 (pedidos enviados para a ANVISA ainda sem anuência prévia)
Patentes concedidas (23.9) sem anuência prévia ANVISA	(770 – 181) = +/- 589	N/A

Informações obtidas até 27.09.2005 (RPI 1811).

A controvérsia relativa às patentes *pipeline* reflete-se na diversidade da conduta de diferentes países em estágios relativamente semelhantes de desenvolvimento da indústria farmacêutica quanto à adoção desse instrumento. Nesse sentido, cabe ressaltar que o TRIPS é omissivo quanto a esse tipo de instrumento. No âmbito da América Latina, tal instrumento foi incorporado à legislação de propriedade intelectual do Brasil em 1996, no México em 1991, mas continua ausente da legislação da Argentina, do Uruguai e dos países do Pacto Andino.

Do ponto de vista da indústria farmacêutica mundial, há indícios de que a concessão do *pipeline* seria fundamental para diferenciar três tipos de países no tocante à proteção de direitos de propriedade intelectual, que seriam percebidos como espaços diferenciados de realização de investimentos:

- (i) países com proteção patentária adequada, que teriam acesso facilitado ao arsenal farmacológico mundial, e nos quais tenderia a ser fabricada a maior parte dos genéricos de qualidade visando atender seus respectivos mercados;
- (ii) países com legislação patentária adaptada aos princípios do TRIPS, incorporando cláusulas restritivas, cuja aplicação geralmente ocorre de forma insatisfatória, os quais constituiriam espaços “secundários” de realização de investimentos; e
- (iii) países com políticas que beneficiam indústrias baseadas em cópia, às expensas da inovação gerada por outras indústrias, os quais tenderiam progressivamente a ser colocados à margem das inovações mais recentes geradas pela indústria.

Por fim, cabe ressaltar as controvérsias que persistem acerca da eficácia do instrumento de *pipeline*. Algumas dessas críticas (Macedo e Pinheiro, 2003; Pastor, 2005; Bentolila, 2004; Boullet, Garrson e Hoen, 2004; Orsi et al., 2006) baseiam-se na importância que a ausência desse instrumento teria representado para incentivar a produção de alguns medicamentos estratégicos do ponto de vista da saúde pública, em especial aqueles utilizados no combate e controle da AIDS.

No caso brasileiro, algumas considerações adicionais são necessárias. Tais considerações apontam para a deficiência do desempenho inovativo da indústria nacional, fato que se relaciona com a fragilidade do sistema nacional de proteção à propriedade intelectual, inclusive patentes.

Em primeiro lugar, é possível perceber relevantes diferenças interseoriais quanto à importância das patentes como instrumento de proteção às rendas de inovação a partir da utilização de dados da PINTEC/IBGE.

Considerando informações relativas à importância dos diferentes métodos de proteção utilizados pelas empresas que implementaram inovações para diferentes setores, observa-se que a importância das patentes é maior nos setores de equipamentos médicos e automação, máquinas para escritório e equipamentos de informática, máquinas e equipamentos, produtos do fumo, produtos químicos e produtos farmacêuticos. Comparando-se com a experiência internacional, há evidências de uma relativa menor importância das patentes como instrumento de proteção no setor de produtos farmacêuticos

brasileiro, o que provavelmente pode ser explicado em função de especificidades da estrutura industrial do setor e das características do sistema de direitos à propriedade intelectual no caso brasileiro.

Em segundo lugar, informações também extraídas da PINTEC com base num recorte intersetorial podem ser utilizadas também para discutir a articulação existente entre a proteção por meio de patentes e a intensificação dos gastos em P&D. Nesse sentido, informações coletadas pela PINTEC desagregadas em termos setoriais indicam que existe uma correlação positiva entre a importância das patentes como instrumento de proteção e três indicadores: (i) a intensidade de P&D (medida por meio da relação dos gastos em P&D em relação à receita líquida de vendas do conjunto das empresas da amostra); (ii) a participação dos gastos em P&D no total de gastos com inovação; e (iii) a taxa de inovação (participação das empresas inovadoras no total de empresas da amostra).

Em terceiro lugar, finalmente, como visto na Seção IV.1, no tocante especificamente ao setor farmacêutico, ao contrário do observado no cenário internacional, observa-se que a intensidade dos gastos em P&D não é particularmente elevada. Ao contrário do que ocorre nos países centrais, a indústria farmacêutica no Brasil apresenta gastos em P&D abaixo da média da indústria como um todo.

Uma explicação difundida para esse comportamento está relacionada às diferenças no cenário produtivo e institucional brasileiro, em particular no que diz respeito à estrutura de mercado e ao aparato de regulação do setor no país. Em especial, supõe-se que uma maior garantia de apropriabilidade dos frutos da inovação pelas empresas, como por exemplo com uma lei de patentes mais clara e harmonizada com os moldes internacionais, poderia estimular investimentos em P&D.

Finalmente, uma outra explicação importante se refere à visível divisão do trabalho no interior das empresas multinacionais, onde a atividade de P&D é realizada em laboratórios no exterior, observando vantagens locacionais relacionadas à escala e à infraestrutura científica e tecnológica mais adequada. Maior segurança institucional poderia, portanto, modificar as características dessa divisão de trabalho, com parte da pesquisa sendo desviada para o País, em particular, como visto acima, para atividades relacionadas a possíveis vantagens comparativas locacionais do Brasil – embora essa alteração de cenário dependa, fortemente, de estratégias empresariais das multinacionais, que não refletem exclusivamente essas condições locais.

Nesse quadro, é reforçada a importância das patentes *pipeline* enquanto instrumento de fortalecimento dos direitos de propriedade possível de ser ativado para resguardar os interesses das firmas inovadoras, de um lado – particularmente num contexto marcado por custos crescentes para a introdução de inovações – e, por outro lado, da sociedade, receptora final dos medicamentos que resultam do processo inovativo.

O enfraquecimento desse instrumento, ao invés de ampliar, tende a restringir o acesso da população à saúde, especialmente na medida em que tal acesso requer, cada vez mais, um fluxo continuado de investimentos em P&D. Desse modo, existe o risco desse enfraquecimento resultar num isolamento em relação aos fluxos de conhecimento, frustrando a inovação tecnológica e interrompendo o círculo virtuoso que a converte em mola propulsora de desenvolvimento social e econômico.

## V – Conclusões

O progresso técnico sempre foi reconhecido como uma das principais variáveis na explicação das transformações econômicas e sociais da economia capitalista, ao produzir novos produtos e novos processos de produção. Ao mesmo tempo, o processo de inovação é complexo e envolve alto grau de incerteza.

As empresas, por seu turno, atuam como os agentes que efetivam esse processo de mudança, buscando obter vantagens competitivas que lhes conferiram lucros econômicos diferenciais resultantes, exatamente, dessas inovações introduzidas no mercado, remunerando adequadamente os investimentos elevados e incertos em P&D.

Para esse fim, vários fatores são fundamentais, como o tempo necessário para o processo de desenvolvimento das novas tecnologias, não só para a invenção, mas principalmente para efetivá-las como inovações referendadas pelo mercado, além das condições de apropriabilidade do conhecimento gerado.

Do ponto de vista da apropriabilidade, a proteção dos direitos de propriedade aparece com destaque, embora em algumas atividades a própria característica das tecnologias envolvidas imponha um maior grau natural de proteção, particularmente em decorrência do caráter tácito do conhecimento.

Entre os instrumentos mais utilizados para proteger os direitos de propriedade intelectual encontram-se a patente, os direitos de reprodução

(*copyright*) e a marca (*trademark*), definindo uma garantia legal para o usufruto exclusivo (para fins comerciais) da inovação gerada – aspecto crucial para o estímulo à busca por inovações tecnológicas pelos agentes econômicos.

Cabe salientar que, apesar de essa busca ser condicionada/estimulada pela possibilidade de apropriação privada dos frutos do progresso técnico pelas empresas, seu resultado é benéfico para as estruturas econômicas, pois determina, regra geral, a introdução de novos e melhores produtos, além de uma possível contínua trajetória de redução de custos de produção em importantes atividades econômicas, refletindo, então, a melhoria nas condições de bem-estar social.

Um avanço institucional importante na questão dos direitos de propriedade e, em particular, das patentes, foi definido na Rodada Uruguai do *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio* (GATT), com a assinatura do *Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio* (Acordo TRIPS), em abril de 1994, e com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em janeiro de 1995. No Acordo TRIPS, os Estados-membros da OMC reconheceram as patentes em todos os campos tecnológicos, independentemente de seus estágios de desenvolvimento e contextos social e econômico.

O principal objetivo do acordo era a configuração de um sistema paten-tário mais harmonizado no âmbito internacional, incluindo países-membros da OMC que, até então, não reconheciam as patentes como uma instituição. Nesse cenário, a OMC passou a dispor de instrumentos para penalizar os membros que descumprissem as regras estabelecidas acordadas – ainda que, no âmbito do acordo, algumas flexibilidades fossem incorporadas, como as licenças compulsórias.

Uma outra dimensão de relevo do processo de busca por novas tec-nologias relaciona-se aos gastos em P&D e outras formas de aprendizagem envolvidos, que determinam a formação de custos e levam tempo para serem consolidados, sempre com a possibilidade de insucesso sendo considerada, dada a incerteza inerente à atividade. Assim, estruturas industriais mais concentradas podem ser uma condição necessária para o empreendimento dessa busca, pois os gastos necessários são elevados em absoluto e repre-sentam, em determinados casos, uma fração relevante das receitas auferidas pelas empresas. A indústria farmacêutica é um caso típico desse padrão de concorrência.

Assumindo essas condições mais gerais, as conclusões deste artigo podem ser assim sumarizadas:

- 1) uma das marcas mais importantes do desenvolvimento capitalista é a concorrência realizada por meio da introdução de inovações pelos agentes econômicos;
- 2) o principal estímulo desses agentes para o empreendimento dessa busca é a obtenção de vantagens competitivas sobre os concorrentes que lhes permitam eventualmente auferir lucros diferenciais, oriundos de possíveis situações monopolistas, ainda que de caráter temporário;
- 3) apesar dessa característica aparentemente contrária aos interesses do consumidor, do ponto de vista dinâmico, as transformações decorrentes da busca perene por inovações trazem benefícios contínuos associados aos novos e melhores produtos e custos menores que resultam dessa dimensão de concorrência, possibilitando uma elevação dinâmica das condições de bem-estar social;
- 4) nesse sentido, a capacidade de os agentes inovadores garantirem, efetivamente, os frutos do progresso tecnológico implementado é condição *sine qua non* para a continuidade dos esforços de busca e capacitação técnico-produtiva – a apropriabilidade é, então, um aspecto fundamental desse ambiente concorrencial;
- 5) a apropriabilidade, por seu turno, resulta de características inerentes às tecnologias desenvolvidas, mas depende também, em maior ou menor grau (dadas as características específicas das indústrias envolvidas), das medidas de proteção legal/institucional representadas pelos direitos de propriedade;
- 6) a indústria farmacêutica é um caso típico de importância desse aparato, sobretudo na forma das patentes, em função de suas características específicas. Nessa indústria, o nível de gasto em P&D formal é maior que em qualquer outro segmento industrial, sendo extremamente alto relativamente às receitas líquidas auferidas. Por um lado, isso marca seu padrão de concorrência, fundado na necessidade de criar condições para produzir um fluxo contínuo de inovações de produto, tanto para preservar posição quanto para dispor de instrumentos mais agressivos de ocupação de mercado. Por outro lado, a indústria apresenta um nível de incerteza nos empreendimentos inovativos que implica uma elevação atípica das

condições de risco relacionadas ao setor, ou seja, os gastos em P&D são extremamente elevados e, em boa medida, sujeitos a fracasso comercial – a taxa de sucesso média é de apenas 1% na atividade de P&D e desenvolvimentos pré-clínicos, etapas que podem levar até 7 anos para serem concluídas. Ademais, estima-se que o custo médio para a introdução de uma nova droga (incluindo sua aprovação final) gire em torno de US\$ 800 milhões. Essa característica corrobora a ideia da necessidade de um sistema de proteção mais adequado que possibilite a manutenção de estímulos à atividade de pesquisa em condições crescentemente adversas;

- 7) assim, os retornos do investimento nas condições específicas da indústria farmacêutica relacionam-se aos regimes de patente. Existem fortes evidências de que os direitos de propriedade intelectual são consideravelmente mais importantes nessa indústria do que nos demais segmentos, mesmo considerando outros setores de grande dinâmica inovativa, como a indústria de *software*, por exemplo. As evidências demonstram que as patentes relacionadas a novas drogas atuam de maneira mais efetiva para aumentar os custos de imitação quando comparadas a outros produtos. No entanto, em face dos crescentes custos de desenvolvimento, observa-se que, na prática, o período de exclusividade no mercado outorgado pela proteção de patente é muito menor que o prazo de vigência desta, uma vez que o produto farmacêutico não pode ser vendido no mercado até que se complete todos os testes clínicos de segurança e eficácia. Tal fato torna ainda mais importante os direitos *pipeline*;
- 8) considerando a experiência internacional acerca dos ambientes regulatórios, duas tendências recentes são claramente percebidas: em primeiro lugar, a adoção de um conjunto expressivo de normas adicionais para os sistemas de patentes visando à ampliação do escopo da proteção, tornando-a mais rígida e segura para garantir a propriedade intelectual, e determinando a inclusão de áreas anteriormente não protegidas pela legislação em vigor; em segundo lugar, observa-se uma percepção cada vez mais forte acerca da importância do sistema de patentes para o desempenho econômico dos países, sobretudo para os ganhos dinâmicos de competitividade em diversos setores da economia – o que pode incluir os direitos patentários implementados na forma de *pipeline*;
- 9) as patentes *pipeline* foram incluídas no Brasil em 1996, a partir da alteração da Lei de Propriedade Industrial, em seus arts. 230 e

231. A partir daí, passaram a serem aceitos depósitos de patentes em campos tecnológicos não reconhecidos até então. Destacam-se, com a aplicação dessa Lei, os seguintes pontos: (i) a concessão de patentes farmacêuticas e de agroquímicos; (ii) a opção pela dispensa dos períodos de transição previstos no âmbito do TRIPS; (iii) a possibilidade de concessão de patentes *pipeline*; (iv) o estabelecimento de critérios para cálculo de indenização no caso de violações dos direitos de propriedade intelectual; (v) a inversão do ônus da prova na análise de litígios relativo a patente processo; e (vi) a possibilidade de concessão de liminares no caso de violações dos direitos de propriedade intelectual. Apesar desse endurecimento inicial, certa flexibilização foi percebida em decorrência das possibilidades abertas pelo TRIPS e pela Declaração de Doha;

- 10) os direitos *pipeline* nada mais são do que o reconhecimento dos direitos de patentes aplicados a uma situação específica, a saber: aquela decorrente do fato de um país não ter um sistema de proteção à propriedade intelectual na forma de patentes no momento em que empresas multinacionais depositaram o primeiro pedido de patente no exterior. Caso o país já possuísse tal sistema legal, os direitos *pipeline* seriam desnecessários. *Do ponto de vista econômico*, portanto, os direitos *pipeline* são idênticos aos direitos de patente, tratando-se de uma forma insubstituível de garantia de apropriabilidade dos investimentos em P&D por parte de empresas farmacêuticas inovativas, sem a qual a sociedade seria prejudicada em função da redução da taxa de inovatividade;
- 11) no Brasil, observa-se um nível extremamente baixo de P&D da indústria farmacêutica relativamente aos principais centros (cerca de 0,6% das receitas contra algo em torno de 15% nos países centrais), além do fato de esses gastos serem relativamente menores do que aqueles visualizados na indústria como um todo, incluindo aí, obviamente, os setores menos dinâmicos do ponto de vista tecnológico;
- 12) a partir de dados da PINTEC/IBGE, observa-se que as patentes são mais importantes nos setores de equipamentos médicos e automação, máquinas para escritório e equipamentos de informática, máquinas e equipamentos, produtos do fumo, produtos químicos e produtos farmacêuticos. Na comparação com a experiência internacional, percebe-se menor importância das patentes como instrumento de

proteção no setor de produtos farmacêuticos brasileiro. Tal característica pode estar relacionada às especificidades da estrutura industrial do setor e do sistema de direitos à propriedade intelectual no caso brasileiro;

- 13) ainda utilizando informações da PINTEC/IBGE, pode-se discutir, sob o ângulo intersetorial, a articulação entre proteção por meio de patentes e intensificação dos gastos em P&D. Nesse caso, pode-se observar uma correlação positiva entre a importância das patentes como instrumento de proteção e três indicadores: (i) a intensidade de P&D; (ii) a participação dos gastos em P&D no total de gastos com inovação; (iii) a taxa de inovação;
- 14) uma explicação difundida para o comportamento pouco inovativo do setor farmacêutico no Brasil está relacionada às diferenças no cenário produtivo e institucional brasileiro, em particular no que diz respeito à estrutura de mercado e ao aparato de regulação do setor no País. Nesse sentido, a maior garantia de apropriabilidade dos frutos da inovação pelas empresas, como por exemplo com uma lei de patentes mais clara e harmonizada com os moldes internacionais, poderia estimular investimento em P&D (no caso brasileiro, os esforços poderiam estar concentrados em segmentos que apresentam vantagens comparativas locais associadas à nossa biodiversidade), incluindo os direitos de *pipeline*;
- 15) nesse quadro, é reforçada a importância das patente *pipeline* enquanto instrumento de fortalecimento dos direitos de propriedade que pode ser ativado para resguardar os interesses das firmas inovadoras, de um lado – particularmente num contexto marcado por custos crescentes para a introdução de inovações – e, por outro lado, da sociedade, receptora final dos medicamentos que resultam do processo inovativo. O enfraquecimento desse instrumento, ao invés de ampliar, tende a restringir o acesso da população à saúde, especialmente na medida em que esse acesso requer, cada vez mais, um fluxo continuado de investimentos em P&D. Desse modo, existe o risco desse enfraquecimento resultar num isolamento em relação aos fluxos de conhecimento da indústria, frustrando a inovação tecnológica e interrompendo o círculo virtuoso que a converte em mola propulsora de desenvolvimento social e econômico.

