

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***



São Paulo
Volume 15 número 4 – 2008
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: 4 números em 2008

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| A EFETIVIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ESTUDO COMPARATIVO <i>José Gabriel Assis de Almeida</i> | 5 |
| POSSIBILIDADES PARA O BRASIL GARANTIR UM MELHOR ACESSO A MEDICAMENTOS À SUA POPULAÇÃO: O USO DA LICENÇA COMPULSÓRIA E A BUSCA POR PREÇOS DIFERENCIADOS <i>Natali Francine Cinelli Moreira</i> | 21 |
| POLÍTICA DE COMBATE AOS CARTÉIS: OS ACORDOS DE LENIÊNCIA, O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO E A LEI 11.482/2007 <i>Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuszi Sarcinelli Lopes</i> | 45 |
| A ANATEL E A SOCIEDADE <i>Pedro Dutra</i> | 75 |
| INDÚSTRIA DE CARTÕES DE CRÉDITO, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA <i>Jorge Fagundes, Juan Ferrés e Katia Saito</i> | 79 |
| O PODER DE COMPRA DO VAREJO E OS DESAFIOS DA CONCORRÊNCIA: UMA VISITA AO CHILE E À ARGENTINA <i>Mauro Grinberg, Leonor Cordovil e Natália Figueiredo</i> | 111 |
| INCENTIVOS FISCAIS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE-CONCORRÊNCIA <i>Paulo André Nogueira Lima</i> | 127 |
| SERVIÇO PORTUÁRIO E CONCORRÊNCIA: EQUILÍBRIO COMPETITIVO ENTRE O REGIME PÚBLICO E O PRIVADO <i>Juliano Souza de Albuquerque Maranhão</i> | 149 |
| IMPACTOS DA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA SOBRE A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES <i>Gesner Oliveira, Ernesto Guedes, Denise de Pasqual, Adriano Pitoli e Camila Saito</i> | 177 |
| SERVIÇOS JURÍDICOS, PROPAGANDA, QUALIDADE E CONCORRÊNCIA IMPERFEITA <i>Ivan César Ribeiro e Brisa Lopes de Mello Ferrão</i> | 225 |

RUMO A UM NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA O GÁS
NATURAL

Lucia Helena Salgado 235

A EFETIVIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ESTUDO COMPARATIVO*

*José Gabriel Assis de Almeida***

Resumo

O direito da concorrência tem por propósito direto o bem-estar social, sendo importante determinar se tal resultado é atingido. O propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico e não econômico. Essa avaliação jurídica será realizada por comparação entre os direitos da concorrência brasileiro e português. Para tal, este texto examina primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos Países, encarregada da aplicação desse direito (item 3). Ao final, a conclusão é que os resultados não apresentam uma discrepância tão grande como se poderia esperar e que grau de efetividade do direito da concorrência aparenta ser elevado.

Palavras-chave: Concorrência – Efetividade – Brasil – Portugal

Abstract

The competition law aims for the social welfare, thus being important to determine if such goal is achieved. The purpose of this article is to try to evaluate the results of competition law from a legal (and not an economic) point of view. This legal evaluation will be carried by comparison between Brazilian and Portuguese competition law. For such, this text examines the similarities and differences between the contents of competition law in Brazil and Portugal (item 2) and subsequently analyzes the existing admi-

* O presente texto serviu de base à exposição feita pelo autor sobre o mesmo tema no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pelo Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, no Rio de Janeiro, entre 25 e 27 de setembro de 2006.

** Advogado, professor adjunto da UERJ Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da UNI-RIO Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

nistrative structure in each one of the Countries in charge of the enforcement of competition law (item 3). This paper concludes that the results do not show an important difference between the two countries and in both the degree of effectiveness of competition law seems to be high.

Keywords: Competition – Evaluation – Brazil – Portugal

1. Introdução

O direito da concorrência é um ramo peculiar do direito, pois é, talvez, um dos poucos que tem por propósito direto o bem-estar social. Com efeito, o direito da concorrência nada mais é do que um instrumento estatal de produção de bem-estar social.

Tal característica está presente em todos os aspectos do direito da concorrência.

Uma vez que em matéria de interpretação das normas o método privilegiado é o teleológico (segundo o qual a norma deve ser interpretada de acordo com os fins a que se destina), as normas de direito da concorrência devem ser interpretadas tendo em vista a produção de bem-estar social.

Esta característica leva o direito da concorrência até a aceitar a violação da concorrência quando tal violação pode traduzir-se em bem-estar social. Nesse sentido, o art. 54 da Lei 8.884 de 1994 admite que atos restritivos à concorrência sejam praticados – com a expressa aprovação da autoridade de defesa da concorrência – desde que impliquem em aumento de produtividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços ou propiciem eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Por consequência, é importante determinar o grau de efetividade do direito da concorrência, ou seja, avaliar se o direito da concorrência produz efetivamente bem-estar social.

A efetividade do direito da concorrência pode ser mensurada economicamente. No entanto, o propósito deste trabalho é tentar realizar essa avaliação do ponto de vista jurídico. Essa avaliação jurídica pode ser realizada considerando-se o direito da concorrência de um só País ou por comparação entre os direitos da concorrência nacionais. O presente texto – uma vez que se está no quadro de uma conferência organizada pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro – procura comparar a eficiência jurídica dos direitos da concorrência brasileiro e português.

Para realizar esta comparação e permitir que sejam tiradas algumas conclusões, é importante examinar primeiro as semelhanças e diferenças entre os conteúdos dos direitos da concorrência no Brasil e em Portugal (item 2) para, em seguida, analisar a estrutura administrativa existente em cada um dos Países, encarregada da aplicação desse direito (item 3).

2. O conteúdo do direito da concorrência no Brasil e em Portugal

A dimensão constitucional. O Brasil certamente é um dos países da América Latina que tem a mais antiga tradição em matéria de defesa da concorrência.

Esta tradição encontra-se refletida nas diferentes Constituições brasileiras. Assim, se as Constituições de 1824 e de 1891 traduziam o espírito do liberalismo radical que então se vivia, já a Constituição de 1934, no art. 115, estabelecia que a ordem econômica era organizada pelo Estado e que este garantia a liberdade econômica no mercado.

A partir da Constituição de 1937, a tendência acentuou-se, pois a norma constitucional expressamente dispôs que o Estado tem a missão de coordenar os fatores de produção de forma a evitar conflitos, introduzindo na concorrência os interesses da Nação. O art. 114 desta Constituição expressamente previa a regulamentação da “*economia popular*”.

Posteriormente, a Constituição de 1946, no art. 148, ordenou a regulação da concorrência por lei específica.

Atualmente, o regime jurídico da concorrência no Brasil tem inspiração em vários dispositivos constitucionais. Por exemplo, o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil tem a livre iniciativa como um dos seus fundamentos.

Por seu lado, o art. 170, inciso IV, determina que a ordem econômica seja fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e elenca, entre os princípios dessa ordem econômica, a livre concorrência. Ainda no art. 170, o parágrafo único assegura a liberdade do exercício de qualquer atividade econômica.

Logo a seguir, o art. 173, § 4º, determina que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Em Portugal, a defesa da concorrência também é matéria constitucional. Com efeito, o Artigo 81, alínea f) da Constituição de 1976 inclui, entre as incumbências prioritárias do Estado, no âmbito econômico e social: “f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;”.

Mais adiante, no art. 99, a mesma Constituição determina serem objetivos da política comercial, entre outros: “a) A concorrência salutar dos agentes mercantis; [...] c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas;”.

A dimensão infraconstitucional. Na esteira dos dispositivos constitucionais, surgiram, desde cedo, no Brasil, normas infraconstitucionais visando a disciplina da concorrência. Por exemplo, em aplicação do art. 114 da Constituição de 1937 foi publicado o Decreto-Lei 869 de 18/11/1938, que criou a figura dos crimes contra a “economia popular”, estabelecendo, no art. 2º, III, ser crime o obstáculo à concorrência.

Em seguida, o Decreto-Lei 7.666 de 22/06/1945 transformou os crimes contra a economia popular em crimes contra a “ordem moral e econômica”.

Na linha da Constituição de 1946 foram adotados três importantes textos legais. O primeiro foi a Lei 1.521 de 26/12/51, que rege os crimes contra a economia popular, revogando as normas anteriores. O segundo foi a Lei 1.522, também de 26/12/51, que criou o órgão que veio a se tornar na SUNAB Superintendência de Abastecimento e Preços, primeiro órgão que tinha por função, ainda que de modo indireto, promover a livre concorrência. O terceiro foi a Lei Delegada 4, de 26/09/62, que veio regular a intervenção do Estado no domínio econômico.

No entanto, o texto mais importante da época, em matéria de defesa da concorrência, foi certamente a Lei 4.137/62, que cuidava exclusivamente da ordenação das relações de concorrência e criou o CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo encarregado de aplicar os princípios consignados na dita Lei 4.137/62. A Lei 4.137/62 foi regulada, sucessivamente, pelo Decreto 52.025/63 e pelo Decreto 92.323/86.

A Lei 4.137/62, no entanto, conheceu muito pouco sucesso. Com efeito, nas décadas posteriores, o Brasil acentuou o modelo de desenvolvimento econômico baseado na substituição das importações e na formação

de empresas nacionais. Este modelo assentava na formação de grupos industriais onde o Estado participava com o capital, o empresariado brasileiro com a administração e as empresas estrangeiras com a tecnologia, quando necessário.

Ou seja, o modelo de desenvolvimento econômico adotado afastava a concorrência externa do mercado nacional e, no plano interno, a forte intervenção do Estado e o estímulo às alianças empresariais, tornaram inviável a aplicação da Lei 4.137/62.

Esta situação modificou-se a partir de 1990, com a liberalização da atividade econômica no Brasil, iniciada com a Constituição de 1988 e aperfeiçoada com as diversas emendas constitucionais da década de 90.

Em obediência a esta tendência várias leis foram promulgadas, entre as quais se destaca a Lei 8.884/94, que atualmente rege a defesa da concorrência no Brasil, modificada posteriormente pela Lei 9.021/95 e pela Lei 10.149/00.

Ainda a assinalar a Lei 8.137/90, que cuida dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e define, nos arts. 4º, 5º, e 6º, os crimes relativos às relações de concorrência.

Em Portugal, a legislação infraconstitucional foi profundamente afetada por um acontecimento de outra natureza: A adesão de Portugal às então Comunidades Européias. Esta adesão fez com que Portugal ingressasse no movimento de integração europeu que levou à formação da União Européia, passando pela criação de um mercado único europeu.

Ora, um mercado único europeu somente é possível se, nesse espaço, a concorrência for livre. Assim, desde o Tratado de Roma de 1957, as regras comunitárias zelaram pela livre concorrência, dando origem ao direito comunitário da concorrência, um importante ramo do direito comunitário.

Este movimento influenciou o direito da concorrência português. Com efeito, não teria sentido que a ordenação da concorrência a nível local, encarregada de assegurar a livre concorrência a nível nacional (que se limita ao espaço geográfico composto pelo território português), obedecesse a princípios distintos do direito comunitário da concorrência, disciplinador da concorrência a nível comunitário (a que diz respeito às trocas intracomunitárias).

Atualmente, em Portugal, a lei de defesa da concorrência vigente é a Lei 184/2003, de 11/06/2003, que veio substituir o Decreto-Lei 371/1993,

de 29/10/1993. Há ainda a assinalar a Lei 39/2006, de 25/08/2006, que criou o Estatuto da Clemência, um sistema semelhante ao acordo de leniência.

As infrações. Hoje, no Brasil, a concorrência é disciplinada em três planos: O administrativo, sendo os comportamentos considerados infrações administrativas que atingem o bem comum, com o conseqüente direito e dever do Estado – enquanto representante da coletividade – de prevenir e sancionar a violação da concorrência, tendo por base a Lei 8.884/94, que contém a tipificação legal e cria o processo administrativo correspondente. O plano cível, sendo os comportamentos considerados infrações privadas que atingem o bem individual de certa e determinada pessoa natural ou jurídica, com o conseqüente direito subjetivo de o lesado pela violação da concorrência procurar autonomamente a reparação pelo dano sofrido, através de uma ação judicial privada junto aos tribunais, com base no art. 29 da Lei 8.884/94. O plano penal, sendo os comportamentos considerados infrações penais, com o conseqüente direito e dever do Estado de sancionar a violação da concorrência, com apoio na Lei 8.137/90.

No entanto, por razões de espaço, o presente trabalho versará apenas sobre as infrações de caráter administrativo.

A Lei 8.884/94 tipifica as infrações no art.20, segundo o qual:

Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Em seguida, o art. 21 da mesma lei descreve uma série de comportamentos exemplificativos de infrações. Ou seja, os comportamentos apontados no art. 20 somente serão considerados infrativos à livre concorrência se, concomitantemente, estiverem preenchidos os requisitos previstos no art. 20.

Por seu turno, o art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece que: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma pre-

judicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

A redação deficiente da Lei 8.884/94 pode gerar alguma confusão sobre a relação entre o art. 20 e o art. 54.

Principalmente, dois equívocos são possíveis: O primeiro consiste em afirmar que os atos potencialmente lesivos à concorrência descritos no art.54 não são os mesmos atos descritos no art. 20. Tal raciocínio conduz à conclusão que a Lei 8.884/94 conteria dois tipos de infrações: as do art.20 e as do art. 54. Assim, por exemplo, o ato que pudesse levar a um aumento arbitrário dos lucros estaria excluído dos atos a serem submetidos à autoridade de defesa da concorrência. Este raciocínio é equivocado, pois a tipificação feita no art. 20 não faz, *a priori*, uma distinção entre as práticas ou condutas e as concentrações. Assim, as concentrações proibidas serão apenas aquelas que puderem resultar em uma das infrações tipificadas no art. 20.

O segundo equívoco é considerar que – por força do art. 54 – somente podem ser submetidos à apreciação das autoridades de defesa da concorrência as concentrações. Na verdade, nada na redação do art. 54 autoriza tal conclusão, pois este dispositivo em momento algum se refere apenas a concentrações, mas descreve os atos em questão de forma muito abrangente. Deste modo, um acordo de caráter conjuntural entre operadores independentes e que assim o permaneçam – pois não há submissão de um ao controle do outro – pode perfeitamente ser submetido (na realidade, deve ser submetido) às autoridades de defesa da concorrência.

Além destes dois equívocos, a defeituosa redação da lei brasileira tornou mais difícil a classificação tradicional das infrações em matéria concorrencial em infrações de comportamento (as condutas que se desdobram nos acordos, práticas concertadas e decisões de associação de empresas) e as infrações estruturais (as concentrações).

Já a lei portuguesa, de forma muito mais didática e clara e com melhor técnica legislativa, faz expressamente a distinção entre as condutas proibidas (as práticas descritas no art. 4º e o abuso de posição dominante previsto no art. 6º) e as concentrações (regidas pelo art. 8º).

Segundo o art. 4º da lei portuguesa: “1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, [...]”.

Em seguida, o art. 4º da lei portuguesa exemplifica em sete alíneas alguns comportamentos considerados infrativos, tal como o faz o art. 21 da lei brasileira.

Por seu lado, o art. 6º da lei portuguesa determina: “1 – É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.

Em tema de concentrações, o art. 8º estipula:

1 – Entende-se haver uma operação de concentração de empresas, para efeitos da presente lei:

a) No caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes;

b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas.”

De qualquer modo, da comparação dos dispositivos da lei portuguesa acima indicados com os dispositivos da lei brasileira, também acima transcritos, resulta claro que existe alguma semelhança entre os dois sistemas, pois ambos atacam tanto as condutas como as concentrações.

Algumas particularidades do direito da concorrência português.
Neste ponto, cabe destacar algumas particularidades da lei portuguesa.

A primeira diz respeito à possibilidade – prevista no art. 5º da lei portuguesa – de justificar as práticas proibidas, ou seja, a possibilidade de determinadas práticas, apesar de infrativas da concorrência, serem toleradas ou mesmo expressamente autorizadas pela autoridade de defesa da concorrência. Para tal é necessário que tais práticas

[...] contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;

b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;

c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

Esta possibilidade seria inexistente no Brasil, da forma como é comumente encarada a lei brasileira. Com efeito, conforme indicado acima, o art. 54 é habitualmente considerado como tendo aplicação apenas às operações de concentração. No entanto, tal como visto acima, nada impede que uma conduta (ou seja, um comportamento que não seja de concentração) seja submetida à apreciação da autoridade de defesa da concorrência e aprovado, desde que implique em aumento de produtividade, melhore a qualidade de bens ou serviços ou propicie eficiência e desenvolvimento tecnológico, com benefícios para os consumidores e usuários finais ou que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Ainda assim, uma diferença subsistirá, pois, consoante a lei portuguesa, a prática em questão não necessita obrigatoriamente ser submetida à aprovação da autoridade de defesa da concorrência (v. art. 5º, nr. 2), enquanto que a lei brasileira impõe a submissão da conduta à autoridade de defesa da concorrência.

Uma segunda particularidade do direito português é a tipificação do abuso de dependência econômica como uma infração autônoma do abuso de posição dominante. Segundo o art. 7º, nr. 1, da lei portuguesa: “É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente”.

No direito brasileiro, o abuso de dependência econômica existe apenas e tão somente enquanto modalidade do abuso de posição dominante. Ou seja, não existe abuso de dependência econômica se a empresa infratora não tiver uma posição dominante no mercado.

Alternativamente, poder-se-ia tentar caracterizar o abuso de dependência econômica por via do tipo do art. 20, III, da lei brasileira, que considera infração o aumento arbitrário dos lucros. Assim, havendo abuso de dependência econômica que resultasse em aumento arbitrário dos lucros, estaria caracterizada a infração.

Uma terceira particularidade da lei portuguesa é a inclusão de disposição expressa sobre os auxílios de Estado. Nos termos do art. 13º, nr. 1: “Os

auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”.

A lei brasileira não contempla diretamente as intervenções anticoncorrenciais do Estado. O art. 15 da Lei 8.884/94 afirma: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

No entanto, apesar da expressa dicção legal, a autoridade de defesa da concorrência já se manifestou no sentido que a lei brasileira não pode alcançar o comportamento do Estado no exercício dos seus poderes de império, ainda que lesivos à concorrência, e que a Lei 8.884/94 visa apenas “os agentes econômicos em sentido estrito, *i.e.* os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado”.¹

Assim, a solução não seria a aplicação da Lei 8.884/94, mas poderia ser considerar tais auxílios ou subsídios de Estado inconstitucionais, por violarem o princípio da livre concorrência assegurado pelo art. 170 da Constituição da República: “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;”.

3. A estrutura de aplicação do direito da concorrência no Brasil e em Portugal

A estrutura dos sistemas de defesa da concorrência. No Brasil, a defesa da concorrência, do ponto de vista administrativo, é assegurada por um grupo de três órgãos: A SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça, dirigida por um Secretário e com competência para dar início ao processo e instruí-lo, a SEAE Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico, dirigida igualmente por um Secretário, e que tem função de análise econômica e que deve opinar nos processos conduzidos pela SDE e o

¹ AP 08000.013661/97-95, voto do relator Cons. Luis Fernando Schuartz proferido em 13/09/06; v. ainda PA 08012.002605/97-52, voto do relator Cons. Marcelo Calliaria proferido em 20/01/99

CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica, uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, composta por seis Conselheiros e um Presidente e que tem por função julgar os processos investigados pela SDE.

No quadro desta estrutura, a SDE é responsável, de ofício ou mediante representação de terceiros, pela abertura das investigações relativas às condutas ou práticas e pela instrução do processo administrativo. Durante a instrução, a SEAE é consultada para que proceda à análise econômica do comportamento em causa. Tendo encerrado a investigação e pronunciando-se ou pela constatação de infração ou pela inexistência de infração, a SDE remete o processo para o CADE para julgamento.

Em matéria de concentrações, o procedimento é sensivelmente o mesmo, devendo, contudo, as empresas interessadas notificarem diretamente o CADE da concentração a praticar ou já praticada.

Já em Portugal, a estrutura não se dispersa em três diferentes entidades, mas encontra-se concentrada em uma só, a AdC – Autoridade da Concorrência, criada em 2003 e composta por três Conselheiros (sendo um deles o Presidente) e um Fiscal. Subordinados ao Conselho, encontram-se três departamentos: Departamento de Controlo de Concentrações, Departamento de Práticas Restritivas e Departamento Jurídico e do Contencioso. No entanto, descrever a estrutura das autoridades de defesa da concorrência não permite aferir a efetividade da aplicação do direito da concorrência. A este propósito, uma forma fácil de aferir o funcionamento das autoridades de defesa da concorrência é pela estatística dos assuntos por elas tratados.²

A estatística relativa a concentrações. No período de 2004 a 2005, a AdC examinou 130 notificações de concentração e proferiu 125 decisões, sendo apenas 2 no sentido de proibir a concentração e 9 pela aprovação com condições. As demais foram aprovadas sem restrições.

Já no período de 2005, o CADE julgou 497 atos de concentração, sendo que 345 foram aprovados sem restrições, 74 com restrições, não ten-

² Os dados a seguir foram extraídos dos relatórios relativos aos anos de 2005 da AdC e do CADE, disponíveis nos sites www.concorrência.pt e www.cade.gov.br acessados em novembro de 2006; uma vez que o relatório da AdC não indica o tempo médio de duração dos processos administrativos e atos de concentração, a comparação não levará em conta este importante fator. O relatório do CADE indica que, em 2005, o tempo de decisão foi de 82 dias para as concentrações, 461 dias para as condutas e 359 dias para as averiguações preliminares.

do havido nenhuma proibição. Comparativamente, em 1994, ou seja, no último ano da vigência da lei anterior, o CADE julgou apenas 17 casos de concentração.

Constata-se, portanto, uma enorme diferença entre o número de concentrações apreciadas pela AdC e pelo CADE (mais de 350% de casos). No entanto, esta diferença não se traduz nos resultados que são semelhantes: O CADE impôs restrições em 14,88% dos casos e a AdC em 8,46% dos casos.

Esta discrepância de volume de concentrações pode se explicar pelo fato da AdC ter competência apenas para examinar os casos estritamente nacionais, pois os casos de maior porte estão sujeito ao controle das autoridades comunitárias. Assim, nem todas as concentrações praticas em Portugal ou que geram efeitos em Portugal são examinadas pela AdC. Já o CADE tem competência para examinar todos os atos de concentração praticados no Brasil e que geram ou possam gerar efeitos no Brasil.

Por outro lado, é interessante observar que o percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é muito pequeno tanto em Portugal quanto no Brasil. No Brasil, esta situação gera a crítica habitual que o CADE perde muito tempo e recursos com o exame desnecessário de concentrações que não criam riscos para a concorrência. Ou igual crítica deve ser feita ao sistema português (cujo percentual de casos aprovados com restrições ou não aprovados é ainda menor) ou deve se considerar que o padrão brasileiro é aceitável.

A estatística relativa a condutas. No tocante a condutas ou práticas, no mesmo período de 2004 a 2005, a AdC indicava ter em andamento 65 casos, tendo julgado 9. Em paralelo, existiam 12 estudos de mercado concluídos e 9 estudos de mercado em curso.

Comparativamente, no ano de 2005, o CADE indicava o tratamento de 63 processos administrativos relativos a condutas, sendo que 37 foram arquivados, 25 foram concluídos e 1 reaberto.

Novamente, vê-se uma razoável similaridade nos números que é difícil de explicar, pois seria natural, pelas razões de competência apresentadas acima, que o CADE tivesse apreciado um número muito maior de condutas. Talvez a razão para esta situação seja o fato de que o CADE, à época, ainda julgava os processos encerrados na SDE alguns anos antes, ou seja, em 2004 e 2003. Ora, a SDE somente mudou o enfoque da sua atuação, que passou a incidir mais fortemente nas condutas, em 2003, pelo que os processos re-

sultantes desta nova atuação foram transmitidos ao CADE a partir do final de 2004, sendo assim o impacto nos julgamentos do CADE sentido apenas a partir do final de 2005.

O custo do sistema para o usuário. As similitudes entre as duas estruturas de concorrência são atenuadas quando se comparam as taxas cobradas dos “usuários” do sistema. Uma empresa brasileira que submetesse em 2005 uma concentração à apreciação do SBDC pagaria pelo menos R\$ 45.000,00 de taxas. Já uma empresa que submetesse uma concentração ao exame da AdC pagaria uma taxa variável entre Euros 7.500,00 e Euros 25.000,00 (ao câmbio da época, entre R\$ 18.750,00 e R\$ 62.500,00). Assim, apesar dos valores médios serem semelhantes (R\$ 45.000,00 e R\$ 40.625,00), a modulação das taxas praticada pela AdC torna menos onerosa a tramitação das concentrações.

Os orçamentos das autoridades de defesa da concorrência (ou o custo para o cidadão). Os orçamentos das duas autoridades de defesa da concorrência demonstram alguma discrepância.

O orçamento da AdC para 2005 foi de Euros 7,8 milhões (R\$ 19,5 milhões, ao câmbio da época), para uma estrutura de 74 funcionários.

Já o orçamento do CADE executado em 2005 foi de R\$ 7.619.113,00³. Certo é que o SBDC é ainda completado pela SDE e pela SEAE, pelo que uma comparação adequada deveria levar em consideração os orçamentos destas duas secretarias.

De qualquer modo, a relação entre o orçamento e o número de assuntos tratados (concentrações e condutas) demonstra que o orçamento do CADE é bastante inferior ao da AdC.

Por outro lado, se a comparação for entre o orçamento do CADE e da AdC com o PIB do Brasil e de Portugal a diferença será igualmente importante.

A taxa de sucesso. Finalmente, cabe tentar medir a “taxa de sucesso” do direito da concorrência, ou seja, a efetividade jurídica da defesa da concorrência.

³ Dados obtidos no site do Ministério da Justiça, www.mj.gov.br na página <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5F415D03ITEMID8697EB6B91ED40F28C7E10E5D1AB2AB1PTBRIE.htm>, acessada pela última vez em 14.11.08; o orçamento do CADE executado no ano de 2007 foi de R\$ 5.537.527,00 e o orçamento da SDE executado no mesmo ano de 2007 foi de R\$ 2.322.099.

cia. Trata-se, portanto, de medir o número de vezes em que o direito da concorrência foi adequadamente aplicado, isto é, em conformidade com a lei.

Para medir esta “taxa de sucesso”, o critério deveria levar em consideração a efetividade administrativa e a efetividade judicial. Para medir a efetividade administrativa, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelo CADE que foram mantidas ou anuladas pelos tribunais. Para medir a efetividade judicial, seria necessário analisar o percentual de decisões proferidas pelos tribunais que não foram modificadas por um tribunal de instância superior.

Em Portugal, segundo o relatório da AdC para 2005, 6 decisões sancionadoras, de um total de 20, foram objeto de recurso. Sendo que 2 decisões da AdC foram confirmadas e as demais 4 ainda dependiam da conclusão do processo judicial. Em paralelo, 3 medidas cautelares contra decisões da AdC foram ajuizadas, sendo todas decididas em favor da AdC.

Estes dados da AdC demonstram uma razoável efetividade administrativa da defesa da concorrência, pois indicam (i) um baixo nível de oposição dos jurisdicionados às decisões da AdC, (ii) a inexistência de decisão judicial desfavorável à AdC.

Infelizmente, não foi possível encontrar uma fonte com relação ao Brasil que já tivesse levantado estes dados nem localizar uma fonte que os permitisse apurar. No entanto, o relatório anual do CADE indica que esta autarquia figurava como ré em 125 ações judiciais, sendo que 99 delas diziam respeito a decisões sancionadoras.

Uma pesquisa no site do STJ⁴ indicou um total de 25 decisões, sendo 4 desfavoráveis ao CADE. Já uma pesquisa no site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁵ – com competência territorial para julgar ações intentadas em face do CADE – apresentou um total de 88 decisões judiciais, sendo 19 contrárias ao CADE, no todo ou em parte. No entanto, estes resultados devem ser considerados com cautela, pois abrangem tanto decisões sobre matéria processual (tipo de recurso cabível, etc.) quanto decisões sobre direito substantivo⁶ e o universo da pesquisa não representa o universo das ações judiciais nas quais o CADE está envolvido.

⁴ Site www.stj.gov.br, acessado pela última vez em 14.11.08

⁵ Site www.trf1.gov.br, acessado pela última vez em 14.11.08

⁶ A maioria das decisões contrárias ao CADE são no sentido de redução de multa por intempestividade na apresentação de atos de concentração, tendo o TRF 1ª Região considerado o valor da multa desproporcional à infração.

4. Conclusão

Do que fica exposto, resulta que a lei portuguesa parece ser tecnicamente mais aprimorada do que a lei brasileira, além de – como é natural, pois tem menos quase dez anos do que a lei brasileira – tratar de questões mais atuais, como o abuso de dependência econômica, os auxílios de Estado, etc.

No entanto, em termos de efetividade, os resultados não apresentam uma discrepância tão importante como se poderia esperar em uma abordagem superficial. Na verdade, ambas as autoridades de defesa da concorrência tratam de um número de casos razoavelmente similar, fazendo-se os ajustes devidos à conjuntura em que atuam.

Por outro lado, o número de decisões judiciais contrárias às autoridades de defesa da concorrência é relativamente baixo, tanto em Portugal quanto no Brasil, o que demonstra que a atuação dessas autoridades de defesa da concorrência tem encontrado respaldo no Poder Judiciário.

Inobstante, é necessário considerar que a análise realizada no presente trabalho é, em grande parte, empírica e, necessariamente, incompleta e imperfeita.

Por um lado, o método empregado tem diversas deficiências, como por exemplo, não cobrir um número maior de anos e não fazer a correlação entre as decisões proferidas pelas autoridades e os processos judiciais, ou seja, não vincular cada processo judicial à decisão administrativa que o originou.

Por outro lado, seria necessário analisar o conteúdo das decisões judiciais, para determinar não apenas a matéria delas objeto, mas também qual o resultado definitivo, isto é, quando não mais couber recurso. Basta apontar que a maioria das decisões judiciais analisadas era composta por decisões interlocutórias ou decisões das quais ainda cabia recurso.

Espera-se, contudo, que o presente trabalho estimule novos estudos sobre a matéria.

POSSIBILIDADES PARA O BRASIL GARANTIR UM MELHOR ACESSO A MEDICAMENTOS À SUA POPULAÇÃO: O USO DA LICENÇA COMPULSÓRIA E A BUSCA POR PREÇOS DIFERENCIADOS

*Natali Francine Cinelli Moreira**

Resumo

Para melhorar o acesso efetivo de sua população a medicamentos, o Brasil pode – e deve – utilizar dois instrumentos importantes: a licença compulsória e a busca por preços diferenciados. Apesar de muito criticada pelos países desenvolvidos, a licença compulsória é permitida pelo Acordo TRIPS, e se for utilizada sem abusos, não viola os direitos do proprietário do bem patenteado, reduzindo, ainda, o custo dos medicamentos. A busca por preços diferenciados também é uma alternativa a ser utilizada, a negociação entre o país e a indústria farmacêutica também pode gerar uma redução drástica dos preços dos medicamentos.

1. Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem as necessidades básicas de cuidado da saúde humana. Esses medicamentos devem estar disponíveis a qualquer momento, em quantias adequadas, em doses apropriadas, devem ter boa qualidade e devem ter, também, preços acessíveis à população em geral. Em 2003, 156 Estados já possuíam uma “lista modelo” com os medicamentos considerados essenciais, sendo que essas listas podem ser inspiradas, ou não, naquelas divulgadas pela OMS.¹ O Brasil é um dos países que possuem essa lista.²

* Graduada em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estudante de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ Tal definição pode ser encontrada no site da Organização Mundial da Saúde (OMS): [http://www.who.int/medicines/services/essmedicines_def/en/index.html]. ‘Essential medicines are those that satisfy the priority health care needs of the population’. Ainda, ‘essential medicines are intended to be available within the context of functioning health

A situação da saúde no Brasil não passa por um de seus melhores momentos. De fato, dados do IBGE constataam que cerca de 40% da população não tem acesso efetivo a medicamentos essenciais. Além disso, os gastos com saúde são muito elevados, aparecendo em quarto lugar dentre as despesas familiares, atrás apenas dos gastos com habitação, alimentação e transporte. Grande parte desse gasto elevado com saúde se dá por conta dos preços elevados dos medicamentos no país, totalmente desproporcionais à renda de grande parte da população.³

Percebemos, então, que as políticas brasileiras de acesso a medicamentos não estão gerando o resultado esperado, já que quase metade de sua população não tem acesso efetivo a eles. Desse modo, o país deve apostar em novas medidas mais enérgicas para solucionar essa crise.

O forte sistema internacional de proteção à propriedade intelectual obriga os países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) a garantirem proteção patentária aos medicamentos, o que acaba por elevar o valor desses e a condenar as indústrias de medicamentos genéricos ao descrédito. O Brasil, como membro da OMC, foi obrigado a garantir essa proteção, o que acabou por tornar ainda mais precário o acesso a medicamentos no país. Ainda, não podemos nos esquecer de que o consumidor de medicamentos é um ‘consumidor certo’, ou seja, independentemente do preço que terá de pagar pelo medicamento não poderá deixar de comprá-lo. Assim, mesmo que haja um aumento brusco no seu valor, o consumidor não deixará de consumi-lo.

systems at all times in adequate amounts, in the appropriate dosage forms, with assured quality, and at a price the individual and the community can afford’. ‘The Model List is a guide for the development of national and institutional essential medicine lists. It was not designed as a global standard. However, for the past 30 years the Model List has led to a global acceptance of the concept of essential medicines as a powerful means to promote health equity. By the end of 2003, 156 Member States had official essential medicines lists, of which 99 had been updated in the previous five years. Most countries have national lists and some have provincial or state lists as well. National lists of essential medicines usually relate closely to national guidelines for clinical health care practice which are used for the training and supervision of health workers’.