## Bibliografia

- ALBUQUERQUE, E. M. As múltiplas dimensões das patentes: notas a partir de um *survey* da literatura *mainstream*. *Análise Econômica*, ano 16, n. 29, p. 87-102, mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. Informação, conhecimento e apropriação: notas sobre o significado econômico das patentes e os impactos da emergência de uma economia baseada no conhecimento. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 5, n. 2, p. 243-254, 2000.
- \_\_\_\_\_. Sistemas nacionais de inovação e direitos de propriedade industrial: notas introdutórias a um debate necessário. *Estudos Econômicos*, v. 26, n. 2, p. 171-200, maio-ago.1996.
- ARORA, A.; Ceccagnoli, M. *Patent protection, complementary assets, and firms' incentives for technology licensing*. Fontainebleau, France: INSEAD, 2004.
- ARROW, K. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: LAMBERTON, D. (ed.). *Economics of information and knowledge*. Harmondsworth: Penguin Books, 1971.
- \_\_\_\_\_. Economic welfare and the allocation of resources for invention. In: NELSON, R. (ed.) *The rate and direction of inventive activity*. Princeton: Princeton University Press, 1962.
- \_\_\_\_\_. *The economics of information*. Oxford: Basil Blackwell, 1984. (Collected Papers of Kenneth J. Arrow, v. 4)
- \_\_\_\_\_. The production and distribution of knowledge. In: SILVERBERG, G.; SOETE, L. *The economics of growth and technical change*. Aldershot: Edward Elgar, 1994.
- BARBOSA, A. L. F. *Sobre a propriedade do trabalho intelectual: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- BARBOSA, D. B. Inconstitucionalidade das patentes *pipeline*, mimeo, 2006.
- BASTOS, V. D. Inovação farmacêutica: padrão setorial e perspectivas para o caso brasileiro. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, n. 22, p. 271-296, set. 2005.
- BENTOLILA, H. Lessons from the United States trade policies to convert a “pirate”: the case of pharmaceutical patents in Argentina. mimeo, 2004. BOULET, P.; GARRISON, C.; HOEN, E. Drug patents under the

- spotlight: Sharing practical knowledge about pharmaceutical patents. *Medecins Sans Frontières*, jun. 2004.
- CHAVES, G.; OLIVEIRA, M. A.; HASENCLEVE, L.; MELO, L. M. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23(2), p. 257-267, fev. 2007.
- COHEN, W. M. Patents and appropriation: concerns and evidence. *Journal of Technology Transfer*, v. 30, Issue 1-2, p. 57-71, Jan. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Patents: their effectiveness and role*. Durham (North Carolina): Fuqua School of Business, Duke University, November 14, 2003.
- COHEN, J.; DAN, L. Canada and Brazil dealing with tension between ensuring access to medicines and complying with pharmaceutical patent standards: *is the story the same?* Comparative program on health and society, *Working Paper Series 2003/2004*, University of Toronto, 2004.
- COHEN, W. M.; GOTO, A.; NAGATA, A.; NELSON, R. R.; WALSH, J. P. R&D spillovers, patents and the incentives to innovate in Japan and the United States. *Research Policy*, 31, p. 1349-1367, 2002.
- COHEN, W. M.; MERRILL, S. Introduction. In: COHEN, W. M.; MERRILL, S. (ed.). *Patents in the knowledge-based economy*. Washington, DC.: National Academies Press, 2003.
- COHEN, W. M., NELSON, R. R.; WALSH, J. P. Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why US manufacturing firms patent or not. *NBER Working Paper 7552*, 2002.
- DiMASIA, J.; HANSEN, R. W.; GRABOWSKI, H. The price of innovation: new estimates of drug development costs. *Journal of Health Economics*, v. 22, p. 151-185, 2003.
- DOSI, G. Sources, procedures, and microeconomics effects of innovation. *Journal of Economic Literature*, v. XXVI, set. 1988b.
- \_\_\_\_\_. *Technical change and industrial transformation*. London: Macmillan, 1984.
- \_\_\_\_\_. Technological paradigms e technological trajectories. *Research Policy*, v. 11, p. 147-162, 1982.

- DOSI, G. The nature of the innovative process. In: DOSI, G.; FREEMAN, C.; NELSON, R.; SILVERBERG, G.; SOETE, L. *Technical change and economic theory*. London: Francis Printer, 1988a.
- DOSI, G.; GIANNETTI, R.; TONINELLI, P. Technology and business firms. In: DOSI et al. (org.). *Technology and enterprise in a historical perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- DOSI, G.; MARENGO, L.; PASQUALI, C. How much should society fuel the greed of innovators? On the relations between appropriability, opportunities and rates of innovation. *LEM Paper Series*, n. 2006/17, Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa, Italia, July 2006.
- DUFFY, J. F. A minimum optimal patent term. Berkeley: Berkeley Center for Law and Technology, University of California, Paper 4, 2005.
- EDQUIST, C.; JOHNSON, B. Institutions and Organizations in Systems of Innovation. In: EDQUIST, C. *Systems of innovation: technologies, institutions and organizations*. London: Pinter/Cassell Academic, 1997.
- EPSTEIN, R; KUHLIK, B. *Navigating the anticommons for pharmaceutical patents: steady the course on hatch-waxman*. Chicago: The Law School, The University of Chicago, Março 2000.
- FIUZA E.; LISBOA, M. B. *Bens credenciais e poder de mercado: um estudo econométrico da indústria farmacêutica brasileira*. Texto para Discussão do IPEA n. 846. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.
- FREEMAN, C. *La teoría económica de la innovación industrial*. Madrid: Alianza Editorial, 1975.
- \_\_\_\_\_. *The economics of industrial innovation*. Harmondsworth: Penguin Books, 1974.
- GLASGOW, L. J. Stretching the limits of intellectual property rights: has the pharmaceutical industry gone too far? *The Journal of Law and Technology*, 41(2), p. 227-258, 2001.
- Grabowski, H. *Patents, innovation and access to new pharmaceuticals*. Duke University, Jul. 2002. Disponível em: [http://www.dklevine.com/archive/grabow-patents\\_innov.pdf](http://www.dklevine.com/archive/grabow-patents_innov.pdf).
- HAHN, R. *The economics of patent protection: policy implications from the literature*. AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, October 30, 2003.

- HEERTJE, A. *Economía y progreso técnico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- \_\_\_\_\_. Schumpeter and technical change. In: HANUSH, H. (org.) *Evolutionary economics*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1988.
- HELLER, M. A.; EISENBERG, R. S. Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. *Science*, 280 p. 698-701, 1998.
- KENNEDY, P. *Preparando para o século XXI*. Rio de Janeiro: Campus, 1993.
- KIM, J. E.; LAPAN, H. E. Welfare effects of intellectual property rights under asymmetric spillovers. *Staff General Research Papers* 12206, Iowa State University, Department of Economics, October 2004.
- LANDES, D. *The unbound Prometheus*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1969.
- LANJOUW, J. O. Patents, price controls and access to new drugs: how policy affects global market entry. *NBER Working Paper* 11321, Cambridge, MA, May 2005.
- LEVIN, R. C.; COHEN, W. M.; MOWERY, D. C. R&D appropriability, opportunity, and market structure: new evidence on some Schumpeterian hypotheses. *American Economic Review (Papers and Proceedings)*, 75, p. 20-24, 1985.
- LEVIN, R. C.; KLEVORICK, A.; NELSON, R.; WINTER, S. *Survey research on R&D appropriability and technological opportunity*. New Haven: Yale University, 1984. unpublished manuscript.
- LISBOA, M.; FIUZA, E. *et al. Política governamental e regulação do mercado de medicamentos*. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, 2001.
- LUECK, D.; MICELI, T. Property law. *Working Paper* 2004-04, University of Connecticut, Department of Economics, 2004.
- MACEDO, M. F.; PINHEIRO, E. S. *Encontro internacional de atração de investimento direto externo: documento setorial – fármacos*. CEPAL, dez. 2003.
- MALERBA, F.; ORSENIGO, C. Technological regimes and firm behavior. *Industrial and Corporate Change*, v. 2, n. 1, 1993.
- MANSFIELD, E. Academic research and industrial innovation: an update of empirical findings. *Research Policy*, Elsevier, 26(7-8), p. 773-776, 1998.

- McCALMAN, P. The Doha agenda and intellectual property rights. Paper prepared under the Asian Development Bank's (ADB) Regional Technical Assistance, Oct. 2002.
- METCALFE, J. S.; BODEN, M. Strategy, paradigm and evolutionary change. Artigo preparado para a conferência internacional *Firm Strategy and Technical Change: Micro Economics or Micro Sociology*. Prest: University of Manchester, jul. 1990.
- MOSER, P. How do patent laws influence innovation? Evidence from nineteenth century world fairs. *NBER Working Papers Series 9909*, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research, 2003.
- NELSON, R. e WINTER, S. *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1982.
- NELSON, R.; WINTER, S. In search of a useful theory of innovation. *Research Policy*, v. 6, 1977.
- NORDHAUS, W. *Invention, growth and welfare*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1969.
- \_\_\_\_\_. The optimal life of the patent: reply. *American Economic Review*, v. 62, p. 428-431, 1972.
- ORSI, F.; D'ALMEIDA, C.; HASENCLEVER, L.; CORIAT, B. Trips-Post 2005 in Southern Countries: the sustainability of public health policies at stake. Paper presented at *Intellectual Property Rights for Business and Society*, London, DIME Conference, September, 14-15 2006.
- OTA (Office of technology Assessment). *Patent-term extension and the pharmaceutical industry*. August 1981. Disponível em: [http://govinfo.library.unt.edu/ota/Ota\\_5/DATA/1981/8119.PDF](http://govinfo.library.unt.edu/ota/Ota_5/DATA/1981/8119.PDF).
- PASTO, R. *The impact of free trade agreements on intellectual property standards in a post-TRIPS World*. mimeo, 2004.
- PAVITT, K. Sectoral patterns of technical change: towards a taxonomy and a theory. *Research Policy*, North-Holland, v. 13, 1984.
- PENROSE, E. *Teoría del crecimiento de la empresa*. Madrid: Aguilar, 1962.
- PORTER, M. *Estratégia competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Vantagem competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
- ROSEMBERG, N. Inside the black box – technology and economics. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1982.

- SCHERER, F. M. Nordhaus's theory of optimal patent life: a geometric reinterpretation. *American Economic Review*, v. 62, p. 422-427, 1972.
- \_\_\_\_\_. The pharmaceutical industry – prices and progress. *The New England Journal of Medicine*, 351, p. 927-932, 2004.
- SCHUMPETER, J. A. *Business cycles*. New York: Macgraw-Hill, 1939.
- \_\_\_\_\_. *Capitalismo, socialismo e democracia* (1942). Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do desenvolvimento econômico*. (1912). São Paulo: Abril Cultural, 1988. Col. Os Economistas.
- SHACKLE, G. *A scheme of economic theory*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1968.
- SHAPIRO, C. Patent reform: aligning reward and contribution. *NBER Working Paper* 13141, Cambridge, Mass., May 2007.
- TAKALO, T. On the optimal patent policy. *Finnish Economic Papers*, v. 14, n. 1, Spring 2001.
- TEECE, D. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy*, North-Holland, n. 15 p. 285-305, 1986.
- \_\_\_\_\_. Technological development and the organization of industry. Artigo apresentado no *Séminaire International sur la Science, la Technologie et la Croissance Économique*. OECD, Paris, maio 1989.
- \_\_\_\_\_. Towards a theory of corporate coherence: preliminary remarks. In: DOSI et al. (org.). *Technology and entreprise in a historical perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- VALLEE, T.; YILDIZOGLU, M. Social and technological efficiency of patent system. *Cahiers du GRES*, n. 2004, mai 2004.
- VIEIRA, V. M. M.; FONSECA, M. G. D. Patentes e poder de mercado na indústria farmacêutica. Implicações sobre a saúde pública dos países em desenvolvimento. *Anais do XXIII Simpósio de Gestão da Inovação Tecnológica*. Curitiba, p. 19-22, out. 2004.
- VIEIRA, V. M. M.; OHAYON, P. Por que não se faz P&D na indústria farmacêutica brasileira?. *Anais do XXII Simpósio de Gestão da Inovação Tecnológica*, Salvador, 2002.
- WALSH, J. P.; ARORA, A.; COHEN, W. M. Effects of research tool patents and licensing on biomedical innovation. In: COHEN, W. M.; MERRILL,

S. (ed.). *Patents in the knowledge-based economy*. Washington, D.C.: National Academy Press, 2003. (Abridged version in MAZZUCATO, M.; DOSI, G. (ed.). *Knowledge accumulation and industry evolution: the case of Pharma Biotech*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2006).

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Working through the patent problem. *Science*, 299, (February 14, 2003), p. 1020.

WINTER, S. G. Patents and welfare in an evolutionary model. *Industrial and Corporate Change*, v. 2, p. 211-231, 1993.

WIPO (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION). *WIPO patent report – Statistics on Worldwide Patent Activities 2006*.



# O RELACIONAMENTO ENTRE A POLÍTICA INDUSTRIAL E A POLÍTICA ANTITRUSTE E SEU IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO\*

*Ricardo Kalil Moraes e Elvino de Carvalho Mendonça\*\**

**Resumo:** O presente artigo apresenta a relação existente entre as políticas industrial e antitruste praticadas no Brasil. O artigo faz uma discussão teórica dessas políticas, analisando os conflitos e as complementaridades existentes entre elas, apresenta a evolução dos dois tipos de políticas aplicadas no Brasil nos últimos anos e faz uma análise da evolução conjunta dessas políticas aplicada ao caso brasileiro. A conclusão principal do artigo é de que a relação existente entre a política antitruste brasileira, regida pela Lei 8.884/1994, e a nova política industrial demonstram complementaridades, uma vez que o processo de aprendizado obtido com política antitruste viabiliza a implementação da política industrial ótima para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

**Palavras-chave:** política industrial, política antitruste.

**Abstract:** The paper presents the relationship between industrial policy and antitrust policy applied in Brazil. The paper makes a theoretical discussion of two kinds of policy, analyzing the conflicts and complementarities between them, presents the evolution of each of them in the last years and makes an analysis of join evolution of the two policies applied in Brazil. The main conclusion of the paper is that the relationship between Brazilian antitrust policy, oriented by Law 8.884/1994, and the new industrial policy shows complementarities, since the learning obtained with antitrust policy allows the implementation of optimal industrial policy for the Brazilian economic and social development.

**Keywords:** industrial policy, antitrust policy.

<sup>1</sup> As opiniões expressas neste trabalho são exclusivamente dos autores e não refletem, necessariamente, a visão das instituições a que estão vinculados.

<sup>2</sup> Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) – Av. Presidente Antônio Carlos, 375, sala 1038, CEP: 20020-010 – Rio de Janeiro – RJ. ricardo.kalil@fazenda.gov.br; elvino.mendonca@fazenda.gov.br.

## **Introdução**

Os temas política industrial e política antitruste têm sido cercados por controvérsias. Em princípio, segundo características e caminhos específicos, tais políticas objetivam o incremento da eficiência no sistema econômico em que são implantadas. A primeira tem sido historicamente identificada com um papel ativo do Estado, em alguns momentos atuante como planejado e até executor. A segunda corresponde a um papel ativo do Estado na provisão de um ambiente competitivo que possibilite que a organização produtiva seja determinada pelo mercado.

Nesse sentido, pode-se supor, inicialmente, uma tensão necessária entre essas duas políticas, em particular nas inserções tópicas do Estado que impliquem desvios ou comprometimento daquele ambiente competitivo. Essa suposição inicial, contudo, desconsidera que a política industrial tem sido objeto de modificações ao longo do tempo, apresentando, inclusive, uma diversidade tanto temporal quanto espacial.

O presente artigo tem como objetivo fazer uma discussão a respeito da convivência dessas políticas industrial e antitruste no Brasil. O artigo encontra-se dividido em três Seções: na primeira são apresentadas as definições teóricas dos dois tipos de políticas, analisando os conflitos e as complementaridades existente entre elas; na segunda faz-se uma análise da evolução dos dois tipos de políticas aplicadas no Brasil nos últimos anos; e na terceira finaliza-se o artigo com uma análise da evolução conjunta das duas políticas aplicadas ao caso brasileiro.

### **1. Política industrial e política antitruste: definições e relações**

Esta Seção tem como objetivo apresentar as definições de políticas industrial e antitruste, bem como fazer uma discussão a respeito das possíveis relações existentes entre esses tipos de políticas.

#### *1.1 Política industrial*

Existem várias definições para o termo política industrial. Pitelis (2006) define política industrial como sendo o conjunto de medidas tomadas pelo governo para afetar o desempenho da economia em direção ao objetivo desejado. Lawrence (1986), por sua vez, define o termo política industrial como sendo todas as políticas desenhadas para afetar a alocação de recursos entre e dentro dos setores da economia.

Pode-se dividir a política industrial em política industrial vertical e política industrial horizontal. A política industrial vertical, também chamada de política setorial, atende somente a alguns setores, e a política industrial horizontal não se direciona a nenhum setor especificamente.

A utilização de um ou outro tipo de política industrial está associada ao tipo de escola que a adota. A política industrial horizontal é adotada pela escola de orientação ortodoxa, que afirma que uma política de intervenção industrial não se justifica a menos que haja alguma falha de mercado. Segundo essa visão, a política industrial tem orientação reativa e restritiva, funciona para remediar imperfeições de mercado e atua de forma horizontal e não seletiva em termos de setores.

A política industrial vertical é adotada pelos autores neoschumpeterianos e da escola evolucionária, que sustentam a hipótese de que a política industrial deve ser ativa, abrangente e direcionada a setores ou atividades industriais indutores de mudanças tecnológicas que contribuam para a evolução das estruturas das empresas e indústrias, possibilitando, entre outras coisas, a formação de um sistema nacional de inovação.

A implementação da política industrial tem sido caracterizada seja por questionamentos quanto à sua aplicação, seja pela diversidade de políticas adotadas, e por análises comparativas quanto aos seus resultados (Rodrik, 2007). Quanto à efetividade da política industrial, o autor considera que esta se fundamenta em três elementos: inserção social, estrutura de incentivos e *accountability*.

## 1.2 Política antitruste

Da mesma forma que para a política industrial, existem diversas definições para a política antitruste. White (2008) define as políticas antitruste como sendo aquelas que têm como objetivo aumentar a competição no mercado de forma a elevar a eficiência alocativa nesses mesmos mercados e na economia em geral. Tais políticas também têm como objetivos principais: analisar as fusões e aquisições que possam vir a gerar algum tipo de efeito anticompetitivo e evitar a formação de cartéis ou outras práticas conjuntas anticompetitivas.

## 1.3 Relações entre as políticas industrial e antitruste

As políticas industrial e antitruste têm o objetivo comum de elevar a eficiência e a competitividade no mercado. A diferença crucial entre estas duas

políticas está nos meios utilizados para alcançar os objetivos de eficiência/competitividade. Como afirmado na seção anterior, a política industrial representa uma intervenção direta do Estado no processo produtivo e na estrutura de mercado com base em critérios discricionários, principalmente no caso da política industrial vertical, ao passo que a política antitruste representa a intervenção direta do Estado por meio de critérios objetivos previstos em lei.

A mencionada diferença na forma como são alcançados os objetivos tende a gerar conflitos entre a aplicação de uma ou outra política. Como a legislação antitruste é baseada nos princípios de livre mercado ou, em outras palavras, como tem sua base calcada na economia de mercado, as intervenções industriais via política industrial não entrariam em conflito com a política antitruste se fossem direcionadas à solução de falhas de mercado, como por exemplo: externalidades, bens públicos ou problemas de informação assimétrica.

A maior fonte de tensão entre a política industrial e a política antitruste surge quando a política de intervenção caminha no sentido de criar um campeão nacional. O campeão nacional é escolhido a partir de um setor considerado relevante para a economia nacional. Esse campeão nacional representa, de uma maneira geral, uma empresa de grande porte com capilaridade mundial, capaz de extrair economias de escala para atuar no mercado global e competir com as demais empresas desse mercado.

No que se refere à relação entre a política antitruste e os campeões nacionais, Geroski (2005) considera que a definição apropriada do mercado relevante, efetuada pelas autoridades antitruste, responderia à questão, não havendo, a princípio, conflitos ou restrições para sua aplicação. De acordo com o autor, a dimensão geográfica referente ao argumento do campeão nacional seria o mercado mundial. Assim, confirmando-se tal dimensão na análise antitruste, não haveria necessidade de exceções a sua aplicação.

White (2008) faz uma discussão a respeito dos conflitos existentes entre a legislação antitruste americana e a política industrial praticada naquele país. O autor apresenta três tipos de políticas que vão de encontro ao espírito da lei antitruste: (i) algumas exceções formais à legislação antitruste; (ii) ações federais que conflitam com as leis antitruste; e (iii) ações estaduais. Com relação ao primeiro item, o autor apresenta o caso dos setores bancário e de telecomunicações norte-americanos. Esses setores são regulados por agências federais, e toda aprovação de fusão/aquisição necessita ser aprovada tanto pela agência antitruste quanto pelos órgãos reguladores. No que se refere ao segundo item, o autor mostra que as ações do governo via quotas de impor-

tação e medidas *antidumping*, entre outras, são ações que não apresentam conflitos legais, mas que vão de encontro ao espírito da lei antitruste, uma vez que limitam a competição e/ou distorcem os resultados do mercado.

## 2. Política industrial e antitruste no Brasil

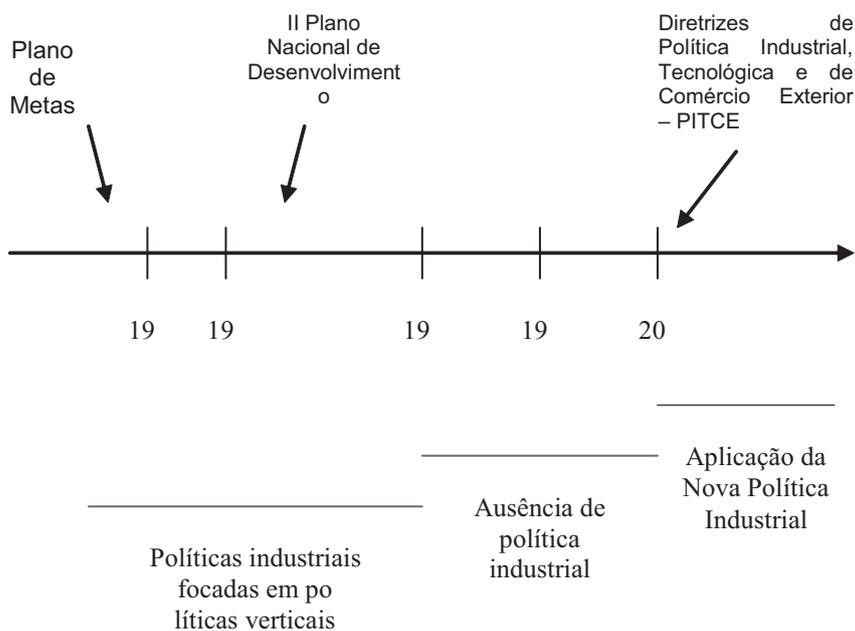
### 2.1 Política industrial

Esta Seção tem como objetivo apresentar um breve relato das políticas industriais praticadas no Brasil desde o pós-guerra até os tempos atuais. Para tanto, divide-se a presente seção em duas subseções: evolução da política industrial brasileira do pós-guerra até início dos anos 2000 e nova política industrial.

#### 2.1.1 Evolução da política industrial brasileira no período recente

Existe uma literatura extensa no Brasil que faz relato da evolução da política industrial brasileira. A esse respeito pode-se citar: Suzigan (1995), Guimarães (1996), Bonelli, Veiga e Brito (1997), Suzigan e Furtado (2006) e Pinheiro et al. (2007).

**Figura 1. Evolução da política industrial no pós-guerra**



A Figura 1 apresenta a evolução da política industrial brasileira no pós-guerra. Do pós-guerra até final dos anos 1970 a industrialização acelerada foi fruto de políticas industriais agressivas focadas em políticas industriais verticais. Nesse período prevaleceram o desenvolvimentismo nacionalista e o intervencionismo estatal. Dois planos caracterizam este período: o Plano de Metas de Juscelino Kubitschek e o II Plano Nacional de Desenvolvimento.

Em ambos os casos citados, as metas da política industrial estavam direcionadas à solução dos problemas no balanço de pagamentos, muito embora os focos das políticas tenham sido distintos. No Plano de Metas de Juscelino Kubitschek a política industrial estava calcada na política de substituição de importações, enquanto no II Plano Nacional de Desenvolvimento, ocorrido na década de 1970, o foco estava na expansão de exportação de produtos manufaturados.

A linha de ação da política industrial vigente se ocupava de construir setores com a intenção de fazer que a estrutura industrial brasileira convergisse para o padrão industrial das economias mais avançadas. A política industrial também estava focada no desenvolvimento de infraestrutura para a economia, começando pelos setores de energia e transportes e passando depois para o setor de telecomunicações.

Em suma, as políticas industriais praticadas desde o pós-guerra até o final da década de 1970 foram marcadas pela forte presença do Estado e lançaram mão de diversos instrumentos, entre os quais se pode citar: imposto de importação e barreiras não-tarifárias, estímulo à exportação e subsídios à produção em setores selecionados.

Na transição dos anos 1970 para os anos 1980 houve espaço para adoção de uma política industrial menos focada na construção de setores e ciente de que a eficácia da política de substituição de importações havia chegado ao fim. A nova visão estava voltada a uma política industrial com metas mais qualitativas, direcionadas, principalmente, à inovação.

A urgência da nova política industrial foi atropelada pela mudança de direção ocorrida em 1979. A nova direção, em conjunto com a situação econômica mundial (dois choques do petróleo, escassez de crédito etc.) e, em especial, com a situação econômica brasileira na primeira metade da década de 1980 (inflação de três dígitos, crescimento negativo e moratória), fez que a prioridade do governo se limitasse aos objetivos de estabilização macroeconômica.

O cenário para a segunda metade dos anos 1980 foi marcado pelo foco nas políticas de estabilização. Esse foco fez que a sequência de planos de desenvolvimento econômico e de desenvolvimento científico e tecnológico fossem interrompidos.

A partir da década de 1990 até início dos anos 2000 a política industrial praticamente inexistiu. Alguns fatores contribuíram para que isso ocorresse: abertura comercial no início da década de 1990, redução da presença do Estado na economia e política cambial de estabilização observada na segunda parte da década de 1990.

### *2.1.2 Aspectos da nova política industrial*

A nova política industrial, intitulada Diretrizes de Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – PITCE foi implementada em 31 de março de 2004 com o objetivo de fortalecer e expandir a base industrial brasileira por meio da capacidade inovadora das empresas. A nova política combina instrumentos horizontais de promoção de eficiência com instrumentos verticais que concentrem esforços para o desenvolvimento de cadeias produtivas, redes de empresas, arranjos produtivos etc.

A PITCE pressupõe metas para as empresas beneficiadas, com vistas a premiar a eficiência, e estipula que a duração temporal para a obtenção dos benefícios deve ser limitada. A nova política industrial preconiza os seguintes objetivos: (i) sustentar e elevar o patamar de exportações; (ii) promover a capacidade inovadora das empresas; (iii) contribuir para o desenvolvimento regional; e (iv) desenvolver projetos voltados para o consumo de massas.

Com relação ao primeiro item, foram criados ou aperfeiçoados instrumentos de incentivo para facilitar as exportações. A esse respeito pode-se citar: o Sistema Radar Comercial, o Novo Recof e a Nova Cofins. O Sistema Radar Comercial é uma ferramenta de prospecção de negócios para os exportadores que dispõe de dados de importação de 41 países, representando quase 88% do PIB e das importações mundiais; o Novo Recof, que é o Regime Aduaneiro de Entrepósito Industrial sob Controle Informatizado, estabelece limites mínimos de compromisso do governo e das empresas de exportação na área de informática e telecomunicações, semicondutores, aeronáutica e automotiva e a nova Cofins eliminou a cumulatividade da contribuição e estabeleceu a cobrança para os produtos importados, protegendo a indústria nacional.

A PITCE atuou em três eixos: linhas de ação horizontais (inovação e desenvolvimento tecnológico, inserção externa/exportações, modernização

industrial, ambiente institucional), setores estratégicos (*software*, semicondutores, bens de capital, fármacos e medicamentos) e em atividades portadoras de futuro (biotecnologia, nanotecnologia e energias renováveis).

Os setores estratégicos intensivos em conhecimento foram escolhidos com base nas seguintes razões: (i) apresentam dinamismo crescente e sustentável; (ii) são responsáveis por parcelas expressivas de investimento em P&D; (iii) abrem novas oportunidades de negócios; (iv) relacionam-se diretamente com a inovação de processos; (v) promovem o adensamento do tecido produtivo; e (vi) são importantes para o futuro do País e apresentam potencial para o desenvolvimento de vantagens comparativas dinâmicas.

O segmento de semicondutores foi escolhido porque se encontra inserido em vários ramos de atividade, como por exemplo: telecomunicações, controles industriais, indústria aeroespacial, saúde, agropecuária e aplicações militares.

O segmento de *softwares* foi agraciado dada a necessidade de inserção do *software* brasileiro no cenário internacional. Essa inserção se faz necessária porque o Brasil possui o 7.º maior mercado de *software* do mundo e o 1.º da América Latina. Além disso, o segmento de *softwares* é o que mais cresce dentro da indústria brasileira de tecnologia da informação (*hardware*, serviços e *software*).

O segmento de fármacos e medicamentos foi escolhido pelas seguintes razões: (i) apoio à pesquisa e desenvolvimento realizada no País; (ii) internalização de atividades de P&D; (iii) estímulo à produção doméstica de fármacos e medicamentos, em particular os constantes no RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais; (iv) fortalecimento do programa de genéricos; (v) exploração da biodiversidade; e (vi) estímulo aos laboratórios públicos.

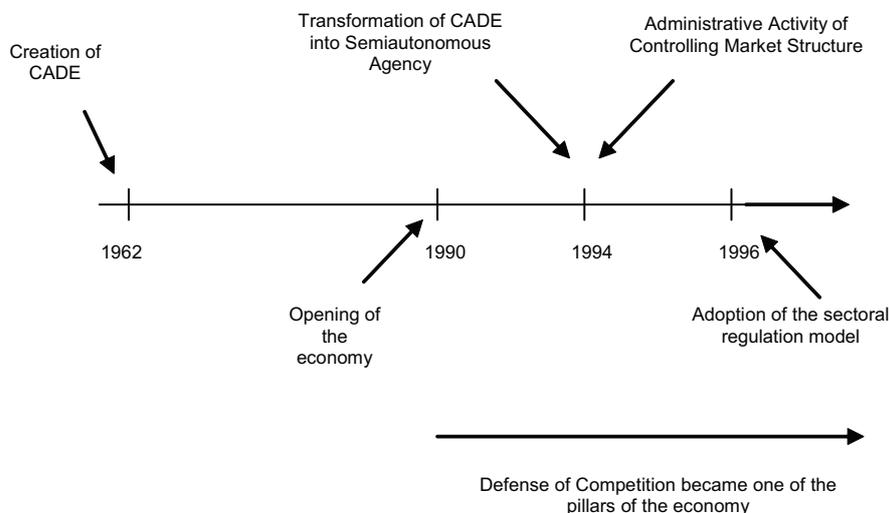
O segmento de bens de capital foi contemplado porque a indústria de bens de capital é estratégica para a realização de um padrão de desenvolvimento sustentado, tendo em vista o papel que desempenha na acumulação de capital e difusão do progresso técnico.

## 2.2 Política antitruste

A Figura 2 apresenta a evolução da política antitruste no Brasil. Pode-se considerar que a política antitruste no Brasil torna-se presente a partir da década de 1960, com a criação do Conselho Administrativo de Direito

Econômico – CADE, órgão judicante que operacionaliza a ação do Estado nessa política pública.

**Figura 2 – Evolução da Política Antitruste no Brasil**



A partir de meados da década de 1990, em meio a um contexto de abertura comercial e redução do controle mais ostensivo do Estado, por meio de liberações de preços, privatizações e desregulamentações, ocorre uma reformulação da política antitruste nacional, com a edição da Lei 8.884/1994 – a Lei da Concorrência. De acordo com os ditames constitucionais, essa lei possibilita uma organização constitucional coerente com o entendimento de que a livre-iniciativa e a competição entre os agentes do mercado são princípios balizadores e relevantes para o ambiente econômico caracterizado pela promoção da eficiência e do bem-estar.

Especificamente, cria-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, entidade tripartite (composta por Secretaria de Direito Econômico – SDE, Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e Conselho de Administrativo de Defesa Econômica – CADE) que conduz as atividades relativas à defesa da concorrência, em cumprimento a disposição legal. Tais atividades constituem-se em: advocacia da concorrência, controle de condutas e de concentrações de mercado.

Em particular, no que se refere ao controle de concentrações, a lei estabelece que concentrações excessivas de mercado devem ser evitadas, excetuando-se casos em que se observem alguns critérios: contestabilidade do mercado, rivalidade ou benefícios líquidos positivos inerentes à operação que sejam partilhados com a sociedade.

Assim, caracteriza-se um procedimento criterioso de análise aos órgãos do SBDC – pareceres técnicos por parte da SDE e SEAE, e decisão colegiada por parte do CADE. Para tanto, a Portaria SEAE/SDE estabeleceu o *Guia para Análise de Concentrações Horizontais*, que contempla as seguintes etapas: identificação das requerentes e da operação, definição do mercado relevante, possibilidades de exercício de poder de mercado (estrutura de mercado), probabilidade para o exercício de poder de mercado (contestabilidade por importações independentes, entrada ou rivalidade) e análise dos benefícios líquidos da operação (eficiências inerentes à operação menos a perda de peso morto). Destaque-se que esse guia atende a dois aspectos desejáveis da atuação administrativa, de acordo com a disposição constitucional: critérios claros de análise e decisão bem como transparência do ato administrativo.

### **3. O caso brasileiro de relacionamento entre as políticas industrial e antitruste**

Da Seção 2 acima, observa-se uma evolução das políticas industriais implementadas no Brasil, condicionadas por um projeto e uma trajetória de desenvolvimento econômico, bem como pelas condições conjunturais do ambiente macroeconômico.

Em um primeiro momento observou-se disponibilidade de recursos, de trabalho, de crédito e de tecnologia externos e capacidade de endividamento público, que possibilitaram a adoção de um projeto de substituição de importações.

Em seguida, entretanto, as restrições ao crédito e à tecnologia externas, bem como da capacidade de endividamento público, explicitados em desajustes dos preços, da balança de pagamentos, do déficit público e inflação, implicaram o término inconcluso desse projeto.

Segue-se um período de ausência de políticas industriais efetivas, sendo a agenda de políticas públicas dominada por outras prioridades, como a resolução dos desajustes macroeconômicos acima mencionados.

À medida que esses desajustes foram sendo gradualmente solucionados – destacando-se a implementação do Plano Real em meados da década de 1990, as instituições e políticas públicas foram sendo reformuladas segundo

uma diretriz de liberalização de mercados e redução da atuação ativa do Estado seja na provisão de bens seja de elementos que implicassem o desvio da alocação de recursos – como, por exemplo, subsídios, controle de preços e barreiras tarifárias.

É nesse momento em que se estabelecem a nova política antitruste e diversos arcabouços regulatórios, que, por seguirem a mesma diretriz, são caracterizados por uma certa complementaridade.

Quando a nova política industrial foi estabelecida, já faziam quase 10 anos dessa reformulação institucional mencionada no parágrafo anterior. Assim, a política industrial é formulada e implementada em um ambiente em que a política antitruste já se encontra amadurecida e testada. Em consequência, essa política industrial molda-se à política antitruste existente, nutrindo-se de elementos capazes de responder às questões deixadas em aberto desde o esgotamento do projeto desenvolvimentista anterior. Alguns dos principais elementos estruturadores da nova política industrial que guardam proximidade, quando não influenciam da política antitruste, são relacionados a seguir:

- mapeamento setorial: identificação dos mercados relevantes, estruturas produtivas e principais gargalos ou barreiras estruturais ao crescimento da produção e desenvolvimento desses mercados;
- um guia constituído por critérios objetivos, quantificáveis e observáveis que possibilita a seleção das medidas mais adequadas, e na aplicação mínima necessária, inclusive na dimensão temporal, coerente com metas preestabelecidas;
- a adoção de medidas horizontais e inovadoras, adequadas a falhas de mercado observadas e com efeitos difusos sobre toda a estrutura produtiva, como, por exemplo, a oferta de informação, instrumentalizada por meio do Radar Comercial, supracitado.