² Lista disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/essencial.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

³ BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. *Propriedade Intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais*: políticas de saúde pública para países em desenvolvimento. Rio de Janeiro: ABIA, 2005, p. 11. Disponível em: [<http://www.abiaids.org.br>]. Acesso em: 23 out. 2007.

Apesar disso, o sistema internacional de proteção da propriedade intelectual, que hoje tem como principal base o Tratado TRIPS (sigla para Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), garante certas flexibilidades aos Estados signatários. Assim, políticas importantes como a licença compulsória e a busca por preços diferenciados encontram respaldo nesse acordo, o que ajuda os países membros a garantir um melhor acesso a medicamentos para sua população. Acreditamos, ainda, que o Brasil tem capacidade de usar essas duas medidas. Assim, é possível garantir um melhor acesso a medicamentos à sua população e, ao mesmo tempo, não ir contra as normas do acordo TRIPS. Não é impossível garantir o equilíbrio nessa balança.

Nesse contexto, abordamos ao longo do artigo essas duas principais ferramentas que o Brasil poderia utilizar, de forma mais eficaz, para garantir a população um efetivo acesso a medicamentos essenciais. Desse modo, a licença compulsória e a busca por preços diferenciados devem ser vistos como medidas eficientes para garantir tal acesso.

2. Análise dos instrumentos

Trataremos, então, de duas possibilidades que o Brasil poderia utilizar de forma mais eficaz para garantir à sua população um melhor acesso a medicamentos essenciais: a licença compulsória e a busca por preços diferenciados. As duas são compatíveis com as regras do tratado TRIPS e com a Lei de Propriedade Industrial brasileira (LPI). Faremos, também, breves comentários sobre a recente licença compulsória emitida pelo Brasil, atitude essa pioneira na América Latina.

2.1 Licença compulsória

A licença compulsória é uma das flexibilidades permitidas pelo acordo TRIPS. Esse tema foi alvo de controvérsias entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos desde a fase de negociações do acordo. Em novembro de 1987, durante a Rodada Uruguai, os EUA propuseram no seu ‘Proposal for Negotiations on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights’ a seguinte sugestão: ‘Governments should generally not grant compulsory licenses to patents and shall not grant a compulsory license where there is a legitimate reason for not practicing the invention such as a government regulatory review’. Em contrapartida, em julho de 1989, a Índia apresentou

um relatório no qual propunha que a licença compulsória deveria ser permitida em áreas como alimentos e fármacos, além disso, declarava que nesses casos deveria ser feita a justa compensação do detentor da patente.⁴

A divergência de opiniões continuou com a entrada em vigor do acordo, uma vez que muitos países desenvolvidos tendiam a restringir ao máximo a interpretação do art. 31 do tratado TRIPS (que cuida das utilizações do objeto da patente sem autorização do titular). Tendo em vista esse cenário, foi adotada, na Conferência de Doha, a Declaração sobre o acordo TRIPS e saúde pública. Essa Declaração ajudou a clarificar diversos pontos do acordo, inclusive a questão dos limites da licença compulsória. Assim, no seu parágrafo 5º, permite expressamente o uso da licença compulsória.

A licença compulsória é a utilização por terceiros do objeto patenteado sem o consentimento do detentor da patente. Percebemos, então, que o direito que o proprietário possui sobre o bem patenteado não é absoluto. A proteção patentária de um objeto tem sua razão de ser não somente por que assegura o direito de exclusividade e o retorno econômico àquele que desenvolveu o objeto, mas também por que protege o direito da sociedade como um todo de ter acesso a esse bem. Desse modo, a propriedade intelectual deve cumprir sua função social, havendo conflito entre interesses privados e públicos, esses últimos devem sempre prevalecer. É aqui que reside o fundamento da licença compulsória: a primazia do interesse público sobre o privado.

O acordo TRIPS no seu art. 31 prevê a utilização dessa flexibilidade, contanto que algumas condições sejam cumpridas. Destarte, esses requisitos asseguram que a licença compulsória não seja utilizada de maneira leviana e que, assim, o proprietário da patente não tenha os seus direitos ameaçados a qualquer tempo, sob qualquer alegação. Somente pode ser utilizada quando certos requisitos essenciais estiverem presentes, aumentando, assim, a segurança do detentor da patente. A LPI brasileira (lei 9.279/1996) também prevê a utilização desse instituto a partir do art. 68.

De acordo com a alínea (a) do art. 31 do acordo TRIPS a autorização da licença compulsória deverá ser considerada com base no seu mérito individual, ou seja, essa exigência impede que algum membro garanta de forma

⁴ UNCTAD. Resource Book on TRIPS and Development: an authoritative and practical guide to the TRIPS Agreement, p. 463-64. Disponível em: [<http://www.iprsonline.org/unctadictsd/ResourceBookIndex.htm>]. Acesso em: 11 ago. 2007.

prévia a autorização para a utilização desse instrumento em certos tipos de tecnologia ou empresas. Pelo contrário, cada pedido de licença compulsória deve ser analisado de forma pormenorizada para que seja verificado se esse é adequado ou não.⁵ O segundo requisito, alínea (b), refere-se às negociações prévias entre o detentor da patente e aquele que pretende utilizar a licença. Assim, esse último deve ter tentado obter uma licença voluntária ou um preço menor do objeto da patente em termos comerciais razoáveis por um período razoável de tempo. Falhando essa tentativa, pode ser utilizada a licença compulsória. Ainda, esse requisito é dispensável se a situação for de emergência nacional ou de extrema urgência, contudo, o detentor da patente deve ser notificado quanto antes da licença.

A alínea (c) trata da restrição do uso da licença, ou seja, do seu alcance e duração. Dessa forma, essa deve ter um alcance e uma duração previamente estipulados, o que não significa que ela tenha um limite mínimo ou máximo. A duração deve levar em conta o tempo necessário para a produção e a extensão do fato que levou à utilização da licença compulsória. O quarto requisito é de extrema importância, uma vez que trata da não-exclusividade da licença. Com isso, outros podem utilizar esse mesmo procedimento. O quinto requisito é o da não-transferibilidade, prevenindo, assim, que haja o desenvolvimento de um mercado de licenças compulsórias como um instrumento de valor independente.⁶ A alínea (f) trata da predominância do mercado interno, exigindo que o uso da licença seja autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do membro que a autorizou. A alínea (g) refere-se ao término da autorização de uso, determinando que o uso seja terminado quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir, ou se for improvável que elas voltem a existir. O sétimo requisito é o do direito de remuneração do titular da patente. Esse requisito, que não estava previsto na Convenção de Paris, deve ser entendido como a adequada remuneração do titular da patente, entendendo-se como adequada a quantia suficiente ou equivalente aos *standards* mínimos, mas não mais do que isso.⁷ As alíneas (i) e (j) tratam do direito ao recurso, ou seja, o direito à revisão judicial ou de qualquer outra autoridade competente dessa decisão. O artigo em questão não define qual a natureza dessa autoridade, deixando essa decisão nas mãos de cada membro. A alínea (k) trata dos ‘remédios’ contra

⁵ UNCTAD. Op. cit., p. 468.

⁶ UNCTAD. Op. cit., p. 473.

⁷ UNCTAD. Op. cit., p. 475.

as práticas anticompetitivas, sendo que nesse caso não há necessidade de se observarem as regras das alíneas (b) e (f). Por fim, o art. 31 ainda trata da exploração de patentes dependentes, ou seja, quando a exploração de uma patente exige a exploração de outra (estão intrinsecamente vinculadas).

Fábio Vargas ainda lembra que o requerente da licença compulsória deverá ter legítimo interesse e comprovada capacidade técnica e econômica para explorar de maneira eficiente o objeto da patente licenciada.⁸ Contudo, há muitos membros da OMC que não possuem essa capacidade de exploração, limitando, assim, a utilização por eles dessa flexibilidade. Em 2003 houve um avanço para esse caso por meio da adoção da Decisão Sobre a Implementação do Parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Tratado TRIPS e a Saúde Pública.⁹ O parágrafo 6 da Declaração de Doha determina que o Conselho do TRIPS defina uma imediata solução para o problema dos países membros da OMC que possuem pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico, que enfrentariam, então, dificuldades para efetivar a utilização do licenciamento compulsório. Desse modo, a Decisão sobre a Implementação do parágrafo 6, tratando desse assunto, admite que países que não possuam a capacidade de produzir medicamentos, e que conseqüentemente não conseguiriam utilizar a licença compulsória, importem esses medicamentos daqueles países que tenham essa capacidade, rejeitando o disposto no art. 31, alínea (f), que limita a licença compulsória somente à produção que abasteça o mercado doméstico.

Enfim, asseguradas as condições elencadas no art. 31 *supra* a autoridade competente de um Estado membro pode fazer uso da licença compulsória. O Brasil admite sua utilização na Lei 9.279/1996, mais conhecida como Lei de Patentes. Nessa lei há a observância dessas exigências previstas no art. 31, acima estudado. Podemos, então, dizer que ela está de acordo com as disposições do acordo TRIPS. O art. 68 da LPI prevê que poderá ser utilizada a licença compulsória se houver o uso abusivo dos direitos de patente ou se houver abuso do poder econômico. Ainda, o parágrafo 1º desse mesmo artigo determina que a não-exploração do objeto da patente no território brasileiro e a comercialização que não satisfaça a necessidade

⁸ VARGAS, Fábio Aristimunho. O direito da propriedade intelectual face ao direito de acesso a medicamentos (Tese de mestrado), São Paulo, Universidade de São Paulo, 2005, p. 61.

⁹ Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm]. Acesso em: 22 set. 2007.

do mercado também podem ser causas da utilização compulsória da patente. Reconhece o art. 71 mais uma situação na qual possa ser utilizada a licença sem autorização do seu titular: nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados pelo Poder Executivo nacional.

Em 30 de maio de 2000, os EUA instauraram um painel contra o Brasil por considerarem o art. 68, parágrafo 1º, contrário às disposições do Acordo TRIPS. Assim, os EUA consideraram a exigência da produção local do objeto da patente contrária às obrigações assumidas pelo Brasil em relação aos artigos 27 e 28 do TRIPS. Contudo, esse mesmo país, que deu iniciativa ao painel, pediu poucos meses depois para que esse fosse extinto, uma vez que acabou acordando com o Brasil que antes da aplicação dessa norma haveria negociações bilaterais entre esses dois países.¹⁰

A licença compulsória relativa aos casos de emergência nacional e interesse público (regulada pelo art. 71 da LPI) também é regulamentada no Brasil pelos decretos presidenciais n. 3201 de 06 de outubro de 1999 e n. 4830 de 04 de setembro de 2003. De acordo com essas normas, o ministro da saúde deve declarar o estado de emergência nacional ou o interesse público. Ainda, a concessão de ofício da licença baseada em um desses dois casos será apenas para uso público não comercial e essa exploração poderá ser realizada diretamente pela União ou por terceiros contratados ou conveniados (porém, mesmo que explorada por terceiros, permanece impedida a reprodução do objeto da patente para outros fins). O art. 10 do decreto n. 3201 ainda permite a importação do produto objeto da patente nos casos em que não seja possível o atendimento às situações de emergência nacional ou interesse público com o produto colocado no mercado interno, ou se mostre inviável à fabricação em território nacional, seja por terceiros ou pela própria União. Nesse caso, ao adquirir o objeto da patente, a preferência será dada àquele produto que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

Apesar de sua utilização ser permitida pelo tratado TRIPS, pela Declaração de Doha e pela legislação da grande maioria dos membros da

¹⁰ BASSO, Maristela; SALOMÃO FILHO, Calixto; POLIDO, Fabrício; CÉSAR, Priscilla. Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil, p. 134. Disponível em: [http://www.idcid.org.br/]. Acesso em: 22 set. 2007.

OMC¹¹ a licença compulsória ainda é muito pouco utilizada pelos países subdesenvolvidos, mesmo por aqueles que têm a capacidade industrial de produzir medicamentos. Isso se dá principalmente pela disseminada percepção de que a licença compulsória seria um entrave ao incentivo à inovação. Colleen Chien nos apresenta a opinião expressa de Richard Tren, um grande executivo da indústria farmacêutica: “[t]hreatening compulsory licensing will only act as a disincentive to the development and marketing of new drugs”.¹² Assim, devido a opiniões como essa, difunde-se a equivocada idéia de que o uso desse instrumento implicaria em uma diminuição nos gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Chien mostra-nos que há dois fatores decisivos no que se refere ao estudo do impacto da licença compulsória no investimento à inovação: se a empresa pode prever a utilização da licença compulsória sobre um medicamento que produz (‘predictabilidade’) e a importância do mercado afetado pela licença (‘importância’). Nos casos que foram estudados, quando houve a ausência desses dois fatores, o autor não constatou nenhuma mudança significativa no nível de investimento em P&D. A própria autora reconhece que o número de casos analisados é pequeno (apenas seis casos), contudo, afirma que se a licença for utilizada levando-se em conta esses dois fatores apresentados, não haverá uma redução drástica no nível de investimento. Vale ressaltar que a crença de que a licença compulsória não reduz os custos em P&D não é uma posição isolada dessa autora.¹³

Levando em consideração esse estudo, e a opinião de outros grandes doutrinadores, podemos constatar que a licença compulsória é uma arma a ser considerada na luta a favor de um maior acesso a medicamentos essenciais, seja no Brasil ou em outros países em desenvolvimento. Edith Penrose, em estudo clássico da década de 50, já observava que:

¹¹ OH, Cecilia. Compulsory licenses: recent experiences in developing countries. Disponível em: [<http://www.inderscience.com/storage/f112289710311564.pdf>]. Acesso em 22 de setembro de 2007.

¹² CHIEN, Colleen. Cheap drugs at what price to innovation: does the compulsory licensing of pharmaceuticals hurt innovation? P.4. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=486723]. Acesso em 23 de setembro de 2007.

¹³ Citando alguns exemplos de outros autores que aceitam essa tese: Jerome Reichman, Catherine Hsenzahl, Edith Penrose, Gabriela Costa Chaves, Juana Kweitel e Renata Reis.

The second method of reducing the cost of the patent monopoly is that of compulsory licensing. This is by far the most effective and flexible method and enables the state to prevent most of the more serious restrictions on industry. It could be used very effectively to undermine the monopoly power of several of the more powerful international cartels whose position is largely based on their control of the patent rights to industrial process in the larger industrial countries; and it could be used to ensure that patented new techniques developed abroad are available to domestic industries wishing to use them.

Ainda, Maristela Basso, citando Fábio Comparato, lembra-nos que o direito de propriedade intelectual é um direito-meio e não um direito-fim, uma vez que esse não pode ser protegido quando se transforma em instrumento de exclusão, devendo somente ser defendido quando for utilizado como meio de preservação de uma vida digna para todos.¹⁴ Desse modo, quando houver abuso do detentor da patente ou quando há uma situação de emergência nacional ou interesse público, o direito de monopólio do detentor da patente deve ser posto de lado para que seja protegido o interesse da população de um modo geral, sendo a licença compulsória um dos instrumentos adequados para tal prática.

Apesar do número de licenças compulsórias conseguidas até hoje não ser muito grande, países como o Canadá e os EUA já fizeram uso desse instituto por algumas vezes. A utilização desse tipo de licença foi o grande incentivo para o desenvolvimento da indústria de genéricos no Canadá. O uso das licenças foi tão eficaz que esse país chegou a produzir alguns dos medicamentos mais baratos dentre os países desenvolvidos. Foi tão eficaz que entre 1969 e 1992 foi utilizada 613 vezes. Contudo, desde a década de 1990, o Canadá não só tem feito pouco uso da licença como vem adotando um discurso cada vez mais pró-patente. Essa postura vem sendo adotada pela maioria dos países desenvolvidos, que depois de já terem desenvolvido sua indústria de medicamentos, lutam para que os países em desenvolvimento não consigam desenvolver as suas.¹⁵

¹⁴ BASSO; SALOMÃO FILHO; POLIDO; CÉSAR. Op. cit. p. 146.

¹⁵ REICHMAN, Jerome; HSENZAHN, Catherine. Non-voluntary Licensing of Patented Inventions: History, TRIPs, and Canadian and United States Practice, p. 4. Disponível em: [<http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/ReichmanBridgesYear6N7Oct2002.pdf>]. Acesso em: 05 out. 2007.

Não só países desenvolvidos como o Canadá e os EUA já utilizaram a licença, mas também países em desenvolvimento e até mesmo países de menor desenvolvimento relativo. Desse modo, países como Zimbábue, Moçambique e Zâmbia já utilizaram a licença para permitir a produção local de medicamentos utilizados no combate à AIDS. Outros como a Malásia já autorizaram a importação de remédios genéricos de outros países, uma vez que não possuía a capacidade necessária para produzir o medicamento internamente. Nesses casos apresentados, o uso da licença ajudou efetivamente a melhorar o tratamento de AIDS utilizado em cada país. No caso específico da Malásia, o conjunto dos remédios Combivir e Efavirenz custava US\$ 362.63 por mês, com a importação dos genéricos passou a custar US\$ 115.14 por mês.¹⁶

Uma peculiaridade da indústria farmacêutica, e da indústria alimentícia também, cumpre um papel fundamental para que a licença compulsória possa se tornar uma realidade no acesso a medicamentos essenciais: a engenharia reversa. Há certa dificuldade dos países em desenvolvimento ao utilizarem a licença compulsória já que essa exige que a empresa licenciada possua além da capacidade técnica para produzir o produto patentado, as informações necessárias para a produção. Com a engenharia reversa, a empresa licenciada pode descobrir detalhes do processo e chegar do mesmo modo, ou de outro, ao produto final. Assim, tendo a capacidade técnica necessária, podem chegar pela engenharia reversa a uma cópia genérica do produto.¹⁷

Tratando da capacidade para produzir medicamentos, o Brasil possui grandes laboratórios em seu território que são capazes, por meio da engenharia reversa, ou de qualquer outra técnica necessária, de produzir medicamentos que foram alvos de licenças compulsórias. Levando em conta remédios utilizados no tratamento da AIDS, que demandam verbas muito altas do governo brasileiro (ver próximo tópico), a Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (Abia), realizou um estudo que comprovou que o Brasil possui a capacidade técnica e a habilidade para produzir medicamentos utilizados no tratamento de pacientes infectados com o vírus da AIDS. Para a realização desse estudo foram visitados quatro grandes laboratórios farmacêuticos durante o primeiro quadrimestre de 2006. A conclusão foi a de que esses laboratórios estão aptos a produzir um volume significativo de

¹⁶ OH. Op. cit.

¹⁷ VARGAS. Op. cit. p. 63.

princípios ativos necessários para tais medicamentos, contudo as instalações dessas fábricas devem ser revistas para se adequarem aos padrões da Organização Mundial da Saúde.¹⁸

Vale ressaltar, ainda, que a licença compulsória também pode servir como um instrumento de pressão contra os grandes laboratórios farmacêuticos. O Brasil já a utilizou três vezes dessa forma: em 2001, para reduzir o preço do medicamento Nelfinavir; em 2003 conseguiu reduzir o preço de mais cinco medicamentos (Efavirenz, Nelfinavir, Lopinavir, Tenofovir e Atazanavir); em 2005 o alvo das negociações foi o medicamento Kaletra. Destarte, sob a ameaça real de ocorrer o licenciamento compulsório de um de seus medicamentos, grandes laboratórios tendem a diminuir o preço de alguns medicamentos para não ter um prejuízo maior, ou seja, tendo um de seus remédios compulsoriamente licenciado. Esses três casos ocorridos no Brasil serão estudados de modo mais aprofundado no ponto 4.1.2.

Tendo em vista o que foi exposto até o momento, o uso da licença compulsória é uma atitude permitida pelo maior acordo internacional referente ao assunto (TRIPS) e, no caso específico do Brasil, é um instituto também permitido pela sua legislação interna (LPI e decretos presidenciais números 3.201 e 4.830). Apesar da crença difundida de que o uso dessa licença seria prejudicial aos investimentos em P&D, já demonstramos, apoiados na doutrina especializada, que ela não produz uma diminuição na inovação, podendo, portanto, ser uma opção real para aumentar o acesso a medicamentos. Além disso, a produção de medicamentos ainda tem o trunfo de poder apoiar-se na engenharia reversa, que facilita o uso da licença para produzir os medicamentos essenciais. Contudo, apesar de todos esses pontos favoráveis, a licença compulsória deve ser usada com muita cautela.

Desse modo, ainda que seja uma opção viável para os países em desenvolvimento – e o é –, ela somente deve ser utilizada quando todos os requisitos do art. 31 do tratado TRIPS e da legislação nacional de cada país forem cumpridos. A propriedade sobre um bem é um direito de seu proprietário, que só deve ser expropriado de seus direitos quando a situação for de extrema importância. Assim, esse instrumento não pode ser banalizado, utilizado de qualquer forma a qualquer momento, só deve ser utilizado de acordo com todas as condições impostas pelos diplomas normativos. Porém,

¹⁸ FORTUNACK, Joseph M.; ANTUNES, Octavio A.. A produção de ARVs no Brasil – Uma avaliação. Disponível em: [<http://www.abiaids.org.br/media/ARV.pdf>]. Acesso em: 10 out. 2007.

quando a situação for gritante, a licença compulsória não só pode, mas deve ser usada por um Estado, principalmente quando tratamos do acesso a medicamentos essenciais. O direito à saúde de uma população deve ser priorizado em relação ao direito de um proprietário de uma patente de manter a exploração exclusiva de um medicamento.

No caso específico do Brasil, além de ter uma legislação interna que permite o uso da licença, ainda possui a capacidade técnica para a produção dos medicamentos que forem alvos da licença. Uma vez superado o mito de que o uso da licença compulsória seria um entrave aos investimentos na indústria farmacêutica, podemos concluir que o Brasil deve utilizar esse instrumento quando a situação assim o exigir. A licença compulsória é uma arma eficaz na luta pelo acesso aos medicamentos essenciais, possibilitando que seja produzido em território nacional medicamentos que são importados de outros países, e que por isso são muito caros, elevando significativamente os gastos do governo e da população, em geral, com esses produtos. Mesmo que não seja utilizada efetivamente, possui seu valor como instrumento de pressão. Se utilizada de um modo sério e consciente pode ser um caminho concreto e eficaz para o real acesso a medicamentos essenciais pela população brasileira.

2.1.1 A licença compulsória do Efavirenz no Brasil

Por meio do decreto presidencial n. 6108 de 04 de maio de 2007, foi concedido, em território brasileiro, a licença compulsória do medicamento anti-retroviral Efavirenz. Tal licença teve como base o interesse nacional. Desse modo, apoiando-se no art. 71 da LPI e nos decretos presidenciais n. 3201 de 06 de outubro de 1999, e n. 4830 de 04 de setembro de 2003, o interesse nacional é uma das causas legais para uso de tal licença.

Há anos que a epidemia de AIDS assola o país, e cada ano o número de infectados vem aumentando. Somente no Brasil, estima-se que hoje há cerca de 620 mil pessoas que estejam infectadas por esse vírus. Em 1983, foram diagnosticados os primeiros casos da doença no Brasil, que só tenderam a aumentar ano após ano.¹⁹ A altíssima taxa de mortalidade dentre os

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. História do Programa Nacional de combate à AIDS. Disponível em: [<http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISBD1B398DITEMIDCF21498585DB4D9F8F812B75B92305DAPTBRIE.htm>]. Acesso em: 12 out. 2007.

infectados, a falta de informação e a discriminação faziam com que aqueles que contraíam a doença acreditassem que estivessem recebendo uma ‘sentença de morte’. Com esse cenário em mente, o governo brasileiro, em 1996, decidiu adotar uma política de acesso universal de medicamentos a portadores do vírus da AIDS, visando à diminuição da taxa de mortalidade e ao incentivo ao tratamento no estágio inicial da doença, que além de custar muito menos que o tratamento de pessoas já em estado avançado, é muito mais eficaz. Desse modo, iniciou-se a distribuição de medicamentos pelo Programa Único de Saúde (SUS). Esse compromisso de acesso universal de medicamentos a portadores do vírus da AIDS tem como base os princípios do SUS, a Lei 9.313 de 1996 e a própria Constituição Federal.²⁰

Esse programa ao longo desses 11 anos tem demonstrado que está conseguindo alcançar seus dois principais objetivos: reduzir a taxa de mortalidade entre os infectados e incentivar o tratamento logo no início da doença, caindo de forma significativa os gastos do governo com esse programa e aumentando as chances de uma melhor qualidade de vida para os pacientes. Hoje, está consolidado como um marco. Integrando aspectos preventivos e assistenciais, é atualmente visto como uma referência internacional, uma ajuda imprescindível àqueles que foram infectados com o vírus HIV. Contudo, desde o advento do tratado TRIPS, e a obrigatoriedade da proteção patentária de fármacos, os gastos do governo com os medicamentos aumentaram. Ainda que oito dos quinze medicamentos distribuídos pelos SUS sejam produzidos nacionalmente, os outros sete necessitam ser importados, e eles são muito caros, gerando um gasto enorme para o governo, porém, são indispensáveis, os pacientes necessitam deles. Dentre eles está o Efavirenz, produzido pelo laboratório Merck Sharp & Dohme.

O Efavirenz é o medicamento mais utilizado na terapia anti-retroviral²¹ e, infelizmente, não é produzido no Brasil, necessitando ser importado pelo governo, que está sujeito tanto ao valor que a empresa Merck queira cobrar por ele, já que ela é a detentora dessa patente, e da variação do câmbio do dólar. Atualmente, 38% dos pacientes em tratamento anti-retroviral

²⁰ CHAVES, Gabriela Costa. Perguntas e respostas sobre o licenciamento compulsório do medicamento Efavirenz no Brasil, p. 5. Disponível em: [<http://www.abiaids.org.br/media/EFAVIRENZ.pdf>]. Acesso em: 11 out. 2007.

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Efavirenz: Questões sobre o licenciamento compulsório. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalle.cfm?co_seq_noticia=29719]. Acesso em: 13 out. 2007.

no Brasil utilizam esse medicamento, ou seja, cerca de 70.000 pacientes. Estima-se que até o fim do ano esse número terá sido elevado para 75 mil (lembrando que o número total de pessoas em tratamento anti-retroviral hoje no Brasil é de 200 mil pessoas).²²

O medicamento em questão é vital para a continuidade do tratamento de todos esses pacientes, contudo ele é caro: o custo atual é de US\$ 1,59 por comprimido, ou seja, isso gerava um gasto de US\$ 42.930,00 para o governo brasileiro, cerca de US\$ 580 por paciente por ano só para adquirir um dentre os 15 medicamentos necessários para o tratamento anti-retroviral. Desde 1996, o Brasil vem cumprindo com sua política de garantir o acesso universal a medicamentos para pacientes portadores do vírus da AIDS, porém, com preços tão exorbitantes, esse programa, e conseqüentemente, os pacientes, poderiam ser prejudicados.

Tendo em vista esse cenário, o governo brasileiro iniciou negociações em novembro de 2006 com o laboratório Merck para reivindicar a redução do preço do medicamento. Levou em consideração o fato de o laboratório estabelecer preços diferenciados para diversos países. Desse modo, a Merck leva em consideração fatores como o IDH e a prevalência do vírus HIV em um país para fazer com que os preços do Efavirenz variem de US\$ 277,40 a US\$ 697,00 por paciente/ano. Contudo, o preço no Brasil se mantinha estagnado desde 2003. O laboratório ignorava fatores importantes presentes no Brasil, como o grau de acesso da população ao tratamento, o número absoluto de pacientes que utilizam a droga ou se ele é utilizado como terapia inicial, que é o caso do Brasil. Assim, desconsiderando tais fatores, o laboratório ainda continuava a manter o preço de tal medicamento muito alto para o governo brasileiro. Exemplificando, o valor cobrado aqui é 136% maior que aquele ofertado à Tailândia, que apenas viabiliza o acesso universal a 60% dos pacientes portadores de AIDS, cerca de apenas 17.000 pessoas.²³

As negociações foram iniciadas com uma proposta da Merck de reduzir em 2% o valor do medicamento. Contudo, o governo brasileiro viu essa diminuição como insuficiente, dizendo que aceitaria uma redução que diminuísse o preço para um valor que se assemelhasse àquele oferecido à Tailândia (US\$ 20,21 por frasco com 30 comprimidos). O laboratório não

²² BRASIL. Ministério da Saúde. Efavirenz: Questões sobre o licenciamento compulsório. Op. cit.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Efavirenz: Questões sobre o licenciamento compulsório. Op. cit.

aceitou essa proposta, porém, ofereceu um acordo de cooperação com o laboratório brasileiro Farmanguinhos para transferir a tecnologia da produção desse medicamento até 2011, contudo essa data era muito próxima daquela da expiração dessa patente, o que não traria grandes vantagens para o Brasil, fazendo com que o governo recusasse essa proposta.²⁴

Tendo em vista a dificuldade de negociação entre o Laboratório e o governo brasileiro, que não conseguiam chegar a nenhum acordo favorável a ambos os lados, e os gastos altíssimos do governo com a compra do Efavirenz, que poderia prejudicar o programa de acesso universal a medicamentos para pacientes infectados com o vírus HIV, em 4 de maio de 2007, foi decretada a licença compulsória de tal medicamento, garantindo o pagamento de royalties²⁵ ao laboratório Merck (1,5% em relação aos medicamentos fabricados ou importados de outros laboratórios sob a licença). Já demonstramos que essa licença tem previsão legal tanto em tratados internacionais (TRIPS) quanto na legislação nacional (LPI), portanto, não foi uma manobra ilegal do governo. Já foi demonstrado, também, que essa é uma arma a ser considerada na luta por um maior acesso a medicamentos, não só no Brasil quanto em outros países em desenvolvimento.

Essa atitude, pioneira na América Latina²⁶ foi um grande passo para o Brasil. Apesar das críticas dos grandes laboratórios, essa atitude é legal, só aconteceu depois de muitas negociações frustradas, acabando por se tornar a única atitude viável, e não servirá como um entrave às relações do Brasil com as indústrias farmacêuticas. Tadeu Alves, presidente da divisão latino-americana do laboratório Merck, em entrevista à revista *Veja*, disse que a percepção da Merck do Brasil já não mais será a mesma.²⁷ É pouco provável que a percepção desse laboratório, ou de outros multinacionais, mudem em

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Efavirenz: Questões sobre o licenciamento compulsório. Op. cit.

²⁵ Agencia Brasil. Licenciamento compulsório do Efavirenz é publicado no Diário Oficial. Disponível em: [<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/07/materia.2007-05-07.2044108916/view>]. Acesso em: 11 out. 2007.

²⁶ KWEITEL, Juana; REIS, Renata. 'A primeira licença compulsória de medicamentos na América Latina', Pontes, entre o comércio e o desenvolvimento sustentável, São Paulo, Junho 2007, Vol.3, N.3, p. 26. Disponível em: [<http://www.ictsd.org/monthly/pontes>]. Acesso em: 08 out. 2007.

²⁷ REVISTA VEJA. 'O Brasil criou empregos na Índia', São Paulo, 16 de maio de 2007, ed. 2008. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/160507/p_058.shtml]. Acesso em: 14 out. 2007.

relação ao Brasil, ou que essa licença venha a abalar de modo significativo o relacionamento delas com o país. Isso se deve ao fato de o Brasil representar o décimo maior mercado de medicamentos do mundo.²⁸ Desse modo, as indústrias farmacêuticas não têm interesse em abrir mão de um mercado tão importante como esse. Desde que o uso da licença compulsória não se torne uma rotina (ver ponto 4.1), e banalize o direito de exclusividade do detentor da patente, as chances do uso desse instrumento abalarem as relações do Brasil com as empresas farmacêuticas são muito baixas. O ministro da Saúde já declarou que a licença compulsória do Efavirenz foi um caso circunscrito, ou seja, deixou claro que esse instrumento só será utilizado quando as circunstâncias exigirem, e cumprindo todos os requisitos exigidos pelos diplomas legais, porém o próprio governo não nega a possibilidade de esse instrumento ser utilizado outra vez, focando outros medicamentos.²⁹

As negociações com o laboratório Merck foram marcadas, também, pelo apoio da sociedade civil através de muitas ONGS. Para elas, a licença sela o compromisso governamental com a continuidade do Programa Nacional de combate à AIDS. De acordo com Marcela Vieira, advogada da Conectas Direitos Humanos, ‘A possibilidade sinalizada pelo governo de fazer uso da licença compulsória para outros medicamentos é extremamente positiva, pois, visa a assegurar a sustentabilidade não apenas do Programa Nacional DST/Aids, mas também de todo o sistema público de saúde’.³⁰

Essa não é a primeira vez que o Brasil trata da licença compulsória na área de fármacos. Em outras três oportunidades a utilizou como instrumento de pressão, mas não a havia utilizado efetivamente, como aconteceu com o Efavirenz. Em 2001, o então Ministro da Saúde José Serra chegou a anunciar o licenciamento compulsório do Nelfinavir, produzido pelo laboratório Roche, contudo, no mesmo dia, foi revogada a licença, já que o laboratório em questão concordou em reduzir o preço do medicamento em 40%. Em 2003, tal instrumento foi utilizado outra

²⁸ CHAVES, Op. cit., p. 14.

²⁹ Gestos – soropositividade, Comunicação e Gênero. Clipping AIDS: Temporão diz que quebra de patente de remédio anti-AIDS foi caso específico. Disponível em: [<http://www.gestospe.org.br/web/noticias/conteudo1/?conteudo=577291361&autenticacao=0,4319064>]. Acesso em: 14 out. 2007.