Os elementos mencionados acima, se não esgotam a política industrial em vigor, demonstram complementaridades, inclusive um processo de aprendizado em relação à política antitruste, destacando o papel dessas duas políticas para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

#### **4. Conclusão**

Ao longo deste artigo observou-se que as políticas industrial e antitruste, dotadas de características e atuações específicas, podem ser gerenciadas con-

juntamente de forma a obter uma maior efetividade dessas políticas públicas na promoção do desenvolvimento.

Em particular, o caso brasileiro é caracterizado por uma ordem histórica que evidencia o papel incremental da política industrial à política antitruste no arcabouço institucional existente.

Assim, um ponto de reflexão, e de desafio, seria elaborar e implementar uma política industrial em formato coerente com a política antitruste, de forma a obter a efetividade das ações públicas na sociedade. A evolução das condições históricas para a aplicação das políticas industriais demonstra a relevância desse misto de reflexão e desafio.

### **Bibliografia**

BONELLI, R.; VEIGA, P. M., BRITO, A. F. (1997). As políticas industrial e de comércio exterior no Brasil: rumos e indefinições. Texto para Discussão IPEA, n. 527.

BRASIL (1994). Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994.

\_\_\_\_\_. (2003). *Diretrizes de política industrial, tecnológica e de comércio exterior*. Disponível em: <<http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/ascom/apresentacoes/Diretrizes.pdf>>. Acesso em: 11.05.2009.

GEROSKI, Paul (2005). *Competition policy and national champions*. Disponível em: <[http://www.competitioncommission.org.uk/our\\_people/members/chair\\_speeches/pdf/geroski\\_wifo\\_vienna\\_080305.pdf](http://www.competitioncommission.org.uk/our_people/members/chair_speeches/pdf/geroski_wifo_vienna_080305.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2009.

GUIMARÃES, E. A. (1996). A experiência recente da política industrial no Brasil: uma avaliação. Texto para Discussão IPEA, n. 409.

PINHEIRO, M.; FERREIRA, P.; PESSOA, S.; SCHYMURA, L. (2007) Por que o Brasil não precisa de política industrial. *Ensaio Econômico*, EPGE, mar. 2007.

PITELIS, C. (2006) Industrial policy: perspectives, experience, issues. In: BIANCHI, Patrizio; LABORY, Sandrine (ed.). *International handbook on industrial policy*. Cheltenham: Edward Elgar.

RODRIG, Dani (2007) *Normalizing industrial policy*. Disponível em: <[http://ksghome.harvard.edu/~drodrig/industrial%20policy%20\\_growth%20commission\\_.pdf](http://ksghome.harvard.edu/~drodrig/industrial%20policy%20_growth%20commission_.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2009.

- SUZIGAN, W. (1995). Experiência histórica de política industrial no Brasil. Texto para Discussão, Instituto de Economia – Unicamp, n. 48.
- SUZIGAN, W.; FURTADO, J. (2006). Política industrial e desenvolvimento. *Revista de Economia Política*, v. 26, p. 163-185.
- WHITE, L. (2008) *Antitrust policy and industrial policy: a view from the U.S.* Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1091244](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091244)>. Acesso em: 20.04.2009.



# A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE DE GERAÇÃO DE ENERGIA SOB AS REGRAS DO NOVO MODELO DO SETOR ELÉTRICO

*Maria Eugênia Novis\**

## 1. Introdução

As alterações promovidas pelo governo federal no arcabouço regulatório do setor elétrico após a grave crise de suprimento de 2001 modificaram substancialmente a forma de comercialização de energia elétrica no País. Tais medidas, que por óbvio causaram impacto sobre a concorrência no setor, devem necessariamente ser levadas em consideração pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) na análise de concentrações e condutas anticoncorrenciais.

Uma vez que a definição de mercado relevante é a ferramenta analítica essencial de que esses órgãos dispõem, este texto propõe-se a discutir a aplicação dos princípios que norteiam tal definição ao mercado de geração de energia elétrica, bem como a avaliar criticamente a adequação da definição de mercado relevante adotada pelos órgãos do SBDC em casos recentes.

Uma definição incompatível com os princípios basilares da regulação setorial que amplie ou restrinja demasiadamente a dimensão material e espacial em que se processam as relações de concorrência entre os geradores embute riscos não triviais. De fato, ela pode causar sérias distorções na avaliação das consequências de certas operações societárias ou práticas comerciais e, em circunstâncias extremas, até mesmo desestimular novos investimentos em um setor essencial para o desenvolvimento do País, notoriamente carente de recursos.

Para cumprir seu objetivo, este texto sintetiza as principais mudanças ocorridas na regulação setorial em décadas recentes, para então percorrer os fundamentos teóricos da definição de mercado relevante e, por fim, avaliar como se daria a sua correta aplicação na prática, o que é feito mediante análise da nova definição adotada pelo SBDC.

---

\* Advogada, mestre em International Business Law pela Universidade de Leiden”.

## 2. Evolução recente do setor elétrico no Brasil

O exercício a ser empreendido não poderia prescindir de uma breve recapitulação de tema de conhecimento geral: os problemas e as grandes transformações pelas quais o setor de energia elétrica passou nas duas últimas décadas no Brasil. O modelo baseado predominantemente na atuação do Estado como empreendedor enfrentou sérios problemas decorrentes da ausência de investimentos significativos em novos empreendimentos, o que acarretou déficits crescentes de geração de energia e, conseqüentemente, insegurança quanto ao suprimento futuro da demanda.

Com o programa de privatização levado a efeito na década de 1990 o monopólio estatal foi substituído por um novo modelo, assentado no estímulo a investimentos privados nas atividades de geração e comercialização de energia – as únicas na cadeia produtiva que não constituem monopólios naturais –,<sup>1</sup> sobre as quais o Estado passou a desempenhar o papel de regulador. No que diz respeito àquela primeira atividade, as mudanças visavam atrair empresas para aumentar a capacidade geradora do parque elétrico nacional, garantir eficiência técnica e econômica na aplicação de recursos financeiros, assegurar a confiabilidade do sistema e ainda estimular a concorrência entre geradores para atingir a modicidade tarifária.

Mudanças de tal magnitude exigiam a criação de uma estrutura regulatória que viabilizasse os investimentos privados e, ao mesmo tempo, impedisse que o setor elétrico ficasse à mercê de variações de mercado e estratégias empresariais não necessariamente alinhadas ao interesse público.

A grande reforma do setor iniciou-se com a edição da Lei 8.631, de 4 de março de 1993, que previu bilaterais de suprimento entre geradores e

---

<sup>1</sup> A cadeia produtiva de energia elétrica divide-se em geração, transmissão, distribuição e comercialização. A geração é o processo de criação de eletricidade pelas usinas mediante processamento de diversas fontes de energia. Essa atividade é objeto de concessão, autorização ou permissão da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. A transmissão consiste no envio de energia elétrica em alta tensão (geralmente acima de 230 KV) do local de geração até estações de rebaixamento de tensão, para evitar perdas no trajeto e possibilitar o rebaixamento de tensão para consumo. A distribuição consiste no transporte de energia das estações de rebaixamento até os consumidores finais. Por fim, a comercialização consiste na intermediação financeira das operações de compra e venda de energia elétrica no atacado. Em virtude de especificidades técnicas, elevados custos fixos e custos marginais mínimos, as atividades de transmissão e distribuição de energia têm características típicas de monopólios naturais.

distribuidoras nos quais seriam identificadas quantidades a serem supridas, bem como preços e regras de intercâmbio. Outro marco da reforma foi a edição da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, que criou as figuras do Produtor Independente de Energia (PIE) e do consumidor livre. O primeiro atua na atividade de geração com intuito puramente comercial, sem se submeter ao regime de serviço público, e pode vender sua energia a consumidores livres, definidos como todos aqueles que atinjam determinados patamares de consumo ou carga.<sup>2</sup> A fim de estimular a concorrência na geração de energia elétrica, a Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, permitiu às distribuidoras escolher os geradores com os quais contratar e negociar livremente os preços de suprimento.

Aquele período foi marcado por profundas transformações institucionais, dentre as quais se destacam a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), do Operador Nacional do Sistema (ONS) e do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE). À primeira competia, como órgão regulador, regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de eletricidade. Já o ONS foi incumbido de coordenar e controlar a operação de geração e transmissão de energia, passando a executar o chamado despacho centralizado do Sistema Interligado Nacional (SIN), pelo qual se determina que geradores produzirão energia a cada momento e para onde esta deverá fluir. Por fim, o MAE foi criado para intermediar as operações de compra e venda de energia elétrica tanto entre geradores e distribuidoras quanto entre PIE e consumidores livres. Funcionava principalmente como um mercado de curto prazo ou *spot*, no qual distribuidoras e geradores compensavam os déficits ou superávits de energia elétrica em relação à previsão dos contratos bilaterais – que ocorriam por força do sistema de despacho centralizado – a um preço correspondente ao custo marginal do sistema.

A gravíssima crise de suprimento que se abateu sobre o País em 2001 tornou evidente a necessidade não apenas de introduzir mudanças ainda mais profundas no ambiente de competição entre geradores e nas regras de comercialização de energia, mas também de diversificar a matriz elétrica brasileira. Diante do famigerado “apagão”, o governo federal concluiu que a garantia de estabilidade no fornecimento de energia aos consumidores finais dependia essencialmente da redução da exposição do setor elétrico a ciclos

<sup>2</sup> A categoria dos consumidores livres está prevista nos artigos 15 e 16 da Lei 9.074/1995 e abrange os consumidores cuja demanda contratada totalize no mínimo 3 MW e tensão mínima de suprimento de 69 KW.

hidrológicos desfavoráveis. Para isso era preciso estimular a utilização de fontes alternativas de energia, como pequenas centrais hidrelétricas (PCH) e usinas eólicas,<sup>3</sup> e, principalmente, aumentar a participação da geração térmica na matriz elétrica nacional.

Para viabilizar a construção e a operação de usinas termelétricas e garantir a modicidade tarifária, a segurança do suprimento e a alocação ideal de riscos hidrológicos, as Leis 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004, e o Decreto 5.163, de 30 de julho do mesmo ano, deram início à implantação do que se convencionou denominar *novo modelo do setor elétrico*, erguido sobre dois pilares: a operação integrada de uma matriz hidrotérmica e a contratação predominante de energia em ambiente regulado.

### 3. As bases do novo modelo do setor elétrico

#### 3.1 Operação da matriz hidrotérmica

A hidrografia brasileira privilegiada induziu naturalmente à formação de uma matriz elétrica essencialmente hídrica.<sup>4</sup> A expansão da atividade econômica e da demanda por eletricidade no País, entretanto, colocou em xeque a adequação dessa matriz. Apesar de as usinas hidrelétricas permitirem a armazenagem de energia em seus reservatórios para uso futuro, sua energia natural afluyente (ENA), isto é, a quantidade de eletricidade que pode ser gerada pelo parque com a água que chega às centrais, está sujeita a fortes variações sazonais que tendem a causar problemas de abastecimento.

<sup>3</sup> Dentre tais mudanças destaca-se a instituição do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa) pela Lei 10.438, de 26 de abril de 2002, regulamentada pelo Decreto 5.025, de 30 de março de 2004. O Proinfa pretendia ampliar a matriz energética brasileira para evitar o deplecionamento dos reservatórios das usinas hidrelétricas e diminuir a possibilidade de ocorrência de uma nova crise, pelo aumento da participação de empreendimentos concebidos com base em fonte eólica, biomassa e PCH no SIN.

<sup>4</sup> Predominam atualmente no País as usinas de fonte hidráulica, o que se justifica pela alta capacidade de utilização dos nossos afluentes, aliada à escassez de combustíveis e ao custo de sua utilização. Dos empreendimentos de geração atualmente em operação, a matriz hidrelétrica perfaz 71%; o gás aproximadamente 10,4%; o óleo diesel e residual 4%; a biomassa 3,6%; a energia nuclear 1,9%; o carvão mineral 1,3%; e a energia eólica aproximadamente 0,2%. Fonte: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>>.

A crise de 2001 permitiu extrair lições importantes sobre o funcionamento do sistema elétrico brasileiro. Em primeiro lugar, esclareceu que muitos consumidores podem modificar seus hábitos de consumo caso recebam sinal claro quanto ao custo de oportunidade de seu suprimento elétrico. Além disso, mostrou que a interligação dos subsistemas regionais criou vulnerabilidades nos períodos de escassez de chuvas, principalmente quando são afetadas as regiões Sudeste e Centro-Oeste, onde se concentra a capacidade de armazenagem de energia do sistema elétrico.

Aquela experiência também evidenciou que o País carecia de um parque térmico adequado para suprir a demanda em períodos de estiagem. Essa alternativa – perseguida desde o final da década de 1990 com o Programa Emergencial de Termelétricas, posteriormente ampliado e designado Plano Prioritário de Termelétricas – era vital para evitar novo colapso do abastecimento, na medida em que o combustível utilizado nas centrais térmicas opera como um reservatório adicional àquele das hidrelétricas,<sup>5</sup> permitindo a geração de energia em períodos de ENA desfavorável. Desse modo, as centrais termelétricas consolidaram-se como a melhor opção para dotar o sistema da necessária confiabilidade de suprimento.

A crise demonstrou, sobretudo, que o modelo regulatório em vigor era absolutamente inadequado para promover a expansão do parque térmico.<sup>6</sup> Até aquele momento, as centrais termelétricas podiam optar entre funcionar como reservatórios das hidrelétricas, sujeitando-se ao despacho do ONS, ou declarar sua inflexibilidade, situação em que funcionavam continuamente e abdicavam da possibilidade de reduzir seus custos operacionais mediante aquisição da energia secundária das hidrelétricas no mercado *spot* para honrar seus contratos de fornecimento.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> A definição da proporção ideal entre os dois tipos de reservatório sob o ponto de vista econômico depende não apenas dos custos diretos incorridos na construção e operação de centrais hidrelétricas e termelétricas, mas também do modelo adotado na gestão de incertezas quanto à ENA e às condições de suprimento de combustíveis. Sobre essa questão, ver: OLIVEIRA, Adilson de. Mercado elétrico: centralizar a gestão de riscos? *Regulação e concorrência no Brasil – governança, incentivos e eficiência*. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, 2007, p. 227.

<sup>6</sup> Ver OLIVEIRA, Adilson de, op. cit., p. 239.

<sup>7</sup> De acordo com o modelo criado no início da década de 1990, no momento da outorga da concessão às centrais hidrelétricas estas recebiam certificados com uma quantidade de energia assegurada com base em sua potência instalada. Somente a energia assegurada podia ser oferecida nos contratos de longo prazo livremente negociados

Como os investidores privados optaram em sua maioria pela inflexibilidade, deixou-se de gerar grande quantidade de energia hidrelétrica secundária no sistema para consumir gás natural para a geração térmica, em clara demonstração de ineficiência alocativa. Como se não bastasse, aquele modelo produziu prejuízo ainda maior: a quebra da confiabilidade de suprimento nos períodos de estiagem em virtude do número insuficiente de centrais termelétricas flexíveis.

Os problemas aqui sintetizados revelaram a necessidade premente de instituir regras que permitissem estruturar a gestão combinada dos reservatórios das hidrelétricas com os reservatórios de gás natural e centralizar a administração do risco hidrológico nas mãos do governo federal. Para atingir tais objetivos, o novo modelo do setor elétrico precisava de um arcabouço regulatório que viabilizasse a integração das matrizes hídrica e térmica em uma estrutura coesa de geração, com efetiva substituíbilidade entre suas usinas.

Esse arcabouço foi criado com a reestruturação do mercado mediante a comercialização de energia elétrica em leilões, a estipulação de contratos diferenciados para hidrelétricas e termelétricas e a sujeição das centrais térmicas com potência líquida disponibilizada para o SIN superior a 30 MW ao sistema de despacho centralizado, como será detalhado a seguir.

### *3.2 Contratação de energia em ambiente regulado*

Com o intuito de estabelecer regras claras, estáveis e transparentes para estimular os investimentos privados na atividade de geração, o novo modelo do setor elétrico instituiu dois ambientes de contratação: o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR). No primeiro comercializa-se a energia elétrica destinada às concessionárias de distribuição; no segundo, aquela destinada a suprir a demanda dos consumidores livres.

Em ACR as operações de compra e venda entre geradores e distribuidoras são efetuadas mediante licitação na modalidade leilão, tanto para novos empreendimentos como para empreendimentos existentes. Os leilões de energia são promovidos de acordo com regras emanadas pelo Ministério das

---

com os consumidores. A energia extra ou secundária podia ser comercializada apenas no mercado de curto prazo, cujos preços eram ditados por modelos computacionais desenvolvidos pelo ONS.

Minas e Energia (MME) e pela Aneel ou, por delegação desta, pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) – órgão que substituiu o MAE na estrutura institucional do novo modelo.

Os leilões de energia proveniente de novos empreendimentos obedecem a várias etapas.<sup>8</sup> Em primeiro lugar, os empreendedores privados que desejarem atuar na geração de energia elétrica apresentam projetos de usinas à Empresa de Pesquisa Energética (EPE), cuja competência abrange principalmente a elaboração de estudos sobre a matriz energética e o aproveitamento dos recursos hidráulicos, o desenvolvimento de planos de expansão de geração e transmissão de energia e a elaboração de estudos de impacto ambiental e social de novos empreendimentos.<sup>9</sup>

Paralelamente, as distribuidoras declaram ao MME sua necessidade de compra de energia para atendimento do respectivo mercado no prazo de um, três ou cinco anos. Com base nessas declarações, o MME define qual o mercado total a ser suprido pelos leilões.<sup>10</sup> O MME define também, com base nos estudos promovidos pela EPE, o preço-teto de cada produto que será leiloado, entendido este termo como energia proveniente de matriz hídrica (usinas hidrelétricas e PCH) e outras fontes (usinas termelétricas e eolioelétricas). Uma vez estipulados preço e demanda, a EPE divulga quais dos projetos analisados estão habilitados tecnicamente a participar do leilão.