³⁰ Conectas Direitos Humanos. Notícias: Governo brasileiro decreta licenciamento compulsório do Efavirenz. Disponível em: [http://www.conectas.org/noticia.php?not_id=122]. Acesso em: 11 out. 2007.

vez para tentar reduzir o preço desse mesmo medicamento. Foi somente em janeiro de 2004 que o Ministro da Saúde Humberto Costa desistiu da medida, já que conseguiu a redução do preço não só do Nelfinavir, mas também de outros quatro medicamentos (Lopinavir, Efavirenz, Tenofovir e Atazanavir). Por fim, em junho de 2005, o objeto da discussão era o medicamento anti-retroviral Kaletra. O Presidente Luis Inácio Lula da Silva e o Ministro Humberto Costa chegaram a assinar um decreto no qual tal medicamento passaria a ser de interesse público, contudo, as negociações com o laboratório Abbott, que fabrica o medicamento, foi um desastre e muitas cláusulas abusivas foram aceitas. Algumas ONGS denunciaram esses aspectos abusivos e ingressaram na Justiça Federal para obrigar o Poder Executivo a licenciar compulsoriamente o Kaletra, mas até hoje esse licenciamento ainda não ocorreu. Assim, como já havíamos mostrado anteriormente, a licença compulsória também é um instrumento que pode ser utilizado para pressionar os grandes laboratórios a diminuir os preços de alguns medicamentos.³¹

Enfim, ainda é muito cedo para dizer quais serão as consequências da utilização dessa licença compulsória. Contudo, podemos esperar um cenário mais otimista, já que a produção do Efavirenz em território brasileiro fará com que os custos com esse medicamento sejam muito menores em comparação àqueles que vigoravam antes da utilização desse instrumento. Em um primeiro momento esse remédio será importado de três laboratórios indianos (Cipla, Ranbaxy e Aurobindo³²), mas já está previsto que no início de 2008 o Efavirenz será produzido no Brasil. O ministro José Temporão afirmou que o montante economizado com esse medicamento será revertido para o programa anti-Aids, auxiliando, assim, a continuidade do compromisso do acesso universal a medicamentos por pacientes com AIDs, garantido pelo Brasil a seus cidadãos.³³

³¹ KWEITEL; REIS. Op. cit. p. 26-27.

³² Agência Brasil. Licenciamento compulsório do Efavirenz é publicado no Diário oficial. Disponível em: [<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/05/07/materia.2007-05-07.2044108916/view>]

³³ Gestos – Soropositividade, Comunicação e Gênero. Clipping AIDS: Economia com genérico de Efavirenz irá para o próprio programa anti-AIDS, diz secretário. Disponível em: [<http://www.gestospe.org.br/web/noticias/conteudo1/?conteudo=98986959&autenticacao=0,6558805>]. Acesso em 13 de outubro de 2007.

2.2 A busca por preços diferenciados

Trataremos agora de uma segunda possibilidade que o Brasil poderia utilizar de forma mais eficaz para garantir a sua população um melhor acesso a medicamentos essenciais: a busca por preços diferenciados.

Também conhecido como *differential* ou *equity pricing* pela doutrina estrangeira, os preços diferenciados são os preços adaptados ao poder de compra dos diferentes países. Desse modo, o vendedor do medicamento cobraria um preço menor pelos medicamentos essenciais àqueles países que possuíssem um menor poder de compra. Assim, dessa definição vale ressaltar que os preços diferenciados seriam aplicados a medicamentos essenciais, e não a qualquer medicamento indistintamente, e o público-alvo desses preços diminuídos seriam os países em desenvolvimento e os países de menor desenvolvimento relativo. De acordo com Pérez-Casas e Ford, citados por Maristela Basso e Fabrício Polido:³⁴

Equity pricing is based on principle that poor should pay less for, and have access to, life-safing, essential medicines. The final aim is to make essential drugs available at a price that is fair, equitable and affordable for all in need. Access to essential drugs should not be a luxury of the privileged few. It is a matter of social equity and justice.

Sabe-se que a situação da saúde nos países em desenvolvimento e nos países de menor desenvolvimento relativo está deplorável, principalmente no que diz respeito ao acesso a medicamentos que combatem doenças como a AIDS, a malária e a tuberculose. No Brasil, a situação não é diferente. De acordo com dados do IBGE, 40% dos brasileiros não têm acesso efetivo a medicamentos essenciais. Dentre os gastos dos brasileiros, as despesas com saúde aparecem em quarto lugar, atrás apenas dos gastos com habitação, alimentação e transporte.³⁵ Com esse cenário em mente, o governo brasileiro deve pensar em alternativas para sanar essa situação. Como já foi exposto, a licença compulsória é uma das medidas que devem ser levadas em consideração em um momento como esse, bem como a busca por preços diferenciados, ou seja, a busca por medicamentos mais baratos à sua população.

³⁴ BASSO; POLIDO. Op. cit., p. 12.

³⁵ BASSO; POLIDO. Op. cit. p. 11.

Quando tratamos de acesso a medicamentos o preço não deve ser visto como a única variável importante, apesar de ser fundamental. Assim, outros aspectos relevantes que impedem o efetivo acesso a medicamentos essenciais são, por exemplo, a tributação inadequada e desproporcional sobre os medicamentos, sistemas de saúde precários e dificuldade na distribuição dos medicamentos. Contudo, apesar de não podermos deixar de considerar essas outras ‘barreiras’, o preço alto dos medicamentos é um dos principais fatores impeditivos de um acesso mais digno a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil. Ainda, essas ‘barreiras’ contribuem para que os preços dos medicamentos sejam mais altos nos países em desenvolvimento. De acordo com J. D. Quick, citado por Maristela Basso e Fabrício Polido:³⁶

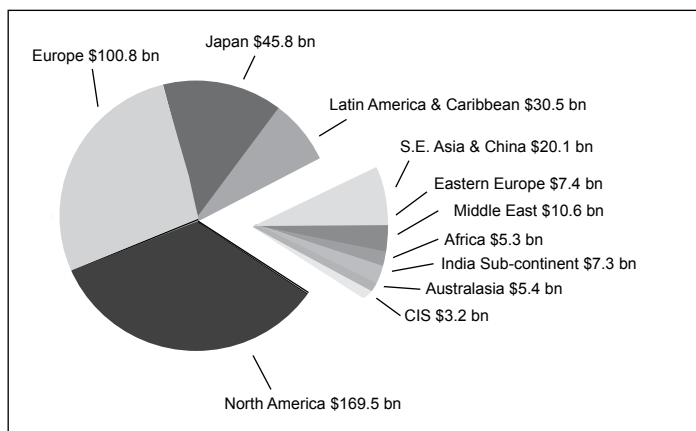
In high income countries, consumer prices are rarely more than twice the producer or importer price. But in low-income countries, the combined effects of multiple middlemen, taxes, duties, distribution costs and retail margins result in a final price that is commonly more than double – and sometimes three to five times – the producer or importer price. Reducing the final price of medicines to health systems and to consumers depends on transparent price information, generic and therapeutic competition to reduce producer and importer prices, greater distribution efficiency, reasonable dispensing fees, and elimination of duties and taxes on essential medicines.

A busca por preços diferenciados deve ser vista como uma opção viável uma vez que atende aos interesses tanto da indústria farmacêutica, quanto das populações que necessitam dos medicamentos. Desse modo, mesmo que os medicamentos sejam vendidos a um preço mais baixo, as indústrias continuam recebendo pelos medicamentos fabricados, o que garante o retorno do dinheiro investido na produção do medicamento e a continuidade do investimento em Pesquisa e Desenvolvimento. Isso se dá, principalmente, por que o mercado que se beneficiaria com esse preço reduzido é o mercado dos países em desenvolvimento, que representa apenas uma pequena fatia do mercado farmacêutico. Por meio da análise da figura a seguir, podemos perceber que o mercado dos países desenvolvidos, representado pela Europa, EUA e Japão, equivale a 85.2% do mercado consumidor dos produ-

³⁶ BASSO; POLIDO. Op. cit. p.14.

tos farmacêuticos, ou seja, os países em desenvolvimento não representam nem ¼ desse mercado consumidor.

Figura: Mercados Consumidores de Medicamentos



Fonte: [<http://www.imsglobal.com/insight/report/global/report.htm>]

Além disso, as indústrias farmacêuticas poderiam cobrar menos por seus produtos que ainda teriam uma grande receita para investir em novas tecnologias e pesquisa. De acordo com Maristela Basso e Fabrício Polido, há uma clara diferença entre as margens de lucro de uma indústria farmacêutica com a venda de seus produtos e a efetiva receita que é necessária para cobrir os custos necessários à Pesquisa e Desenvolvimento (P&D). Assim, ganham muito mais do que efetivamente é necessário para a manutenção da P&D, podendo, portanto, cobrar um valor menor pelos medicamentos nem que seja apenas nos países em desenvolvimento. Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico mostram que a indústria farmacêutica é o segmento mais lucrativo da indústria nos últimos anos.³⁷

Ademais, não só as indústrias farmacêuticas se beneficiam dos preços diferenciados, mas também a população dos países em desenvolvimento. Preços diferenciados significam preços reduzidos, ou seja, medicamentos disponíveis a preços mais baixos, aumentando, assim, o acesso da população a eles. Além disso, preços menores também garantem que os governos dos países em desenvolvimento, como o Brasil, consigam comprá-los em

³⁷ BASSO; POLIDO. Op. cit. p. 18-20.

maior escala, aumentando a distribuição desses à sua população. Há diversos países, como o Brasil, que garantem constitucionalmente o direito à saúde. Desse modo, a compra de medicamentos é essencial para a manutenção desse direito, garantido no art. 196 da Constituição brasileira. 'Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'.

Além disso, como já foi dito, o Brasil mantém um programa de acesso universal de medicamentos a doentes vítimas da AIDS. A manutenção desse programa depende, definitivamente, da possibilidade do governo de adquirir os medicamentos necessários, o que só é possível se os preços desses não forem exorbitantes.

Desse modo, a busca por preços diferenciados atende tanto aos interesses da indústria farmacêutica como os das populações que necessitam de um acesso mais efetivo a medicamentos essenciais. Essa busca pode se dar por diferentes maneiras.³⁸ Citaremos aquelas que podem ser aproveitadas pelo Brasil:

1. Descontos negociados bilateralmente: um dos modos de conseguir preços mais baixos de medicamentos é a negociação entre o país que busca esse desconto e a própria indústria produtora. Ninguém melhor que a indústria que produz o medicamento para dizer qual o valor máximo de desconto possível, baseando-se nos seus custos e na rentabilidade do produto.³⁹ O Brasil tem um grande poder de barganha quando se trata de buscar preços reduzidos, já que é o décimo maior mercado consumidor de medicamentos. Não interessa a nenhuma indústria farmacêutica perder um mercado como esse.
2. Licenças voluntárias: outro modo de adquirir preços diferenciados é através das licenças voluntárias. É uma forma de exploração indireta do direito industrial, concedida pelo titular da propriedade industrial a outro empresário. Assim, o detentor da patente, por

³⁸ WHO-WTO. Report of the Workshop on Differential Pricing and Financing of Essential Drugs, Høsbjør, Noruega, Abril de 2001, p 14. Disponível em: [http://www.who.int/medicines/par/equitable_pricing.doc]. Acesso em: 28 out. 2007.

³⁹ WHO-WTO. Op. cit. p. 15.

meio de um contrato, autoriza a exploração do objeto da patente pelo outro contratante, sem, contudo, transferir-lhe a propriedade dessa patente. Permitem a produção local do medicamento e o conseqüente barateamento do produto final. Além disso, há também a transferência de tecnologia para o país licenciado.⁴⁰ O Brasil possui a capacidade manufatureira para produzir tais produtos (ver item 4.1) e um grande mercado consumidor.

3. Licenças compulsórias: a existência plausível do uso de uma licença compulsória também é muito útil para pressionar as grandes indústrias a reduzirem os preços dos medicamentos. O medo de ver o objeto de sua patente utilizado sem sua autorização por outro país faz com que elas aceitem diminuir o preço de alguns medicamentos.⁴¹ Já demonstramos a eficiência desse método e a utilização dele pelo Brasil em diversas situações (item 4.2).

Muitos doutrinadores apontam para o risco dos medicamentos vendidos a um preço mais barato em países em desenvolvimento serem revendidos clandestinamente por um preço também menor nos países desenvolvidos. Esse risco realmente existe, porém há mecanismos para que ele seja evitado. Desse modo, os produtores devem diferenciar os produtos vendidos a preços menores a partir do uso de marcas ou embalagens diferentes e, ainda, os países compradores de medicamentos vendidos com um preço diferenciado devem comprar uma quantidade que sirva estritamente para abastecer seu mercado interno. Além disso, devemos ressaltar o papel das autoridades reguladoras, das autoridades das aduanas e o controle da exportação e importação desses produtos como essenciais para evitar que os produtos vendidos a preços diferenciados ‘vazem’ (*leakage*) para os países desenvolvidos.⁴²

Por fim, o Brasil já utiliza o mecanismo da busca por preço diferenciado, contudo, poderia fazê-lo mais frequentemente e de modo já eficaz. Já demonstramos que esse é um mecanismo que garante o equilíbrio entre indústria farmacêutica e consumidores de medicamentos. Além disso, há diversos métodos pelos quais ele pode tornar esse mecanismo real, sendo que o da ameaça do uso de licença compulsória já foi utilizado com sucesso

⁴⁰ WHO-WTO. Op. cit. p. 16.

⁴¹ WHO-WTO. Op. cit. p. 17.

⁴² WHO-WTO. Op. cit. p. 18-19.

por ele. A busca por preços diferenciados é essencial para que o país garanta a sua população o direito constitucionalmente adquirido de acesso à saúde e a manutenção de programas sociais como o do acesso universal a medicamentos por pacientes infectados com o vírus da Aids.

3. Conclusão

O sistema internacional de proteção da propriedade intelectual, baseado principalmente no acordo TRIPS, tornou obrigatório para todos os membros da OMC a proteção patentária de medicamentos. Defende-se a forte proteção desses direitos como uma garantia de retorno econômico àqueles que investiram tempo e dinheiro para desenvolver uma nova tecnologia, por exemplo, as indústrias farmacêuticas que gastam quantias altíssimas para desenvolver um novo medicamento. A proteção à propriedade intelectual é sim necessária para gerar novas pesquisas e desenvolver novas tecnologias, porém, não há como focar somente no lado daquele que desenvolve uma tecnologia e negligenciar aqueles que se beneficiam dela.

Desse modo, não podemos nos esquecer da sociedade que se beneficia dos objetos das patentes. Assim, como toda propriedade, a propriedade imaterial sobre o objeto de uma patente também tem que cumprir sua função social. A proteção patentária exclusiva sobre um objeto só se justifica enquanto essa proteção não prejudicar a sociedade. Entre interesses públicos e privados, aqueles devem prevalecer. De um lado da balança estão aqueles que necessitam de medicamentos essenciais, e que não podem pagar preços exorbitantes por eles, de outro estão as indústrias farmacêuticas que querem reaver o montante investido para produzir a nova droga.

Essa balança na qual está de um lado detentores de patentes, e de outro a sociedade, nesse caso específico, de um lado indústrias farmacêuticas e, de outro, populações que não podem pagar preços altos por medicamentos essenciais, não necessita estar sempre em desequilíbrio. É possível encontrar um equilíbrio entre os dois lados.

As flexibilidades permitidas no acordo TRIPS ajudam a manter essa balança equilibrada, já que garante ao mesmo tempo a proteção patentária sobre medicamentos às indústrias farmacêuticas, e à população o consumo dos medicamentos essenciais. Daí se dá a importância da licença compulsória e da busca por preços diferenciados: não retiram dos produtores a prote-

ção sobre seus produtos, mas ajudam a garantir à população uma distribuição mais igualitária de medicamentos.

Não podemos nos esquecer que tratamos nesse artigo de medicamentos que não devem ser vistos como qualquer outro bem patenteável. Eles são necessários para salvar vidas, e não devem ser colocados, ao lado de outros bens supérfluos, em uma lista de ‘bens patenteáveis’. Devem receber proteção também, mas de uma forma diferente. O monopólio exclusivo sobre medicamentos, nos moldes que temos hoje, causa grandes distorções em muitas partes do mundo, afetando principalmente a população de países em desenvolvimento.

Medicamentos deveriam receber uma proteção patentária diferenciada. Não deveriam ser confundidos com qualquer outro bem de consumo, já que aqueles que necessitam deles são ‘consumidores certos’, ou seja, mesmo que o preço seja exorbitante não podem deixar de comprá-los. Assim, propomos um sistema diferenciado de proteção a medicamentos: devem receber proteção patentária, mas por um período mais curto de tempo, 20 anos é um tempo muito longo para proteger um medicamento. Estudos demonstram que as indústrias farmacêuticas não necessitam de tanto tempo para recuperar seus investimentos.⁴³ Contudo, apenas estudos mais aprofundados poderiam dizer quantos anos realmente seriam necessários para proteger um medicamento e garantir, ao mesmo tempo, o retorno financeiro tão esperado pelas indústrias farmacêuticas.

Enquanto não há uma mudança significativa no sistema de proteção internacional da propriedade intelectual, temos que buscar soluções que se encaixem nele. Assim, propomos ao Brasil que utilize de forma mais eficaz a licença compulsória e a busca por preços diferenciados. Ambos encontram respaldo no acordo TRIPS. Com eles o país poderia garantir um efetivo acesso da população a medicamentos essenciais.

Por fim, o equilíbrio entre o interesse das indústrias farmacêuticas em adquirir lucros e o da população de ter efetivo acesso a medicamentos é possível. Para tal é necessário que as flexibilidades do tratado TRIPS não se tornem letra morta. Essas devem ser efetivamente usadas pelos países signatários, mesmo que algumas, como a licença compulsória, sejam extremamente criticadas pelos países desenvolvidos.

⁴³ BASSO; POLIDO. Op. cit. p.18-20.

POLÍTICA DE COMBATE AOS CARTÉIS: OS ACORDOS DE LENIÊNCIA, O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO E A LEI 11.482/2007

*Danilo Ferraz Córdova**

*Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes***

Resumo

O presente estudo destina-se a investigar, em primeiro lugar, os acordos ou programas de leniência, enquanto importantes instrumentos de combate aos cartéis, procurando relatar brevemente a valiosa e consolidada experiência norte-americana e europeia acerca deste instituto. A experiência brasileira, ainda que recente e em estágio de desenvolvimento, também é analisada.

Em um segundo momento, passa-se à análise do Termo de Compromisso de Cessação – TCC – instituto presente na Lei Antitruste Brasileira (Lei Federal n. 8.884/94, art. 53) que permite que, em qualquer fase do processo administrativo, uma empresa celebre, com o CADE ou com a SDE *ad referendum* do CADE, um compromisso de cessar prática anticoncorrencial sob investigação.

Em uma última fase é feita uma análise crítica acerca do impacto causado pela recente lei 11.482, de 31 de maio de 2007, que ampliou a abrangência do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com o objetivo de estender sua aplicação aos cartéis, enfraquecendo os programas de leniência.

Abstract

This study aims to investigate, in first place, the leniency policy, while important tool in fighting cartels, and briefly report the valuable and consolidated North American and European experiences regarding this policy.

* Advogado militante. Membro do Instituto Latino-Americano de Direito Comparado.

** Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pós Graduada em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho.

The Brazilian experience, despite recent and in process of development, is also analyzed.

In a second moment, this study analyses the ‘Cease-and-Desist Commitments’, an institute found in the Brazilian antitrust law (Brazilian Federal Law n. 8.884/94, art. 53), which allows a firm to make an commitment with CADE (Administrative Council for Economic Defense) or SDE (Secretariat for Economic Law of the Ministry of Justice) — *ad referendum* CADE, to cease acts under investigation, in any instance of administrative proceedings. This commitment shall by no means entail a confession as to the matter under analysis nor acknowledgment of guilt for the acts thereunder.

Finally, this study analyses the impact caused by the recent Brazilian Federal Law n. 11.482/2007, which enlarged the ranging of the Cease-and-Desist Commitments with the main objective of expanding its application to Cartels, weakening this way, the Leniency policies.

Palavras-Chave: Cartel – Acordo de Leniência – Termo de Compromisso de Cessação – Lei n.º 11.482/2007.

Introdução

Segundo Paulo Márcio Reis Santos, ‘o cartel constitui um acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, buscando o aumento dos lucros, mediante a adoção de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços’ (SANTOS, 2008, p. 145).¹ Lembra, ainda, o ex-conselheiro do CADE, Ruy Santacruz, que ‘outras variáveis de mercado

¹ Cabe lembrar, ainda, a definição de cartel dada por Gesner Oliveira e João Grandino Rodas: ‘O cartel constitui um acordo entre concorrentes com objetivo de maximização conjunta de lucro. Assim, em vez de as empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os maiores lucros possíveis em detrimento dos consumidores. Quando ocorre este tipo de ação concertada, a quantidade produzida é menor e o preço maior, reduzindo o bem-estar.

O cartel pode ocorrer sob diversas formas. Pode incluir acordo de preços acerca de formas de participação em licitações públicas ou privadas, divisão de clientes e territórios e restrição da produção, entre outros’. (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 41-2)

também podem ser consideradas cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos etc.²

É preciso salientar inicialmente que em um mercado pulverizado, ou seja, em um mercado com uma grande quantidade de empresas concorrentes é mais difícil a ocorrência do cartel. Lado outro, em um mercado oligopolizado, a formação de um cartel é mais provável, conforme afirmado pelo Conselheiro do CADE, Thompson Andrade, no Caso Nestlé/Garoto, Ato de Concentração n. 8012.001697/2002-89:

A análise das condições de concorrência no mercado é muito importante neste caso porque se sabe que em estruturas de mercado, como a presente, com a participação acentuada de duas empresas, há potencialmente um enorme estímulo e facilidade para a adoção de condutas cartelizadas. A análise da possibilidade deste risco é fundamental para a consideração da aprovação da aquisição já que, se esta possibilidade for efetiva, há que se considerar se não seria melhor para a concorrência que os ganhos de eficiência resultantes da concentração fossem obtidos via aquisição por alguma outra empresa que não as líderes do mercado, Nestlé e Lacta.

Em um mercado onde o produto ou o serviço não é homogêneo, a existência de um cartel também é muito difícil, haja vista a possibilidade de substitubilidade do produto ser enorme.

O perigo representado pelos cartéis à ordem econômica é tão vasto devido ao fato de que eles prejudicam a eficiência econômica – pois suprimem a concorrência entre agentes econômicos atuantes dentro de um mesmo mercado relevante – e limitam o direito fundamental de escolha do consumidor, extremamente prejudicado, na medida em que este tipo de acordo traz consigo um conseqüente desinteresse por parte das empresas participantes em investir em pesquisa, em desenvolvimento de novas tecnologias e qualidade dos produtos e no aumento qualitativo e quantitativo da produção. Sem falar nos danos do ponto de vista macroeconômico, uma vez que a referida ineficiência econômica provocada pelos cartéis ‘promove o desemprego, tensões artificiais de custos e conseqüente inflação, além de obstáculos no pleno desenvolvimento de um país. São um dreno do dinheiro da sociedade e de recursos produtivos’. (MAZZUCATTO, 2004, p. 1).

² Trecho de voto proferido por Ruy Santacruz, em julgamento do processo administrativo n. 08000.045337/97-48.

Obviamente, em virtude de tantos efeitos nocivos, o cartel ‘é considerado infração contra a ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência’. (SANTACRUZ, 2003. p. 416).

Dentre todas as condutas que resultam em infrações à Ordem Econômica, os cartéis são considerados a mais grave³ ‘justificando maior cuidado das autoridades na identificação, na perseguição das empresas envolvidas e na severidade das punições aplicadas’⁴ (FONSECA, 2008, p. 47).

Entretanto, um dos maiores entraves que se opõe à punição dos cartéis é justamente a identificação e prova da referida conduta. O cartel sempre é realizado ‘às escuras’ pelas empresas participantes, por meio de reuniões secretas sem a redação de atas, e-mails anônimos e criptografados, ligações de telefones públicos, dentre outros meios utilizados para impedir a descoberta e caracterização da prática concertada. Conforme bem lembra Calixto Salomão Filho:

Existindo o acordo, sejam quais forem suas conseqüências ou efeitos jurídicos do ponto de vista civil, há uma certificação jurídica ao menos do intento de dar durabilidade e extensão suficiente ao vínculo que se está criando para que as empresas possam dessa situação se aproveitar. A idéia da durabilidade, essencial para a noção concorrencial de acordo, está bem presente na legislação concorrencial

³ Vale ser transcrito o primeiro parágrafo da Comunicação 96/C 207/04, onde a Comissão Européia coloca os acordos firmados entre os agentes econômicos com o fim de anular a concorrência como o seu maior problema: ‘1. Os acordos secretos entre empresas que têm por objeto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou das exportações contam-se entre as restrições de concorrência mais graves com que se debate a Comissão.’ (Português de Portugal)

⁴ Importante ressalva deve ser feita quanto ao chamado ‘cartel de crise’. Trata-se de uma situação excepcional, em que, diante de um mercado em crise, um cartel que, a princípio seria considerado uma conduta absolutamente inadmissível do ponto de vista concorrencial em circunstâncias normais, passa a ser tolerada, para superar as dificuldades de compatibilização entre a capacidade de produção e a demanda. Sobre o assunto: ANDRADE, G. B. de; COUTO, J. A.; HABIBE, T. C. Cartel: Estudo Comparativo. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org). *Temas de Direito da Concorrência*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Pós-Graduação, 2005, p. 29-58.

brasileira, que utiliza a expressão ‘fixar preços, em acordo com concorrente’ (art. 21, I).

Assim, pode-se ter a certeza de que o vínculo que se está criando tem relevância para o direito concorrencial. Portanto, prova importante é a existência de convergência expressa, verbal ou escrita, de vontades, e não a formas como essas vontades se expressam. Daí a razão da – por vezes caricatural – busca de provas fáticas de concerto de intenções em direito concorrencial, como encontros furtivos ou coisas do gênero.

Note-se, no entanto, que essa busca de provas, natural e necessária, pode levar a problemas jurídicos de monta. Recentemente, essa tem sido a tendência da prática brasileira. Investigação de cartéis tem-se resumido a busca de prova de acordo (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 264-265).

O cartel é um acordo muito instável entre as empresas participantes, uma vez que os agentes econômicos, a fim de aumentar os lucros, acumulando, assim, riqueza⁵ tendem naturalmente a traí-lo e, conseqüentemente, vendem os seus produtos ou os seus serviços mais baratos do que foram pactuados entre eles, reiniciando a concorrência que fora interrompida pelo acordo horizontal firmado.

Procura-se aproveitar da fragilidade interna dos cartéis, que internamente são uma forma de organização instável e eivada de desconfiança entre os participantes. Pode-se falar numa trégua entre os participantes, que cessam de concorrer, mas não propriamente de uma aliança estável (FONSECA, 2007, p. 306).

Portanto, conforme informado acima, quanto maior o número de empresas em determinado cartel, maior será a instabilidade do mesmo, pois a

⁵ Não há dúvidas que vivemos em uma sociedade, ou melhor, em um mundo capitalista. João Bosco Leopoldino da Fonseca assim define o capitalismo: ‘O capitalismo se define como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional’. (*Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 253).

probabilidade do não-cumprimento das determinações mutuamente impostas será maior.⁶

Pensando nesta instabilidade dos cartéis, as autoridades vêm adotando estratégias com o intuito de tornar mais eficaz a identificação e prova, perseguição e aplicação das penalidades cabíveis aos cartéis. Os programas desenvolvidos têm sido no sentido de encorajar os participantes do acordo a ‘quebrarem o sigilo’, revelando seu segredo, confessando e delatando seus co-conspiradores. Em troca desta informação, por meio do chamado acordo de leniência, as autoridades poderão anistiar ou reduzir as penas que seriam impostas àqueles que se apresentarem, oferecendo-lhes ajuda, podendo até mesmo ocorrer, mediante o preenchimento dos requisitos legais, a extinção da punibilidade criminal.⁷

Escrever sobre os acordos de leniência constitui um desafio a todos aqueles que por este assunto se interessam, seja por sua enorme relevância, seja pela enorme quantidade de aspectos que suscita.

Assim, destaca-se que este estudo tem dois pontos centrais:

- a) os acordos ou programas de leniência enquanto principais instrumentos voltados ao combate dos cartéis, segundo as visões norte-americanas, européia e brasileira;
- b) análise crítica acerca do impacto – aqui, por nós, considerado negativo – causado pela lei 11.482 de 31 de maio de 2007, que ampliou a abrangência do ‘Termo de Compromisso de Cessação (TCC), com o objetivo de estender sua aplicação aos cartéis, enfraquecendo significativamente, a nosso ver, os programas de leniência, até então a forma mais efetiva de punição dos cartéis.

Convém ressaltar que o que se pretende, em última instância, é contribuir de alguma forma para a compreensão e debate e, talvez, até mesmo, superação de algumas das inúmeras dificuldades que se colocam a todos os momentos diante daqueles que se ocupam com o tema em questão, pelo menos no que diz respeito à sua dimensão dogmático-jurídica, profunda-

⁶ FORGIONI. Paula A. Op. cit., p. 406.

⁷ Ressalta-se que a diminuição e a imunidade da multa, bem como a extinção da punibilidade criminal, irão variar de acordo com a legislação de cada país.

mente vinculada com os valores maiores e princípios essenciais do Estado Democrático de Direito.

1. Os Acordos de Leniência

1.1 *Conceito, objetivos e principais requisitos*

De acordo com o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* Folha de São Paulo/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o vocábulo ‘leniência’ é um substantivo feminino que significa lenidade. Lenidade, por sua vez, quer dizer brandura, suavidade, mansidão (FERREIRA, 1995, p. 390).

Juridicamente, utiliza-se o termo leniência para designar ‘qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena ou voluntária’ (SOBRAL, 2001, p. 132).

Aplicado ainda mais especificamente ao campo do direito da concorrência, o vocábulo torna-se uma expressão: ‘Acordo ou Programa de Leniência’. Trata-se da ‘medida adotada por alguns programas que prometem uma ‘redução da sanção em troca de informação ou de cooperação para detecção e identificação de um cartel’ (FONSECA, 2008, p. 61).

Outro instituto utilizado para encorajar a quem eventualmente esteja envolvido na prática de um cartel a colaborar com as autoridades, confessando e delatando seus co-conspiradores, é o da ‘anistia’. Usa-se o termo anistia para designar programas que prometem a imunidade, ou seja, a não-imposição de penalidade ao primeiro integrante do cartel que tome a iniciativa de ir em busca da autoridade competente, confessar envolvimento na conduta e delatar os demais envolvidos, assumindo o compromisso de colaborar integralmente junto às autoridades competentes. Pelo que se pode perceber, o termo anistia é mais abrangente que o termo leniência. Segundo bem pondera João Bosco Leopoldino da Fonseca, ‘esta distinção nem sempre é feita nas exposições sobre a matéria, empregando-se, às vezes, indistintamente, os dois termos’ (FONSECA, 2008, p. 61).

Assim, sempre que um cartel estiver sujeito a sanção em âmbito criminal, a leniência normalmente concede imunidade ao processo criminal e, no âmbito do processo administrativo em trâmite, o referido acordo ou programa possui a capacidade de reduzir multas, perante o órgão de defesa da concorrência.

Pelo acima exposto, pode-se inferir que se trata de um instrumento que parte da prévia ciência da instabilidade interna dos cartéis, da questionável ‘lealdade’ entre os que dele participam e da idéia de premiar⁸ aqueles que colaboram com o Estado em troca de benefícios pessoais. O objetivo fundamental dos acordos de leniência é, pois, o combate aos cartéis, permitindo que infrações desta monta sejam identificadas e comprovadas, de maneira mais rápida e a custos mais baixos (se comparada a outros meios probatórios), conduzindo a desfechos mais céleres e eficientes do processo.

Pode-se dizer, ainda, que, embora não inéditas, são formas modernas, bastante complexas e muito eficientes de controle repressivo das piores infrações à ordem econômica, que são os cartéis.

Vale ressaltar, como bem lembra Paolo Zuppo Mazzucato, que:

[...] de acordo com as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, o tratamento leniente pode vir sob a forma de não aplicação⁹ ou redução da multa pecuniária e/ou da penalidade criminal, ao invés da possibilidade de o infrator ser denunciado criminalmente (MAZZUCATO, 2004, p. 12).

Quanto aos requisitos principais dos programas de leniência, pode-se destacar:

- a) Credibilidade da informação e sua fonte: a empresa ou pessoa física envolvida na prática do cartel deverá fornecer informações que a autoridade competente ainda não possua. Esta exigência decorre do fato de que o próprio objetivo do programa é o de descobrir fatos ou evidências novas, desconhecidas. ‘Nada impede que haja a delação de um cartel já existente, desde que a informação prestada seja inédita e contundente’ (SOBRAL, 2001, p. 134). Vale destacar, ainda, que apenas o desconhecimento do fato por parte da autoridade é suficiente para que ela aceite a informação prestada pelo colaborador. Todos os dados, informa-

⁸ O acordo de leniência não pode nem deve servir para acobertar quem quer que esteja envolvido na conduta infracionária. Caso isso fosse possível, seria muito fácil que um determinado agente simule uma confissão para se valer dos benefícios atribuídos pelo programa, enquanto os demais envolvidos sofrerão as penalidades da lei. Há que haver, por parte da lei, a exigência da cessação imediata e completa do envolvimento do delator na prática da conduta anticoncorrencial.

⁹ O já mencionado por nós instituto da anistia.

ções e documentos fornecidos devem ser capazes de comprovar a conduta sob investigação.

- b) Forma de cooperação contínua, completa e com base na boa-fé: é claro que a cooperação daquele que se oferece para tanto deve ser completa e uma vez iniciada não poderá ser cessada. A continuidade, portanto, da cooperação é requisito fundamental. Isto porque contínuo será o próprio processo investigatório para identificar outros eventuais partícipes e reunir outras provas fundamentais para a aplicação de sanções eventualmente previstas. Exige-se, ainda, que a parte delatora preencha o requisito da boa-fé comprovada, quando da aprovação do acordo de leniência pela autoridade competente.
- c) Sigilo e confissão dos dados e informações trazidas: pessoas físicas ou jurídicas que, querendo colaborar com as autoridades, tomam a iniciativa de delatar a conduta infrativa e, por conseguinte, todos os seus co-infratores, sofrem sérios riscos de retaliação comercial ou, muitas vezes, até mesmo, pessoal. Por isso, nada mais natural que conferir ao acordo de leniência caráter absolutamente sigiloso, tratando com o devido rigor todas as informações confidenciais.

1.2 A experiência norte-americana

Em 1978, os Estados Unidos criaram o primeiro programa de leniência, porém, este primeiro passo não foi bem-sucedido, pois não foram celebrados muitos acordos com a autoridade antitruste norte-americana, haja vista a falta de previsibilidade das vantagens que a empresa iria auferir ao denunciar o cartel, uma vez que havia uma discricionariedade muito grande por parte do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em conceder ou não a imunidade no pagamento das multas, bem como em extinguir a punibilidade criminal.

Assim, em 1993 foi editado o Corporate Leniency Policy, em substituição ao anterior.

Podem-se citar quatro grandes modificações ocorridas que melhoraram o programa precedente:

- (i) o novo programa tornou mais estimulante a realização do acordo, uma vez que as empresas passaram a ter uma previsibilidade das vantagens que poderiam ter ao aderir ao Corporate Leniency Policy, sendo este um dos maiores problemas do programa anterior;

- (ii) se a empresa cumprisse os requisitos estipulados na parte A da Lei¹⁰ seria concedido, automaticamente, a anistia total da multa, desde que a denúncia fosse feita antes de iniciada a investigação. Esse foi, sem sombra de dúvidas, o maior avanço, pois as empresas que quisessem aderir ao acordo, saberiam previamente se teriam a imunidade ou não;
- (iii) mesmo que a investigação já tivesse sido iniciada, ou ainda que a empresa não tivesse cumprido, integralmente, os requisitos estipulados na parte A da referida Lei, a empresa denunciante faria jus a um abrandamento da multa, desde que cumprisse outras exigências legais;¹¹

¹⁰ O Corporate Leniency Policy na parte A assim determina:

‘Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before an investigation has begun, if the following six conditions are met:

1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not received information about the illegal activity being reported from any other source;
2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;
3. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation to the Division throughout the investigation;
4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;
5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and
6. The corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity.’ (Corporate Leniency Policy, Department of Justice. Disponível em <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>, acesso em 22 de julho de 2007).

¹¹ O Corporate Leniency Policy na parte B assim determina:

‘If a corporation comes forward to report illegal antitrust activity and does not meet all six of the conditions set out in Part A, above, the corporation, whether it comes forward before or after an investigation has begun, will be granted leniency if the following seven conditions are met:

1. The corporation is the first one to come forward and qualify for leniency with respect to the illegal activity being reported;
2. The Division, at the time the corporation comes in, does not yet have evidence against the company that is likely to result in a sustainable conviction;
3. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity;

- (iv) outra grande mudança no novo programa de leniência norte-americano consiste na extensão da leniência aos diretores e funcionários da empresa que cooperassem.

Em 1999, foi criada a Leniency Policy for Individuals destinado para as pessoas físicas que quiserem participar do programa de leniência norte-americano.

Posteriormente, em 1999, foi criada a Leniency Plus:

A Leniency Plus ('Acordo de Leniência Adicional') surgiu da constatação, por parte do DOJ, de que a maioria dos processos envolvendo cartéis se iniciou como resultado de evidências descobertas durante investigações ocorridas em setores completamente distintos e não relacionados em termos de produto ou serviço.

Assim, a Division elaborou uma série de medidas com o objetivo de incentivar empresas que estavam colaborando em inquéritos referentes a um determinado cartel a se qualificar para um Acordo de Leniência relacionado a acordos em outros mercados relevantes (MAZZUCATTO, 2004, p. 51).

É muito interessante a idéia da Leniency Plus, uma vez que proporciona ao agente econômico, que está sendo investigando pela prática de car-

4. The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation;

5. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials;

6. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and

7. The Division determines that granting leniency would not be unfair to others, considering the nature of the illegal activity, the confessing corporation's role in it, and when the corporation comes forward.

In applying condition 7, the primary considerations will be how early the corporation comes forward and whether the corporation coerced another party to participate in the illegal activity or clearly was the leader in, or originator of, the activity. The burden of satisfying condition 7 will be low if the corporation comes forward before the Division has begun an investigation into the illegal activity. That burden will increase the closer the Division comes to having evidence that is likely to result in a sustainable conviction.' (Corporate Leniency Policy, Department of Justice. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. Acesso em: 22 jul. 2007).

tel em um mercado, a possibilidade de firmar um Acordo de Leniência em outro mercado que se encontra cartelizado, mas que a autoridade não tem conhecimento, obtendo, desde que preenchido os requisitos legais, a imunidade neste mercado que a autoridade não tem conhecimento e a redução no outro mercado que já se encontra sob investigação.

Graças a essa iniciativa o número de condenações aumentou consideravelmente e, de 40 cartéis internacionais revelados, mais da metade ocorreu em virtude da Leniency Plus. Impede também ressaltar o ‘efeito dominó’ verificado em alguns episódios, quando a descoberta de uma infração conduz a outra, sucessivamente. O ‘Cartel da Lisina’ encaminhou a Division ao ‘Cartel do Ácido Cítrico’, que, por sua vez, levou ao ‘Cartel do Gluconato de Sódio’, que resultou na investigação do ‘Cartel do Eritorbato de Sódio’ e, finalmente, no ‘Cartel do Maltol’. Ao todo, como saldo dos cinco processos interconectados, 10 companhias e 11 indivíduos de 7 diferentes países foram condenados e pagaram mais de US\$ 225 milhões (MAZZUCATTO, 2004, p. 52-3).

No dia 29 de outubro de 2003 e no dia 22 de junho de 2004, foram publicadas, respectivamente, a Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2003 e a Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 com o objetivo de aumentar as penas em caso de condutas concertadas e, conseqüentemente, estimular os agentes econômicos a aderirem ao Programa de Leniência norte-americano.¹²

A Lei publicada em 2003 aumentou a multa imposta para uma empresa participante de cartel de dez milhões de dólares para cem milhões de dólares.

A Lei publicada no ano de 2004 aumentou a multa imposta ao empresário de uma empresa participante de cartel de trezentos e cinquenta mil dólares para um milhão de dólares, bem como a pena de prisão aumentou de 3 anos para 10 anos.

Mesmo antes da publicação das duas últimas leis que aumentaram as multas e as penas a serem impostas pela prática do crime de cartel, ocorreu um aumento significativo na quantidade de acordos de leniência firma-

¹² Vale ser citado o preâmbulo Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004: ‘To encourage the development and promulgation of voluntary consensus standards by providing relief under the antitrust laws to standards development organizations with respect to conduct engaged in for the purpose of developing voluntary consensus standards, and for other purposes’.

dos nos Estados Unidos, conforme relatado por Eduardo Athayde de Souza Moreira e Rodrigo Peñaloza:

De 1978 até 1993 a média de celebração de acordos foi de aproximadamente uma por ano, enquanto que a partir de 1993 o número de celebrações subiu para uma por mês, sendo que entre outubro de 2002 e março de 2003 o número de celebrações de acordos de anistia pulou para três por mês; as multas coletadas graças a concessões de anistias entre 1997 e 2002 totalizaram US\$ 1,5 bilhão e a maioria das investigações de alçada internacional começou ou avançou graças a uma firma que celebrou o acordo, enquanto que no regime de 1978 o Departamento de Justiça americano não conseguiu levar aos tribunais um único cartel internacional.¹³

Verifica-se assim que o acordo de leniência foi amplamente aceito, gerando os efeitos pretendidos, quais sejam, a caracterização e a punição de um maior número de empresas participantes de cartéis.

1.3 A experiência europeia

A Comissão Europeia, seguindo o exemplo dos Estados Unidos, adotou o Programa de Leniência a partir da Comunicação 96/C 207/04, no dia 18 de julho de 1996¹⁴

Inicialmente, é preciso frisar que a União Europeia não tem competência para aplicar penas, tanto cíveis quanto penais, para pessoas físicas; apenas os Estados membros podem fazê-lo, portanto, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a imunidade ou a redução da pena, aqui tratada, refere-se apenas à multa administrativa pecuniária e não à pena criminal.

¹³ *Programa de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste*. ANPEC. Departamento de Economia – Universidade de Brasília, 19 de junho de 2004, p. 4. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>>.

¹⁴ Vale ser transcrito o primeiro parágrafo da Comunicação 96/C 207/04, onde a Comissão Europeia coloca os acordos firmados entre os agentes econômicos com o fim de anular a concorrência como o seu maior problema: ‘1. Os acordos secretos entre empresas que têm por objecto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou das exportações contam-se entre as restrições de concorrência mais graves com que se debate a Comissão.’ (Português de Portugal)

A Comissão Européia, desde o início, concedia reduções da multa não só para a primeira empresa que denunciasse o cartel, mas também para as outras que cooperassem na produção probatória, mediante o preenchimento dos requisitos legais.

O primeiro programa não outorgava automaticamente a anistia para a primeira empresa que denunciasse o cartel, mas era concedida uma redução de, pelo menos, 75% do montante da multa que seria aplicada para o agente econômico, ou até mesmo a isenção total, dependendo da discricionariedade da Comissão.

Era necessário o preenchimento de 5 requisitos legais por parte do agente econômico, quais sejam, (i) que a Comissão Européia não dispusesse previamente de informações suficientes sobre o cartel; (ii) que a empresa fosse a primeira a produzir elementos determinantes que comprovassem a existência do cartel; (iii) que pusesse fim à sua participação no cartel; (iv) que cooperação permanente e totalmente com a Comissão, entregando todos os documentos e prestando todas as informações úteis; e (v) que não tivesse coagido outra empresa a participar do acordo nem tenha desempenhado um papel de instigação ou determinante na atividade ilícita.

Mesmo que não fosse a primeira a denunciar o cartel, uma empresa poderia se beneficiar com a redução da multa de 50% a 75% do montante da multa aplicada, desde que o agente econômico preenchesse os requisitos acima mencionados, menos os itens 'ii' e 'v'.

Caso o agente econômico apenas se propusesse a cooperar, mas não preenchesse os itens 'ii' e 'iii' acima mencionados, a Comissão poderia reduzir a multa que lhe seria imposta no percentual de 10% a 50%.

Após ter adquirido certa experiência, a Comissão Européia modificou a legislação anterior e, no dia 19 de fevereiro de 2002, publicou seu novo programa de leniência por meio da Comunicação 2002/C 45/03.

Essa modificação teve como escopo oferecer mais segurança para o agente econômico que denunciasse um cartel, tendo em vista que diminuiu a discricionariedade da Comissão Européia e incluiu a imunidade automática, caso a empresa preenchesse todos os requisitos legais.

Algumas alterações foram feitas também nas exigências legais para a concessão da imunidade, pois a partir de então não haverá mais a necessidade da denúncia ocorrer antes de iniciada as investigações. Entretanto, exige-se que o agente econômico deverá ser o primeiro a procurar a Comissão Européia e que as autoridades não detenham em seu poder documentos suficientes para configurar a existência do cartel.

É importante frisar que não havia a necessidade dos documentos serem essenciais para a condenação dos participantes do cartel, mas que estes fossem suficientes para configurar sua existência.

Ademais, caso o agente econômico não preenchesse todas as condições previstas, a Comissão Europeia deveria comunicá-lo da não-concessão da imunidade automática, porém, estipularia um prazo para que o agente econômico apresentasse os documentos necessários ou prestasse maiores informações para que, assim, usufruísse da imunidade.

A redução do montante da multa também poderia ser concedida para uma ou mais empresas que não preenchessem todos os requisitos para a obtenção da imunidade. Entretanto, nestes casos, o agente econômico deveria fornecer elementos de prova da infração presumida, devendo tal prova acrescentar um valor significativo relativamente aos elementos probatórios que já se encontrassem em posse da Comissão e deveria pôr termo à sua participação na infração.

É interessante informar que no ano de 2007, a Comissão Europeia estipulou duas das três maiores multas impostas a cartel da sua história, sendo que nas dez maiores multas já impostas pela Comissão Europeia, em todas foram firmados acordos de leniência com uma ou mais empresas.

Quadro 01 – Dez maiores multas impostas a cartel¹⁵

| Ano | Nome do Caso | Multa (em euros) |
|------|---|------------------|
| 2007 | Elevadores e Escadas Rolantes | 992.312.200 |
| 2001 | Vitaminas | 790.505.000 |
| 2007 | Aparelho de Comutação de Isolamento a Gás | 750.712.500 |
| 2006 | Borracha Sintética (BR/RSBR) | 519.050.000 |
| 2007 | Vidro Liso | 486.900.000 |
| 2002 | Placas em Gesso | 478.320.000 |
| 2006 | Peróxido de Hidrogênio e Perborato | 388.128.000 |
| 2006 | Metacrilato | 344.562.500 |
| 2007 | Fechos | 328.644.000 |
| 2006 | Peças em Cobre | 314.760.000 |

¹⁵ Cartels – EC – European Commission, 20 de abril de 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

O primeiro dos aparelhos de comutação de isolamento a gás foi julgado no dia 24 de janeiro de 2007, e a Comissão Européia multou em mais de 750 milhões de euros onze empresas multinacionais por participação em um cartel no mercado de transformadores de distribuição de energia elétrica com isolamento a gás.¹⁶

A empresa ABB se beneficiou do acordo de leniência firmado e ficou imune ao pagamento da multa que foi estipulado em mais de 215 milhões de euros.

Este cartel, segundo informações prestadas pela própria ABB, teria alcance mundial, excluindo apenas EUA, Canadá, Rússia e China, sendo que as primeiras reuniões teriam acontecido em 1985, tendo iniciado em 1988, ou seja, este cartel perdurou por quase vinte anos.

Quadro 02 – Multas impostas e redução concedida pela Comissão no cartel de aparelhos de comutação de isolamento a gás

| Nome e Localização da empresa | Redução (%) | Redução (em euros) | Multa (em euros) |
|--|--------------------|---------------------------|-------------------------|
| ABB, Suíça | 100% | 215 156 250 | 0 |
| Alstom, França | – | – | 65 025 000 |
| Areva, França | – | – | 53 550 000 |
| Fuji Electric, Japão | – | – | 3 750 000 |
| Hitachi, Japão | – | – | 51 750 000 |
| Japan AE Power Systems, Japão | – | – | 1 350 000 |
| Mitsubishi Electric Corporation, Japão | – | – | 118 575 000 |
| Schneider, França | – | – | 8 100 000 |
| Siemens, Alemanha | – | – | 396 562 500 |
| Siemens, Áustria | – | – | 22 050 000 |
| Toshiba, Japão | – | – | 90 900 000 |
| TOTAL | | | 750 712 500 |

O segundo caso, e a maior multa imposta pela Comissão Européia, foi julgado no dia 21 de fevereiro de 2007. A Comissão condenou 4 empresas

¹⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Press Releases, Bruxelas, 24 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/80&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

a pagarem a quantia de mais de 990 milhões de euros, pela prática de cartel no mercado de elevadores e escadas rolantes. O interessante neste caso é que quase a totalidade das empresas participantes do cartel se beneficiou de um Acordo de Leniência firmado com a Comissão Européia. Apenas a filial da empresa Kone, Holanda não usufruiu de tal benesse, porém, três empresas obtiveram a imunidade total da multa, quais sejam, a Mitsubishi Elevator Europe B.V. da Holanda, e as filiais da Bélgica e de Luxemburgo da empresa Kone.¹⁷

Quadro 03 – Multas impostas e redução concedida pela Comissão no cartel no mercado de elevadores e escadas rolantes:

| Nome e Localização da empresa | Redução (%) | Redução (euros) | Multa (euros) | Total da multa por grupo (euros) |
|---|-------------|-----------------|---------------|----------------------------------|
| KONE | | | | |
| Kone Belgium S.A., Bélgica | 100 | 70.000.000 | 0 | |
| Kone GmbH, Alemanha | 50 + 1 | 63.630.000 | 62.370.000 | |
| Kone Luxemburgo S.à.r.l., Luxemburgo | 100 | 4 500 000 | 0 | |
| Kone B.V. Liften en Roltrappen, Holanda | 0 | 0 | 79.750.000 | |
| Total para a KONE | | | | 142.120.000 |
| Mitsubishi Elevator Europe B.V., Holanda | 0 + 1 | 18.600 | 1.841.400 | 1.841.400 |
| OTIS | | | | |
| N.V. Otis S.A., Bélgica | 40 + 1 | 32.611.950 | 47.713.050 | |
| Otis GmbH & Co OHG, Alemanha | 25 + 1 | 55.156.500 | 159.043.500 | |
| General Technic-Otis S.à.r.l., Luxemburgo | 40 + 1 | 12.423.600 | 18.176.400 | |
| Otis B.V., Holanda | 100 | 108.035.000 | 0 | |
| Total para OTIS | | | | 224.932.950 |

¹⁷ UNIÃO EUROPÉIA. Press Releases, Bruxelas, 21 de fevereiro de 2007. Disponível em: < <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/209&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 23 jul. 2007.

| Nome e Localização da empresa | Redução (%) | Redução (euros) | Multa (euros) | Total da multa por grupo (euros) |
|---|-------------|-----------------|---------------|----------------------------------|
| SCHINDLER | | | | |
| Schindler S.A./N.V., Belgica | 0 + 1 | 700.000 | 69.300.000 | |
| Schindler Deutschland Holding GmbH, Alemanha | 15 + 1 | 4.041.750 | 21.458.250 | |
| Schindler S.à.r.l., Luxemburgo | 0 + 1 | 180.000 | 17.820.000 | |
| Schindler Liften B.V., Holanda | 0 + 1 | 355.250 | 35.169.750 | |
| Total para SCHINDLER | | | | 143.748.000 |
| THYSSENKRUPP | | | | |
| ThyssenKrupp Liften Ascenseurs N.V./S.A., Bélgica | 20 + 1 | 18.018.000 | 68.607.000 | |
| ThyssenKrupp Aufzüge GmbH and ThyssenKrupp Fahrtreppen GmbH, Alemanha | 0 + 1 | 3.780.000 | 374.220.000 | |
| ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg S.à.r.l., Luxemburgo | 0 + 1 | 135.000 | 13.365.000 | |
| ThyssenKrupp Liften B.V., Holanda | 40 + 1 | 16.047.150 | 23.477.850 | |
| Total para THYSSENKRUPP | | | | 479.669.850 |
| TOTAL | | | | 992.312.200 |

1.4 A experiência brasileira

Seguindo as idéias norte-americanas e européias, foi publicada no Brasil a Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que acrescentou os artigos 35-B e 35-C na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Programa de Leniência brasileiro consiste em um acordo firmado entre a União Federal – intermediada pela SDE – e uma pessoa física ou jurídica co-autora de uma infração à ordem econômica. Por

meio deste acordo, a União oferece a extinção da ação punitiva da Administração ou a redução da pena a ser aplicada pelo CADE, bem como a extinção da punibilidade quando a infração também constituir crime contra a ordem econômica, em troca da confissão da interessada e de sua colaboração no fornecimento de provas capazes de condenar os demais co-autores. (MAZZUCATTO, 2004, p. 108)

Apesar da existência legal do acordo de leniência desde o ano de 2000, o Brasil tem pouca experiência neste assunto.

Os requisitos para que um agente econômico, que faz parte de um cartel, possa se beneficiar da leniência são:

- Ser o primeiro a se apresentar à SDE.
- Confessar a prática do cartel.
- Cessar a prática de cartel.
- Identificar os demais participantes do cartel.
- Colaborar efetivamente com as investigações.
- Apresentar informações e documentos que comprovem a infração.

Após ter se apresentado perante a SDE para firmar o Acordo de Leniência, a empresa poderá se beneficiar da extinção da punibilidade administrativa, caso a proposta do acordo tiver sido apresentada à SDE, sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada, ou poderá ocorrer a redução de um a dois terços, caso a SDE já tenha iniciado investigação, sendo considerado na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé da empresa no cumprimento do acordo de leniência.

Inspirado no modelo norte-americano, foi instituída no Brasil a ‘Leniência Plus’, na qual o eventual interessado que não se qualificar para um acordo de leniência para um determinado cartel, mas fornecer informações acerca de um outro cartel sobre o qual a SDE não tenha conhecimento, poderá obter todos os benefícios da leniência em relação a segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação a primeira infração.

O Programa de Leniência brasileiro merece ser analisado com um olhar um pouco mais crítico, tendo em vista a experiência norte-americana e européia sobre o tema em questão.

Primeiramente, a lei brasileira exige, para que seja concedida a imunidade total, o fornecimento de prova suficiente para assegurar a condenação. O requisito da ‘prova decisiva’ foi retirado dos programas norte-americanos e europeus, uma vez que a empresa não tem conhecimento do que poderá ser tal prova.

Ademais, este requisito aumenta a discricionariedade da autoridade antitruste, desencorajando o agente econômico a colaborar e denunciar o cartel.

Outro ponto que merece destaque, é que na legislação brasileira a imunidade somente será concedida para a empresa que denunciar um cartel do qual a SDE não tenha conhecimento, o que dificulta ainda mais qualquer espécie de acordo.

Assim, mesmo que a SDE tenha conhecimento da existência do cartel e que já tenha iniciado as investigações, poderá ocorrer que não tenha sucesso na produção probatória, porém, o sucesso na busca de provas será muito maior com a ajuda de um participante do cartel.

Ademais, a redação confusa e obscura da lei desencoraja o agente econômico para aderir ao programa de leniência.

Ressalta-se que com a legislação vigente, foram pouquíssimos os acordos de leniência firmados com a SDE, demonstrando, assim, a clara necessidade de serem repassadas as suas normas para que este instituto tenha maior eficiência, como ocorre nos Estados Unidos e na União Européia.

Recentemente, foi julgado pelo CADE o primeiro caso de cartel instaurado devido à celebração de acordo de leniência, processo administrativo n. 08012.001826/2003-10.

O cartel, neste caso, foi no mercado de vigilância e segurança privada do Rio Grande do Sul, sendo inicialmente instaurado em face de três associações de classe do setor, 19 empresas e 30 administradores, porém, foram condenadas 17 empresas e seus administradores e duas associações de classe.

Quadro 04 – Multas impostas e redução concedida pelo CADE às empresas no cartel no mercado de vigilância e segurança privada

| Empresa | Multa (R\$) | Redução (%) | Total (R\$) |
|--|---|-------------|----------------------|
| Rudder Segurança Ltda. | 7.992.045,46 | | 7.992.045,46 |
| Empresa Brasileira de Vigilância – EBV | 2.331.231,69 | | 2.331.231,69 |
| Empresa Porto-alegrense de Vigilância Ltda. – EPAVI | 2.301.395,58 | | 2.301.395,58 |
| Mobra Serviço de Segurança Ltda. | 2.107.654,43 | | 2.107.654,43 |
| Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda. | 2.252.378,02 | | 2.252.378,02 |
| Protevale Vigilância e Segurança Ltda. | 451.792,16 | | 451.792,16 |
| Reação Segurança e Vigilância Ltda. | 727.442,86 | | 727.442,86 |
| Rota Sul Empresa de Vigilância Ltda. | 1.788.096,50 | | 1.788.096,50 |
| Seltec Vigilância Especializada Ltda. | 1.061.167,04 | | 1.061.167,04 |
| Vigilância Pedrozo Ltda. | 9.171.684,11 | | 9.171.684,11 |
| Protege Serviços de Vigilância Ltda. | 2.481.983,50 | | 2.481.983,50 |
| Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda. ¹⁸ | | | |
| Secure Sistemas de Segurança Ltda. ¹⁹ | | | |
| Sênior Segurança Ltda. | 166.032,73 | | 166.032,73 |
| MD Serviços de Vigilância Ltda. | 1.142.307,36 | | 1.142.307,36 |
| Delta Serviços de Vigilância Ltda. | 709.430,04 | | 709.430,04 |
| Vigilância Antares Ltda. | 15% do faturamento bruto do ano de 2002 | 100 | 0 |
| Sindi-Vigilantes | 159.600,00 | | 159.600,00 |
| Sindicato das Empresas de Segurança Privada – SINDESP-RS | 159.600,00 | | 159.600,00 |
| ASSERVIRGS | 319.200,00 | | 319.200,00 |
| TOTAL²⁰ | | | 35.323.041,48 |

¹⁸ Todas as multas foram estipuladas com base no faturamento bruto do ano de 2002 de cada empresa, e todas as empresas forneceram o faturamento espontaneamente. Contudo, a empresa Ondrepsb foi condenada à pena de 15% do seu faturamento bruto no ano de 2002, porém, a mesma não apresentou espontaneamente este documento e, desse modo, foi instaurado auto de infração por descumprimento.

¹⁹ A empresa Secure Sistemas de Segurança Ltda., da mesma forma que a empresa Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda., não apresentou seu faturamento bruto do ano de 2002, ensejando, assim, a instauração de auto de infração.

²⁰ Não constam as multas impostas às empresas Ondrepsb Serviços de Guarda e Vigilância Ltda. e Secure Sistemas de Segurança Ltda.

2. O termo de Compromisso de Cessação

2.1 *Conceito, objetivos e características*

O Compromisso ou Termo de Cessação é um instituto existente na Lei Brasileira de Proteção à Concorrência (Lei n. 8.884/94, art. 53), que, assim como no caso dos acordos de leniência, pressupõe que o agente que eventualmente tenha cometido uma infração à Ordem Econômica se apresente perante a administração pública, à procura de um acordo. Diz o referido dispositivo legal:

Art. 53 – Em qualquer fase do processo administrativo, poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Disto, entretanto, não decorre a equiparação entre os institutos do Acordo de Leniência e do Compromisso ou Termo de Cessação, conforme poderá ser comprovado no próximo item.

Pode-se dizer que o TCC tem como objetivo primordial extinguir ou paralisar a investigação, ‘havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica’ (FONSECA, 2007, p. 327).

Dentre suas características principais, pode-se ressaltar o dinamismo e a celeridade de decisões, não se coadunando com a usual morosidade do processo administrativo e judicial brasileiros. Entretanto, conforme lembra João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Por outro lado, por parte do agente econômico, interessa não empenhar o seu tempo de atividade empresarial em processos de desfecho incerto e, acima de tudo, de longa duração. É economicamente mais vantajoso para a empresa não alimentar uma situação de dúvida sobre a lisura de sua conduta no mercado.

Para atingir esse objetivo comum, o legislador fixa um parâmetro aceitável bilateralmente: o agente econômico cessa a prática dos atos que a Administração entende lesivos, e, por outro lado, essa cessação não equivale à confissão nem a reconhecimento de ilicitude da conduta que está sendo objeto de investigação (...) (FONSECA, 2007, p. 328).

Vale ressaltar que, em caso de descumprimento do compromisso assumido, bem como de colocar obstáculos à verificação das determinações impostas, a autoridade irá executar judicialmente o agente econômico, pois, o TCC é um título executivo extrajudicial.

2.2 Diferenças quanto aos Acordos de Leniência

Ainda há confusão entre os institutos do TCC e do Acordo de Leniência, assim, é importante lembrar a lição de Ibrahim Acácio Espírito Sobral, para que não haja mais esta dúvida:

o acordo de leniência possui uma amplitude e grau de sofisticação maiores que o compromisso de cessação. O acordo de leniência é mais abrangente, já que exige que o delator ofereça provas da conduta ilícita de outros agentes econômicos, o que não se verifica no Termo de Cessação, no qual o infrator simplesmente compromete-se a cessar sua prática infrativa, não exigindo dele qualquer comprovação de práticas a terceiros. O compromisso de cessação por si só não dispõe de elementos suficientes para a descoberta e desmantelamento de cartéis. (SOBRAL, 2001, p. 141).

3. Impactos da Lei n. 11.482 de 31 de maio de 2007 – Uma visão crítica

A Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007, alterou substancialmente o artigo 53 da Lei n. 8.884/94.

A redação anterior à referida lei era:

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do Termo de Compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei. (Grifo nosso)
A nova redação do art. 53 da Lei n.. 8.884/94 preleciona:

Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11482.htm - art 16

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do *caput* do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. (Grifo nosso)

§ 3º A celebração do Termo de Compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

§ 4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial.

§ 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 8º As condições do Termo de Compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do Termo de Compromisso de cessação.

Diante do exposto, pode-se inferir que a lei que, anteriormente, vedava expressamente a aplicação dos TCCs aos casos de cartel, passou a permiti-los, em qualquer caso que esteja sob investigação – inclusive aqueles envolvendo cartéis.

Este aumento na abrangência da aplicação dos TCCs deve ser analisado com maior cautela, uma vez que entendemos que não houve um prévio estudo do mercado brasileiro, de uma forma geral, bem como da viabilidade do aumento desta abrangência na atual legislação concorrencial brasileira.

Conforme mencionado acima, todos os órgãos mundiais de defesa da concorrência têm a mesma opinião: o cartel é a mais nociva prática realizada pelas empresas no âmbito do direito concorrencial. Os lucros auferidos pelas empresas participantes do cartel são extremamente elevados, haja vista o dano causado no mercado, pela ausência de concorrência e, principalmente, à coletividade, titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884/94.

A possibilidade de ser firmado o TCC nas condutas configuradas como cartéis diminui significativamente a força do Acordo de Leniência.

Um dos requisitos mais importantes para a existência de um acordo de leniência estável e forte é a determinação legal e a aplicação, pelos órgãos de defesa da concorrência, de altas multas pecuniárias impostas aos participantes do cartel.

Na União Européia, por exemplo, o Programa de Leniência está se tornando cada vez mais eficaz, haja vista a imposição de multas, cada vez mais severas a cada ano.

Quadro 05 – Multas impostas a Cartéis pela Corte de Julgamento da Comissão Européia nos últimos anos²¹

| Ano | Multa em euros |
|--------------|-----------------------|
| 2003 | 400.791.000 |
| 2004 | 368.753.100 |
| 2005 | 683.029.000 |
| 2006 | 1.846.385.500 |
| 2007 | 3.334.002.700 |
| 2008 | 66.985.500 |
| Total | 6.699.946.800 |

²¹ Cartels – EC – European Commission, 20 de abril de 2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

Constata-se que, a cada ano, ocorreu um significativo aumento das multas impostas pela União Europeia, o que evidenciou a força e a importância das políticas de leniência.

O acordo de leniência não tem como objetivo *apenas* acabar com o cartel, mas também puni-lo com o devido rigor e, acima de tudo, desencorajar a prática da conduta e encorajar que aqueles que participam do cartel colaborem com a realização da justiça e dos maiores valores do Estado Democrático de Direito.

A nova redação do art. 53, em seu parágrafo segundo, determina que, quando for firmado o TCC em relação às condutas previstas no art. 21 incisos I, II, III ou VIII da Lei n. 8.884/94 (cartéis), a empresa deverá, obrigatoriamente, recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da referida lei, *in verbis*:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

A mera apresentação da proposta do TCC, não suspende a tramitação do processo administrativo ou da averiguação preliminar, conforme art. 129, parágrafo único, da Resolução n. 46 do CADE, de 04 de setembro de 2007.

Entretanto, o trâmite do TCC é extremamente rápido, pois o período de negociação entre o CADE e a empresa será de 30 (trinta) dias, contados

do despacho do Conselheiro Relator, sendo prorrogáveis, no máximo, por mais 30 (trinta) dias e, concluído o período de negociação, a versão final do compromisso será pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro Relator para julgamento pelo Plenário do CADE, ou seja, após a apresentação do TCC, haja vista o curto lapso temporal até seu julgamento, será difícil verificar a vantagem auferida pela empresa na participação no cartel.

Assim, o CADE, caso o TCC seja firmado no início do processo administrativo, não disponibilizará de dados suficientes para quantificar a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel. Não tendo estes dados, o CADE, provavelmente, irá estipular a multa mínima determinada no art. 23 da Lei n. 8.884/94, qual seja, um por cento do faturamento bruto do último exercício, excluídos os impostos, e, mesmo que o CADE disponha de alguns dados, provavelmente não terá, haja vista que o processo administrativo não terá sido finalizado, informações suficientes para impor uma multa de acordo com a vantagem auferida pela empresa em sua participação no cartel, como ocorre na União Européia e nos Estados Unidos da América.

A empresa, ao obter conhecimento de que o CADE e a SDE estão investigando um suposto cartel de que o mesmo é participante, irá ‘correr’ para firmar o TCC, para que o CADE não tenha acesso a informações suficientes para impor uma multa que não seja a mínima.

A multa, quando estipulada em seu valor mínimo, não inibe a empresa de participar do cartel, pois os lucros auferidos com a participação nesta prática serão maiores que a multa por ventura imposta em caso de ser firmado o TCC.

Conclusão

A possibilidade de ser firmado o TCC em condutas relacionadas a cartéis, poderá gerar um efeito indesejado, qual seja, o incentivo à cartelização do mercado brasileiro e todas as conseqüências macroeconômicas que disto possam advir.

Ademais, conforme já mencionado acima, a mera possibilidade da aplicação de uma multa de apenas um por cento do faturamento bruto do último exercício da empresa, enfraquece substancialmente o programa de leniência, que é considerado uma das ferramentas mais importantes no combate aos cartéis.

Contudo, é importante lembrar que a apresentação da proposta de compromisso de cessação não obriga o CADE a aceitá-la. A proposta poderá ser rejeitada quando do seu julgamento, sem possibilidade de contraproposta.

Não se pode olvidar, entretanto, que a Lei de Proteção à Concorrência brasileira ainda é muito recente, assim como a doutrina e a jurisprudência nacionais acerca deste assunto. O direito concorrencial brasileiro ainda está em fase de solidificação.

Toda e qualquer alteração legal deve ser encarada como uma *oportunidade* de adquirir essa experiência, ainda escassa. O que não se pode perder de vista é a necessidade de se fazer tais alterações com especial cautela, sem, jamais, perder de vista a valiosa contribuição dada pela legislação, doutrina e jurisprudência e dos Estados Unidos da América e, especialmente, da União Européia, ambos com sucesso mais que ratificado em matéria de Defesa da Concorrência em todo o mundo.