Na etapa seguinte, os geradores-vendedores habilitados e as distribuidoras-compradoras inscrevem-se para participar dos leilões. As últimas não participam *diretamente* dos certames, em que são representadas pela figura do leiloeiro. Sob essa estrutura de contratação as distribuidoras não podem optar pela energia proveniente de uma determinada fonte ou de uma usina específica, pois devem contratar uma parcela da quantidade total de energia

<sup>8</sup> Nos leilões de empreendimentos já existentes, os geradores fazem propostas de fornecimento de certa quantidade de energia a um preço determinado. A quantidade é definida pelo volume total demandado, e as propostas são ordenadas em ordem crescente de preço. Os geradores que apresentarem propostas inferiores ao ponto de corte, que define as tarifas competitivas, celebrarão contratos individuais, denominados Contrato de Comercialização de Energia em Ambiente Regulado, com todas as distribuidoras. A quantidade ofertada por cada gerador será distribuída proporcionalmente à demanda de cada distribuidora.

<sup>9</sup> Criada pelo Decreto 5.184, de 16 de agosto de 2004, que regulamentou a Lei 10.847, de 15 de março de 2004, e a Lei 10.848, de 15 de março de 2004.

<sup>10</sup> Essa informação é mantida em sigilo e não é divulgada antes da realização de cada certame.

ofertada por todos os geradores vencedores do leilão, na proporção de suas demandas declaradas.

Após a adjudicação do resultado do leilão – realizado sob a forma de leilão reverso, pelo qual se sagram vencedores aqueles geradores que ofertarem os preços mais baixos a partir do preço-teto fixado pelo MME –, os geradores recebem outorga de concessão ou autorização para explorar o empreendimento e celebram Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR) com cada uma das distribuidoras habilitadas.

Os CCEAR, que respondem por cerca de 75% da energia comercializada no Brasil atualmente, podem ser celebrados sob duas modalidades: por quantidade ou por disponibilidade de energia. Nos contratos por quantidade o agente vendedor assume os riscos hidrológicos, enquanto naqueles por disponibilidade o comprador é que assume os riscos hidrológicos e, com isso, pode adquirir o produto a um preço mais reduzido.

O volume de energia remanescente é comercializado em ACL, ambiente de contratação secundário no qual se estabelece a livre negociação e contratação bilateral entre os geradores, comercializadores, consumidores livres, importadores e exportadores de energia.

#### **4. Definição de mercado relevante de geração de energia sob o novo modelo do setor elétrico**

A definição de mercado relevante é uma ferramenta analítica essencial para o direito da concorrência.<sup>11</sup> Ao traçar as fronteiras dentro das quais se verifica a rivalidade entre empresas, essa definição permite identificar as pressões competitivas – fatores que limitam decisões estratégicas referentes a preço e quantidade produzida – a que estas estão submetidas e avaliar se existem condições para o exercício do poder de mercado. Em síntese, o exercício da definição de mercado relevante consiste em identificar as reais fontes alternativas de fornecimento para os clientes de uma empresa tanto em termos de produtos<sup>12</sup> quanto em termos de localização geográfica dos fornecedores.

---

<sup>11</sup> Na área antitruste o termo *mercado* tem acepção específica e distinta daquela utilizada em outros contextos. Emprega-se frequentemente esse termo em referência à área em que determinadas empresas vendem seus produtos ou, de modo geral, à indústria que integram.

<sup>12</sup> O termo aqui utilizado engloba produtos e também serviços.

#### 4.1 Dimensão produto

Quanto à chamada “dimensão produto” do mercado relevante, uma empresa sujeita-se a pressões competitivas decorrentes basicamente da percepção quanto à possibilidade de substituição de seus produtos sob a ótica da demanda e da oferta.

Sob a perspectiva econômica, a substituíbilidade sob a ótica da demanda constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito a decisões em matéria de preços. É possível identificar a gama de produtos considerados substituíveis pelo consumidor devido a suas características, preços e utilidades por meio da estimativa de qual seria a reação desse consumidor diante de um hipotético aumento, pequeno mas duradouro, do preço de um dado produto, em torno de 5 a 10%. Ou seja, se o consumidor do produto A passasse a comprar o produto B diante de um aumento de 5% no preço de A, ambos os produtos devem ser vistos como parte de um mesmo mercado relevante.

A substituíbilidade sob a ótica da oferta também pode ser levada em consideração na definição de mercado relevante, especialmente quando seus efeitos equivalem, em termos de eficácia, aos da substituíbilidade sob a ótica da demanda. Isso requer que, em resposta a um aumento pequeno mas duradouro de preço do produto A, os fabricantes do produto B possam passar a produzi-lo e comercializá-lo a curto prazo sem incorrer em custos adicionais significativos. Nesse caso, os produtos A e B também devem ser incluídos em um único mercado relevante.

Sempre que preenchidas tais condições, a produção adicional colocada no mercado terá um efeito disciplinar sobre o comportamento concorrencial da empresa objeto de análise. Normalmente, isso ocorre quando as empresas comercializam uma vasta gama de qualidades ou tipos de um mesmo produto – por exemplo, papéis de diferentes tamanhos, cortes ou granulagens.<sup>13</sup> No entanto, quando a substituíbilidade do lado da oferta implicar a necessidade de adaptação significativa dos ativos produtivos existentes, a realização de

<sup>13</sup> Mesmo se, para um determinado cliente final ou grupo de consumidores, as diferentes qualidades não forem substituíveis, essas diferentes qualidades serão reunidas no âmbito de um único mercado do produto, desde que a maioria dos fornecedores esteja em condições de oferecer e vender as diversas qualidades de imediato e na ausência de qualquer aumento significativo de custos.

investimentos adicionais ou alterações nas decisões estratégicas, não deverá ser considerada para a definição de mercado relevante.<sup>14</sup>

#### 4.2 Dimensão geográfica

Já a delimitação da dimensão geográfica do mercado relevante requer a identificação da área em que dada empresa fornece produtos em condições suficientemente homogêneas de concorrência. A questão que se coloca é saber se, em resposta a um hipotético aumento pequeno mas duradouro de preço, os clientes daquela empresa canalizariam rapidamente suas compras para fornecedores situados em outros locais. Se essa possibilidade for suficiente para tornar o aumento de preços não lucrativo devido à perda de vendas daí resultante, as áreas adicionais serão incluídas no mercado relevante.

Indícios importantes para extrair uma conclusão correta quanto à delimitação geográfica do mercado são, por exemplo, provas de que já se verificou deslocamento das compras para outras áreas no passado, características básicas da demanda<sup>15</sup> e opiniões dos consumidores e dos concorrentes da empresa em questão.

Para a correta definição de um mercado relevante é indispensável considerar os dados concretos do caso sob análise, notadamente o comportamento efetivo dos consumidores e as características do próprio sistema econômico em que o agente se encontra. Trata-se de um exercício que, de fato, não pode ser feito de forma abstrata e estática.<sup>16</sup>

#### 4.3 Análise crítica da nova definição adotada pelo SBDC

Considerando os pressupostos teóricos da definição de mercado relevante e a dinâmica do mercado de energia elétrica no Brasil ditada pela

---

<sup>14</sup> Cf. *Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of community competition law*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997Y1209\(01\)&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31997Y1209(01)&model=guichett).

<sup>15</sup> A natureza da procura do produto relevante pode, em si, determinar a dimensão do mercado geográfico. Fatores como, por exemplo, as preferências nacionais ou as preferências pelas marcas nacionais, a língua, a cultura e o estilo de vida, bem como a necessidade de presença local podem potencialmente limitar o âmbito geográfico da concorrência.

<sup>16</sup> Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18.

regulação, passa-se a analisar criticamente a definição de mercado relevante na atividade de geração de energia elétrica adotada recentemente pelos órgãos do SBDC.

O SBDC definia tradicionalmente o mercado relevante de geração de energia elétrica como o “processo de criação de eletricidade por intermédio do processamento, em usinas de geração, de diversas fontes de energia”. De acordo com esse entendimento, o mercado relevante de geração de energia era único e englobava todas as diferentes matrizes elétricas presentes no SIN.

No ano de 2007, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) começaram a promover estudos sobre o setor elétrico para avaliar a adequação daquela definição de mercado relevante. Na esteira da realização dos referidos estudos, as Secretarias propuseram nova definição em pareceres emitidos em atos de concentração, a qual foi seguida, total ou parcialmente, nos votos proferidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).<sup>17</sup>

Sob essa nova definição os órgãos do SBDC rechaçaram a unidade do mercado relevante de geração sob a ótica do produto, que foi segmentado segundo o ambiente em que se processa a comercialização de energia e as matrizes elétricas exploradas pelos agentes econômicos envolvidos nas operações. Sob a ótica geográfica, as Secretarias propuseram ainda que o mercado fosse segmentado de acordo com os subsistemas geográficos onde estão instaladas as centrais elétricas.

Tal definição, no entanto, é incompatível com a realidade econômica e com a lógica subjacente ao novo modelo do setor elétrico e, caso se consolide, tende a causar sérias distorções na análise concorrencial e até mesmo a desencorajar investimentos necessários e desejáveis na atividade de geração.

#### *4.4 Segmentação do mercado de geração*

No que tange à dimensão produto do mercado de geração, a nova definição ampara-se em (i) diferentes sistemáticas de aquisição de energia em ACR e ACL, (ii) peculiaridades dos processos produtivos das usinas hidre-

<sup>17</sup> Anova definição foi adotada, por exemplo: no Ato de Concentração 08012.011510/2007-60 (Requerentes: Águas Guariroba Ambiental Ltda. e Arembepe Energia S.A.); no Ato de Concentração 08012.011916/2007-42 (Requerentes: Delta Energética S/A e Carlos Weinschenck de Faria); e no Ato de Concentração 08012.002531/2007-94 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Brentech Energia S.A.).

létricas e termelétricas, (iii) diferentes modalidades de contratos decorrentes de leilões promovidos em ACR, e (iv) ausência de interação concorrencial entre as usinas de diferentes matrizes durante esses leilões, o que faz que o preço de um produto hidro não exerça pressão competitiva sobre o preço de um produto termo e vice-versa.

Tal entendimento é incompatível com a evidente substituibilidade, sob a ótica da demanda, da energia gerada a partir de matrizes distintas – ponto principal para a definição de mercado relevante – sob o novo marco regulatório, lastreado em uma matriz hidrotérmica integrada e na predominância da contratação de energia elétrica em leilões. Esses aspectos, aliados ao sistema de despacho centralizado, exigem o reconhecimento de um mercado único de geração de energia elétrica.

A primeira crítica à nova definição proposta pelo SBDC diz respeito à segmentação do mercado relevante de geração de energia por ambiente de contratação, dado o caráter restrito do ACL e a interdependência entre este e o ACR em termos de preços, quantidade ofertada e agentes participantes.

A comercialização em ambiente livre, que corresponde a apenas 25%, aproximadamente, da energia total comercializada no País, foi criada para atender as necessidades específicas dos chamados consumidores livres, que demandam volumes substanciais de energia elétrica e exigem maior flexibilidade na negociação de seus contratos.

Além de constituir mercado secundário, as condições de comercialização em ACL sujeitam-se à pressão competitiva do ACR, na medida em que a imposição de preços em muito superiores àqueles praticados no ambiente regulado afastaria o consumidor livre, que também pode, sob certas condições, contratar o fornecimento de energia junto às distribuidoras de energia elétrica. Ademais, eventual tentativa de exercício de poder de mercado em ACL tende a fracassar diante do perfil dos consumidores, compradores de grandes volumes de energia dotados de poder de barganha, o que lhes dá considerável influência na determinação das condições e preços dos contratos celebrados com os geradores. Decorre disso que a contratação de energia em ACL não deveria ser tratada como um mercado relevante distinto para fins de análise concorrencial.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Esse entendimento já foi adotado pelo CADE nos termos de voto proferido pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, que assim se manifestou: “Uma vez que o distribuidor é obrigado a comprar toda a energia que irá revender e, por outro lado, se compromete a fornecer energia a todos os consumidores em sua área de concessão,

A segunda crítica diz respeito à segmentação de mercado relevante por matriz de geração em ACR, cujos leilões não apenas tolhem o poder de decisão dos agentes econômicos sobre as próprias condições de oferta como limitam a possibilidade de escolha de distribuidoras e consumidores finais.

Sob as regras do novo modelo do setor elétrico, as distribuidoras passaram, como visto, a contratar toda sua energia por meio de leilões. Esses certames seguem as diretrizes fixadas pelo MME, que, com base em estudos promovidos pela EPE, determina previamente quantos lotes de cada matriz elétrica serão ofertados e os preços-teto para cada matriz. As usinas a serem construídas e contratadas são selecionadas de acordo com os critérios de habilitação para novos empreendimentos fixados pelos órgãos reguladores no edital de leilão. O procedimento demonstra claramente quão ampla e profunda é a regulação setorial, por meio da qual o governo determina a trajetória da expansão a ser executada pelos geradores em regime de competição *pele* mercado, e não *no* mercado.

As distribuidoras nem sequer participam diretamente dos leilões e não podem escolher a matriz geradora do produto que será adquirido. Todos os geradores vencedores, independentemente da matriz, venderão energia a todas as distribuidoras na proporção dos montantes ofertados por aqueles e dos declarados por estas como necessidades de compra. Aos consumidores finais, obviamente, tampouco cabe escolher a procedência da energia que lhes será suprida.

O fato de hidrelétricas e termelétricas estarem sujeitas a diferentes modalidades contratuais não configura qualquer restrição à competição entre as matrizes e, portanto, não constitui justificativa válida para segmentação do mercado. Ao contrário, a adoção da modalidade de contratação por disponibilidade para as termelétricas e por quantidade para as hidrelétricas visa justamente garantir a concorrência efetiva entre as matrizes.

O contrato por disponibilidade impõe a transferência dos riscos hidrológicos de despacho de usinas térmicas às distribuidoras de energia. Desse

---

o preço no ACL tende a não divergir substancialmente do preço da energia no ACR. Isso ocorre porque, se o preço em ACL subir, o consumidor livre pode optar pelo fornecimento via distribuidora, resguardado o prazo mínimo de migração da compra livre de energia para a compra via distribuição. Portanto, também não se justifica uma distinção tão profunda entre ACL e ACR a ponto de considerá-los mercados distintos.” (Cf. Ato de Concentração 08012.007852/2007-85; Requerentes: Petrobras e Companhia Energética Petrolina).

modo, o gerador é pago independentemente da energia que venha a ser usada pela distribuidora, dado que isso depende da decisão de despacho do ONS. Assim, seu risco hidrológico é suportado pela distribuidora, que deverá arcar com o custo variável com combustível da usina. Desonerada de tais custos, sem correspondência nas hidrelétricas, as usinas termelétricas tornam-se aptas a competir paritariamente com aquelas nos leilões de energia em ACR.<sup>19</sup>

Esse sistema de contratação engenhoso depõe, uma vez mais, a favor da unificação, para fins de análise concorrencial, do mercado de geração de energia elétrica. De fato, a regulação setorial criou mecanismos jurídicos aptos a neutralizar as diferenças de custos operacionais das usinas termelétricas em face das hidrelétricas, com o claro propósito de garantir a substituíbilidade entre tais matrizes geradoras.

Além disso, a regulação impõe o descasamento entre a operação comercial e a operação física das usinas hidrelétricas e térmicas no âmbito do SIN. A operação física é determinada pelo despacho do ONS, conduzido com base em estudos de planejamento do comportamento do sistema que levam em consideração os níveis dos reservatórios, as tendências hidrológicas, o custo de operação das usinas térmicas lastreado nos preços dos combustíveis utilizados e o custo do déficit pelo não atendimento da demanda, ou seja, custo social da interrupção no fornecimento de energia.

Dessa forma, é o ONS que determina – adotando o critério de custo mínimo global de geração e considerando os custos individuais de comercialização – quais usinas hidrelétricas e térmicas vão gerar energia em determinado momento para atender à demanda. O proprietário de uma usina sujeita a despacho centralizado, portanto, não tem controle sobre sua produção, de modo que a energia contratada mediante celebração do CCEAR não equivale necessariamente à energia de fato gerada no sistema.

A operacionalização do despacho centralizado baseia-se justamente na substituíbilidade entre as matrizes: havendo restrições à geração por hidrelétricas, o suprimento de energia é assegurado pelas usinas termelétricas. Exemplo disso ocorreu nos primeiros meses de 2008, quando, devido ao

---

<sup>19</sup> O contrato por quantidade não dispõe de um sistema de gerenciamento dos custos variáveis das termelétricas homólogo ao disciplinado pelo contrato por disponibilidade. Logo, caso as termelétricas fossem contratadas nessa modalidade, tenderiam a considerar o pior cenário possível (i.e., a ausência de capacidade financeira para arcar com os custos de operação), o que as levaria a praticar preços altos e pouco competitivos comparativamente aos das hidrelétricas.

reduzido volume de chuvas, os reservatórios chegaram perto do nível de risco, e várias térmicas foram despachadas para substituir as hidrelétricas na geração de energia.

#### 4.5 Segmentação do SIN

Quanto à dimensão geográfica, a SEAE e a SDE entenderam necessário segmentar o mercado em regiões, diante da existência de restrições técnicas para a transmissão entre os subsistemas.<sup>20</sup> Tal entendimento, contudo, também não pode prevalecer diante da incontestável realidade econômica do setor elétrico, como o CADE já reconheceu acertadamente em alguns casos.<sup>21</sup>

De fato, além de exigir e justificar a definição de mercado relevante único para todas as matrizes geradoras, a sistemática de aquisição de energia nos leilões em ACR e o sistema de despacho centralizado também pressupõem que a dimensão geográfica do mercado de geração de energia elétrica corresponda ao SIN. Afinal, a energia gerada em um dado subsistema não necessariamente será contratada por uma distribuidora daquele mesmo subsistema. Considerando que todas as distribuidoras habilitadas contratam com todos os geradores vencedores, distribuidoras e geradores localizados em subsistemas distintos compram e vendem energia entre si regularmente.