Relativamente à questão apresentada, a conduta tomada por ambos os ordenamentos jurídicos (europeu e norte-americano) foi a de *aumentar a pena imposta aos participantes do cartel e fortalecer o programa de leniência*. Optar por este caminho parece ser a mais adequada e contundente ação para combate eficaz dos cartéis.

Referências bibliográfias

- BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- COMISSÃO DA COMUNIDADE EUROPÉIA. Glossary of Terms Used in EU Competition Policy – Antitrust and Control of Concentrations. European Commission. Brussels, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa Folha/Aurélio*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. O Cartel. In: _____ (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 15-80.

- MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência – A Política Econômica de Combate a Cartéis. 2004. p. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- MOREIRA, Eduardo Athayde de Souza; PEÑALOZA, Rodrigo. Programa de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. ANPEC. Departamento de Economia – Universidade de Brasília, 19 de junho de 2004, p. 4. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>>.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTOS, Paulo Márcio Reis. Análise do Cartel das Produtoras de Papelões na Comunidade Européia. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org.). *O Cartel*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 145-78.
- SANTACRUZ, Ruy. Cartel na Lei Antitruste: O Caso da Indústria Brasileira de Aços Planos. In. MATTOS, César (Org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 415-34.
- SANTOS, Paulo Márcio Reis. Análise do Cartel das Produtoras de papelões na Comunidade Européia. In. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *O Cartel: doutrina e estudo de casos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 145-78.
- SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? *Revista do IBRAC*, São Paulo, volume 8, número 2, p. 131-146, 2001.

A ANATEL E A SOCIEDADE*

*Pedro Dutra***

A defesa do interesse público, que faz o objeto da regulação, é árdua, pois persegue uma fórmula ideal, de desafiadora simplicidade: busca o consumidor – cujo universo consiste no interesse público – maior e melhor oferta de serviços, a menor preço. Nesse contexto, a ação de uma agência reguladora dá-se sob um permanente desafio, a se desdobrar no enfrentamento de interesses privados, sempre versados por empresas de expressivo poder econômico – daí a razão de existir a regulação – e, em sociedades nas quais a cultura da regulação técnica independente ainda não se afirmou, na resistência ao assédio político-partidário de diferentes esferas do poder, sobre o curso ordinário de sua ação.

Em seus dez anos de existência, a Anatel enfrenta a si própria – enfrenta os efeitos de suas ações ao longo desse período – e resiste às pressões externas que muitas vezes se abatem sobre os órgãos reguladores. A Anatel pode espontaneamente rever suas ações e aperfeiçoá-las, ao contrário do que ocorre no plano externo, em que a ela não cabe reagir diretamente, socorrendo-a as forças voltadas à defesa do interesse público, quando essas encontram um fator que as mobilize sobre interesses político-partidários que afligem a regulação técnica independente.

Ao procurarmos atender à proposição deste seminário, parece-nos indicado apontar medidas ao alcance direto da Anatel, capazes de contribuir para o aperfeiçoamento da sua ação regulatória, que é, afinal, o objetivo permanente de seu corpo técnico.

Não se trata de reorganizar administrativamente a Anatel, de lhe redefinir cargos e funções sob novas denominações, ou alinhar planos e metas de trabalho. Mas de medidas de fortalecimento da atuação da Anatel em seus planos interno e externo.

* Comunicação apresentada no seminário “Desenvolvimento da Concorrência no Setor de Telecomunicações e o Papel dos Órgãos Reguladores” realizado em 30 de setembro de 2008.

** Advogado.

As medidas a seguir sugeridas podem ser promovidas por meio de atos administrativos cuja expedição e execução dependem da iniciativa da direção superior da Anatel, pois todos esses atos já se acham previstos em Lei – normas legais e infralegais – e encerram-se em sua esfera de competência.

a) Publicidade

Franquear as ações ordinárias da Anatel, a começar pelas reuniões de seu Conselho Diretor; a agenda de seus principais dirigentes; e a vista, às partes e terceiros interessados e seus respectivos representantes e patronos, dos processos administrativos em curso na Agência.

Ou seja, as reuniões do Conselho da Anatel passariam a ser abertas ao público, indistintamente; a agenda de seus conselheiros, superintendentes e procurador-geral seria tornada pública; e a vista aos autos dos diferentes processos administrativos em curso na Agência seria franqueada, prontamente, àqueles habilitados na forma da Lei.

É importante acentuar que a exceção à publicidade a que estão sujeitos todos os órgãos da administração pública é medida extraordinária. Portanto, tal ressalva deve ser aplicada sem que se extreme a interpretação e a aplicação daquela regra excepcional que, na prática, frustre a publicidade dos atos da Agência.

b) Divulgação de dados do mercado

Só a Anatel é capaz de reunir o conjunto de dados de mercado, isto é, os dados relativos à atuação das empresas nos diversos segmentos de mercado sob sua jurisdição, uma vez que essas empresas prestam esses dados ordinariamente à Agência para que ela possa cumprir sua função regulatória.

São ditos dados de mercado porque são os números da atuação pública dessas empresas, que prestam serviços essenciais ao consumidor. A divulgação sistemática pela Anatel dos dados do mercado de telecomunicações, que ela recolhe rotineiramente, permitirá a todos os agentes públicos e privados, e ao consumidor também, terem um retrato fiel do mercado e assim poder defender os seus interesses, sem assimetrias de informação que os desigualem e, em consequência, reduzam-lhes a capacidade de exercer as suas funções e os seus direitos.

O direito à livre-concorrência, assegurado a todo consumidor e a todo agente econômico e a sua promoção obrigatória pela Anatel promover; o

direito à prestação continuada, atualizada tecnologicamente e a preços módicos, assegurada a todo usuário de serviços públicos e obrigação da prestadora cumprir; e a proteção assegurada a todo consumidor, não podem ser devidamente exercidos sem que esses figurantes tenham pleno acesso aos dados dos mercados cujos serviços contratam ou prestam no mercado de telecomunicações.

Não por outra razão a redução da assimetria de informações é um dos objetivos da defesa da livre-concorrência, da regulação eficiente de mercados e da afirmação dos direitos do consumidor.

c) Prestação de contas

Assim como é indispensável aos agentes administrativos, aos agentes econômicos e ao consumidor terem acesso aos dados de mercado que a Anatel ordinariamente coleta, para que possam cumprir, no caso dos agentes da administração pública, sua função regulatória e, no caso dos agentes econômicos privados e do consumidor, pela mesma forma, exercer seus direitos, a divulgação pela Anatel dos dados relativos a seu desempenho dará aos seus jurisdicionados e ao consumidor a possibilidade de melhor conhecê-lo a função regulatória, avaliá-la e aperfeiçoá-la por meio de comentários e sugestões.

Do ponto de vista da Anatel, a prestação ordinária de contas, em um relatório anual em que se achem detalhados todos os planos de sua atuação – a sua função preventiva, repressiva, normativa, entre outras – a ela irá conferir uma maior autoridade não apenas na fundamentação de seus atos, mas também na reivindicação dos meios indispensáveis a melhor execução de suas funções, junto aos poderes Executivo e Legislativo e, sobretudo, junto à sociedade.

Note-se, ainda, que o acesso aos dados do mercado de telecomunicações e a publicação de relatório detalhado de suas atividades pela Anatel, e mesmo aos debates travados nas sessões de seu Conselho Diretor, formam material indispensável à ação dos órgãos de defesa da concorrência, a saber, à função preventiva e repressiva do CADE ao decidir sobre atos de concentração e infrações à ordem concorrencial. Igualmente, ao controle externo da Anatel, exercido pelo Judiciário e pelo Legislativo, este inclusive por meio do Tribunal de Contas da União e, não menos significativo nos dias atuais, à ação do Ministério Público e dos órgãos institucionais de defesa do consumidor.

d) Participação social

As três medidas acima, uma vez aplicadas, aumentam inquestionavelmente a participação (e, portanto o controle) social no curso da função regulatória corrente. Quando a agência reguladora se abre ao público, a ele informa sobre dados relativos ao mercado sob sua jurisdição e a ele presta contas, apresentando-lhe os números da sua atuação, a agência engaja o público na sua ação imediata, que tem o próprio público por destinatário. Então, o público colabora diretamente com o exercício da função regulatória que a ele se destina, e assim torna-se aliado da agência reguladora, fortalecendo-a interna e externamente, reforçando-lhe a independência técnica.

A participação social é aumentada significativamente por algumas ações específicas, além das acima citadas, e de entre elas ressalta o instrumento da consulta pública, desde que seguida sua execução pela resposta às sugestões encaminhadas à agência no âmbito de tais consultas. Além do prazo necessário ao exame da matéria posta em consulta, faz-se necessário que a agência dê resposta a elas antes de agir, disciplinando a matéria que submeteu ao debate público.

Se assim não for, a consulta pública transforma-se em uma mera formalidade e esgota-se sem que sejam alcançados os resultados necessários, resultando no insulamento da agência em relação à sociedade.

As medidas acima devem ser aplicadas por todos os órgãos de intervenção do Estado na economia – em especial agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência, pois atuam rentes ao interesse econômico direto do cidadão – e alguns desses órgãos já as aplicam. Elas todas já estão previstas nas normas que disciplinam a atuação desses órgãos, a partir da regra constitucional que fixa os princípios regentes da administração pública, entre eles do da publicidade.

O dinamismo do mercado de telecomunicações, as inovações tecnológicas que o dominam, e o dever legal de nele ser promovida e defendida a concorrência pela Anatel, exigem-lhe uma função regulatória ativa e pronta. Esse é o verdadeiro desafio posto à Anatel. O passo necessário no momento será a Anatel atualizar e refinar os seus próprios meios e assim aproximar-se mais da sociedade, que é a destinatária da sua ação cotidiana e, crescentemente, vê a Agência como um órgão capaz de garantir seus interesses. A Anatel deve caminhar desassombadamente com a sociedade. Mais do que nunca, a sociedade reclama a regulação ativa e aberta dos mercados.

INDÚSTRIA DE CARTÕES DE CRÉDITO, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

*Jorge Fagundes**
*Juan Ferrés***
*Katia Saito****

I. Introdução

Na esteira de sua impressionante expansão e de sua proeminência como principal meio de pagamento de varejo em vários países do mundo, a indústria de cartões eletrônicos de pagamento passou a ser alvo de intenso estudo e debate nos campos acadêmico, comercial e governamental. Esse súbito interesse, que se iniciou no final dos anos 80, mas vem gradativamente ganhando força, tem pelo menos três origens: (a) o próprio crescimento do negócio chamado cartões eletrônicos de pagamento e sua importância como meio de pagamento; (b) o florescimento da literatura acadêmica de mercado de dois lados – que tem no setor de cartões eletrônicos de pagamento um importante e complexo caso; e (c) a particularidade concorrencial desse mercado, que na maior parte do globo é caracterizado por um quase duopólio privado, composto pelos sistemas desenvolvidos pelas empresas Visa e Mastercard.¹

Os cartões eletrônicos têm basicamente duas funções: (i) são um meio de pagamento de varejo; e (ii) podem atuar como importantes instrumentos de crédito e de outros serviços bancários. Contudo, pelo menos três falhas de mercado podem ser apontadas nessa indústria:

- (i) a existência de externalidades negativas sobre os custos de transação em papel em função da expansão do sistema eletrônico;
- (ii) a existência de assimetria informacional entre consumidores e varejistas acerca do custo do instrumento; e

* Doutor em economia pela UFRJ, consultor e professor do curso de Direito Regulatório da FGV-RJ. E-mail: fagundes@fagundesconsultoria.com.br

** Mestre em economia pela USP e consultor. Foi economista-chefe da Secretaria de Direito Econômico até 2007.

*** Mestre em economia para FGV.

¹ Redes mundiais menores como American Express, ou regionais como a holandesa InterPay e a estadunidense Discover, são algumas exceções, mas que em geral não afetam a posição amplamente dominante detida por essas duas firmas.

- (iii) a existência de externalidades positivas entre essa indústria e a atividade bancária, que conferem vantagens comparativas aos bancos que operam com cartões.

Tais falhas de mercado levantaram importantes preocupações tanto no âmbito acadêmico, quanto para autoridades regulatórias e concorrenciais em todo o mundo, em particular no que tange aos problemas relacionados à concorrência.

Esse artigo está estruturado em cinco seções, além dessa introdução. Na Seção II, discutem-se os meios eletrônicos de pagamento. A seção III expõe a estrutura do mercado de cartões de pagamento e seu enquadramento como mercado de dois lados. A seção IV fundamenta a necessidade de regulação nessa indústria. A seção V discute as questões centrais do mercado de cartões de pagamento no âmbito da concorrência. Segue-se uma breve conclusão.

II. Meios de Pagamentos Eletrônicos

De acordo com a força tarefa do Banco Mundial sobre o tema² sistemas de pagamento são os meios pelos quais fundos são transferidos entre instituições bancárias (BIS, 2003, p. 1). A eficiência e segurança desses sistemas são essenciais para promover a estabilidade do sistema financeiro, oferecer liquidez à economia e, conseqüentemente, aumentar o grau de especialização e mobilidade de uma sociedade.

Embora tenham uma importância menor no que tange à estabilidade do sistema financeiro – o que suscita a dúvida sobre a necessidade de atuação do Banco Central nesse mercado – *os sistemas de pagamento de varejo são fundamentais no que tange à oferta de meios de troca para a economia*. Logo, o desenho de um sistema eletrônico de pagamento de varejo tem por objetivo dirimir riscos financeiros³ abreviar custos de liquidez⁴ e reduzir os

² World Bank Task Force on Electronic Payment Systems, 2003.

³ Riscos de inadimplência que guardam duas dimensões: microeconômica, relacionada ao risco individual incorporado ao custo de transação de não receber os valores acordados, e macroeconômico, relacionado ao risco sistêmico impulsionado pela realização de transações sem lastro, afetando severamente a liquidez de distintos elos do sistema.

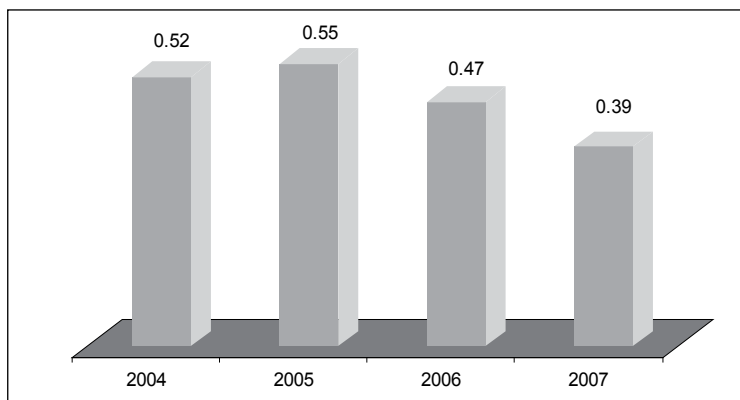
⁴ Por custos de liquidez entende-se necessidade de mobilizar recursos para efetuar uma transação.

custos de *carregament*.⁵ Para alcançar esses objetivos, todavia, são necessários vultosos investimentos em redes, terminais e centros de processamento, que, por sua vez, demandam significativa cooperação com redes bancárias em todo o mundo.⁶

II.1 Vantagem de custos

O custo de um sistema eletrônico de pagamento com cartão é frequentemente inferior ao custo do sistema baseado em papel. Não pelos custos diretos incorridos pela autoridade monetária, mas pelos custos totais do sistema de cômputo dos meios de pagamento em papel.⁷ Estudos internacionais indicam que os atrelados aos meios eletrônicos eram, no início da década, entre 50% e 70% mais baixos que as transações em papel, diferença que deve ter aumentado em função de redução dos custos relativos ao processamento tecnológico, comunicação e do uso mais intensivo da rede já constituída à medida que o sistema se alastra (Humphrey *et al*, 1996).

Figura 1. Custos dos produtos vendidos da Redecard – R\$/transação



Fonte: Redecard. Dados de 2007 calculados até o 3 trimestre. Elaboração Própria.

⁵ Por custos de carregamento entende-se os custos físicos associados à disponibilidade do instrumento, custos de transporte, armazenagem e segurança.

⁶ Tanto a empresa Visa como a Mastercard contam com a participação acionária de centenas de bancos em seu capital, de modo a facilitar a coordenação.

⁷ Vide, por exemplo, os custos associados à segurança em agências, transporte de valores, compensação de cheques etc.

Somente esses ganhos permitiriam significativas economias de recursos para a sociedade. Com efeito, generalizando para as demais redes as mesmas reduções de *custos de transação* da Redecard no Brasil, observa-se uma economia para a sociedade de cerca de R\$ 560 milhões nos últimos três anos.⁸ Segundo Humphrey *et al* (1996), a economia anual poderia chegar a 3% do PIB. Para o Banco Central, essa economia poderia chegar, no caso brasileiro, a 0,7% do PIB.⁹

Esse valor seguramente é crescente à medida que a economia expande-se. Com efeito, é a especialização da economia – obtida por meio: i. de maior especialização produtiva; ii. de novos produtos; iii. de maiores escalas produtivas; e iv. de acumulação e mobilidade de fatores – que permite o aumento do produto de uma nação. Todos esses fatores implicam um crescimento maior do número de transações na economia *vis a vis* o próprio crescimento agregado do PIB.

Figura 2. Número de transações varejo / 000' US\$ – países selecionados

| | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|----------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Bélgica | 6,7 | 6,8 | 5,4 | 5,0 | 5,1 |
| Canadá | 8,8 | 9,0 | 8,0 | 7,4 | 6,9 |
| França | 9,2 | 9,1 | 7,6 | 6,8 | 6,7 |
| Alemanha | 6,6 | 6,0 | 5,5 | 5,3 | 5,7 |
| Itália | 2,7 | 2,6 | 2,1 | 2,0 | 2,0 |
| Japão | 0,9 | 1,0 | 0,9 | 1,0 | 1,4 |
| Holanda | 7,8 | 7,8 | 6,7 | 6,1 | 6,1 |
| Cingapura | 3,8 | 10,8 | 19,6 | 17,5 | 16,4 |
| Suécia | 5,7 | 4,7 | 4,3 | 4,6 | 4,9 |
| Suíça | 3,5 | 3,4 | 3,0 | 2,8 | 2,9 |
| Sérvia | nd | nd | 10,1 | 11,0 | 13,5 |
| Turquia | 4,1 | 3,8 | 3,3 | 3,6 | 3,7 |
| Reino Unido | 7,7 | 7,4 | 6,8 | 6,1 | 6,3 |
| Estados Unidos | 7,4 | 7,4 | 7,3 | 7,2 | 7,1 |
| Total | 5,9 | 5,9 | 5,6 | 5,4 | 5,5 |

Fonte: BIS. Elaboração Própria.

⁸ Diferença de custo por transação em relação ao ano anterior multiplicado pelo número de transações totais de cartões de débito e crédito (Fonte: Abecs).

⁹ Custo e Eficiência na Utilização de Instrumentos de Pagamento de Varejo, julho de 2007.

Nesse sentido, explica-se a recomendação do BIS/CPSS (2005) para que os países ampliem o papel dos sistemas eletrônicos de pagamento. Mas essa é apenas uma dimensão dos ganhos. Meios eletrônicos de pagamento permitem compras remotas (e ampliação dos mercados relevantes que outrora seriam eminentemente locais) e facilitam as transações *cross border* (internacionais) – de modo que se tem um impulso ao comércio e um acirramento da concorrência em diversos mercados.¹⁰

II.2 A determinação de preços e a concorrência dos cartões de pagamentos com meios de pagamento em papel

Entretanto, apesar da óbvia vantagem de custos, existem problemas associados à introdução de sistemas eletrônicos de pagamento privados, pelo fato de que *não necessariamente essa redução de custo resultará em menores preços por transação* (isto é, ganhos de bem-estar social para os consumidores). Pode ocorrer inclusive o contrário, como se verá.

Essa diferença decorre da existência de custos de acesso positivos e da divergência entre preços e custos em um ambiente em que firmas privadas maximizam lucros com poder de mercado.

Para entender esse aspecto, basta comparar a estrutura dos cartões eletrônicos com os outros dois meios tradicionais em papel. Frente aos meios de pagamento em papel, a principal distinção da indústria de cartões reside na possibilidade de se restringir o acesso nas duas pontas. Essa possibilidade inexistente no papel moeda (motivo pelo qual não há preço de transação nesse meio) e existe no cheque em apenas uma ponta (não sendo possível, portanto, redistribuição de custos entre tipos de consumidores).

Já nos cartões eletrônicos de pagamento, as duas pontas podem ter seu acesso restringido e, por conseguinte, nas duas pontas podem ser determinados preços – de tal sorte que uma tarifa de intercâmbio em qualquer direção pode funcionar como forma de compensar a diferença entre preços e custos em uma ponta. Ou seja, enquanto no papel moeda os custos são sociais e, no cheque, apenas uma ponta (comprador) ‘paga a conta’, nos cartões, qual-

¹⁰ No Brasil, o primeiro grande investimento nessa direção foi dado com a adoção ao Sistema Brasileiro de Pagamento, em 2003. Mas vale mencionar que, em decorrência do histórico de hiperinflação do país, os sistemas até então vigentes já eram bastante ágeis em comparação com aqueles dos países desenvolvidos.

quer ente (consumidor ou varejista) pode pagar pelo serviço um preço (não custo) determinado pela lógica empresarial e dissociado de seu custo.

Por conseguinte, a introdução de preços no mercado de cartões de pagamentos pari passu incorpora a dimensão concorrencial, e todas as suas nuances, como definição de mercado relevante, análise de barreiras à entrada, contestação de mercado e rivalidade.

Rochet e Tirole (2002) sustentam que, sob condições de concorrência perfeita, a incorporação de preços não afetaria o bem-estar social. E nesse sentido, os mecanismos de proteção à concorrência já existentes (as instituições antitruste) seriam suficientes para disciplinar os agentes. Além do mais, na medida em que existiria competição entre os cartões de pagamento, o preço limite seria dado pelos preços das transações feitas em papel e, por conseguinte, a migração para meios eletrônicos de menor custo geraria ganhos de bem-estar social.

Contudo, essas conclusões resultam de uma análise eminentemente estática, baseada em uma série de premissas, entre as quais: (i) o mercado relevante seria o de meios de pagamento em geral (eletrônicos e em papel); e (ii) os custos dos meios em papel são exogenamente dados (não há externalidades de rede).

No que tange ao *primeiro aspecto*, a diferença muito elevada de custos entre os dois sistemas de pagamento sugere que se tratam de *mercados relevantes distintos*, a despeito do processo de migração em curso. Ademais, à medida que o processo de migração vai sendo concluído, deixa de ter sentido usar como *benchmark* para esse mercado os custos dos meios em papel.

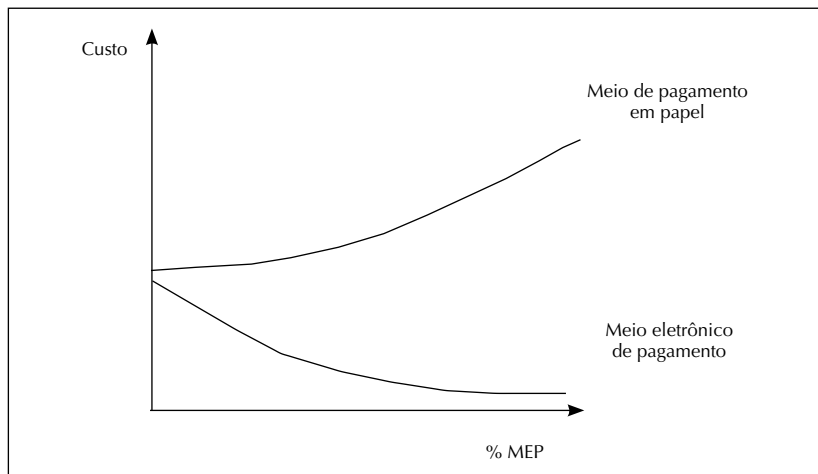
Quanto ao *segundo aspecto*, na verdade ocorre o oposto. E sua endogeneização aponta para a existência de externalidades negativas entre os meios eletrônicos de pagamento e os meios de pagamento em papel.

Para entender a lógica do argumento, basta notar que o custo dos meios em papel é uma função inversa do volume de transações. Nesse caso, expansões dos sistemas eletrônicos de pagamento implicariam em um *aumento dos custos dos meios em papel* – tanto em função de deseconomias de rede¹¹

¹¹ Tendo em vista que os custos dos meios de pagamento em papel relacionados aos custos de carregamento, liquidez e risco (para cheques), tem-se que uma redução da escala de movimentação tende a aumentar os custos de *floating* e de carregamento.

quanto pelo problema de seleção adversa identificado.¹² Essa constatação é corroborada empiricamente (GREVIK e OWE, 2002; CHAKRAVORTI MCHUGH, 2002; BCB, 2007)

Figura 3. Custos dos meios de pagamento à medida que os eletrônicos se difundem



Fonte: elaboração própria.

Incorporando a hipótese de externalidades negativas entre meios de pagamento ao modelo proposto por Rochet e Tirole (2003), ao contrário da conclusão original dos autores, a substituição dos meios de pagamento em papel pelos meios eletrônicos levaria a um aumento gradativo dos preços deste último. *Estaticamente, tal substituição já resultaria em um problema alocativo. Dinamicamente, poderia levar a uma perda de eficiência da economia.* Ou seja, embora houvesse ganhos de eficiência produtiva (redução do custo de realização de uma transação), com a substituição dos meios de pagamentos tradicionais por meios baseados em cartões de pagamentos, o incremento do nível de preço da rede (elevação do poder de mercado) pode-

¹² Na medida em que clientes substituem cheques por cartões (em que há uma análise de risco incorporada), permanecem usando os instrumentos em papel progressivamente os mais inadimplentes – que não têm acesso a crédito – aumentando o custo relativo e absoluto do instrumento.

ria implicar redução da eficiência agregada (estática e dinâmica), sem que isso compromettesse o processo de migração.

Não é do interesse da sociedade essa situação nem mesmo dos proprietários das redes, que veriam um risco crescente de intervenção estatal, como ocorreu com os sistemas de compensação de cheques nos Estados Unidos, pós-período de liberdade bancária (1913-1916). Todavia, não pode ser o risco de confisco ou intervenção na esfera de preços o receio a pautar o comportamento de uma indústria. Tal comportamento deve ser ditado por regras que promovam, via mercado, o repasse de ganhos de eficiência para o consumidor.

Finalmente, é preciso destacar o impacto *dinâmico*, em que os preços elevados dos meios eletrônicos de pagamento implicam aumento dos custos de transação para a sociedade, com o conseqüente desincentivo à especialização econômica e redução do crescimento da economia – dimensões que vão muito além daquela estática descrita por Rochet e Tirole (2002).

Em síntese, *embora os custos dos meios eletrônicos sejam inquestionavelmente mais baixos que os custos dos meios em papel, a possibilidade de somar a esses custos rendas extraordinárias, oriundas de eventual exercício de poder de mercado (níveis de preço das redes de cartões de pagamentos), implica que os custos de transação para a sociedade podem, inclusive, crescer vis a vis o equilíbrio original baseado no uso de meios em papel.*

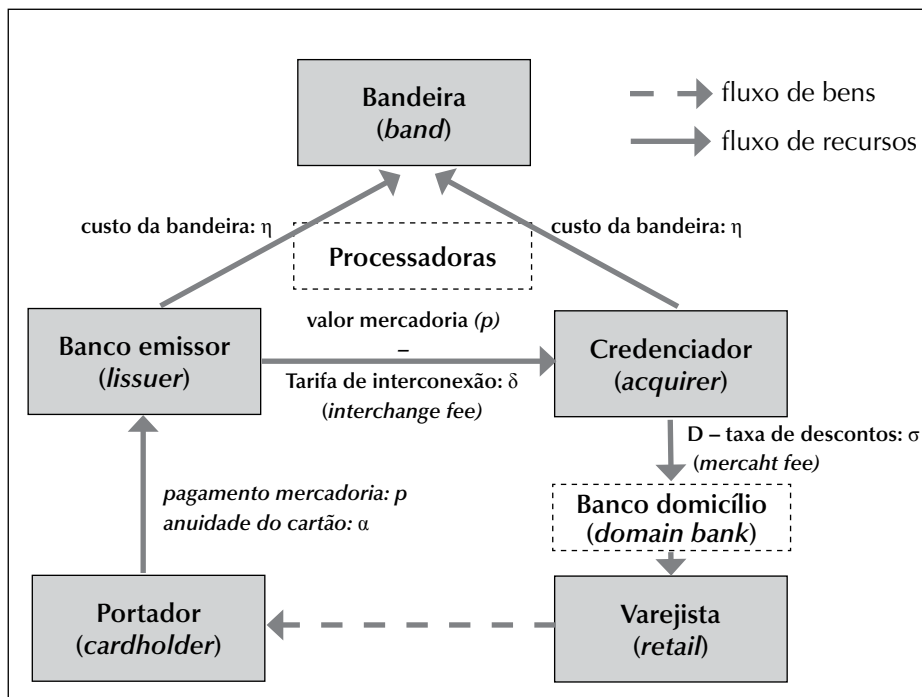
III. A Estrutura do Mercado de Cartões Eletrônicos de Pagamento

III.1 A Indústria

A indústria de cartões eletrônicos de pagamento é formada por pelo menos sete agentes relevantes, que atuam em intensa colaboração entre si¹³ a saber: i. proprietário do cartão; ii. banco emissor; iii. processador; iv. bandeira; v. credenciador (ou *acquirer*); vi. banco de domicílio; e vii. estabelecimento comercial (Figura 4).

¹³ ROCHET, J-C; TIROLE, J. Cooperation among competitors: Some economics of payment card associations. *The Rand Journal of Economics*; 2002; 33, 4; p. 549

Figura 4. Estrutura do mercado de cartões eletrônicos de pagamento



Fonte: elaboração própria.

Para que uma transação seja realizada, é necessário que estes sete agentes estejam *atuando de forma coordenada*. O fluxo de mercadorias é descrito na relação direta ou indireta entre varejista e consumidor (portador do cartão). O fluxo financeiro é exemplificado acima (em vermelho).

Esse artigo utilizará o termo *rede* para denominar o conjunto sincronizado dessas atividades, organizado a partir de uma bandeira (rede Mastercard ou rede Visa, por exemplo) e o termo *infra-estrutura* (ou *plataforma*) para a combinação de *ativos* (*hardware* e *softwares*) necessários para os processos de captura, transmissão, processamento, verificação, autorização, compensação e consolidação das informações de uma transação.

O *portador* é o consumidor que utiliza o cartão. Com o cartão, é possível efetuar transações comerciais junto a estabelecimentos credenciados. No caso dos cartões de crédito, o momento da compra e do pagamento é descasado. Nessa situação, o portador pode realizar compras até um determinado valor limite, estipulado pelo emissor do cartão (*limite de crédito*), a

ser pago em uma data futura pré-determinada. Já nas transações envolvendo a função débito¹⁴ a compra é feita à vista e o valor da compra é extraído diretamente da conta corrente do portador. Já na função pré-pago, os cartões acumulam certo valor que passa a poder ser gasto pelo consumidor.¹⁵

Para ter direito a um cartão de crédito ou débito (e a um limite de crédito), o portador geralmente paga uma taxa (anuidade) ao estabelecimento bancário. Mas nessa relação, inexistente a cobrança de taxas por transação. Caso a fatura não seja integralmente paga na sua data de vencimento, juros são cobrados sobre os valores não pagos.

Por sua vez, o *estabelecimento comercial* é a pessoa jurídica filiada à rede credenciadora apta a aceitar o cartão. Em troca da prestação desse serviço ao cliente, o estabelecimento comercial paga tanto o aluguel do equipamento (POS¹⁶) como também uma porcentagem do valor das compras (taxa de desconto ou *merchant fee*) realizadas pro meio do cartão eletrônico à credenciadora.

A *credenciadora (acquirer)* é responsável pelo credenciamento e gerenciamento dos estabelecimentos comerciais filiados. Ela também estabelece as condições comerciais e os preços cobrados dos comerciantes, processa e liquida as transações realizadas com os cartões de sua responsabilidade, determina a adoção de novos padrões de tecnologia e loca (vende, ou apenas registra, caso o POS seja de propriedade do varejista) os terminais eletrônicos para efetuação de tais transações.¹⁷ As credenciadoras pagam uma taxa de intercâmbio (*interchange fee*) às administradoras de cartão (emissoras). Finalmente, para relacionar-se com os varejistas, os credenciadores demandam acesso a um *domicílio bancário*, em que os valores faturados são pagos aos estabelecimentos comerciais.

Já o *emissor* é a instituição que emite os cartões de crédito. Segundo SEAE (2003), as atividades da administração do cartão envolvem, entre ou-

¹⁴ Por exemplo, VisaElectron®, Maestro®, ou Redecard®.

¹⁵ Esse gasto pode ocorrer tanto *offline* como *online*. No Brasil, os principais expoentes desses cartões pré-pagos são o Ticket VR® e o Visa Vale®.

¹⁶ *Point of sale*.

¹⁷ A delimitação do papel do credenciador varia muito entre países e intrapaíses. Em tese, a atuação mínima da credenciadora poderia limitar-se apenas à esfera comercial, não sendo requerida sua participação ativa na operação técnica da rede (plataforma), função que poderia ser realizada pelos processadores – inclusive sob coordenação direta da própria bandeira.

tras, a análise das propostas de adesão, determinação do limite de crédito, oferta de crédito rotativo, concessão de autorização de compra e lançamento das transações nas faturas. Sua fonte de receitas é: (a) os ganhos de *floating*; (b) as tarifas de interconexão pagas pelos credenciadores; (c) as anuidades pagas pelos portadores; (d) os ganhos indiretos relacionados à atividade de crédito rotativo; e (e) os ganhos indiretos obtidos com esse relacionamento bancário.

O *processador* é o agente operacional que se encarrega do atendimento das operações (captura, autorização, processamento etc.) e seu processamento (*clearing* eletrônico de saldos a pagar e receber, envio das informações aos *acquirers*, *issuers*, bandeiras etc.). Em outras palavras, em tese, o processador é o agente que executa as funções técnicas em uma rede de cartões de pagamento, com base em *softwares* – proprietários ou não – que seguem os padrões técnicos estabelecidos pela bandeira, podendo atuar diretamente para *acquirers* ou sob coordenação da bandeira.

Por fim, a bandeira é a detentora da marca estampada nos cartões. Entre suas atividades estão estabelecer contratos de licenças para o uso da marca, regras e padrões técnicos da plataforma (infra-estrutura de rede), coordenar as ações de emissores e credenciadores etc. Em suma, as bandeiras são instituições que autorizam o uso de sua marca e de sua tecnologia por emissores e credenciadoras de estabelecimentos. A bandeira tem o importante papel de disponibilizar uma rede, que pode ser mundial, de aceitação dos cartões com sua marca, e deve promover essa marca, a qual é licenciada aos administradores. Finalmente, é a bandeira que determina a tarifa de intercâmbio, a partir de um processo decisório baseado em complexa estrutura de governança.

Há dois tipos de redes neste mercado: as fechadas e as abertas. Nas redes fechadas (*proprietary networks*) há verticalização total das atividades, ou seja, a bandeira opera também como administradora e credenciadora. Já nas cadeias abertas (*open networks*), a principal função da bandeira é a organização de uma estrutura *cooperativa* estabelecendo normas e concedendo licenças. As atividades de credenciamento e emissão de cartões são tarefas de terceiros – muitas vezes bancos, em função de externalidades positivas existentes entre as duas atividades.

O modelo de organização da indústria varia de país para país, havendo inúmeras formas de *verticalização entre os agentes, de padrões de competição inter e intra-redes (questão horizontal) e de compartilhamento de plataformas*.

Por fim, vale mencionar que, à medida que existem externalidades positivas entre as atividades de sistema de pagamento e a atividade bancária, as redes abertas permitem a internalização desses ganhos, com reflexos diretos sobre o padrão concorrencial do mercado de meios de pagamento e do mercado bancário.

III.2 Mercado de dois lados

Como pode ser observado acima, o mercado de *cartões eletrônicos de pagamento* tem *dois grupos distintos de consumidores*, os portadores do cartão (que fazem o pagamento) e os lojistas (que aceitam o cartão como forma de pagamento). Mas os serviços, embora distintos para cada um dos agentes, são consumidos conjuntamente pelos dois consumidores, de forma que eles só existem se ocorrer uma transação consentida entre os dois tipos de agentes.

Tratam-se de externalidades de uso que são endogeneizadas pelo negócio. Por exemplo, quando um consumidor utiliza um cartão, o lojista está se beneficiando dos ganhos de utilidade auferidos pela substituição do meio de pagamento. Similarmente, quando o estabelecimento decide aceitar cartões para uma transação, ele cria um benefício (utilidade) para o consumidor usuário do cartão.

Esse padrão de externalidade difere marginalmente da definição padrão de externalidade de rede – que ocorre quando o valor de um produto para uma pessoa depende diretamente da quantidade de pessoas que compram o produto. Neste caso, a demanda por cartões de crédito depende do número de estabelecimentos que o *aceitam* (outro serviço) que, por sua vez, depende do número de portadores desse instrumento. *Ou seja, cada tipo de consumidor valora mais o serviço se o outro grupo de consumidores também comprar o serviço.*

Nesse sentido, os lojistas são mais propensos a aceitar os cartões que são mais adquiridos pelos compradores e os compradores são mais propensos a aceitar cartões que são aceitos em um maior número de lojas (EVANS, 2003). Rysman (2004) mostra que há uma correlação entre uso de cartão pelo portador e aceitação dos estabelecimentos para as quatro maiores redes nos Estados Unidos (American Express, Discover, Mastercard e Visa).

Em última instância, tem-se o efeito rede (quanto maior o uso, maior a utilidade extraída do bem), mas a relação de causalidade não é direta, dependendo da participação do outro grupo nesse arranjo.

Devido à existência de externalidades entre os dois consumidores, um mercado de dois lados pode incentivar o volume de transações (a receita total) ao cobrar tarifas distintas entre os dois grupos de consumidores. *Assim, a estrutura de preços – o preço cobrado em cada uma das duas pontas – não é necessariamente um reflexo da estrutura de custos de cada serviço* (EVANS e SCHMALENSSEE, 2005; ROCHET e TIROLE, 2003). Note-se que a existência de preços nos dois elos decorre diretamente da possibilidade de se restringir o acesso ao bem, dado que a oferta de serviços associados aos cartões de pagamentos é realizada por agentes privados voltados para a maximização de seus lucros.

No caso da indústria de cartões, os portadores quase nunca arcam com os custos implícitos dos serviços que lhe são prestados (risco de crédito, envio de faturas etc.) via anuidades. Frequentemente são brindados com bônus, como forma de incentivo ao ingresso no sistema. Por outro lado, os estabelecimentos suportam a maior parte do custo, pagando uma porcentagem do valor de todas as transações efetuadas com os cartões (EVANS e SCHMALENSSEE, 2005; ROCHET e TIROLE, 2003; EVANS, 2003).

Nesse contexto, em redes abertas¹⁸ – em que a emissão do cartão e o credenciamento do estabelecimento podem ser feitos por pessoas jurídicas distintas da bandeira – a forma de equilibrar os custos e receitas em cada serviço foi a criação da taxa de intercâmbio. Trata-se de um mecanismo de transferência de receitas de um tipo de serviço para o outro, de tal sorte que se dissociem custos e preços para cada grupo de consumidores – mas *a priori* não para o conjunto do negócio. *A existência de externalidades de uso de-sautoriza ex ante confundir essas transferências com subsídios cruzados de caráter anticompetitivo*. Trata-se de uma forma alternativa à rede fechada de internalizar externalidades de uso entre os dois tipos de consumidores.

A inclusão de uma taxa de intercâmbio ao preço do serviço prestado ao estabelecimento encarece as taxas de desconto cobradas sobre o varejo e permite diminuir as taxas cobradas ao portador. Em um ambiente competitivo, a determinação do valor da tarifa de interconexão deve levar em conta (a) os custos dos serviços, tanto do emissor quanto da credenciadora, (b) o nível de competição entre *issuers* e entre *acquirers* (poder de mercado dos

¹⁸ Em redes fechadas, a tarifa de intercâmbio não é necessária, já que custos e receitas nas duas pontas são internalizados na bandeira.

emissores e credenciadoras), e (c) as elasticidades-preço da demanda de ambos os lados (ROCHET e TIROLE, 2003).¹⁹

Quanto maior o nível de competição relativo entre *issuers* (*acquirers*), maior (menor) a taxa de interconexão esperada, teoricamente. Da mesma forma, quanto menor a elasticidade de preço da demanda dos emissores (*acquirers*), maior (menor) a tarifa a ser determinada.²⁰ E, por fim, quanto mais altos os custos dos serviços dos emissores (credenciadores), maior (menor) a tarifa de interconexão (KATZ, 2001; ROCHET e TIROLE, 2003b; CHAKRAVORTI e ROSON, 2004). Empiricamente, a relação entre concentração de emissores e portadores de cartão parece ser verdadeira para a economia americana (WEINER e WRIGHT, 2005).

A maioria dos mercados que apresentam externalidades de uso entre dois tipos de consumidores pode ser considerada mercados de dois lados. *E, por conseguinte, tais mercados seriam beneficiados ao internalizar essas externalidades, seja societariamente, seja pela adoção de mecanismos de colaboração como as tarifas de interconexão, dissociando preços e custos para cada tipo de consumidor* (ROCHET e TIROLE, 2004; EVANS, 2003).

IV. Falhas de mercado e os limites da regulação

Antes de qualquer debate sobre os problemas da indústria de cartões de pagamento, há uma pergunta fundamental: *em que medida é necessária uma intervenção estatal (regulatória) nesse mercado?* Em outras palavras, qual ou quais as falhas de mercado que demandam um desenho institucional tal que permita a competição nesse mercado? De fato, a simples presença de poder de mercado e elevadas barreiras à entrada não implica que a indústria

¹⁹ Note-se que os autores escrevem sobre a realidade norte-americana, em que há múltiplos credenciadores, com redes compartilhadas por diferentes bandeiras.

²⁰ Intuitivamente, essas relações fazem sentido. A concentração entre *acquirers* implica uma maior capacidade de impor preços ao varejista na forma de taxas de descontos elevadas, ainda que possivelmente compensadas, do ponto de vista do sistema agregado, por um aumento de tarifa de interconexão e redução nas anuidades reais dos cartões de mesma magnitude. Por outro lado, o aumento da competição entre emissores amplia a necessidade de tarifas de interconexão elevadas para financiar a emissão de cartões.

de cartões de pagamento devesse ser alvo de uma intervenção estatal específica²¹ bastando a existência de leis e órgãos antitruste.

O que faz um mercado demandar um arcabouço regulatório específico? De acordo com Posner (1974), regulação emerge de demandas de grupos de interesse, esforçando-se para maximizar o retorno social: ‘regulation is supplied in response to the demands of interest groups struggling among themselves to maximize the incomes of their members’ (POSNER, 1974, p. 335).

Todavia, para que isso exista, devem estar presentes *falhas de mercado* – monopólios naturais, ativos essenciais, assimetrias de informação, externalidades etc. – que façam com que a ação individual não leve ao ótimo social.

Quais seriam essas falhas no âmbito da indústria de cartões? *A priori*, podemos enunciar três falhas de mercado:

- (i) externalidades entre meios de pagamento;
- (ii) assimetrias de informação entre os dois tipos de consumidores em um mercado de duas pontas; e
- (iii) externalidades entre sistemas de pagamento e a atividade bancária.

Para entender essas falhas, primeiramente é necessário introduzir o conceito de *externalidade de rede*.²² Mercados com externalidades de rede são mercados em que o uso do bem ou serviço por um consumidor amplia a utilidade (o valor) do bem para todos os demais consumidores. É essa externalidade que explica ao menos parte da primeira falha de mercado.

IV.1 Primeira falha de mercado

Externalidade entre meios de pagamento permeia a noção de externalidades de rede. Como outros meios de pagamento também apresentam

²¹ Ainda que determinadas condutas dos agentes nela atuantes possam ser alvo de ações antitruste.

²² *Note-se que não se deve confundir externalidade de rede com externalidades de uso.* Essas últimas referem-se às externalidades *entre os dois tipos de consumidores de um mercado de dois lados*. O próprio mercado, por meio dos arranjos constituídos (taxa de intercâmbio), parece ter encontrado formas de lidar privadamente com essas externalidades.

economias de rede, a expansão dos meios eletrônicos de pagamento ao portador implica deseconomias de rede sobre os outros meios.

Mas as externalidades sobre outros meios de pagamento não se restringem a esse movimento. Em particular, face a meios de pagamento *offline* ou a meios em papel outros que o papel moeda (basicamente cheque), a expansão dos meios eletrônicos impõe um problema de seleção adversa decorrente da assimetria informacional inerente à atividade de crédito.

De fato, ao emitir um cheque, ocorre uma atividade de crédito entre as partes. Uma promessa de pagamento é feita pelo emissor do cheque ao lojista, ainda que seja por um par de horas. Há um risco de *default* envolvido. Na operação com cartão, entretanto, há uma análise de risco prévia por parte de uma instituição bancária – ou uma verificação *online* de fundos – o que elimina ou pelo menos reduz esse risco. Por conseguinte, enquanto os bons pagadores migram sem problema para os cartões, os maus pagadores permanecem utilizando o instrumento em papel, elevando a inadimplência média desse instrumento e, por conseguinte, seu custo.

Como explicitado na Seção II, essas externalidades negativas elevam o valor relativo do instrumento eletrônico, reforçando a substituição (GREVIK e OWE, 2002; CHAKRAVORTI MCHUGH, 2002; e BCB, 2007).

IV.2 Segunda falha de mercado

A noção de assimetria de informação entre os dois tipos de consumidores decorre do fato de que, na ausência de diferenças visíveis de preços entre meios de pagamento – em função de custos de menu e/ou cláusulas de *no surcharge* –, os consumidores não conseguem ter clareza acerca do preço desse instrumento. Mesmo que pontos de venda que apenas operam com meios de pagamento em papel sejam em média marginalmente mais baratos²³ essa constatação por parte dos consumidores – portadores de cartões – é dificultada, tornando suas decisões imperfeitas.

Assim, um dos tipos dos consumidores de cartões – os portadores – pode não receber corretamente os sinais de mercado, qual seja, o preço do meio de pagamento (da rede), de modo que sua decisão de consumo será distorcida. Nessas circunstâncias, a outra ponta – o varejista – ao defrontar-

²³ Dinamicamente, as externalidades negativas entre meios de pagamentos (1ª falha de mercado) garantem que esse equilíbrio vá sendo alterado.

se com um instrumento mais caro (os cartões), tem sua escolha limitada apenas a aceitar ou não o meio de pagamento.

Esse quadro limita a competição por preços entre redes e, como mostra Farrell (2006), amplia o poder de mercado das mesmas. Em outras palavras, a eliminação dessa assimetria de informação aumenta a competição entre diferentes instrumentos de pagamentos e entre as distintas redes de cartões de pagamentos (competição inter-redes).

IV.3 Terceira falha de mercado

A terceira falha de mercado resulta na existência de externalidades entre a atividade bancária e o produto cartões de pagamento. Há várias fontes para essas externalidades.

A mais óbvia é a própria análise e concessão de limites de crédito em cartões com essa função. Em razão da assimetria de informação entre tomador e credor – e dos problemas de seleção adversa que se geram – a própria instituição bancária em que o consumidor possui conta corrente tem um histórico de informações muito melhor para avaliar o risco do cliente do que instituições concorrentes. Por conseguinte, a emissão de cartões para a base de correntistas envolve menos riscos do que para consumidores independentes (isto é, cujo domicílio bancário está em outro banco).

Outra forma de externalidade positiva refere-se à constituição de relacionamento bancário junto a cada um dos tipos de consumidores desse mercado, seja como emissor, seja como credenciador. Cartões e obtenção do domicílio bancário do cartão emergem como uma forma alternativa de relacionamento financeiro respectivamente com portadores e varejistas – e como uma oportunidade de oferecer toda uma cesta de serviços financeiros. Dessa forma, defensivamente ou como estratégia de expansão, constituir-se em domicílio bancário de cartões ou contar com uma base relevante de portadores dentro de sua própria clientela – estratégia defensiva – e na clientela vizinha – estratégia expansionista – é um ativo valioso.

Uma terceira externalidade refere-se às informações presentes nessas transações. Como a alma da atividade bancária reside no tratamento de informação, ter acesso ao perfil de gastos do seu cliente é uma informação importantíssima para verificar risco de crédito, potencial interesse em produtos etc.

Em suma, por uma série de razões, há externalidades relevantes entre a atividade bancária e a atividade de meios de pagamento, constatação esta que se reflete na estrutura desse mercado de forma bastante nítida.

Essas falhas de mercado levantaram importantes preocupações tanto no âmbito acadêmico, quanto para autoridades regulatórias e concorrenciais em todo o mundo, em particular no que tange aos problemas relacionados ao acesso, eficiência e adoção de inovações e concorrência.

A discussão sobre acesso está relacionada, sobretudo, à possibilidade de que parte dos cidadãos sejam *alijados desse mecanismo de transação*. Isso levanta discussões de ordem concorrencial, mas, sobretudo, em relação à equidade social. Ainda mais se externalidades negativas são geradas sobre o custo dos meios de pagamento em papel à medida que aumenta a penetração dos meios eletrônicos.

Por sua vez, a discussão sobre eficiências ganha pelo menos duas dimensões. Uma mais ampla, relacionada à própria migração de meios de pagamento em papel para meios eletrônicos, e outra específica, relacionada à eficiência produtiva no uso da rede de cartões de pagamentos.

Fazendo um paralelo ao debate no setor de telecomunicações, poder-se-ia argumentar que havendo infra-estruturas comuns e economias de rede, eventualmente um desenho institucional em que houvesse apenas uma *única plataforma* (compreendendo as funções de captura, transporte, processamento, autorização, compensação e liquidação de transações) poderia ser mais eficiente (*eficiência produtiva*) do ponto de vista econômico. Nesse caso, várias redes prestariam seus serviços a partir de uma única plataforma, maximizando-se a eficiência produtiva.

Como estabelece a teoria econômica, os mercados em que a curva de custos médios é decrescente ao longo de toda sua extensão (até o limite imposto pela demanda total desse mercado) são considerados monopólios naturais. Isto porque a escala mínima viável desses mercados é igual ou superior à sua demanda.

Não há nenhuma evidência que o mercado de cartões de pagamentos – ou a infra-estrutura que o sustenta – seja um monopólio natural (com facilidades ou ativos não replicáveis). A heterogeneidade de arranjos (plataformas) entre distintos países ilustra esse aspecto. De fato, penetrações similares de cartões eletrônicos emergem em países em que há tanto uma única plataforma (Japão, Coreia) como em países em que há grande concorrência entre plataformas, como nos EUA e na Alemanha (KUMNICK, 2005). E,

tampouco, nenhuma evidência nesse sentido aparentemente emerge da análise das tarifas de desconto (EC, 2006).

Com efeito, embora estudos empíricos pareçam corroborar, a existência de eficiências no aproveitamento de economias de escala em redes de cartões de pagamentos em vários países²⁴ a *magnitude* das economias derivadas da unificação de redes são aparentemente baixas do ponto de vista social.

Para além dessa avaliação estática, a literatura acadêmica sobre custos de transação em redes eletrônicas indica a existência de redução *dinâmica* de custos (HUMPHREY *et al.*, 1996). Isso significa que qualquer política pública terá que direcionar grande atenção aos incentivos à adoção de inovações – tanto aquelas que reduzem custos como as que estão vinculadas à incorporação de novos serviços ao sistema.

Nesse sentido, preliminarmente, consideramos que as condições econômicas necessárias para a defesa do argumento de intervenção regulatória determinando uma única plataforma de transações eletrônicas não estão presentes neste mercado.

O anterior *não significa que determinadas medidas de compartilhamento de infra-estrutura não possam melhorar a eficiência agregada da indústria.* Essa constatação se baseia tanto na existência de economias de escala localizadas (em particular, no que tange aos terminais de captura e à plataforma de processamento), quanto, sobretudo, na redução proporcionada para as barreiras à entrada que medidas desse tipo proporcionariam no mercado. No entanto, a discussão mais profunda desses aspectos foge ao escopo desse artigo.

Finalmente, a discussão sobre concorrência é a que tende a ter um debate mais acalorado. Sendo o interesse do Estado a completa migração dos meios de pagamentos para meios eletrônicos, o desenho competitivo dessa indústria não pode basear-se na competição entre meios de pagamento – em especial com os meios em papel. *Mas sim entre redes de pagamentos de*

²⁴ No Brasil, conforme estimado pelo BCB, a elasticidade de custos em função da escala nessa indústria situar-se-ia na casa de 0.926, isto é, haveria uma redução de 0,074% no custo unitário das transações para cada aumento de 1% no uso da rede (aferido pelo número de transações). Ver BCB ‘Custo e eficiência na utilização de instrumentos de pagamento de varejo’, 2007. A literatura internacional sobre o tema corrobora essas economias de escala, em percentuais não muito distintos (CHAKRAVORTI e MCHUGH, 2002; HUMPHREY *et al.*, 1996).

cartões concorrentes. São aspectos concorrenciais nesse âmbito que disciplinarão preços e garantirão o repasse de eficiências para a sociedade. A seção a seguir discute esses aspectos.

V. Concorrência

A discussão sobre concorrência envolve múltiplas dimensões, que podem ser separadas em dois grandes grupos: (a) problemas tradicionais antitruste; e (b) problemas específicos relacionados à presença de redes abertas.

E, como se verá, as três falhas de mercado mencionadas na Seção IV têm reflexos diretos sobre o padrão concorrencial, seja porque afetam os custos de meios de pagamento alternativos (1ª falha), seja porque há assimetrias de informação entre os dois tipos de consumidores (2ª falha) ou, finalmente, porque externalidades com serviços bancários (3ª falha) ou *externalidades de uso* e afetam diretamente a estrutura de coordenação dos agentes participantes desse mercado e, conseqüentemente, o grau de competição entre as firmas.

V.1 Problemas antitruste tradicionais

Os problemas tradicionais do mercado de cartões de pagamentos referem-se à existência – ou não – de competição entre diferentes redes. A questão fundamental que se coloca é em qual medida há concorrência (rivalidade) entre as redes de cartões de pagamento – sejam elas abertas ou fechadas. Essa questão suscita uma discussão sobre o padrão de competição no mercado e, subsidiariamente, sobre barreiras à entrada (exercício unilateral de poder de mercado) e coordenação (exercício coordenado de poder de mercado).

Condicionantes do padrão de competição

Os padrões de competição nessa indústria estão baseados em dois elementos condicionantes: (i) a forma de competição pela transação eletrônica; e (ii) a capacidade de escolha do consumidor.

No que tange ao *primeiro condicionante*, o padrão de competição entre redes nesse mercado pode se dar de duas formas: (a) pela disputa sobre a *bandeira do cartão* – e nesse caso, ter-se-ia uma demanda ‘cativa’, enquanto

o consumidor permanecer com o cartão; ou (b) por uma disputa pela *transação do consumidor* – e nesse caso, assume-se que o consumidor possui mais de um plástico, de diferentes redes (algo que na literatura ficou conhecido como *multi-homing*). Dependendo de qual seja o padrão de competição do mercado, tem-se diferentes implicações sobre o poder de mercado das redes.

No primeiro caso, o custo de recusa de aceitação de uma rede pelos varejistas é mais elevado. De fato, nesse caso, para o varejista as redes constituem-se em plataformas complementares de pagamento e ativos importantes para a realização de suas vendas. No caso limite, cada consumidor que ingressa no estabelecimento espera poder transacionar em sua rede, de modo que ao negar transações de certa rede (bandeira), o varejista está renunciando (em favor da concorrência) a uma parte das suas vendas potenciais equivalente ao *share* de usuários daquela plataforma de pagamento.²⁵

No segundo caso, em que a competição ocorre no âmbito das transações, o consumidor possui maior capacidade de escolha do meio de pagamento na ocasião de consumo. E, conseqüentemente, a decisão do varejista acerca de não aceitar certa rede não mais implica, no caso limite, que todos os consumidores usuários de cartão migrarão para outro estabelecimento comercial. Parte destes apenas deslocará a escolha do meio de pagamento para uma segunda rede, aumentando o poder de barganha dos varejistas perante os *acquirers*.²⁶

Já o *segundo condicionante* a afetar o padrão de competição inter-redes refere-se à capacidade do consumidor de escolher corretamente o meio

²⁵ É verdade que esse efeito deve ser medido corretamente em cada país e impacta diretamente no diagnóstico sobre o desempenho da indústria, mas evidências de que a distorção de consumo é elevada podem ser coletadas nos próprios sites dos *acquirers*, que, para maximizar suas vendas, indicam que a oferta de cartões produz impacto positivo sobre as vendas do estabelecimento.

²⁶ No entanto, essa diferenciação supõe que o consumidor é indiferente a pagar com um ou outro cartão. Isso pode ser verdade para a função débito na ausência de mecanismos de incentivos ao uso do plástico em um dos cartões. Mas não o é para a função crédito, em que a escolha do cartão geralmente se baseia na data de vencimento da fatura – e, portanto, no prazo do crédito concedido. Esta característica sugere que o caso limite serve apenas para ilustrar a questão. *Quanto maior rigidez na substituição do cartão por parte do consumidor, mesmo na situação de multi-homing, mais alto torna-se o custo de não aceitação de uma determinada rede, tudo mais constante.*

de pagamento que mais lhe gera utilidade. Como mencionado na Seção IV (2ª falha de mercado), na presença de assimetria de informação do consumidor em relação aos preços pagos em cada meio de pagamentos, sua decisão de consumo deixa de refletir a escolha eficiente e, por conseguinte, o mecanismo de mercado deixa de funcionar no sentido de identificar um ótimo social (FARRELL, 2006). Quanto maior a assimetria de informação identificada, mais imperfeito é o dimensionamento da preferência do consumidor em relação ao meio de pagamento no momento da transação. E, na mesma linha acima apresentada, *quanto maior essa distorção, maior o poder de mercado da rede perante o varejista*.

Todavia, neste contexto, como argumenta Rochet (2005)²⁷ se a preocupação é impulsionar a concorrência entre redes, medidas no sentido de promoção da concorrência – como a redução de barreiras à entrada – poderiam ser mais indicadas do que uma intervenção regulatória nesta indústria:

(...) if the concern of regulators is a lack of competition in downstream banking markets, direct intervention in those markets – for example, reducing barriers to entry – is likely to be more efficient than indirect intervention through interference in the internal functioning of payment card networks. (Rochet, 2005)

Nesse sentido, duas discussões distintas são importantes do ponto de vista das autoridades públicas: (i) barreiras à entrada; e (ii) coordenação inter-redes.

Barreiras à entrada

As barreiras à entrada são estruturalmente altas no mercado de cartões de pagamentos, em função da:

- (a) presença de economias de rede;²⁸

²⁷ ROCHET, J-C. ‘The Interchange Fee Mysteries: Commentary on Evans and Schmalensee’, 2005.

²⁸ A existência de economias de rede faz com que o mercado se torne mais concentrado, pois na medida em que uma bandeira aumenta sua base de portadores, ela se torna mais atrativa para os lojistas. Da mesma forma, quando um número maior de lojistas se credencia nesta mesma bandeira, maior o número de consumidores interessados em se tornar portadores desta bandeira. *Esse efeito faz com que redes já instaladas se tornem ainda maiores, o que dificulta a entrada de novos competidores.*

- (b) existência de economias de escopo na oferta dos distintos produtos eletrônicos (cartões pré-pagos, cartões de débito e crédito, cartões tipo vale e *e-money*);
- (c) necessidade de contar com operações *cross border* para alcançar certo público alvo;²⁹
- (d) necessidade de integração com bancos emissores, muitas vezes com interesses já elevados nas redes existentes;³⁰
- (e) magnitude dos investimentos para montar uma plataforma;³¹ e
- (f) existência de forte assimetria de informação entre os agentes.

Ademais, a ausência de interoperabilidade entre os terminais existentes torna ainda mais elevado o custo de entrada, na medida em que os varejistas já incorrem em custos altos de aluguel dos equipamentos das grandes redes, resistindo à introdução de novos equipamentos,³² por redes concorrentes (incumbentes).

Um mercado que apresentou grande crescimento nos últimos anos e que pode diminuir as barreiras à entrada de redes no mercado de cartões de crédito/débito são os cartões *private label*. No entanto, o volume transacio-

²⁹ O alcance global das redes Visa e Mastercard é o primeiro elemento a dificultar o acesso de redes rivais. Com efeito, para uma parcela muito importante das classes média alta e alta renda, a aceitação do cartão no exterior, ainda que o uso nessa situação represente parcela muito pequena ou nula dos gastos, é condição *sine qua non* para a aquisição de um cartão eletrônico de pagamento.

³⁰ No Brasil, há um elevado grau de integração na cadeia de cartões. Os principais bancos emissores de cartões do país são acionistas controladores das três principais credenciadoras (Visanet, Redecard e Amex). Se considerarmos os bancos que não fazem parte da composição acionária das duas principais credenciadoras e que, portanto, poderiam formar uma nova rede credenciadora, estes representam apenas cerca de 9% do total de cartões de crédito emitidos no país.

³¹ Os investimentos para constituição de uma plataforma são significativos. Apenas a título ilustrativo, o imobilizado da Redecard no Brasil sugere um custo médio em torno de R\$ 1.000/POS em termos históricos.

³² A baixa interoperabilidade dos terminais POS também dificulta a entrada de novas bandeiras no mercado, pois exige um grande volume de investimentos e eleva o custo do estabelecimento comercial. O estabelecimento comercial teria que alugar um terminal para cada bandeira que fosse credenciado. No entanto, já existem terminais, principalmente em grandes redes varejistas, que são capazes de capturar transações para diferentes bandeiras. O uso maior destes terminais diminuiria a barreira à entrada neste mercado.

nado é pequeno se comparado aos outros cartões, devido a seu uso exclusivo nas lojas emissoras e a tendência é que, até para limitar o crescimento de rivais, os principais expoentes desse segmento sejam capturados pelas grandes bandeiras por meio de contratos de embandeiramento.³³

Neste contexto, medidas no sentido de reduzir as barreiras à entrada poderiam ter dois efeitos: (i) limitar o poder de mercado das redes existentes – e, portanto, seu preço limite; e (ii) reduzir a escala mínima viável desse mercado, permitindo maior número de contestadores, inclusive regionais. Note-se, em particular, que a entrada de novas redes limita a dimensão dos custos irrecuperáveis (*sunk costs*, no sentido dado ao termo por Bain, 1956)³⁴ relacionados à capacidade de retaliação do incumbente (PINDYCK, 2005).³⁵⁻³⁶

Coordenação inter-redes

Finalmente, há também o problema associado à capacidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte das redes. Sendo os mesmos bancos que definem as regras das bandeiras abertas e fechadas, e sendo estas a definir os preços dos meios de pagamento, a determinação das regras de acesso, compartilhamento de infra-estrutura e, sobretudo, taxas de intercâmbio pode ser alvo de *coordenação inter-redes*.

Nesse contexto, a taxa de intercâmbio pode ter um papel especial, na medida em que (a) permite ‘uniformizar’ em um único preço uma eventual estratégia de coordenação entre redes; e (b) funciona como um mecanismo de estabilização de uma estratégia cooperativa.

Trata-se de um problema inerente ao setor, que só será sanado (a) pela determinação competitiva da tarifa de intercâmbio, ou (b) pelo aumento

³³ Em que medida esses acordos deveriam ser notificados aos órgãos de defesa da concorrência como ato de concentração é uma questão em aberto do ponto de vista antitruste.

³⁴ BAIN, J. S., 1956; ‘Barriers to New Competition’, Cambridge MA: Harvard University Press.

³⁵ PINDYCK, Robert S. 2005. ‘*Sunk Costs and Real Options in Antitrust*’, MIT Sloan Working Paper, N. 4545-05. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=742505>.

³⁶ SUTTON, J. (2006). ‘Market Structure: Theory and Evidence’, forthcoming. para uma revisão geral da discussão sobre estruturas de mercado.

no número de *players* nesse mercado – por um acirramento da competição inter-redes.

A redução de barreiras à entrada seguramente contribuiria nessa direção. A conclusão principal, entretanto, é que pela promoção da concorrência (e pelo comportamento tipicamente *maverick* de redes concorrentes em processo de difusão³⁷), deve-se determinar um *benchmark* de precificação endógeno nesse mercado. Como já afirmado, o elemento de constrangimento dos preços não deve ser os custos dos meios alternativos de pagamento, como proposto no modelo de Rochet e Tirole (2002).

V.2 Particularidades relacionadas às redes abertas

Além dessas questões tradicionais, para as quais as legislações antitruste já estão institucionalmente preparadas para intervir se necessário, abrem-se duas outras questões relacionadas especificamente à forma de funcionamento de redes abertas:

- i. eliminação de concorrência potencial; e
- ii. coordenação intra-redes e seus mecanismos de governança.

O *primeiro* aspecto é a resposta a uma questão fundamental nesse mercado: na medida em que redes fechadas, em que as atividades nas duas pontas são função de uma mesma empresa, são permitidas, por que há tamanho debate envolvendo as regras das redes abertas?

Uma *possível* resposta é que a possibilidade de ingresso em uma rede (aberta) de *issuers* e *acquirers*, compartilhando os ganhos dessa estrutura – inclusive parte de seu poder de mercado – é suficiente para desestimular a entrada de *uncommitted entrants* (emissores ou *acquirers* não integrados) e, por conseguinte, atenuar a competição inter-redes.

A lógica dessa *possibilidade* é muito simples. Se uma rede detém poder de mercado, então em condições idênticas de eficiência, sua lucratividade será maior que a obtida por um entrante (tanto pela presença de *sunk costs*, quanto pelo próprio acirramento da concorrência que essa entrada proporciona). Compartilhando parte desses ganhos com emissores ou *acquirers* independentes (na forma de tarifas de interconexão ou taxas de

³⁷ Para uma discussão sobre *maverick firms*, vide BAKER, J. 2002. *Mavericks, Mergers and Exclusion: Proving Coordinated Competitive Effects Under the Antitrust Law*, 77 N.Y.U.L. Rev. 135.

adquirência suficientemente atrativas), a decisão de entrada – em geral, por parte de um banco – na forma de uma nova rede torna-se no mínimo pouco atrativa. Trata-se de uma *hipótese* que pode explicar o grau de concentração no mercado de bandeiras em praticamente todo o mundo, a despeito de iniciativas pontuais de desenvolvimento de redes concorrentes.

Quanto ao *segundo aspecto*, se as redes abertas geram uma externalidade negativa em termos de competição inter-redes, então se deve avaliar (i) a conveniência de ‘fechar’ essas redes; ou (ii) a possibilidade de se compensar esse impacto potencialmente negativo com um aumento compensatório da competição *intra-rede*.

A *primeira* possibilidade implicaria em limitar o número de emissores ou *acquirers* em certa rede. Isso implicaria, entretanto, uma discussão muito complexa acerca dos limites da intervenção do Estado na iniciativa privada e sobre a dimensão dessas redes resultantes (quantas instituições bancárias seriam autorizadas a juntar-se à rede A ou B).

A *segunda* possibilidade remete à questão, já mencionada, de *coordenação* entre emissores e *acquirers intra-rede e regras de governança intra-redes*. Quanto a primeira, se emissores e *acquirers* compartilham os mesmos interesses agregados, então a determinação da tarifa de intercâmbio desse sistema será posta de modo a maximizar o retorno conjunto dessa plataforma e, conseqüentemente, o exercício do poder de mercado dessa rede aberta (FRANKEL, 2006), afastando os preços desse mercado do ótimo social.