Na verdade, pouco importa a origem da energia adquirida e o destino da energia gerada, pois os leilões de energia e despacho centralizado viabilizam seu fornecimento para todo o SIN. Justamente para assegurar a confiabilidade do suprimento em todas as regiões interligadas do território nacional<sup>22</sup> realizaram-se vultosos investimentos nos sistemas de transmissão.

<sup>20</sup> Ver, por exemplo: Ato de Concentração 08012.007852/2007-85 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Cia. Energética de Petrolina) e Ato de Concentração 08012.00251/2008-22 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Termocabo S.A.).

<sup>21</sup> Ver, por exemplo, Ato de Concentração 08012.007852/2007-85 e Ato de Concentração 08012.002534/2007-28 (Requerentes: Petrobras Distribuidora S.A. e Brasil PCH S.A.).

<sup>22</sup> Ainda há sistemas isolados na região Norte do Brasil. No entanto, a Aneel já licitou as linhas de transmissão – denominadas em conjunto “Linhão Tucuruí-Manaus-Macapá” – que interligarão em breve os principais sistemas isolados da região Norte ao SIN. A estimativa é de que parte das novas linhas de transmissão começaria a ser explorada em 2009 e as demais até 2011. Além disso, o MME criou o Grupo de Trabalho do Sistema Elétrico de Manaus – GTSEM, competente para propor

Hoje há grandes troncos através dos quais fluem blocos de energia gerados em subsistemas distintos, o que possibilita inversões de fluxo para fazer que áreas deficitárias recebam energia de áreas superavitárias.

O quadro a seguir confirma esse entendimento ao demonstrar que 70 a 90% da energia consumida nos subsistemas Norte, Nordeste e Sul provém de subsistemas diversos.<sup>23</sup>

### Compra de Energia Elétrica entre Submercados (2007)

Submercado comprador	Energia comprada fora do submercado (GW)	Energia comprada fora do submercado (%)	Energia comprada no submercado (GW)	Energia comprada no submercado (%)
Nordeste	27.626,552	77,98	7.803,297	22,02
Norte	10.456,496	88,97	1.296,766	11,03
Sudeste	32.291,030	43,05	42.725,413	56,95
Sul	18.546,532	87,10	2.747,955	12,90

Considerando que as distribuidoras podem contratar com geradores localizados em quaisquer subsistemas, e a energia pode ser consumida em um subsistema distinto daquele em que foi gerada, apesar de alguns gargalos ainda existentes nos sistemas de transmissão todos os subsistemas regionais formam um único mercado relevante, cuja dimensão geográfica é equivalente ao SIN.

## 5. Conclusão

Este texto foi movido pela necessidade de avaliar a adequação da nova definição de mercado relevante no setor de geração de energia elétrica adotada pelo SBDC à luz da regulação setorial.

---

e monitorar ações e medidas nesse sistema, de forma a garantir o suprimento de energia e a sua interconexão com o SIN. Por fim, até o final de 2009 o governo deve publicar medida provisória que disciplinará regras de transição para adaptar os contratos de suprimento de energia celebrados com distribuidoras nos sistemas isolados aos contratos firmados em ACR.

<sup>23</sup> Quadro elaborado pelo gabinete do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo a partir de dados extraídos dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado de 2007. O quadro está disponível no voto proferido no Ato de Concentração 08012.007852/2007-85 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Companhia Energética Petrolina).

Ao cabo desse esforço, parece-nos inadequado segmentar o mercado relevante de geração por matrizes elétricas e subsistemas geográficos regionais. Em síntese, a separação de produtos por matriz nos leilões de comercialização corresponde a uma segmentação artificial, promovida para viabilizar políticas públicas setoriais baseadas justamente no funcionamento de um parque gerador integrado, com efetiva substituíbilidade entre as fontes hídrica e térmica. Além disso, a definição de dimensão geográfica que não equivalha ao SIN seria também equivocada, pois a regulação exige que distribuidoras e geradores localizados em subsistemas distintos comprem e vendam energia entre si, o que de fato ocorre regularmente.

Espera-se que as autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência não se furtem a rever posições já adotadas em um futuro próximo, e empreendam esforços para assegurar a necessária coerência entre análise concorrencial e regulação setorial.



# DEZ ANOS DA NOVA LEI DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ARGENTINA

*Miguel del Pino\**

## 1. Introdução

A lei argentina de defesa da concorrência foi aprovada pelo Congresso no final de setembro de 1999. Dez anos se passaram, e a atividade da Comissão da Defesa da Concorrência tem sido muito intensa.

O objetivo deste breve relato é demonstrar a atuação dessa Comissão por meio de dados estatísticos em casos de condutas e análises de concentrações econômicas.

A Lei 25.156 dispôs sobre a criação de um Tribunal independente da Defesa da Concorrência, o qual nunca foi constituído, e assinalou que a comissão anterior fosse transitoriamente o órgão de análise. Passados dez anos, os dados estatísticos apresentados são sobre a atuação da Comissão.

## 2. Análise de casos por condutas anticompetitivas

Entre 1999 e 2008 a Comissão resolveu um total de 194 casos. Estes são os casos resolvidos, mas a Comissão ainda está analisando muitos outros que até a atualidade não foram decididos.

Desses 194 casos, 21 receberam sanções. O quadro abaixo apresenta a informação anual dos últimos dez anos.

Análise de Casos de Condutas							
	Compromisso	Arquivo	Aceitação de explicações	Não aceitações	Envio a outros órgãos	Sanções	Total
1999*	1		9	4		3	17
2000*	1		7	5		2	15
2001*			8	9		3	20
2002*	2	1	12	16		2	33
2003*	1	1	9	7		2	20
2004*	2	4	10	13		0	29
2005*	2	12	17	15	1	5	52
2006*		3		2	1	2	8
2007	1	6	3	1		0	11
2008		5	4		3	2	14
Total	10	32	79	72	5	21	194
Porcentagem	5,2%	16,5%	40,7%	37,1%	2,6%	10,8%	100,0%

\* Segundo Relatórios da CNDC disponíveis na sua página web.

\* Advogado, sócio do Escritório Marval, O'Farrell & Mairal, Buenos Aires, Argentina.

O total das quantias impostas foi de \$ 495.018.481 (pesos argentinos), aproximadamente R\$ 236.850.947 (valor de câmbio calculado com base na taxa do dia 04.09.2009).

As multas mais importantes foram impostas em 1999 no caso *YPF* sobre Gás líquido de Petróleo por um total de \$ 109.784.000 e em 2005 nos casos de cartel no mercado de cimento e oxigênio líquido (\$ 309.200.000 e \$ 70.300.000, respectivamente).

Com referência aos casos de cartéis, estes marcaram um ponto de inflexão, já que o poder político descobriu a ferramenta da defesa da concorrência para lutar contra a inflação. No final de 2005, a Comissão iniciou mais de dez investigações de mercado por possíveis práticas de cartéis que foram solicitados pela Secretaria de Comércio Interior, o órgão encarregado do controle da inflação.

### 3. Análise de concentrações econômicas

A análise de concentrações econômicas variou durante o período de dez anos porque inicialmente a Lei 25.156 previa patamares de volume de negócios muito amplos, que foram reduzidos em abril de 2001. Entre setembro de 1999 e abril de 2001 a Comissão analisou 180 casos, e entre maio de 2001 e dezembro de 2001 resolveu somente 43.

Durante os dez anos analisou um total de 511 casos, dos quais aprovou 478, colocou sob condições 28 casos e não aprovou 5.

O quadro a seguir mostra a evolução durante esses dez anos.

<b>Concentrações Econômicas</b>				
	<b>Aprovados</b>	<b>Sob condições</b>	<b>Não aprovados</b>	<b>Total</b>
<b>Set 99-Mar 01*</b>	173	6	1	180
<b>Abr 01-Dez 01*</b>	40	3		43
<b>2002*</b>	24	1	1	26
<b>2003*</b>	33	4	1	38
<b>2004*</b>	41	4		45
<b>2005*</b>	44	2		46
<b>2006*</b>	56	3		59
<b>2007</b>	34		2	36
<b>2008</b>	33	5		38
<b>Total</b>	478	28	5	511
<b>Porcentagem</b>	93.5%	5.5%	1.0%	100.0%

*\* Segundo Relatórios da CNDC disponíveis na sua página web.*

Com respeito aos cinco casos não aprovados, três foram diretamente negados (*Correo Argentino/OCA*, *Esmeralda TV Venado Tuerto* e *YPF/Dapsa*) por constituírem uma excessiva participação no mercado. Dos dois restantes, o primeiro foi o caso *Aeropuertos Argentina/Lapa*, em que a Comissão considerou que a integração vertical entre o principal administrador dos aeroportos e a terceira linha aérea argentina (*Lapa*) prejudicava a concorrência. A decisão foi tomada um ano após o fechamento da transação e por isso a forma da não aprovação foi aprovar a transação sob condição de vender a *Lapa* em um prazo de 60 dias. Portanto, é considerada uma transação não aprovada.

O segundo dos restantes foi o caso *Petrobras/Pecom*, em que a Comissão não aceitou o candidato trazido pela *Petrobras* para adquirir sua participação na *Transener*. Quando a *Petrobras* adquiriu a *Pecom*, aceitou a condição de vender sua participação na *Transener* (o principal transmissor de energia da Argentina). A *Petrobras* ofereceu o fundo de investimento *Eaton Park* como candidato, e a Comissão não aceitou.

Com respeito a transações sob condições, a Comissão tende a impor soluções estruturais ao contrário de soluções de condutas. Num total de 28 transações sujeitas a condições, 69% foram resolvidas de forma estrutural por meio da venda de ativos que comprometiam questões de concorrência.

A transação mais importante que esteve sujeita a uma condição de condutas foi a aquisição da *Cablevisión* pelo *Grupo Clarín* por meio da *Multicanal*. A transação implicou a obtenção de mais de 80% do mercado de TV a cabo na cidade de Buenos Aires. Determinou-se que tal transação ficasse condicionada ao cumprimento de certas obrigações de não restringir alguns serviços.

A Lei 25.156 prevê uma sanção por apresentação tardia. Em 2002 a Comissão começou a multar.

A quantia total dessas multas durante esses dez anos foi de \$ 2.049.000, ou R\$ 980.382 (valor de câmbio calculado com base na taxa do dia 04.09.2009).

#### **4. Demora na análise**

Nestes dez anos a Comissão foi gradativamente aumentando a demora, como demonstra o quadro a seguir:

<b>Demora na análise</b>		
<b>Anos 2005 a 2007</b>		
	<b>Condutas</b>	<b>Concentrações</b>
<b>Máximo</b>	77 Meses (2 casos)	48 Meses (1 caso)
<b>Máximo (média)</b>	42/72 Meses (11 casos)	10/16 Meses (11 casos)
<b>Mínimo</b>	2 Meses (1 caso)	2 Meses (13 casos)
<b>Média 2005/2007</b>	27 Meses	6 Meses
<b>Ano 2008</b>		
	<b>Condutas</b>	<b>Concentrações</b>
<b>Máximo</b>	97 Meses (1 caso)	57 Meses (1 caso)
<b>Máximo (média)</b>	72/96 Meses (4 casos)	11/57 Meses (11 casos)
<b>Mínimo</b>	11 Meses (1 caso)	2 Meses (1 caso)
<b>Média 2008</b>	56.40 Meses	10.20 Meses

## 5. Conclusão

Previamente à sanção da Lei 25.156, a Comissão não tinha relevância. Após a aprovação da nova lei, a Comissão começou a ser muito requerida por questões de concentrações econômicas. Devido a isso, sua estrutura precisou ser ampliada.

Nesses dez anos, a Comissão esteve mais dedicada a resolver casos de concentrações econômicas do que casos de condutas, porque tinha prazo para resolver as primeiras.

A atual longa demora de análise é muito preocupante. Os casos de concentrações econômicas que deveriam ser resolvidos em 45 dias estão levando em média 10,2 meses.

Há ainda muitas questões por resolver. Entre elas estão a constituição do *Tribunal Nacional de Defensa de La Competencia*, a incorporação de mecanismos de leniência no controle de cartéis, a definição da *Cámara de Apelaciones* (Tribunal de Recursos) para os casos da cidade de Buenos Aires, e a instituição de carreira para profissionais da Comissão.

# DETERMINANTES DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA EUROPEIA: LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DIREITO CONCORRENCIAL COMUNITÁRIO

*José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho\**

**Abstract:** I argument that goals of political integration have played a key role in the creation of the European Community, and that free movements of goods and community competition law are complementary economic drives toward integration of Europe in one single market. European history offers two interesting lessons: (i) full integration required additional instruments to plain and simple trade liberalization, including common rules on other aspects of economic life, such as a community competition law; (ii) the effective construction of a single market involved an active role of a permanent and coactive controversy solution authority.

**Key-words:** Competition law. Regional economic integration. Free movement of goods. European Union.

**Resumo:** Argumento que objetivos de integração política exerceram um papel relevante no processo de criação das Comunidade Europeia, e que a liberdade de circulação de mercadorias e o direito concorrencial comunitário são determinantes econômicos complementares destinados à integração da Europa em um mercado único. A história europeia oferece duas lições interessantes: (i) a integração plena exigiu instrumentos adicionais à simples liberação comercial, incluindo regras comuns sobre outros aspectos da vida econômica, em especial regras comuns sobre outros aspectos da vida econômica, como o direito concorrencial comunitário; e (ii) a construção efetiva de um mercado único envolveu o papel ativo de um órgão de solução de controvérsias com funcionamento permanente e decisões coercitivas.

**Palavras-chave:** Defesa da concorrência. Integração econômica regional. Livre circulação de mercadorias. União Europeia.

---

\* Advogado e economista. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP e em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da FGV. Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Email: prado@gvmail.br.

## 1. Integração econômica, suas formas e outros objetivos

A integração econômica regional pode assumir diversas formas, a depender do nível de integração que se pretende entre os participantes.

Em um primeiro nível, temos as *Zonas de Livre Comércio*, onde se procura eliminar as tarifas e restrições quantitativas entre os membros, mas cada um retém uma política própria em matéria de imposição de tarifas aduaneiras em face de terceiros Estados.

Em um segundo nível, pode ser estabelecida uma *União Aduaneira*, onde se busca não somente a eliminação de barreiras à circulação de mercadorias entre os países envolvidos, mas também o estabelecimento de uma tarifa externa comum em relação aos demais Estados.

Em um terceiro nível de integração, estabelece-se um *Mercado Comum*, onde são eliminadas todas as restrições à circulação de mercadorias finais e de fatores de produção, garantindo a plena circulação econômica dentro do bloco regional. Por fim, em um quarto nível, pode ser estabelecida uma *União Econômica*, onde se estabelece um mercado comum e também se coordenam políticas econômicas em outros domínios (e.g., política monetária, fiscal, concorrencial e industrial).<sup>1</sup>

Para além de aspectos estritamente econômicos, os redatores do Tratado de Roma esperavam que trazer todos os países europeus para uma atividade econômica conjunta pudesse também trazer uma união política entre eles. Acreditava-se que a remoção dos obstáculos que impediam o livre fluxo do comércio e o estabelecimento de um grande mercado resultaria em: (i) competição mais efetiva, (ii) criação de empresas maiores e mais bem equipadas, (iii) melhora dos padrões de vida de todos os Estados-membros, o que poderia incentivar laços políticos mais próximos.<sup>2</sup>

Importante lembrar que a iniciativa de integração europeia surge após a destruição da Segunda Guerra Mundial, em uma tentativa de impedir um novo conflito.<sup>3</sup> O Tratado de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA), visava justamente a controlar o comércio e a

<sup>1</sup> Bela Ballassa, *The theory of economic integration*, Homewood, Illinois: R. D. Irwin, 1961.

<sup>2</sup> H. Smith e P. Herzog, *The law of the European Economic Community*, v. 1, p. 2-1, 2-836 e 2-7.

<sup>3</sup> Odete Maria de Oliveira, *União Européia: processo de integração e mutação*, Curitiba, Juruá, 1999, p. 87-88.

circulação dos insumos necessários para a construção de armamentos. Um impulso importante foi dado pelo Plano Marshall, cujos recursos tinham que ser distribuídos e administrados em conjunto por todos os países europeus – o que ocorria por meio da Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), posteriormente Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>4</sup>

A noção de *mercado comum* – como originalmente era o caso da integração regional europeia – se exprime no conceito de *mercado interno único*. Daí por que a abolição de entraves à livre circulação econômica em toda a extensão comunitária é um pressuposto do processo de integração.<sup>5</sup> O esforço europeu de supressão de entraves à constituição de um mercado único foi cristalizado em algumas fórmulas genéricas de princípios, as chamadas *liberdades fundamentais de circulação*. Paulo Borba Casella chega a dizer que tais liberdades são “indissociavelmente ligadas às estruturas conceituais do direito comunitário”, o que nos transmite uma boa ideia da sua importância.<sup>6</sup>

Foram previstas no Tratado de Roma quatro liberdades fundamentais de circulação: (i) de mercadorias; (ii) de pessoas; (iii) de serviços; e (iv) de capitais. Referidas liberdades são extensa e detalhadamente previstas, destaque que se deve à importância dessas normas de implementação na iniciativa de suprimir os entraves efetivos à construção do mercado comum e de criar um maior grau de coesão entre as economias nacionais.<sup>7</sup> O Tratado de Roma ainda contém disposições específicas sobre a circulação de produtos agrícolas (arts. 32-37), dada a forte presença dos Estados-membros nessa atividade, e sobre os transportes (arts. 70-80), não somente para a formação de um mercado comunitário de transportes mas também devido à importância desse setor como fator de maior integração.

A construção efetiva de um ambiente de livre circulação de mercadorias ainda envolveu um papel ativo do Tribunal de Justiça, especialmente na

<sup>4</sup> Idem, op. cit., p. 88-89.

<sup>5</sup> John Usher, The consequences of the notion of a single market, *Legal Issues of European Integration*, p. 39-52, 1977, e idem, The single market and goods imported from third countries, *Yearbook of European Law 1986*, Oxford University, 1987, p. 159-182.

<sup>6</sup> Paulo Borba Casella, *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1994, p. 331.