Já quanto a *segunda*, se a bandeira é um ente independente, que apenas busca maximizar o total de transações de uma rede (e seus mecanismos de remuneração confirmam esse objetivo), então como mediador, a bandeira não tem o mesmo interesse de maximização conjunta de lucros. Mas por razões societárias ou mesmo por estruturas de negociação de regras distorcidas, envolvendo também as partes interessadas na maximização conjunta de ganhos (emissores e/ou *acquires*), as regras de funcionamento de uma rede aberta podem ter como objetivo a maximização de excedentes agregados.

Em síntese, redes abertas guardam particularidades concorrenciais importantes e, sob essas particularidades, parece justificável buscar um padrão concorrencial intra-redes, de modo a garantir resultados sociais similares (ou até superiores) àqueles que seriam obtidos com a competição apenas entre redes fechadas. As bandeiras deveriam atuar nesse sentido, estabelecendo regras que maximizam o número de transações e, por conseguinte, limitando o exercício de poder de mercado coordenado intra-rede. Mas para

tanto, precisam ser verificados os mecanismos de governança e de tomada de decisão nessa indústria.

V.3 Concorrência bancária

Uma última consideração geral acerca do padrão concorrencial refere-se às externalidades identificadas com o mercado bancário (vide 3ª falha de mercado, na Seção IV). Sobretudo na ponta dos emissores – até por restrições legais em muitos países – mas também dos adquirentes – em muitos casos em função de regras da bandeira – há ganhos indiretos decorrentes da atuação de bancos no provimento dos serviços relacionados à indústria de cartões.

Os bancos de varejo obtêm retorno econômico a partir do aproveitamento de todas as oportunidades de negócio com seu correntista. Assim, a oferta de uma cesta de serviços e a manutenção de um relacionamento estreito são peças fundamentais da lucratividade bancária.

Instrumentos de fidelização do cliente e elevação dos custos de troca (*switching costs*) impulsionam esse ganho. Por exemplo, em função de hábitos arraigados de consumo ou de assimetrias de informação (e seleção adversa) na concessão de limites de crédito, há forte correlação entre o banco emissor do cartão e a instituição bancária em que o consumidor possui conta corrente (*check account*).³⁸

O crescimento da base de cartões e, sobretudo, de cartões capturados no mercado “aberto” – portadores não vinculados a uma conta corrente – cria novas formas de relacionamento entre instituições bancárias e consumidores, que não requerem a relação bancária tradicional. Crédito, seguros e outros serviços financeiros podem ser oferecidos aos clientes de bancos concorrentes por meio do cartão. Isso reduz significativamente os custos de troca enfrentados pelo consumidor e, conseqüentemente, tende a aprofundar a competição bancária no país.

Da mesma forma, o relacionamento bancário com o varejista, requerido pela relação de adquirência no mercado de cartões, é uma forma importante de penetrar no mercado corporativo. Ao ter acesso a conta de cartões, o banco obtém tanto uma importante capacidade de acompanhar as receitas (e

³⁸ Uma grande exceção a essa regra são os Estados Unidos, onde o número de cartões por habitante (*multi-homing*) é elevado e não está via de regra vinculado à conta corrente do usuário (RYSMIAN, 2006).

a saúde financeira) do estabelecimento quanto o relacionamento necessário para identificar e ofertar uma série de soluções financeiras para essa empresa – o que lhe confere grande vantagem competitiva.

Nesse sentido, dependendo das regras de emissão e aquisição de redes abertas, a expansão dos cartões eletrônicos de pagamento pode produzir tanto uma externalidade positiva sobre o grau de concorrência bancária (tanto maior quanto mais dissociadas estiverem as instituições financeiras emissoras de cartões daquelas usadas como conta corrente), quanto negativa, decorrente da elevação de barreiras à entrada ainda maiores nesse mercado.

VI. Conclusões

Seja pela forma de organização e poder de mercado dos agentes econômicos em cada ponta do mercado de cartões de pagamento (emissores e *acquirers*), seja pelas externalidades e assimetrias de informação identificadas, a literatura sobre mercados de duas pontas sugere, entre outras relações, que (a) a estrutura de tarifas adotada nas duas pontas pode importar, tanto em termos alocativos como de eficiência agregada; (b) a concentração de mercado entre emissores e credenciadores tem influência nos preços; (c) as barreiras à entrada variam significativamente em função do grau de integração das pontas em redes abertas; (d) as externalidades positivas entre os meios de pagamento e o segmento bancário criam grandes incentivos à integração de instituições bancárias às redes de pagamento eletrônicas abertas já existentes; e (e) também, mas não apenas, em função da estrutura de colaboração necessária para atuar nesse mercado, a linha que separa exercício unilateral de poder de mercado da coordenação pró-competitiva é bastante tênue neste mercado.

O debate destes três grandes temas ocorre em torno de vários *aspectos específicos* da estrutura desta indústria. Entre os aspectos mais discutidos, destacam-se:

- (i) o papel da tarifas de intercâmbio, em particular sobre a validade desse mecanismo em redes abertas e o seu funcionamento como um instrumento de coordenação entre bandeiras;
- (ii) os efeitos das cláusulas de não-discriminação;
- (iii) a existência de competição entre *acquirers*;
- (iv) a interoperabilidade de terminais; e
- (v) as cláusulas de restrição à competição.

A experiência internacional ainda é incipiente (e em grande medida inconclusiva e incoerente), mas os poucos resultados já observados confirmam a importância dos aspectos específicos acima mencionados. E várias dessas questões parecem aplicar-se ao Brasil, apesar das particularidades do mercado nacional.

O debate concorrencial-regulatório no Brasil está na direção correta. Seja no âmbito do Executivo, seja a partir das iniciativas do Legislativo, aparentemente se caminha no sentido de se limitar a capacidade de exercício de poder de mercado por meio de certos instrumentos, sem, entretanto, se interferir diretamente em preços ou nos mecanismos de precificação da indústria. O foco principal das propostas apresentadas³⁹ reside: (a) na interoperabilidade de redes; (b) na eliminação das regras de não-discriminação de preços; e (c) no aumento da competição de emissores e credenciadores.

Todavia, o grau de intervenção e o foco propostos por essas iniciativas podem ser alterados, com pequenas variações nas medidas apresentadas. Em particular, recomenda-se uma ação mais incisiva das autoridades concorrenciais, visando-se a diminuição dos custos sociais da atuação do Estado e o aumento dos ganhos de consumidores e varejistas.

Referências bibliográficas

Ardizzi, G. Cost efficiency in the Retail Payment Networks: First Evidence from the Italian Credit Card System. Texto para Discussão n. 480, Banca d'Italia, 2003.

³⁹ No total, cinco projetos de lei foram apresentados no Legislativo, propondo:

- (i) a eliminação de cláusulas de não-discriminação (*no surcharge*) para cartões de crédito (PLS 213/07);
- (ii) a eliminação de cláusulas de exclusividade no que se refere à atividade de credenciamento (PLS 680/07);
- (iii) a redução na assimetria de informação entre instituições financeiras, na forma de um cadastro positivo (PLS 538/07);
- (iv) o tratamento dos *acquirers* como instituições financeiras, com a definição do Banco Central do Brasil como órgão encarregado de supervisionar esse mercado (PLS 678/07); e
- (v) a determinação de compartilhamento de infra-estrutura de terminais e redes entre administradores de cartões, com regras de preço e acesso definidas sublegalmente (PLS 677/07).

- BCB, 2007. Custo e eficiência na utilização de instrumentos de pagamento de varejo. Disponível em: www.bcb.gov.br.
- BCB, 2006. Diagnóstico do Sistema Brasileiro de Pagamentos de Varejo.
- BIS, 2005. Core Principles for Systematically Important Payment Systems, Committee on Payment and Settlements System.
- Chakravorti, S.; McHugh, T. Why do we use so many checks? Economic Perspectives, Federal Reserve Bank of Chicago, issue Q III, 2002, p. 44-59
- Chakravorti, S.; Roson, R. Platform competition in two-sided markets: the case of payment networks, Working Paper Series WP-04-09, *Federal Reserve Bank of Chicago*, revised, 2004.
- Chang, H. *et al.*, 2005. An Assessment of The Reserve Bank of Australia's Interchange fee Regulation, *draft paper*.
- Cirasino, M. *et al.*, 2006. Reforming Payments and Securities Settlement Systems in Latin America and the Caribbean. The World Bank.
- eu, 2007. Government E-Payments Adoption Ranking, produced to Visa International.
- European Commission, 2006. Interim Report I – Payment cards. Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking.
- Evans D. 2003, Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platform Industries, *Review of Network Economics*, vol. 2-3, p. 191-209.
- Evans, D e Schmalensee, R., 1995. Economic aspects of payment card systems and antitrust policy toward joint ventures. *Antitrust Law Journal* 63, pgs 861 -901.
- Evans, D.; Schmalensee, R., 2005. The industrial organization of markets with two-sided platforms. NBER Working Paper 11603, Sep.
- Farrell, J. 2006. Efficiency and Competition between Payment Instruments. *Review of Network Economics*, vol. 5, issue 1.
- Gans, J. S.; King, S. P. 2000. The role of interchange fees in credit card associations: competitive analysis and regulatory issues. University of Melbourne.
- Gresvik, O.; G. Øwre, 2003. Costs and Income in the Norwegian Payment System 2001. An Application of the Activity Based Costing Framework, Working Paper 2003/8, Norges Bank.
- Guerin-Calvert, M.; Ordober, J. 2004. Merchant Benefits and Public Policy towards Interchange: An Economic Assessment. *Review of Network Economics*, vol. 4, issue 4.
- Humphrey, D. *et al.*, 1996. Cash, Paper, and Electronic Payments: A Cross-Country Analysis. *Journal of Money, Credit and Banking*, nov. 1996, 28, 4. ABI/Inform Global, p. 914.
- ITM, 2000. The Abolition of the Non-discrimination Rule, Amsterdam.

- Katz M.L., 2001. Reform of Credit Card Schemes in Australia, commissioned report for the Reserve Bank of Australia.
- Katz M.L., 2005. What Do We Know About Interchange Fees and What Does it Mean for Public Policy? Cometary on Evans e Schmalensee.
- Rysman, M, 2004. Competition Between Networks: A Study of the Market for Yellow Pages. *Review of Economic Studies*, volume 71, issue 2, p. 483-512, abr. 2004.
- Kumnick, 2005. Os modelos internacionais de *acquiring* – 4º Congresso de Cartões e Crédito ao Consumidor.
- Motta, M., 2004. Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press.
- Rochet J. C.; Tirole J. 2002. Cooperation among competitors: some economics of payment card associations. *The Rand Journal of Economics*, vol. 22, n. 4, p. 549-570.
- Rochet J. C.; Tirole J. 2003. An Economic Analysis of the Determination of Interchange Fees in Payment Card Systems, *Review of Network Economics*, vol. 2, jun. 2003.
- Rochet J. C.; Tirole J. (2004). Two-Sided Markets: an Overview, mimeo.
- Rochet, 2005. What Do We Know About Interchange Fees and What Does it Mean for Public Policy? Cometary on Evans e Schmalensee.
- Schwartz, M.; Vincent, D. 2000. The No-Surcharge Rule in Electronic Payments Markets: A Mitigation of Pricing Distortions. Mimeo, Georgetown University.
- Tirole, J. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: Ma: MIT Press, 1988.
- Weinberg, J. The Organization of Private Payment Networks, Federal Reserve Bank of Richmond Economic Quarterly, volume 83/2, 1997.
- Wright J. (2001). The Determinants of Optimal Interchange Fees in Payment Systems. University of Auckland.
- Posner, R. (1974). Theories of Economic Regulation. In: Kuenne, R. *Readings in Social Welfare: Theory and Policy*, 2000.

O PODER DE COMPRA DO VAREJO E OS DESAFIOS DA CONCORRÊNCIA: UMA VISITA AO CHILE E À ARGENTINA

*Mauro Grinberg**
*Leonor Cordovil***
*Natália Figueiredo****

1. Introdução

Nas últimas décadas, o varejo alimentar sofreu alterações estruturais que se refletem em taxas crescentes de concentração. São inúmeras as operações de fusões e aquisições ocorridas no setor supermercadista, sobretudo a partir da década de 90.

A OCDE menciona as três principais causas desse alto nível de concentração atualmente observado:¹ (i) mudança de hábito dos consumidores, que desejam encontrar uma variedade de produtos em um só lugar (*one-stop-shopping*); (ii) alterações tecnológicas que criaram ou reforçaram economias de escala no setor;² e (iii) estratégias mais sofisticadas de marketing e capacidade das grandes redes de vender marcas próprias.³

O alto *market share* alcançado por certas cadeias, recentemente, tem feito o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE revisar sua posição no que diz respeito à análise dessas transações. Se a maioria dos atos era aprovada sem restrições, hoje é possível encontrar

* Advogado.

** Advogada.

*** Advogada.

¹ OCDE. *Policy roundtables: buying power of multiproduct retailers, background note*, Paris, 1999, p. 16.

² Nesse sentido, as redes supermercadistas passaram a controlar melhor seus estoques e ter acesso a informações valiosas sobre os consumidores (seu perfil de demanda).

³ Como se verá adiante, as marcas próprias têm a capacidade de aumentar, manter e reforçar o poder de mercado dos supermercados ou hipermercados.

as primeiras decisões contestando o poder de mercado alcançado pelas grandes redes varejistas.⁴

Contudo, ainda há muito a evoluir. Na última sessão de julgamento do ano de 2007⁵ quando da análise do ato de concentração entre a rede Bompreço e Carrefour⁶ a presidente do CADE, Elisabeth Farina, mencionou que o órgão tem de melhorar seu desempenho na análise do varejo.

Até o momento, todos os casos referentes ao setor varejista que passaram pela análise do Conselho dizem respeito a atos de concentração.⁷ Nenhuma consulta, averiguação preliminar ou processo administrativo foi iniciado a fim de contestar possíveis condutas anticompetitivas praticadas por redes de supermercados.

O poder de compra do varejo, todavia, é matéria debatida na literatura antitruste nacional (ainda que timidamente) e internacional.

Entre estas práticas, estão a imposição arbitrária de descontos sobre o preço de venda praticado pelo fornecedor, a redução das possibilidades de escolha pelo consumidor (com a restrição dos produtos em oferta ou com a inibição à inovação) e a recusa de negociação.

Este estudo tem por objeto a análise de alguns destes comportamentos à luz da doutrina nacional e internacional e, em especial, à luz de decisões proferidas por órgãos administrativos da América Latina. Pretende, ademais, trazer alguns elementos adicionais para as análises de casos no setor em questão, que poderão incrementar a apreciação feita até então pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

⁴ Nesse sentido, vide: Ato de Concentração nos. 08012.009247/98-79, 08012.005104/1999-51, 08012.009959/2003-34 08012 e 003972/2001-18.

⁵ 412ª Sessão Ordinária de Julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de 12 de dezembro de 2007.

⁶ Ato de Concentração n.. 08012.003972/2001-18

⁷ Deve-se ressaltar, todavia, o Processo Administrativo n.. 08000.020787/96-62, julgado em 22 de outubro de 1997, em que a Associação Brasileira de Supermercados foi denunciada pela Associação Brasileira de Indústria de Panificação sob a alegação de que os supermercados estariam praticando injustificadamente preços abaixo do custo na comercialização de pão francês e conduta uniforme. O processo, todavia, foi arquivado por falta de provas conclusivas.

2. O Poder de Compra no Varejo e o CADE

Em algumas análises de atos de concentração, conselheiros do CADE apontaram para a necessidade de se atentar às futuras modificações do mercado, tendo em vista o processo de concentração das redes varejistas.⁸ Entretanto, os problemas decorrentes do poder de compra no varejo só foram abordados mais profundamente no Ato de Concentração n. 08012.009576/98-16, julgado em 1999. Aliás, o Plenário, à época, determinou que cópia dos autos fosse remetida à Secretaria de Direito Econômico para que se instaurassem averiguações preliminares tendo por objeto a investigação de redes de supermercado no que se refere às práticas de imposição de descontos contratuais. Todavia, a recomendação não se consolidou.

Chegou-se a afirmar que havia fortes evidências de que grandes varejistas estariam obrigando seus fornecedores a oferecer descontos desproporcionais e outros benefícios contrários à livre concorrência. Também se cogitou que pequenos e médios fornecedores eram vulneráveis às estratégias comerciais de supermercados e que as alternativas disponíveis aos fornecedores fora do setor supermercadista eram muito pequenas.

À época, o CADE solicitou informações de vários fornecedores no que diz respeito a práticas abusivas, mas apenas alguns deles responderam. Este comportamento levou o CADE à conclusão de que os fornecedores estavam numa posição mais frágil em relação aos supermercados e, em razão disso, estariam temerosos diante desses, uma vez que pertenciam a um mercado pulverizado, ao passo que os supermercados representavam um mercado muito concentrado.

O CADE, ao analisar o processo de concentração, ressaltou que a obtenção de economias de escala nem sempre beneficia os consumidores. Afinal, o alto grau de concentração pode levar a um comportamento monopolístico e, portanto, reduzir o nível de bem-estar. Ademais, os supermercados poderiam utilizar sua posição dominante para adotar práticas predatórias.

Atualmente, pouco se fala no Brasil sobre essas práticas comerciais abusivas, a despeito dos inúmeros casos noticiados em outros países envolvendo abuso de posição dominante por parte de grandes redes varejistas.

⁸ Veja, por exemplo, os Atos de Concentração nos. 08012.005766/1999-85 e 08012.009576/98-16.

3. Experiência Chilena

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o problema do poder de compra no varejo foi amplamente debatido pelo Tribunal de Defesa da Livre Concorrência do Chile em consulta⁹ realizada pela *Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G.*, denominada AGIP, acerca de certas práticas conduzidas pela rede *Supermercados Líder*, integrante da maior cadeia de supermercados do Chile, a *Distribución y Servicio D&S S.A.*, denominada D&S, a qual possui, segundo dados apresentados na decisão, 32.92% do mercado relevante.

A consulta foi motivada pela realização de uma promoção de Natal por parte daquela rede de supermercados. No Natal de 2001, a rede Supermercados Líder teria realizado uma grande promoção de chocolates com 30% de desconto e teria obrigado diversos fornecedores a participarem da promoção. A empresa *Nestlé*, todavia, teria se recusado a participar, razão pela qual referido supermercado retirou todos os chocolates daquela empresa de seus estabelecimentos.

Ressalte-se, todavia, que os chocolates Nestlé fizeram parte da propaganda veiculada em razão da promoção. Entretanto, não puderam ser encontrados nos pontos de venda daquele supermercado ao preço normal de venda, tampouco ao preço anunciado pela cadeia de supermercados, o que representa um sério problema de direito das relações de consumo.

Diversas práticas foram analisadas na decisão. Porém, antes de discutir cada uma delas, importante mencionar o ponto de vista do Tribunal chileno acerca do mercado relevante em que essas práticas se desenrolaram, das barreiras à entrada e do grau de dependência do fornecedor em relação às grandes cadeias de supermercados, que reflete, na realidade, o poder de compra destas últimas.

3.1 Mercado Relevante

Conforme apontado por aquele órgão, é necessário, primeiramente, estabelecer a estrutura geral da chamada ‘indústria de produção, distribuição e venda ao público de produtos alimentícios e utensílios domésticos de uso corrente’. A esse respeito, constata-se a presença de três tipos de agen-

⁹ *Sentencia n. 9/2004*, proferida em 5 de outubro de 2004 pelo *Tribunal de Defensa de La Libre Competência*, da República do Chile.

tes econômicos na indústria em questão: (i) os fornecedores e atacadistas, que produzem, elaboram ou distribuem, no atacado, produtos alimentícios e utensílios domésticos de uso corrente; (ii) os varejistas, dentre os quais se encontram os supermercados e hipermercados, que adquirem ou distribuem os produtos elaborados pelos provedores com o objetivo de vendê-los posteriormente aos consumidores finais; e (iii) os consumidores, que compram referidos produtos dos varejistas.

Dentre essas três categorias de agentes econômicos, ressaltou o Tribunal, produzem-se relações distintas. Cada uma delas está inserida em um âmbito determinado e específico. Deste modo, o conjunto de atos de comércio e de processos logísticos que se verifica entre os fornecedores e varejistas constitui um âmbito de ação ou uma relação específica distinta da que se produz entre varejistas e consumidores finais. Por conseguinte, no caso em questão, o Tribunal definiu o mercado relevante como aquele em que se desenvolvem as relações entre ‘fornecedores médio’¹⁰ e varejistas, em especial supermercados e hipermercados. Especificamente, apontou para a existência de um mercado de fornecimento, no atacado, de produtos alimentícios e utensílios domésticos não-alimentícios de consumo corrente, onde participam, do lado da oferta, os fornecedores e, do lado da demanda, os supermercados e hipermercados.¹¹

A decisão ora tratada destaca que o fornecimento a supermercados constitui um canal de distribuição que, da perspectiva do fornecedor, não é plenamente substituível por outras formas de distribuição pelas seguintes razões:

- a) os volumes de compra de supermercados representam, em muitos casos, uma parte relevante da demanda do fornecedor, o que

¹⁰ A expressão ‘fornecedor médio’ foi utilizada para designar um provedor com um ou vários produtos de marcas com algum grau de reconhecimento por parte do público, com capacidade de fornecimento limitada, mas suficiente em relação à sua curva natural de crescimento e que busca obter a distribuição de seus produtos em grande parte do território nacional. A referência à figura do ‘fornecedor médio’ fez-se necessária devido ao caráter genérico das condutas apontadas. Se se apresentassem demandas que aludissem a produtos ou fornecedores específicos, a definição de mercado relevante poderia ser diferente.

¹¹ Entendeu-se por supermercados e hipermercados os estabelecimentos de venda massiva dos produtos ora indicados, dentro do sistema de auto-atendimento (*self-service*), incluindo os formatos tradicional, econômico, de conveniência, hipermercado, com exclusão do formato de minimercado.

- o permite colocar seu produto de maneira mais ou menos estável através de um só canal de distribuição, o que o permite planejar, com maior grau de certeza, sua produção e suas entregas;
- b) os supermercados e hipermercados oferecem aos fornecedores um conjunto distintivo de condições particulares de administração, exibição e vendas de seus produtos;
 - c) o fornecedor, ao vender seus produtos através de um supermercado ou hipermercado, teria um maior controle sobre as condições de exibição e venda de seus produtos; e,
 - d) as condições particulares de logística, exibição e venda de produtos a supermercados e hipermercados, em alguns casos, podem obrigar o fornecedor a realizar investimentos específicos que não são necessários para operar em outros canais de distribuição.

Por esses motivos, o mercado relevante fica restrito às relações comerciais entre fornecedores, de um lado, e supermercados e hipermercados, de outro.

Todos esses fatores revelam certo grau de dependência do fornecedor em relação ao supermercado. Na maioria das vezes, os fornecedores de médio e pequeno porte fornecem com exclusividade para apenas uma rede de supermercados. Conseqüentemente, a sua produção é cativa, destinada integralmente para suprir as necessidades de uma empresa apenas. Qualquer problema decorrente dessas relações traria prejuízos enormes ao fornecedor. Ademais, percebe-se que, em muitos casos, o fornecedor é obrigado a realizar investimentos específicos, que representam, em realidade, custos idiossincráticos¹² que aumentam o grau de dependência do fornecedor em relação ao negócio.

Percebe-se, assim, que os custos idiossincráticos podem conduzir a um estado de dependência unilateral, uma vez que, quanto maiores os investimentos específicos, mais elevadas as perdas decorrentes da ruptura do contrato.

¹² Os custos idiossincráticos são aqueles concernentes a transações em que a identidade específica das partes produz relevantes conseqüências no plano dos custos; requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a operação (Forgione, Paula. *Contrato de Distribuição*. Ed. RT, São Paulo, 2005, p. 357-358).

Além desse fator, soma-se a crescente concentração no segmento de supermercados nos últimos anos, que diminui a possibilidade de atuação do fornecedor, já que este acaba por ficar submetido às condições impostas por um pequeno número de agentes econômicos, que representam, aliás, as únicas alternativas de compra para seus produtos. Outro fator que aumenta o grau de dependência dos fornecedores em relação às redes varejistas é a existência de fortes barreiras à entrada.

3.2 Barreiras à entrada

Diferentemente da análise feita pelas autoridades brasileiras, que entendem, na maioria dos casos, serem baixas ou inexistentes as barreiras à entrada no mercado analisado, o Tribunal chileno ressaltou que a magnitude das barreiras à entrada no mercado relevante é perceptível. ‘Se não existissem tais barreiras, o poder de compra dos supermercados tenderia a reduzir-se com a entrada de novos competidores. Todavia, a estratégia agressiva de crescimento dos principais supermercados constitui uma barreira estratégica para potenciais entrantes a este mercado. Assim, poder-se-ia desencorajar a entrada inclusive em localidades onde as principais cadeias não se instalaram, mas onde tenham efetuado compras de terrenos’.¹³

Outro fator apontado como barreira à entrada é o fato das diversas cadeias de supermercados terem diversificado os formatos de seus estabelecimentos, tendendo a cobrir os diferentes nichos do negócio. Ademais, o fato de nos últimos anos nenhuma nova cadeia ter entrado e permanecido no mercado torna notória a existência de barreiras à entrada.

¹³ O controle de terrenos estratégicos por parte de varejistas foi uma questão abordada no relatório da *Competition Commission* do Reino Unido, datado de 31 de outubro de 2007: *The Supply of Groceries in the UK market investigation. Provisional findings report*. De acordo com esse relatório, as quatro maiores redes de supermercados no Reino Unido possuem terrenos. Apontou o estudo que a compra e a posse de terrenos não é o único meio através do qual um supermercado pode controlar o uso da terra e, então, frustrar a entrada de um concorrente. Um supermercado poderia, por exemplo, comprar um terreno e alugá-lo para uma outra finalidade ou comprá-lo para vender a um terceiro com uma cláusula restritiva proibindo atividade supermercadista. Percebe-se, assim, que o controle de terrenos representa uma barreira à entrada muito significativa, que impõe custos e riscos a empresas ansiosas por entrar no mercado, impedindo também a expansão de redes existentes.

3.3 Poder de Compra

Esse aumento da concentração no setor supermercadista, bem como as altas barreiras à entrada, resultam uma alta dependência de muitos fornecedores em relação às grandes cadeias de supermercados, o que se pode denominar de ‘poder de compra’.

Se, por um lado, esse poder de compra permite as grandes redes beneficiarem-se de compras a menores preços, que incluem descontos não relacionados aos custos e que não prevaleceriam em um ambiente competitivo; por outro, pode reduzir a atratividade do negócio aos fornecedores, alguns dos quais só permanecerão no negócio enquanto suas receitas cubram os seus custos variáveis e sairão quando seus ativos fixos se depreciarem. Isto poderá reduzir a oferta de bens e o bem-estar dos consumidores e a probabilidade de sobrevivência do comércio de menor porte que não tem o poder de mercado necessário para impor descontos adicionais a seus fornecedores, o que, por sua vez, pode aumentar o poder de compra dos supermercados.¹⁴

Em razão dessa forte dependência dos fornecedores em relação às redes supermercadistas, diversas condutas anticompetitivas são praticadas por supermercados. Dentre elas, vale mencionar a venda de produtos abaixo do custo, a concorrência desleal na comercialização de produtos com marca própria, a imposição de participação em promoções, a prorrogação de pagamentos, aplicação de descontos não acordados, modificações unilaterais de condições de compra, dentre outros.

3.3.1 As condutas resultantes do poder de compra

Ao analisar referidas condutas, o Tribunal chileno, juntamente com o *Fiscalía Nacional Económica* (FNE), órgão semelhante ao Ministério Público brasileiro, distinguiram, de um lado, aquelas condutas praticadas por supermercados que tem poder de compra para reduzir o pagamento efetivo a seus fornecedores e, de outro, as condutas que tenderiam a aumentar sua participação de mercado e redundariam, provavelmente, em um maior poder de compra no futuro. Dentro do primeiro grupo, separaram-se as condutas unilaterais impostas ex post, as condutas impostas com conhecimento prévio do fornecedor e as condutas que alocam o risco de forma ineficiente.

¹⁴ Nesse sentido, v. *Sentencia n. 9*, p. 20

No que se refere às condutas unilaterais impostas *ex post*, é comum o fornecedor deparar-se, após entregar seu produto ao supermercado, com taxas e descontos não acordados e com um tratamento inferior ao pactado. Ressaltou o Tribunal que, do ponto de vista de eficiência econômica, estes comportamentos tem o efeito de aumentar a incerteza do negócio do fornecedor afetado, o que pode produzir, a longo prazo, a sua saída do mercado e, dado o aumento do risco, pode dificultar a entrada de novas empresas. Com isto, a concorrência no setor formado por fornecedores poderia ser restringida àqueles que podem suportar um maior risco e não necessariamente àqueles mais eficientes na produção do bem.

Destacou-se que para realizar esse tipo de conduta não é necessário ter um grande poder de mercado no sentido de ser um ator dominante no setor, já que, uma vez que o produto tenha sido entregue ao supermercado, este pode adotar condutas oportunistas. No entanto, em um ambiente com razoável grau de concorrência, um supermercado jamais repetiria essa conduta, posto que o fornecedor optaria por vender seu produto a outro canal de distribuição. No mercado em questão, todavia, estas condutas tendem a se repetir e permanecer no tempo, o que indica a existência de poder de mercado por parte das cadeias varejistas.

Quanto às condutas unilaterais impostas *ex ante*, tem-se, como exemplo, o prolongamento do tempo médio de pagamento pelos produtos entregues pelos fornecedores. De acordo com relatório elaborado pela FNE, este lapso aumentou de 44 para 80 dias em apenas dois anos. Outras condutas fixadas unilateralmente, porém conhecidas, em geral, pelos fornecedores são as cobranças referentes à colocação de produtos nas prateleiras, aos investimentos realizados pelos supermercados, aos custos de reposição, dentre outras.

Do ponto de vista do Tribunal, em um mercado competitivo, em que os supermercados não têm poder de mercado, estas condições, se forem conhecidas pelo fornecedor, não tem nenhum efeito sobre a eficiência e o bem-estar social, posto que os fornecedores optariam pelo comprador que oferecesse melhores condições e, estes, por sua vez, competiriam para obter os produtos necessários para adequar a oferta de seu estabelecimento. Ao contrário, em um mercado em que o comprador tem poder de compra sobre o fornecedor, estas condutas tendem a ter efeitos similares àquelas impostas *ex post*.

Ademais, há uma série de condutas que levam a uma alocação ineficiente dos riscos, no sentido de transferir os riscos do negócio para os fornece-

dores, não sendo estes riscos totalmente controlados por eles. Neste grupo se encontram, por exemplo, os descontos em razão da deterioriação do produto.

Segundo análise do Tribunal, estas condutas, além de reduzir a competitividade dos fornecedores, podem gerar ineficiências, uma vez que quem paga os custos de uma ação nem sempre é quem as conduz e quem poderia diminuir seus riscos. Desta forma, os supermercados não têm incentivo para reduzir os danos, já que podem cobrar integralmente seu custo dos provedores, que pouco ou nada puderam fazer para evitá-los. Note-se que este tipo de prática não sobreviveria em um mercado em que os compradores não tivessem poder de compra, já que a concorrência os faria adotar incentivos para que a produção seja eficiente em toda a cadeia.

Por fim, necessário indicar o posicionamento do Tribunal quanto às práticas destinadas a aumentar a participação de mercado ou poder de compra. A decisão chilena citou basicamente duas práticas principais tendentes a produzir esse efeito, a dizer, a venda de produtos abaixo do custo e a venda de marcas próprias.

a) Vendas abaixo do custo:

Para o Tribunal, os supermercados tenderiam a eleger ‘produtos ganchos’ para vender abaixo do custo. Eles estariam dispostos a assumir as perdas decorrentes dos produtos promocionais, porque assim aumentariam a demanda de outros produtos a partir dos quais obteriam margens suficientes para cobrir tais perdas.¹⁵ Em outros termos, os supermercados, através desta forma de ‘subsídio-cruzado’, se ressarciriam das perdas com os produtos promocionais, através de ganhos com outros. Esta estratégia só seria possível porque os supermercados são empresas multi-produtos.

De acordo com o Tribunal, esta prática, apesar de poder beneficiar algum consumidor em particular, poderia afetar a livre concorrência, pois tenderia a aumentar a concentração no mercado, já que teria o condão de destruir varejistas de menor porte, que não possuiria capacidade suficiente para valer-se de subsídios cruzados. Por conseguinte, afirmou aquele órgão que as vendas realizadas abaixo do preço de custo efetuadas a fim de promo-

¹⁵ Em geral, o consumidor não tem conhecimento do preço dos produtos, individualmente. Ele realiza suas compras naqueles estabelecimentos que transmitem a idéia geral de preços baixos. Daí a importância das promoções. Apesar de se aplicar a certos produtos, transmite a idéia de preços baixo, como um todo e incentiva a compra de outros produtos que estão sendo vendidos a preço normal por parte dos consumidores.

cionar um produto, desde que durem por um pequeno período de tempo, não seriam contrárias *per se* à livre concorrência. Todavia, quando realizadas de forma persistente ou com o intento de destruir concorrentes, representariam uma limitação à concorrência.

Conclusão similar foi obtida já em 1999 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE em documento intitulado *Buying Power of Multiproduct Retailers*.¹⁶ Nele se afirma que, embora os consumidores possam beneficiar-se da prática de vendas abaixo do custo, ao menos dentro de um pequeno período de tempo, poderia trazer prejuízos à concorrência. O principal problema dessa prática, segundo o relatório da OCDE, é que ela tem o efeito de dissuadir os investimentos dos produtores destinados a criar produtos de alta-qualidade.

b) Venda de marcas próprias (*private labels*)

De acordo com a análise do Tribunal chileno, a presença de marcas próprias não poderia ser considerada, por si só, contrária à livre concorrência. Todavia, quando utilizadas para confundir o consumidor, representaria um ato de concorrência desleal. Nos casos de supermercados com poder de mercado, teria o efeito de atingir, manter ou incrementar uma posição dominante no respectivo mercado, o que contrariaria as normas que protegem a livre concorrência.