<sup>7</sup> Idem, op. cit., p. 327, 328-330.

definição de medidas de efeitos equivalentes e na interpretação das restrições à livre circulação. A integração plena das economias europeias exigiu instrumentos que fossem além da simples liberação comercial, passando por instituições que atingissem também outros aspectos da vida econômica, em especial com a criação de um direito concorrencial comunitário capaz de uniformizar as condições de atuação em todo o mercado comum.

## **2. Livre circulação de mercadorias como determinante econômico primário do mercado comum**

A liberdade de circulação de mercadorias é prevista no Tratado de Roma em diversos subtópicos: (i) embasamento geral e princípios regentes (arts. 3.a, 3.c, 23 e 24); (ii) eliminação das barreiras alfandegárias e estabelecimento de uma pauta aduaneira comum (arts. 25-27); (iii) eliminação de barreiras quantitativas e suas exceções, por razões de ordem pública interna e monopólios estatais de caráter comercial (arts. 28-31).<sup>8</sup>

Do ponto de vista programático, o art. 3(a) estabelece uma proibição genérica de direito aduaneiros e restrições quantitativas, bem como de qualquer medida de efeito equivalente; o art. 3(c) repete a exigência de um mercado interno único e livre. Mais adiante, o art. 23(1) esclarece que a Comunidade Europeia assenta-se sobre “uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias” entre os Estados-membros, assim como na adoção de uma “pauta aduaneira comum” nas suas relações com terceiros.<sup>9</sup> O art. 23(2) estabelece que as disposições sobre livre circulação são aplicáveis aos produtos originários dos Estados-membros ou que neles se encontrem em “livre-prática”, definidos no Tratado de Roma como aqueles produtos originados de outros países que tenham cumprido todas

<sup>8</sup> Há uma certa falta de sistematização no texto do Tratado de Roma: a eliminação de restrições quantitativas relaciona-se diretamente com a união aduaneira, e não necessitaria de um capítulo próprio; o mesmo vale para a circulação de produtos agrícolas, cujas disposições ficaram separadas do trânsito de mercadorias no texto do tratado constitutivo. O que essa sistematização ruim indica é que questões práticas foram mais importantes durante as negociações do que a ordenação das matérias.

<sup>9</sup> O art. 26 do Tratado de Roma estabelece que a pauta aduaneira comum será deliberada pelo Conselho por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, orientando-se pelos vetores previstos no art. 27: (a) necessidade de trocas comerciais; (b) evolução das condições de concorrência; (c) necessidade de abastecimento de insumos, desde que não falseada a concorrência; (d) necessidade de evitar perturbações na vida econômica, na produção e no consumo.

as formalidades de importação e sofrido a incidência de todos os direitos aduaneiros, e que não tenham sofrido a incidência de mecanismos de *drawback* (art. 24).

O conceito de *medidas de efeito equivalente a um direito aduaneiro* foi discutido no caso *Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica* (casos 2/62 e 3/62). O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) ressaltou a importância da proibição de direitos aduaneiros para a livre circulação – considerada de natureza *essencial* –, e destacou que sua relevância é tal que se procurou impedir qualquer evasão por meio de outras práticas fiscais ou aduaneiras.<sup>10</sup>

O caso tratava da criação de um novo tributo por parte de Bélgica (*cf.* Decreto Real de 16 de agosto de 1957) e Luxemburgo (*cf.* Decreto Grã-Ducado de 20 de agosto de 1957), a incidir sobre a emissão de licenças para importação de *gingerbread*, uma espécie de doce à base de açúcar e gengibre. A legalidade desse novo tributo não sofria nenhum tipo de vício, na medida em que fora criado *após* a assinatura do Tratado de Roma mas *antes* de sua entrada em vigor. Contudo, a iniciativa posterior de aumentar o valor da alíquota (em 1.º de janeiro de 1958) e de estender esse tributo a outros produtos (em 24 e 27 de fevereiro de 1958) foi considerada incompatível com o mercado comum. Diante da clareza, certeza e generalidade dos arts. 9 (hoje 23) e 12 (hoje sem correspondência, mas que proibia novas tarifas de importação ou medidas de efeitos equivalente, assim como o aumento das já existentes), e diante do Tratado de Roma como um todo, o TJCE estabeleceu que o binômio *proibição de imposições tributárias e livre circulação de mercadorias* constituía uma regra essencial, e exceções deveriam ser estipuladas de forma clara, assim como interpretadas restritivamente. Nesse sentido, definiu-se *medidas de efeito equivalente* como as imposições, com quaisquer nomes ou formas de aplicação, que, impostas unilateralmente sobre os produtos importados de outro Estado-membro com exclusão do similar nacional, alteram o preço e apresentam o mesmo efeito sobre a livre circulação que uma tarifa aduaneira. Segundo estabeleceu o TJCE, a expressão é uma evidência de que o objetivo do Tratado de Roma não era somente acabar com os entraves que tomam a forma óbvia de uma tarifa de importação clássica, mas também com todos aqueles que, apresentados sob outra denominação, ou introduzidos de forma indireta, levassem aos mesmos efeitos discriminatórios e protecionistas (*i.e.*,

<sup>10</sup> Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 431.

tornar a importação mais difícil ou mais onerosa do que o escoamento da produção nacional).<sup>11</sup>

Entretanto, como argumentado por John Usher, um mercado interno único não significa a abolição de todas e quaisquer limitações à livre movimentação. Implica a eliminação das restrições que servem estritamente a interesses nacionais ou privados, em contraposição aos interesses comunitários.<sup>12</sup> Eventuais regras prevendo exceções à união aduaneira ou à livre circulação deverão estar previstas claramente, e devem ser interpretadas de forma restritiva.<sup>13</sup>

Decisão interessante sobre a proibição de novos direitos aduaneiros ou medidas de efeito equivalente foi proferida no caso *Van Gend en Loos* (caso 26/62). Autoridades alfandegárias holandesas havia reclassificado determinada resina plástica em outra classe de produto, com aumento dos tributos sobre a mercadoria originada da Alemanha. Apesar de reconhecer que a interpretação da legislação fiscal interna não é competência do TJCE, os juízes esclarecem que o verdadeiro significado da questão era se o aumento de tarifas, ocorrido por meio de uma nova classificação de produto, estava ou não de acordo com as obrigações do Tratado de Roma.<sup>14</sup> Ficou mais uma vez consignada a natureza essencial, clara e incondicional das obrigações de não impor deveres aduaneiros novos, inclusive consideradas pelo TJCE como produzindo *efeitos diretos* aos particulares.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 432. No caso concreto, as determinações havidas unilateralmente por Bélgica e Luxemburgo depois da entrada em vigor do Tratado de Roma, a incidir apenas sobre a importação dos produtos em discussão, foram consideradas uma presunção de discriminação e protecionismo contrários ao princípio fundamental da livre circulação de mercadorias e, assim, rechaçadas pelo TJCE (Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 433).

<sup>12</sup> John Usher, *The consequences of the notion of a single market*, cit. p. 39-52.

<sup>13</sup> Comissão da Comunidade Europeia vs. Luxemburgo e Bélgica, [1962], p. 432; Paulo Borba Casella, op. cit., p. 342.

<sup>14</sup> NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963], III(A).

<sup>15</sup> NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963], II(B): “With regard to the general scheme of the Treaty as it relates to customs duties and charges having equivalent effect it must be emphasized that article 9, which bases the community upon a customs union, includes as an essential provision the prohibition of these customs duties and char-

## 2.1 Restrições quantitativas

O regime aduaneiro contempla não somente as tarifas e impostos de importação, mas também toda a legislação extravagante no sentido mais amplo (*e.g.*, regulamentação sobre formalidades como declaração de importação, valoração da base de cálculo, áreas aduaneiras e entrepostos livres). Para dar conta de restrições não-tarifárias à livre circulação, os arts. 28 e 29 do Tratado de Roma proíbem *restrições quantitativas* às importações e exportações, com o mesmo objetivo de construir um mercado único; por outro lado, o art. 30 reconhece a possibilidade de imposição de restrições à circulação que sejam fundamentadas em: (i) moralidade pública, ordem pública e segurança pública; (ii) proteção da vida e da saúde de pessoas e animais, ou da preservação das plantas; (iii) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico e arqueológico; (iv) proteção da propriedade industrial e comercial. Apesar de prever exceções à livre circulação, o art. 30 do Tratado de Roma adverte que tais permissões “não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio”.

No caso *Dassonville* (caso 8/74) ficou estabelecido que “qualquer regulamentação comercial oriunda dos Estados-membros, suscetível de causar entraves, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, ao comércio intracomunitário, deve ser considerada como medida de efeito equivalente à restrição quantitativa”.<sup>16</sup> Essa formulação bastante abrangente daria a

---

ges. This provision is found at the beginning of the part of the Treaty which defines the ‘foundations of the community’. It is applied and explained by article 12. The wording of article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of States which would make its implementation conditional upon a positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes it ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between member States and their subjects. It follows from the foregoing considerations that, according to the spirit, the general scheme and the wording of the treaty, article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect”. Na solução do caso, o TJCE fixa como padrão de comparação o valor das tarifas efetivamente praticadas na data de entrada em vigor do Tratado de Roma, de modo que a reclassificação de produtos em classes taxadas de forma mais pesada poderia ser considerada uma violação do direito comunitário primário (NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration [1963], III(B)).

<sup>16</sup> Dassonville, [1974], § 5.

entender que basta criar um entrave à circulação, abstraindo a questão de se também acarretaria entrave semelhante aos nacionais; entretanto, note-se que elementos de discriminação parecem ter levado à condenação da prática restritiva de circulação econômica.

Em *Dassonville*, discutia-se uma disposição legal belga que proibia a importação de mercadorias com designação de origem sem que fosse apresentado um certificado oficial, emitido pelo país exportador, atestando a regularidade e a conformidade do produto em questão. Comerciantes localizados na Bélgica haviam adquirido um lote de uísque do Reino Unido em livre circulação na França e, na aduana belga, tiveram a mercadoria bloqueada por falta do referido documento certificador. O TJCE expôs que o certificado exigido pelas autoridades belgas seria facilmente obtível em uma importação direta do país produtor, mas somente poderia ser conseguido com grande dificuldade na aquisição de produtos já em livre trânsito no mercado comum (i.e., importados no mercado secundário, de outro Estado-membro). Na ausência de um sistema comunitário garantindo aos consumidores a autenticidade da mercadoria de denominação controlada, o Estado-membro pode adotar medidas para impedir práticas comerciais desleais, mas essas restrições devem ser razoáveis e não podem importar entraves ao comércio comunitário; elas deveriam, em consequência, ser acessíveis a todos os nacionais da comunidade e não constituir um meio arbitrário de discriminação (ou uma restrição disfarçada ao comércio).<sup>17</sup>

Anos mais tarde, no caso *Cassis de Dijon* (caso 120/78), discutiu-se com mais profundidade as hipóteses possíveis de limitação à circulação de mercadorias. Comerciantes baseados na Alemanha haviam requisitado uma licença para importação do licor de frutas *Cassis de Dijon*, produzido e comercializado regularmente na França. As autoridades negaram tal pedido, sob a alegação curiosa de que o produto não apresentava as características necessárias para ser comercializado na Alemanha “por causa de sua insuficiente força alcoólica”.<sup>18</sup> Efetivamente, havia em vigor na Alemanha um regulamento com a graduação alcoólica *mínima* para os diversos tipos de bebidas, segundo o qual licores de frutas – como o *Cassis de Dijon* – deveriam conter ao menos 25% de graduação alcoólica, quando o produto francês apresentava teor de

<sup>17</sup> *Dassonville*, [1974], §§ 6 e 7. No caso, a disposição legal belga foi considerada não razoável pelo TJCE e, por essa razão, incompatível com a liberdade fundamental de livre circulação.

<sup>18</sup> *Cassis de Dijon*, [1978], § 2(2).

15 a 20% de álcool. Ficou decidido que, em face da ausência de regulamentação comum, cada Estado-membro poderia exercer suas competências sobre a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas, mas

“obstáculos causados pela legislação nacional devem ser aceitos na medida em que suas prescrições possa ser reconhecidas como necessárias para satisfazer exigências imperativas, dizendo respeito à eficácia dos controles fiscais, à proteção da saúde pública, à lealdade das transações comerciais e à defesa do consumidor” (*Cassis de Dijon*, [1978], § 8(2)).

A exigência de teor alcoólico mínimo foi considerada pelo TJCE como não servindo ao interesse geral, e, portanto, não apta a suplantiar a liberdade de circulação comunitária. O argumento de *proteção à saúde*, levantado pelas autoridades alemãs, foi afastado porque já havia naquele país bebidas de outros tipos com graduação alcoólica equivalente ao licor francês.<sup>19</sup> O argumento de *proteção ao consumidor* foi rejeitado porque obrigações de rotulagem já seriam suficientes para garantir esse anseio legítimo das autoridades públicas; segundo o TJCE, bastaria assegurar que informações pertinentes fossem transmitidas ao comprador por meio da indicação de origem e do teor alcoólico no vasilhame.<sup>20</sup> Assim, uma vez que o produto tenha sido produzido legalmente no Estado de origem, o local de destino não poderá impor medidas ou padrões compulsórios (*e.g.*, designação, tamanho, forma, peso, composição), mesmo que o faça de forma equivalente aos nacionais, a não ser que justificado em razões imperativas de interesse público.<sup>21</sup>

A forma de análise normalmente adotada pelas autoridades comunitárias nesses casos é bastante interessante, e parece seguir a metodologia exposta por Robert Alexy.<sup>22</sup> Em primeiro lugar, busca-se determinar o *âmbito de proteção*

<sup>19</sup> Segundo o Governo alemão, o teor alcoólico mínimo evitaria a proliferação de bebidas fracas, que supostamente poderiam aumentar a tolerância ao álcool conduzindo o usuário a bebidas mais fortes. Ficou sem resposta o fato de que já havia, na Alemanha, um grande variedade de outros produtos com baixo ou moderado teor alcoólico e, ainda mais, algumas bebidas de alta graduação alcoólica comumente eram consumidas sob a forma diluída. Cf. *Cassis de Dijon*, [1978], §§ 10-11.

<sup>20</sup> *Cassis de Dijon*, [1978], § 13.

<sup>21</sup> *Cassis de Dijon*, [1978], § 14(4).

<sup>22</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, e *idem*, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

da norma em discussão, a saber, a garantia de livre circulação de mercadorias no mercado comum. Em segundo lugar, procura-se definir se, e de que forma, os fatos em discussão (a restrição à entrada do licor francês no território alemão) afetam o bem jurídico protegido. Em terceiro lugar, o analista deve avaliar as eventuais justificativas para a restrição dos direitos à livre circulação, atentando sucessivamente para (i) a existência de um fim legítimo a ampará-la (a proteção à saúde e ao consumidor, presentes no caso *Cassis de Dijon*); (ii) a proporcionalidade em sentido amplo, isto é, a *utilidade* da restrição ao direito de livre circulação para atingir o objetivo público (não atendida no caso da proteção à saúde, tendo em vista que já havia bebidas com graduação baixa em circulação), ou, então, a *necessidade* da restrição (não atendida no caso da proteção do consumidor, posto que havia alternativa menos restritiva com igual eficácia); e, por fim, (iii) para a proporcionalidade em sentido estrito, com o sopesamento entre restrições de direitos, de um lado, e o fim legítimo almejado tal como concretamente atingido, de outro.

No caso *Keck* (casos 267/91 e 268/91), discutiu-se a validade de obstáculos à livre circulação que emanavam de provisões nacionais sobre práticas comerciais. A Lei francesa 63-628, de 02 de julho de 1963 (com alterações da Ordem 86-1243, de 01 de dezembro de 1986) havia estabelecido uma proibição de revender mercadorias com prejuízo (*resale at a loss*), e dois comerciantes locais, acusados criminalmente de atuarem em violação dessa disposição, argumentaram a sua incompatibilidade com a liberdade comunitária de circulação de mercadorias. O TJCE reiterou a posição tomada em *Dassonville* de que regras sobre padrões para determinados produtos não podem ser opostas contra mercadorias colocadas em circulação regularmente em outro Estado, mesmo que sejam aplicadas de forma isonômica; todavia, os juízes esclareceram que provisões nacionais que restringem ou proíbem determinadas *estruturas negociais* são admissíveis, e não constituem medidas de efeitos equivalente, contanto que se apliquem de forma isonômica aos comerciantes locais ou estrangeiros operando no território do Estado-membro.<sup>23</sup>

## 2.2 Monopólios e adaptação

Paulo Borba Casella<sup>24</sup> argumenta que a convivência de monopólios comerciais exigiu complexas e tortuosas adaptações, em vista da impossibilidade

<sup>23</sup> Keck, [1991], §§ 15-16.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 37, 351.

de sua supressão, como seria o ideal. A influência e importância de alguns desses agentes na estrutura econômica dos membros levou à obrigações de “ajustar” tais monopólios ao contexto comunitário, de forma que seus efeitos discriminatórios fossem neutralizados. Nesse sentido, o art. 31 do Tratado de Roma fala em adaptar os monopólios comerciais para excluir efeitos discriminatórios entre nacionais, disposição aplicável também a qualquer organismo por meio do qual o Estado “controle, dirija ou influencie sensivelmente” as importações e exportações, de direito ou de fato, direta ou indiretamente, assim como a monopólios concedidos. No art. 31.2 se estabelece a proibição de tomar qualquer medida nova que dificulte a adaptação dos monopólios ou restrinja a união aduaneira; o art. 31.3 trata de monopólios destinados ao escoamento ou à valorização da produção agrícola, contendo provisão expressa sobre a manutenção do emprego e da renda dos produtores.

Essas disposições já revelam que a simples liberação comercial, ainda que capaz de garantir ganhos relevantes com trocas mais eficientes, apresenta uma limitação clara no processo de integração. Em primeiro lugar, os agentes privados poderiam reconstruir as barreiras nacionais recém-derrubadas, restabelecendo as divisões que a integração europeia procurava eliminar. Em segundo lugar, a infusão de maior concorrência no mercado único garantiria também a manutenção de um ambiente uniforme de competição, onde aspectos dinâmicos promoveriam ganhos adicionais, como a pressão por inovação e a necessidade de firmas operarem de forma mais eficiente, para não serem excluídas do mercado por empresas mais competitivas.

### **3. O direito concorrencial comunitário como determinante econômico complementar do mercado comum**

O direito comunitário concorrencial ficou estabelecido também de forma detalhada nos arts. 81 a 89 do Tratado de Roma, onde se encontram previstas: (i) regras aplicáveis às empresas privadas (arts. 81 a 85); (ii) regras sobre a conduta das empresas públicas (art. 86); e (iii) regras sobre auxílios financeiros concedidos pelos Estados (arts. 87 a 89).

Como argumentado por Francis Snyder,<sup>25</sup> as disposições sobre política concorrencial do Tratado de Roma não são isoladas, e devem ser lidas à luz de seus objetivos, tal como estabelecido nos arts. 2 e 3, posição claramente

<sup>25</sup> Ideologies of competition in the European Community law, *Modern Law Review*, v. 52, n. 2, p. 150, 1989.

corroborada pelo TJCE em *Europemballage Corporation and Continental Can vs. Comissão* (caso 6/72 [1973]).<sup>26</sup>

As disposições sobre concorrência do direito comunitário primário constituem instrumentos econômicos voltados não só a melhorar a eficiência, por meio da proibição de práticas restritivas da competição, mas também a ajudar a construir um mercado europeu único, fomentando o processo de integração econômica.<sup>27</sup> Concebida em 1957 para otimizar a alocação de recursos entre Estados-membros do mercado comum,<sup>28</sup> a política concorrencial europeia sempre manteve o objetivo de integrar o mercado comum em

<sup>26</sup> Cf. especialmente itens 23-25: “(23) Article 86 is part of the chapter devoted to the common rules on the community’s policy in the field of competition. This policy is based on article 3 (f) of the Treaty according to which the community’s activity shall include the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted. The applicants’ argument that this provision merely contains a general programme devoid of legal effect, ignores the fact that article 3 considers the pursuit of the objectives which it lays down to be indispensable for the achievement of the community’s tasks. As regards in particular the aim mentioned in (f), the treaty in several provisions contains more detailed regulations for the interpretation of which this aim is decisive. (24). But if Article 3 (f) provides for the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted, then it requires a fortiori that competition must not be eliminated. This requirement is so essential that without it numerous provisions of the treaty would be pointless. Moreover, it corresponds to the precept of article 2 of the treaty according to which one of the tasks of the community is ‘to promote throughout the community a harmonious development of economic activities’. Thus the restraints on competition which the treaty allows under certain conditions because of the need to harmonize the various objectives of the treaty, are limited by the requirements of articles 2 and 3. Going beyond this limit involves the risk that the weakening of competition would conflict with the aims of the common market. (25) With a view to safeguarding the principles and attaining the objectives set out in articles 2 and 3 of the Treaty, articles 85 and 90 have laid down general rules applicable to undertakings. Article 85 concerns agreements between undertakings, decisions of associations of undertakings and concerted practices, while article 86 concerns unilateral activity of one or more undertakings. Articles 85 and 86 seek to achieve the same aim on different levels, viz. the maintenance of effective competition within the common market” (*Europemballage Corporation and Continental Can vs. Comissão* [1973]).

<sup>27</sup> Francis Snyder, op. cit., p. 150.

<sup>28</sup> Georges Vallindas, New directions in EC competition policy: the case of merger control, *European Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 636, set. 2006; Frédéric Jeny, Droit européen de la concurrence et efficacité économique, *Revue d’Économie Industrielle*, v. 63, p. 193-206, 1993.

condições similares às de um mercado nacional;<sup>29</sup> ao mesmo tempo, admite-se que sua implementação possa tomar em consideração outros objetivos previstos no Tratado de Roma, participando também da busca dos fins gerais da Comunidade Europeia.<sup>30</sup> Nesse sentido, Snyder argumenta que a Comissão Europeia, em particular, vem usando as regras de defesa da concorrência para atingir outros objetivos que não os alvos clássicos do antitruste, assim como vem sendo reconhecida cada vez mais a relação próxima entre política concorrencial e outras políticas comunitárias.<sup>31</sup>

Como notado por Eleanor Fox, na medida em que as barreiras tarifárias entre Estados são derogadas, práticas anticoncorrenciais privadas e adotadas pelos próprios Governos podem se tornar aparentes; além disso, o comércio mais livre gera restrições defensivas novas, na medida em que empresas e Governos enfrentam incentivos perversos para reconstruir as barreiras nacionais recém-eliminadas, em busca de objetivos nacionalistas e privados.<sup>32</sup> A simbiose entre o direito da concorrência e o direito comercial

<sup>29</sup> Georges Vallindas, op. cit., p. 648: “Community competition law refer to different economic instruments that seek to implement economic policy, which has two objectives in mind: the integration and achievement of the common market on the one hand, and improvement of economic efficiency by prohibiting restrictive practices, on the other. (...) The objective of the Community competition law was for the first few decades to establish a single market with similar conditions to those of national markets”. Cf. também B. Van der Esch. EEC Competition rules: basic principles and policy aims, *Legal Issues of European Integration*, v. 2, p. 75, 1980.

<sup>30</sup> Georges Vallindas, op. cit., p. 648: “However, according to the Treaty, competition policy participates in the achievement of the Community’s general objectives and through their implementation can therefore take into consideration other objectives”. Cf. também S. Hornsby, Competition policy in the 80’s: more policy, less competition, *European Law Review*, v. 12, n. 79.

<sup>31</sup> Francis Snyder, op. cit., p. 151.

<sup>32</sup> Eleanor M. Fox, World antitrust and market access, *American Journal of International Law*, v. 91, n. 1, p. 3-4, 1997: “As the trade barriers fall like a waterline, the low tide reveals rocks and shoals – which are private restraints and uncaught government restraints. Moreover, the freer trade engenders new, defensive restraints. Entrenched businesses, and nations themselves, face perverse incentives to rebuild border barriers for private and nationalistic ends, protecting the newly vulnerable national advantage. (...) Thus, trade liberalization sets the stage for private and hybrid abuses, suggesting the need for a voice for free trade and competition in the world”. Cf. também Merit Janow, Private and public restraints that limit access to markets, *Market access after Uruguay Round: investment, competition and technology perspectives*, Paris: OECD, 1996, cap. 5.

fora percebida pelos líderes da Comunidade Europeia, cujo conceito básico era levantar as fronteiras que funcionavam como barreiras ao redor de cada Estado, e garantir que nem Governos nem agentes privados as substituiriam por restrições, medidas discriminatórias e afins; esse conceito foi encapsulado nas quatro liberdades fundamentais de circulação, assim como nos artigos que estabelecem a política de concorrência comum.<sup>33</sup> O elemento mais elementar do direito comunitário concorrencial é a proibição de que se reconstruam barreiras privadas aos mercados nacionais,<sup>34</sup> e o papel do antitruste na eliminação de barreiras nacionais já foi sublinhado pelo TJCE.<sup>35</sup>

Em *Consten-Grundig* (casos 56/64 e 58/64 [1966]), discutia-se a legalidade de um contrato de distribuição exclusiva havido entre uma empresa alemã (*Grundig-Verkaufs-GmbH*) e sua distribuidora francesa (*Établissements Consten S.à.R.L.*), com fundamento em possíveis distorções da concorrência. O TJCE deixou claro que acordos entre produtores e distribuidores que tendam

<sup>33</sup> Eleanor M. Fox, *op. cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 7. Um pouco antes, Fox sumariza a política de concorrência na Comunidade Europeia de forma bastante interessante, integrando completamente as liberdades fundamentais de circulação e as disposições antitruste: “Under the EC Treaty of Rome, competition policy is carried out by six means. First, the four freedoms (articles requiring that member states not obstruct private economic freedoms) provide a basic framework and background for competition. Second, Article 85 prohibits agreements or concerted practices that distort competition, except as exempted, and Article 86 prohibits dominant undertakings from abusing their dominance. Third, Article 37 requires member states to adjust state monopolies of a commercial character to eliminate discrimination (vis-à-vis national of other member states) in the procurement and marketing of goods. Fourth, Article 90 makes public undertakings and those to which members states grant special or exclusive rights subject to the competition rules unless their application would obstruct the performance of public tasks. Fifth, recognizing that competition may be distorted not only by the power of private or public enterprises but also by state subsidy, Articles 92-94 provide for the notification and justification or elimination of state aids. Sixth, recognizing that the state statutes and regulation may obstruct competition, the Treaty imposes additional obligation on the member states, It not only prohibits them from adopting or retaining obstructive measures, but also requires them to ‘facilitate the achievement of the Community’s task’ and to abstain from measures that could jeopardize achievement of the Treaty’s objectives, including the objective of unfettered competition. Accordingly, member states are subject to a discipline that could limit anticompetitive legislation” (*op. cit.*, p. 6-7).

<sup>35</sup> Hans Smit, The role of antitrust in establishing a European common market and its relation to the Canada/U.S. context, *Canada-US Law Journal*, v. 12, p. 259, 1987.

a restaurar as divisões nacionais entre os Estados-membros poderiam frustrar os objetivos fundamentais do Tratado de Roma, cujo preâmbulo e conteúdo visam à abolição de barreiras entre países, e em várias disposições revelam uma atitude severa com relação à recomposição daquelas divisões.<sup>36</sup> O TJCE afirmou ser particularmente importante avaliar se o contrato constituía uma ameaça, direta ou indireta, real ou potencial, à liberdade de comércio entre países-membros de uma forma que pudesse prejudicar a obtenção de um mercado único.<sup>37</sup> O resultado final da exclusividade e de outras disposições contratuais, consistente do isolamento do mercado francês, tornava possível cobrar pelos produtos em questão preços protegidos da concorrência efetiva; esse isolamento mantido artificialmente, ao separar mercados dentro da Comunidade, foi considerado distorcivo da concorrência no mercado comum, e considerado ilegal no tocante às cláusulas em disputa.<sup>38</sup>

Linha análoga de raciocínio foi utilizada nos casos *Sirena* (caso 40/70 [1971]) e *Deutsche Grammophon* (caso 78/70 [1971]), hipóteses em que se discutiam tentativas de utilizar de direitos de propriedade intelectual como forma de impedir a livre circulação de mercadorias no mercado comum. Em *Sirena*, o TJCE entendeu que exercício de direitos de marca poderia cair no âmbito de proteção do atual art. 81 do Tratado de Roma sempre que ele se manifesta como objeto, meio ou resultado de uma prática restritiva.<sup>39</sup> Essa situação pode se materializar quando tais direitos são exercidos por meio de acordos restritivos pelos proprietários da marca, impedindo importações proveniente de outros Estados; assim, se a atribuição de direitos territoriais sobre a marca tem como resultado o restabelecimento de fronteiras entre os Estados-membros, essa prática poderia distorcer e falsear a concorrência no mercado comum. A situação seria diferente se, para evitar o particionamento do mercado, os acordos sobre o uso da marca fossem efetivados de forma compatível com a unidade do mercado, “que é tão essencial ao mercado comum que a falha na sua observação é penalizada pelo Artigo 85 [hoje 81]”.<sup>40</sup> Em

<sup>36</sup> Consten-Grundig, [1966], p. 340.

<sup>37</sup> Consten-Grundig, [1966], p. 341. No caso concreto, o contrato entre Grundig e Consten, ao proibir a importação de produtos por outras empresas na França, assim como impedir a reexportação pela Consten para outros países do mercado comum, foi considerado afetando o comércio no ambiente comunitário.

<sup>38</sup> Consten-Grundig, [1966], p. 343.

<sup>39</sup> *Sirena*, [1971], § 9.

<sup>40</sup> *Sirena*, [1971], § 10.

*Deutsche Grammophon*, o TJCE faz menção clara ao princípio da obtenção de um mercado único entre os Estados-membros, mas comenta que o art. 30 do Tratado de Roma (antigo art. 36) estabelece limitações ao princípio da livre circulação, dentro das quais se encontra a proteção de direitos de propriedade intelectual.<sup>41</sup> Entretanto, esclarece que somente são justificadas as restrições à livre circulação destinadas a salvaguardar os direitos que constituem o *objeto específico* da propriedade intelectual; impedir a comercialização de produtos distribuídos pelo próprio titular em outro Estado-membro, sob a alegação de que essa comercialização não ocorreu no território nacional, legitimaria a isolação de mercados nacionais, e “seria repugnante ao propósito essencial do Tratado, que é unir os mercados nacionais em um mercado único”.<sup>42</sup>

Em *Imperial Chemical* (caso 48/69 [1972]), o TJCE esclareceu que a *função* da concorrência via preços é manter os valores cobrados nos menores patamares possíveis, assim como encorajar a livre movimentação de mercadorias entre os Estados-membros, de forma a permitir a distribuição mais eficiente de atividades. Preços diferentes auxiliam a perseguir um dos objetivos básicos do Tratado de Roma, qual seja a interpenetração dos mercados nacionais e, como resultado, o acesso direto dos consumidores às fontes produtoras localizadas na Comunidade.<sup>43</sup> Discutiam-se três aumentos sucessivos nos preços de corantes, havidos de forma paralela entre diversas empresas concorrentes nos anos de 1964, 1965 e 1967. Mesmo que a simples conduta paralela não possa ser identificada com uma prática concertada, ela consiste de forte evidência de atitude cartelizante se conduz a parâmetros de competição que não correspondam às condições normais de mercado, tomando-se em consideração a natureza do produto, o tamanho e o número de competidores, e o volume do mercado.<sup>44</sup> Tal é especialmente o caso em

<sup>41</sup> *Deutsche Grammophon*, [1971], §§ 8 e 11.

<sup>42</sup> *Deutsche Grammophon*, [1971], §§ 11-12.

<sup>43</sup> *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias* [1972], §§ 115-116: “115 The function of price competition is to keep prices down to the lowest possible level and to encourage the movement of goods between the member states, thereby permitting the most efficient possible distribution of activities in the matter of productivity and the capacity of undertakings to adapt themselves to change. 116 differences in rates encourage the pursuit of one of the basic objectives of the treaty, namely the interpenetration of national markets and, as a result, direct access by consumers to the sources of production of the whole community”.

<sup>44</sup> *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias*, [1972], § 66.

que a conduta paralela é capaz de estabilizar preços em patamares distintos daqueles a que seriam levados pelo processo competitivo, ou de consolidar posições estabelecidas em detrimento da efetiva liberdade de movimento no mercado comum e da liberdade de os consumidores escolherem seus fornecedores.<sup>45</sup> Considerando as condições do mercado de corantes, o TJCE entendeu que os aumentos de preço consistiram de práticas concertadas, que, por tentarem manter o mercado comunitário fragmentado, afetaram as circunstâncias em que o comércio dos produtos em questão é efetivado no mercado comum.<sup>46</sup>

#### 4. Conclusões

O processo de integração regional por que passou a Europa não contou apenas com determinantes econômicos; objetivos de *integração política* exerceram um papel relevante no processo de criação da Comunidade Europeia, assim como influíram de forma marcante em sua estrutura institucional, voltada claramente a uma atividade supranacional.

A história europeia oferece ainda duas lições interessantes para o estabelecimento de uma inter-relação econômica mais profunda e bem-sucedida. Em primeiro lugar, a integração plena das economias europeias exigiu instrumentos que fossem além da simples liberação comercial, e passou por regar também outros aspectos da vida econômica em especial, por meio de um *direito concorrencial comunitário* apto a uniformizar as condições de atuação em todo o mercado comum: a simples liberação comercial, com redução de barreiras entre os membros, apresenta uma limitação clara, na medida em que agentes privados ou públicos poderiam (i) reconstruir as barreiras nacionais recém-derrubadas, restabelecendo as divisões que a integração procurava terminar, ou (ii) criar distorções capazes de estabelecer vantagens indevidas no processo concorrencial. Em segundo lugar, a construção efetiva de um mercado comum envolveu um papel ativo do *órgão de solução de controvérsias* de funcionamento permanente e decisões coercitivas, o que se torna especialmente relevante na interpretação das finalidades da integração, das restrições à livre circulação admissíveis e das limitações que se opõem ao espírito do tratado constitutivo.

<sup>45</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias, [1972], § 67.

<sup>46</sup> Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comissão das Comunidades Europeias, [1972], §§ 119 e 121.

Essas duas lições parecem um bom *guia comparado* para o desenvolvimento futuro do Mercosul se o Brasil efetivamente pretender aprofundar a tentativa de uma integração regional mais intensa com seus vizinhos.

## **Bibliografia**

- ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALLASSA, Bela. *The theory of economic integration*. Homewood, Illinois: R. D. Irwin, 1961.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, São Paulo: Ltr, 1994.
- FOX, Eleanor M. World antitrust and market access. *American Journal of International Law*, v. 91, n. 1, p. 1-25, 1997.
- HORNSBY, S. Competition policy in the 80's: more policy, less competition. *European Law Review*, v. 12, n. 79.
- JANOW, Merit. Private and public restraints that limit access to markets. *Market access after Uruguay Round: investment, competition and technology perspectives*. Paris: OECD, 1996. cap. 5.
- JENY, Frédéric. Droit européen de la concurrence et efficience économique. *Revue d'Économie Industrielle*, v. 63, p. 193-206, 1993.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 1999.
- SMIT, Hans. The role of antitrust in establishing a European common market and its relation to the Canada/U.S. context. *Canada-US Law Journal*, v. 12, p. 257-262, 1987.
- SMITH, H.; HERZOG, P. (org.), *The law of the European Economic Community*. New York: Matthew Bender, 1976-1998. 6 v.
- SNYDER, Francis. Ideologies of competition in the European Community law. *Modern Law Review*, v. 52, n. 2, p. 150, 1989.
- USHER, John. The consequences of the notion of a single market. *Legal Issues of European Integration*, p. 39-52, 1977.

- \_\_\_\_\_. The single market and goods imported from third countries. *Yearbook of European Law, 1986*. Oxford University, 1987.
- VALLINDAS, Georges. New directions in EC Competition Policy: the case of merger control. *European Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 636-660, set. 2006.
- VAN DER ESCH, B. EEC Competition rules: basic principles and policy aims. *Legal Issues of European Integration*, v. 2, p. 75, 1980.