Note-se que, no Brasil, o problema relacionado à venda de marcas próprias por supermercados tem sido abordado em algumas decisões relativas a atos de concentração envolvendo supermercados, embora mereça ainda aprofundamento. Em geral, elas têm sido consideradas um fator competitivo na medida em que impedem, segundo o ponto de vista de alguns conselheiros do CADE, um exercício abusivo de poder de mercado por certos fornecedores/fabricantes, uma vez que os produtos de marca própria geralmente apresentam preços mais baixos que aqueles produzidos tradicionalmente por grandes fornecedores.¹⁷

O CADE, todavia, não previu a hipótese segundo a qual as marcas próprias poderiam ser um fator de fortalecimento do poder de compra de supermercados, como apontado na decisão chilena. Afinal, o supermercado passa a assumir uma função dupla: a de proprietário de marca e a de distribuidor de

¹⁶ OECD. *Buying Power of Multiproduct Retailers*. DAF/CLP(99)21. 1999

¹⁷ Nesse sentido, veja Atos de Concentração n. 08012.007176/2002-35 e n. 08012.000280/2004-61.

produtos para consumidores finais. Dentro do mercado, portanto, acaba por ter uma relação de concorrência com os fornecedores (afinal, ambos vendem produtos próprios), ao mesmo tempo em que apresenta uma relação de integração (é distribuidor dos produtos do fornecedor). Nesse sentido, os supermercados poderiam rejeitar a comercialização de produtos de outros fabricantes e até utilizar sua marca própria como forma de obter melhores condições do fornecedor/fabricante, uma vez que o supermercado teria seu próprio produto para oferecer, não dependendo da mercadoria de outros produtores.

Registre-se, aliás, que esta situação hipotética é exatamente o que ocorre, em concreto, no caso chileno, quando a rede D&S retirou todos os chocolates da Nestlé de suas prateleiras, após esta empresa ter se recusado a aceitar as condições abusivas propostas por aquela cadeia. O fato de esta rede possuir uma marca própria e vender chocolates por meio de fornecedores próprios lhe dá maior poder de barganha nas negociações com outros fabricantes, o qual pode ser utilizado de forma ilícita.

Recentemente, quando da análise de ato de concentração entre duas grandes varejistas, a Sendas e a Companhia Brasileira de Distribuição – CBD¹⁸ a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, reconheceu que os produtos de marca própria são vantajosos para os supermercados, pois estes não têm gastos adicionais com o desenvolvimento do produto, publicidade e suas embalagens têm um apelo visual menor, o que representa menores custos.¹⁹ Nesse sentido, as marcas próprias representam, segundo o entendimento da SEAE, uma vantagem competitiva e uma ótima oportunidade para os supermercados vincularem os consumidores a suas marcas.

A Secretaria também afirmou que tal espécie de produtos representa uma nova fonte de competição no mercado e no caso da concorrência ser efetiva, o resultado final poderá ser reduções de preço e melhoria na qualidade dos produtos à venda.

Outra possível face da marca própria é a concorrência desleal. A similaridade das embalagens dos produtos de marca própria com os produtos tradicionais pode representar um atentado às Leis de Propriedade Intelectual. De acordo com o artigo 195, incisos III e IV da Lei de Propriedade Industrial

¹⁸ Vide Parecer SEAE no Ato de Concentração n. 08012.009959/2003-34.

¹⁹ Estudos sugerem que as economias com publicidade, pesquisa, venda e distribuição de produtos de marca própria chegam a 25% do preço do produto (Nesse sentido, v. OECD, *Buying Power of Multiproduct Retailers*, p. 27). . .

– LPI (Lei 9.279/96), comete crime de concorrência desleal quem ‘III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos’. Além disso, representa uma violação à legislação consumerista, que repudia qualquer forma de ato que tenha por objetivo induzir o consumidor a erro.

Outro aspecto das marcas próprias que deve ser considerado pelas autoridades concorrenciais diz respeito aos acordos verticais entre varejistas e fabricantes, que devem ser apreciados atentamente pelos órgãos antitruste. Há também de se verificar o nível de integração vertical entre esses agentes, pois ‘se o varejista realiza a maioria dos investimentos do produtor e toma a maioria das decisões por ele, então o varejista está agindo como se ele efetivamente detivesse o produtor. Não há diferenças patentes entre este comportamento e a integração vertical completa em termos de implicações para a política concorrencial’.²⁰ Se todos os grandes varejistas decidirem oferecer marcas próprias através de integrações verticais, poderá haver um efeito de fechamento de mercado cuja potencialidade anticompetitiva dependerá do número de barreiras à entrada levantadas. Afinal, os entrantes terão de atuar nos dois níveis da cadeia produtiva, como distribuidor e produtor.

3.4 *A Decisão do Tribunal*

Após analisar a conduta engendrada pela cadeia de supermercados D&S, o Tribunal chegou à conclusão de que ela era contrária à livre concorrência e se agravou após a D&S ter retirado os chocolates Nestlé de suas prateleiras, como represália àquele fabricante. Diante disso, ordenou que as cadeias de supermercados (i) se abstenham de realizar condutas que impliquem a alteração unilateral ex post do preço e demais condições das compras previamente acordadas com os fornecedores; (ii) estabeleçam de forma objetiva e não discriminatória as condições de compra e, por fim, (iii) e as entidades relacionadas, até as controladoras finais, consultem previamente o Tribunal quanto a qualquer negociação, operação, pacto, acordo de atuação conjunta, ato ou contrato que implique direta ou indiretamente sua integração ou fusão com empresas do mesmo ramo ou a aquisição destas.

É de se notar que este órgão adotou um posicionamento de controle ex post das condutas e atos praticados pelas empresas do setor varejista. Há

²⁰ London Economics, 1997, p. 41.

uma patente intervenção estatal sobre os atos realizados pelas empresas do setor. Todos eles deverão ser apreciados pelo Tribunal de Defesa da Livre Concorrência.

No entanto, outros países da América Latina, como a Argentina, buscaram meios de reduzir esse intervencionismo estatal, adotando uma estratégia de auto-regulação setorial através da edição de códigos de condutas.

4. Auto-regulação Setorial e a experiência argentina

A forte concentração no setor varejista, sobretudo a partir da década de 90, desencadeou uma série de práticas comerciais agressivas por parte das cadeias de supermercados em relação à indústria de fornecimento, o que fez surgir uma discussão acerca da necessidade de se eliminar essas condutas, que compreendem desde descontos e devoluções injustificadas de mercadorias até descontos unilaterais não acordados.

Neste ambiente, surge a discussão acerca da necessidade de regulação da atividade comercial. Na Argentina, a existência de alguns projetos de lei tendentes a regular a atividade comercial de grandes redes e a dificuldade de se aplicar a legislação antitruste, pois se considerava que ela não teria o escopo de dirimir conflito de interesses entre as partes, mobilizou os atores do mercado a abordar os pontos mais problemáticos de sua relação comercial através de um instrumento de auto-regulação setorial.

Trata-se do Código de Boas Práticas Comerciais (CBPC), um instrumento que tem por objetivo dar respostas aos conflitos entre as partes atuantes no mercado (fornecedores e varejistas), tratando de manter o equilíbrio de interesses e melhorar o desenvolvimento das relações comerciais através do estabelecimento de meios alternativos de soluções de controvérsias.

O CBPC surgiu a partir de uma série de reclamações feitas por fornecedores contra a indústria supermercadista, que estaria praticando condutas abusivas, exercidas de forma unilateral. Surge, assim, como um instrumento de auto-regulação setorial com a finalidade de estabelecer normas de conduta e regras de sobrevivência entre as partes, estabelecendo também um procedimento de soluções de conflitos.

Representa, em verdade, um instrumento de direito privado celebrado entre entidades representantes de fornecedores e distribuidores, tendo como alcance geográfico todo o território argentino. Sua finalidade precípua é diminuir o grau de intervenção estatal. Para tanto, prevê formas de soluções de conflitos

(mediação e arbitragem) que excluem as instâncias judiciais disponíveis, que acabam por representar meios mais onerosos de solução de conflitos.

O CBPC permitiu, de certa maneira, o estabelecimento de regras de jogo específicas para as transações comerciais entre as partes, assim como também estabeleceu certos limites, a fim de que os acordos escritos entre fornecedores e varejistas fossem respeitados, proibindo, assim, a realização de débitos não autorizados, a publicidade ou exibição de produtos abaixo do preço legal de venda, etc..

Assim, o código buscou abarcar as principais situações objetos de conflito entre fornecedores e varejistas, estipulando, por exemplo, que os contratos entre eles devem contemplar o prazo de vigência, a necessidade de acordos para modificar as condições gerais, prazos de entrega, de pagamento de mercadorias e de vigência de lista de preços; que os supermercados não poderão vender os produtos dos fornecedores abaixo do preço de compra, exceto em situações excepcionais como necessidade de eliminação de estoque, produtos de vencimento iminente, entre outras; que os contratos não podem ser terminados imotivadamente sem notificação prévia, dentre outras condições.

Desde a promulgação do Código em 2000, houve 147 reclamações de empresas do setor entre os anos de 2000 e 2002. No caso das mediações, a maioria encerrou-se com acordo entre as partes e somente 4% foram à Justiça. Dentre os casos de arbitragem, por sua vez, 63% foram encerrados no âmbito do CBPC, ao passo que 37% buscaram solução jurisdicional.²¹ Estes números refletem uma boa aceitação do código e de sua proposta pelas empresas do setor, o que contribui para o melhor desenvolvimento das relações comerciais.

Registre-se, todavia, que a auto-regulação setorial pode ser combinada com o controle de atos e contratos executados pelos agentes do setor varejista. Se, de um lado, a auto-regulação setorial tende a diminuir o grau de conflitos entre varejistas e fornecedores, equilibrando o poder de compra alcançado por diversas cadeias de supermercados e impedindo a ocorrência de práticas abusivas; de outro, o controle estatal dos atos de concentração neste mercado faz-se necessário para impedir que integrações horizontais e verticais tornem inócuas as disposições de um instrumento privado, como este código de boas práticas comerciais.

²¹ Estatísticas extraídas do artigo: *Autorregulación Sectorial: El Código de Buenas Prácticas Comerciales*. Temas del Consumidor, p. 134, disponível no site <http://www.mecon.gov.ar/secdef/revista/rev77/buenaspracticass77.pdf>.

5. Conclusões

O quadro geral indica uma forte tendência à concentração no setor varejista. Este fenômeno traz consigo diversas preocupações associadas ao comportamento dos agentes do mercado e seus efeitos sobre a concorrência.

Inúmeros relatórios elaborados por entidades internacionais como a OCDE e a *Competition Commission* do Reino Unido apontam para a intensificação do poder de compra dos supermercados e as condutas anticompetitivas decorrentes desta posição.

Em diversos países da América Latina, em especial Argentina e Chile, reclamações explícitas foram feitas por fornecedores que sofreram com o fenômeno. No Brasil, todavia, a situação ainda não foi alvo de julgamento e reflexão aprofundados.

Diante disso, cabe às autoridades competentes adotar uma postura mais atenta em relação à análise dos atos envolvendo o mercado em questão. As abordagens relativas especialmente às barreiras à entrada e ao papel das marcas próprias devem ser atualizadas tendo em vista as modificações pelas quais o setor tem passado.

Além disso, as diversas concentrações no setor, analisadas quase semanalmente pelo CADE, demandam atenção e merecem ser tratadas com cautela, para o aproveitamento de suas eficiências, mas, ao mesmo tempo, impedir qualquer abuso de poder econômico.

6. Bibliografia

- Autorregulación Sectorial: *El Código de Buenas Prácticas Comerciales*. Temas del Consumidor, p. 134, disponível no site <http://www.mecon.gov.ar/secdef/revista/rev77/buenaspracticass77.pdf>, consultado em 26 de dezembro de 2007.
- FORGIONE, Paula. *Contrato de Distribuição*. Ed. RT, São Paulo, 2005.
- GOLDBERG, Daniel. *Poder de Compra e Política Antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- OECD. *Buying Power of Multiproduct Retailers*. DAFPE/CLP(99)21. 1999.
- OCDE. *Policy roundtables: buying power of multiproduct retailers, background note*, Paris, 1999.
- Sentencia n. 9/2004*, proferida em 5 de outubro de 2004 pelo *Tribunal de Defensa de La Libre Competência*, da República do Chile.

INCENTIVOS FISCAIS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE-CONCORRÊNCIA*

*Paulo André Nogueira Lima***

Introdução

Este trabalho nasceu da observação de determinados fenômenos econômicos ocorrentes com certa frequência e cada vez mais próximos do cotidiano: a transferência de empresas de uma cidade para outra, bem como de um estado, ou região, para outro.

Tais fatos levaram à inquietação e à pesquisa, gerando-se, por consequência, Trabalho de Graduação na Faculdade de Direito Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, capital, com mesmo título, procurando uma causa a esta realidade.

Pesquisando o assunto foi encontrado um primeiro objeto de estudo, a Guerra Fiscal e, com o aprofundamento da pesquisa, chegou-se ao instituto dos Incentivos Fiscais como causa primeira desta.

Isso porque incentivos fiscais consistem na isenção de determinado tributo com finalidade de estimular o desenvolvimento econômico de determinada região ou setor da economia, conforme demonstra a própria história do desenvolvimento do instituto no Brasil.

Este foi implantado a partir da aplicação dos trabalhos capitaneados por Celso Furtado à frente da Comissão para o Desenvolvimento da América Latina CEPAL, a qual traçou conclusões no sentido de que regiões em que o mercado é incipiente tendem a permanecer economicamente incipientes nos países subdesenvolvidos.

Nesse sentido o ciclo de pobreza não seria quebrado de forma espontânea, por intermédio da livre-ação do mercado, mas por meio da intervenção direta do Estado impulsionando a região ou setor letárgico, sem dinâmi-

* O autor agradece à orientação do Professor Vicente Bagnoli.

** Advogado.

ca empresarial, onde o mercado não fosse presente ou suficientemente forte para a promoção do desenvolvimento.

Dessa forma, os incentivos fiscais possuíam por objetivo a diminuição ou eliminação do obstáculo que a carga fiscal exerceria para a implantação do mercado nessas localidades, ou mesmo em nível nacional, de determinadas cadeias produtivas.

Neste sentido foram elaborados diversos planos de desenvolvimento nacional, interessando diretamente ao estudo proposto, o sistema de incentivos fiscais implementado a partir da segunda metade da década de 60, sob a égide do regime militar.

Esse sistema possuía duas premissas, a de que o governo federal exerceria a competência da concessão dos incentivos em primeiro lugar e os estados, por sua vez, concederiam tais incentivos sempre que houvesse unanimidade destes para a concessão, sempre com a finalidade de desenvolvimento de uma região ou setor econômico estagnado.

Tal consenso absoluto dos Estados da Federação era, então, viável tendo-se em vista que todos os governadores eram diretamente indicados pelo governo federal havendo, portanto, um alinhamento unânime favorecido por intermédio do regime político instalado à época.

O alinhamento, todavia, desfez-se a partir do processo de redemocratização nacional, o qual trouxe à tona conflitos de interesse dos estados e municípios, bem como o relativo aumento da autonomia destes em relação ao governo federal.

Deste modo deixou de ser viável a unanimidade dos estados em relação aos convênios concessivos de incentivos fiscais sendo esvaziado de eficácia tal instituto. O esvaziamento de efetividade da condição do acordo unânime em torno da concessão dos incentivos trouxe por consequência sua aplicação unilateral pelos estados e municípios.

Deve-se ressaltar que esta prática fere não somente disposição formal, mas a própria essência do sistema desenvolvido, qual seja, a promoção do desenvolvimento de determinada região ou setor econômico. Dessa forma, surge um fenômeno derivado da desconfiguração desse sistema: a Guerra Fiscal.

Guerra fiscal

A guerra fiscal possui por premissas o conflito de interesses entre as unidades da federação e a desenfreada disputa por grandes empreendimentos nacionais e internacionais já instalados ou a serem instalados em solo pátrio.

Tomando por base a desconfiguração do sistema implantado de incentivos fiscais, a desnaturação de seus princípios de desenvolvimento regional ou de determinado setor o instituto toma feição inversa   pretendida, a de solidariedade nacional, para a de instrumento de disputa pública por investimentos privados regionais.

O fato desta prática ser universalizada pela administração pública é de imensa importância, porque os efeitos de desenvolvimento econômico de uma determinada localidade são anulados reciprocamente ao serem concedidos, ao mesmo tempo, benefícios por diversas unidades da federação.

Isso porque o grande empreendedor, ao definir o local de instalação de uma empresa, ou indústria possui diversos fatores essenciais à sua atividade como proximidade a mercado consumidor, fornecedores de matéria-prima, mão-de-obra qualificada, entre outras.

O sentido primário do sistema de incentivos fiscais era de que estes compensariam estes custos adicionais em local ou setor nacionais que necessitavam desenvolvimento, não de instrumento de disputa pública por investimentos privados, conforme se tornou por intermédio de um desarranjo federativo.

Ao anular o efeito de desenvolvimento, o instituto dos incentivos fiscais toma a feição de instrumento de transferência de custos privados para a administração pública, gerando privilégios a competidores financiados por recursos do Estado.

Essa sucessão de fatos ganha forç a na década de 1990, com a estabilização monetária, quando o Brasil retornou à rota dos grandes investimentos internacionais, provocando a utilização dos estados e municípios de todos os instrumentos que possuíam para a atração destes empreendimentos.

Nessa direção, grandes volumes de recursos públicos eram destinados à disputa por estes empreendimentos de forma direta, por meio de incentivos fiscais, ou indiretamente, por intermédio de empréstimos, financiamentos, doações e diversas outras modalidades.

Destaque-se que para efeitos concorrenciais não importa qual seja a forma a partir da qual o empresário é desonerado do pagamento de determinado tributo, mas sim qual o efeito que essa desoneração causará ao beneficiado e, conseqüentemente, à sua capacidade de competir no mercado.

Assim, são comuns os relatos de empresas que receberam dezenas ou mesmo centenas de milhões de reais em vantagens para que fossem instaladas ou se transferissem para determinado estado ou município.

Federalismo

Verifica-se que o fortalecimento do sentido de federalismo, qual seja, o de independência dos governos regionais nesse gerou um conflito de interesses entre as unidades federadas dando causa à transferência de recursos públicos a empreendimentos privados e anulando os princípios fundamentadores dos incentivos fiscais.

No entanto, há consenso entre a doutrina de que o conflito de interesses é inerente ao sistema federativo. A liberdade conferida aos entes federados é justamente para que procurem a satisfação de seus interesses peculiares. Todavia, esta liberdade limita-se aos interesses comuns da nação, os quais não permitem a autofagia federativa, ou seja, o prejuízo geral decorrente do benefício particular.

Desta maneira é impossível a eliminação do conflito em um sistema de governo federativo, mas é necessária a determinação de limites para a atuação de seus componentes no sentido do alcance do bem-estar coletivo maior, sendo sugerido o modelo de competição fiscal como substituto ao de guerra fiscal.

Competição fiscal

Apesar de ser o conflito de interesses entre as pessoas de direito público, componentes da federação inerente ao próprio sistema federativo, também lhe é própria a característica da restrição da autonomia em função do alcance de benefício maior comum.

Neste sentido, o fenômeno da Guerra Fiscal é antifederativo ao provocar a transferência de recursos públicos para financiamento da disputa

por grandes empreendimentos particulares que se instalam ou transferem-se para outras localidades, sem haver conseqüente benefício social.

O modelo de Competição Fiscal, entretanto, pressupõe o condicionamento das condutas dos entes federados na defesa e seus interesses particulares aos interesses mais amplos da federação.

Assim, ao invés da disputa desenfreada pelos empreendimentos privados, os estados e municípios seriam estimulados à disputa por maior eficiência no investimento público melhorando sua infra-estrutura, burocracia e carga tributária.

Esta atitude possui, por conseqüência, a diminuição dos custos da atividade econômica em geral e tem por efeito o incentivo à atividade empresarial sem, contudo, gerar um desequilíbrio entre os concorrentes, que concorrem de modo paritário.

Desenvolvimento econômico

Considerando-se o modelo de incentivos fiscais em sua configuração original, questiona-se sua efetividade no alcance de suas metas, quais sejam, o desenvolvimento econômico de determinada região ou setor econômico.

Neste sentido argumenta-se, em contrariedade, que quando um empreendimento é inviável sem o recebimento de incentivos não o deixa de ser inviável, se não houver transformação do meio em que foi implantado sob a conseqüência de deixar de existir com a extinção do benefício que lhe deu origem.

Quando existe situação de Guerra Fiscal, por sua vez, ocorre uma situação de favorecimento concorrencial do empreendimento beneficiado em detrimento de outras empresas que atuem no mesmo ramo ou região.

As empresas não beneficiadas, a seu tempo, serão estimuladas à transferência de suas atividades para locais onde recebam incentivos que compensem seus negócios e, no caso, a própria concorrência patrocinada por recursos públicos.

Todavia, quando há circunstância de Competição Fiscal ao invés das anteriores, ocorre a diminuição dos custos de empreendimento por meio da melhoria na eficiência econômica como um todo, propiciando, portanto, a atividade empresarial de forma sustentável.

Neste caso não há favorecimento ou transferência estatal de recursos para a atividade econômica privada, mas o implemento de condições mais favoráveis, como a diminuição de carga tributária, por meio da melhor aplicação de recursos e redução de custos privados mediante implementação de infra-estrutura mais adequada.

Peculiaridades brasileiras em matéria de incentivos fiscais

Este tópico visa elencar algumas das peculiaridades brasileiras muito relevantes ao se tratar de Defesa da Concorrência e, principalmente, correlacioná-la ao fenômeno dos Incentivos Fiscais.

O primeiro destes é o alto grau de informalidade da economia. Esta situação gera desequilíbrio entre os competidores desmotivando a concorrência. Dessa forma, os incentivos fiscais não devem figurar como uma compensação às empresas que trabalham sob o regime legal, mas o Estado deve desenvolver ambiente favorável à atividade empresarial, qual seja, de segurança jurídica e efetividade das instituições.

Segundo ponto de extrema relevância é a relação entre carga tributária e serviços públicos no Brasil. Paga-se muito por uma contraprestação de baixa qualidade e muitas vezes insuficiente para o suprimento das reais necessidades sociais.

Este fato, por sua vez, muitas vezes motiva práticas ilegais correntes no mercado nacional de sonegação fiscal, estabelecendo-se uma relação de eterna insuficiência da arrecadação frente aos compromissos de governo.

Esta relação desproporcional amplia os efeitos danosos dos incentivos fiscais quando estes beneficiam determinado concorrente, aumentando de forma extrema os ganhos deste ao deixar de ser onerado tributariamente enquanto seus competidores têm de arcar com compromissos fiscais e com os custos gerados pelas lacunas deixadas pelo Estado.

Terceiro e último tópico a ser abordado diz respeito à configuração federativa brasileira no que tange à repartição das receitas tributárias. Visando a diminuição das desigualdades regionais e combate à pobreza, foram criados fundos de participação dos municípios (FPM) e dos estados (FPE), entre outros, nas arrecadações tributárias nacionais.

Estas transferências possuem, atualmente, os efeitos colaterais danosos de propiciar a proliferação excessiva de municípios, desincentivar a

máquina fiscal dos estados e municípios mais beneficiados de melhorar seu desempenho e retirar recursos de regiões metropolitanas onde se concentram grandes bolsões de pobreza.

Esta situação da configuração federativa nacional tem por consequência o aumento da informalidade, o desinteresse de diversas unidades federadas na melhoria na administração pública e abre caminho para o financiamento por meio da própria federação da Guerra Fiscal, visto que os entes mais beneficiados não dependem de arrecadação própria para sua manutenção, mas quase tão somente dos recursos que lhe são transferidos.¹

São estes, portanto, alguns dos desafios nacionais para equalização de Livre-Concorrência com Incentivos Fiscais fazendo com que prevaleçam eficiência e desenvolvimento econômico conjugados, visto que o crescimento sem eficiência é sinônimo de desperdício e privilégio em favor de alguns e em desfavor de todos.

Breve análise de casos brasileiros

Após a exposição, de modo geral, das relações entre incentivos fiscais e o princípio da livre-concorrência gostaria de exemplificar de forma mais concreta a dinâmica destas relações tomando por base projeções dos efeitos deste instituto sobre as empresas beneficiadas e as consequências sobre seus concorrentes:

Como início, gostaria de apresentar uma simulação² elaborada pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, a partir de dados da Consultoria KPMG na qual se demonstram os efeitos de incentivos fiscais em relação unicamente à desoneração do ICMS da alíquota de 18% para as de 12%, 8% e a isenção total do mesmo.

Demonstrativo da Carga Fiscal do Sabonete – Situação Inicial (Sem Incentivos Fiscais)

¹ FERRARI, Renato; COSTA, Alcides Jorge; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Redução Tributária, Urgência Nacional. In: *Fórum permanente de debates sobre a realidade brasileira*, 1998, São Paulo. Palestra proferida por Renato Ferrari; participantes: Alcides Jorge Costa e Ives Gandra Martins, p.48.

² BRASIL. Consulta n. 0038 ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, 1999. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 18%

| Conta | | Resultado |
|--------------------|------|------------------|
| FATURAMENTO | | 100,00 |
| | | |
| IMPOSTOS INDIRETOS | | - 28,87 |
| IPI | 0,10 | - 9,09 |
| ICMS | 0,18 | - 16,36 |
| PIS/COFINS | 0,04 | - 3,32 |
| | | |
| RECEITA LÍQUIDA | | 71,23 |
| | | |
| CUSTO DE PRODUÇÃO | | - 40,45 |
| Materiais | | -20,60 |
| Mão-de-Obra | | -14,70 |
| Encargos | | - 5,15 |
| | | |
| LUCRO BRUTO | | 30,78 |
| | | |
| DESPESAS OPER. | | - 26,74 |
| Salários | | -9,70 |
| Encargos | | -3,40 |
| CPMF | | -0,36 |
| Financeiras | | - 5,98 |
| Outras | | - 7,30 |
| | | |
| LUCRO OPERACIONAL | | 4,04 |
| IR/CS | | - 1,33 |
| | | |
| LUCRO LÍQUIDO | | 2,71 |

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 12%

| Conta | | Resultado |
|--------------------|------|------------------|
| FATURAMENTO | | 100,00 |
| | | |
| IMPOSTOS INDIRETOS | | - 23,56 |
| IPI | 0,10 | - 9,09 |
| ICMS | 0,12 | - 10,91 |
| PIS/COFINS | 0,04 | - 3,56 |
| | | |
| RECEITA LÍQUIDA | | 76,44 |
| | | |
| CUSTO DE PRODUÇÃO | | - 40,45 |
| Materiais | | -20,60 |
| Mão-de-Obra | | -14,70 |
| Encargos | | - 5,15 |
| | | |
| LUCRO BRUTO | | 35,99 |
| | | |
| DESPESAS OPER. | | - 26,74 |
| Salários | | -9,70 |
| Encargos | | -3,40 |
| CPMF | | -0,36 |
| Financeiras | | - 5,98 |
| Outras | | - 7,30 |
| | | |
| LUCRO OPERACIONAL | | 9,25 |
| IR/CS | | - 3,05 |
| | | |
| LUCRO LÍQUIDO | | 6,20 |

Redução do ICMS de 18% para 12% = -33%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 6,20% do Faturamento= + 128%

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 8%

| Conta | | Resultado |
|--------------------|------|------------------|
| FATURAMENTO | | 100,00 |
| | | |
| IMPOSTOS INDIRETOS | | - 20,07 |
| IPI | 0,10 | - 9,09 |
| ICMS | 0,08 | - 7,27 |
| PIS/COFINS | 0,04 | - 3,71 |
| | | |
| RECEITA LÍQUIDA | | 79,93 |
| | | |
| CUSTO DE PRODUÇÃO | | - 40,45 |
| Materiais | | -20,60 |
| Mão-de-Obra | | -14,70 |
| Encargos | | - 5,15 |
| | | |
| LUCRO BRUTO | | 39,48 |
| | | |
| DESPESAS OPER. | | - 26,74 |
| Salários | | -9,70 |
| Encargos | | -3,40 |
| CPMF | | -0,36 |
| Financeiras | | - 5,98 |
| Outras | | - 7,30 |
| | | |
| LUCRO OPERACIONAL | | 12,74 |
| IR/CS | | - 4,20 |
| | | |
| LUCRO LÍQUIDO | | 8,54 |

Redução do ICMS de 18% para 8% = -56%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 8,54% do Faturamento = + 215%

CARGA FISCAL DO SABONETE – ICMS 0%

| Conta | | Resultado |
|--------------------|------|------------------|
| FATURAMENTO | | 100,00 |
| | | |
| IMPOSTOS INDIRETOS | | - 13,09 |
| IPI | 0,10 | - 9,09 |
| ICMS | 0,00 | - 0,00 |
| PIS/COFINS | 0,04 | - 4,00 |
| | | |
| RECEITA LÍQUIDA | | 86,91 |
| | | |
| CUSTO DE PRODUÇÃO | | - 40,45 |
| Materiais | | -20,60 |
| Mão-de-Obra | | -14,70 |
| Encargos | | - 5,15 |
| | | |
| LUCRO BRUTO | | 46,46 |
| | | |
| DESPESAS OPER. | | - 26,74 |
| Salários | | -9,70 |
| Encargos | | -3,40 |
| CPMF | | -0,36 |
| Financeiras | | - 5,98 |
| Outras | | - 7,30 |
| | | |
| LUCRO OPERACIONAL | | 19,72 |
| IR/CS | | - 6,51 |
| | | |
| LUCRO LÍQUIDO | | 13,21 |

Redução do ICMS de 18% para 0% = -100%

Elevação do Lucro Líquido de 2,71% para 13,21% do Faturamento =
+ 388%

Da análise dessas tabelas, tem-se, então, as seguintes comparações:
IMPACTO DA REDUÇÃO DO ICMS NO LUCRO – SABONETES

| Alíquotas do ICMS | Lucro/ Faturamento | Variação do ICMS | Variação do Lucro |
|--------------------------|-------------------------------|-------------------------|--------------------------|
| 18% | 2,71% | 0% | 0% |
| 12% | 6,20% | - 33% | 128% |
| 8% | 8,54% | - 56% | 215% |
| 0% | 13,21% | - 100% | 388% |

| Produto | Lucro líquido com isenção fiscal | | | |
|-----------------|---|---------------------------------|---------------------------|---------------------------------|
| | Com isenção de 7% | | Com isenção de 12% | |
| Isentado | Lucro unitário | Em relação a ICMS de 18% | Lucro unitário | Em relação a ICMS de 18% |
| Vestuário | 3,8 | 147,50% | 7,1 | 188,75% |
| Louça sanitária | 10,2 | 82,14% | 13,5 | 141,07% |
| Televisão | 2,3 | 264,29% | 5,0 | 457,14% |
| Fumo | 2,0 | 122,22% | 2,8 | 211,11% |
| Automóvel | 4,7 | 1075,00% | 7,8 | 1850,00% |
| Sabonete | 6,7 | 139,29% | 9,5 | 239,29% |
| Laticínios | 3,3 | 353,85% | 6,5 | 600,00% |
| Brinquedo | 3,7 | 174,00% | 6,6 | 232,00% |

Percebe-se, a partir da leitura de tal simulação, que a desoneração pura e simples de apenas um tributo, o ICMS, pode gerar um aumento no lucro líquido de um produto de até 1850%, no caso dos automóveis. Tal fato já é, por si só, gravemente violador da igualdade constitucional, da isonomia tributária e da neutralidade concorrencial, mas vejamos, ainda, as práticas efetivadas em torno dos incentivos fiscais nos estados e municípios na década de 90:³

A busca de novos investimentos fez crescer significativamente, nos últimos dois anos, a guerra fiscal deflagrada pelos Estados. Um estudo realizado no início deste ano pela Confederação Nacional

³ Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, publicado no DOE do dia 26 de setembro de 1997, p. 14 e seguintes.

da Indústria (CNI) apontou os Estados que mais inovaram na criação de incentivos fiscais e financiamentos para atrair o setor privado: Rio Grande do Sul, Pernambuco, Ceará, Bahia, Distrito Federal, Paraná, Minas Gerais e Espírito Santo. Realizado com apoio das federações das indústrias dos governos estaduais, o documento, intitulado *Políticas Estaduais de Apoio à Indústria*, mostrou que o estímulo mais praticado pelos Estados é a redução de alíquotas do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), concedido por 18 unidades da Federação. Os financiamentos, por meio dos bancos estaduais, para aquisição de ativos fixos (equipamentos, instalações etc.) pelas empresas constituem outro grande estímulo concedido pelos Estados: 20 deles optaram por esse tipo de atrativo a novos investimentos. (...)

A área de infra-estrutura aparece como terceira opção entre os estímulos ofertados, com a venda, por exemplo, de galpões e lotes industriais a preços reduzidos. Os demais benefícios se situam entre financiamentos para pagamento de ICMS, verificado em 17 unidades da Federação; financiamento para capital de giro (15) e avanço tecnológico (11). Aparecem ainda, na lista de benefícios concedidos pelos Estados, a ampliação dos prazos de recolhimento do ICMS e a isenção ou redução desse tributo para pequenas e microempresas. Alguns governos estaduais também ofereceram facilidades burocráticas para registro ou realização de licitações do setor privado e assistência técnica na preparação de projetos. (...)

Um dos programas de incentivo que mais repercutiu nacionalmente foi o do Estado do Paraná aplicado à montadora francesa Renault. A fábrica da empresa no Brasil, que contará com investimentos governamentais na ordem de 300 milhões de dólares (grifo meu), será uma das mais caras do mundo quando se mede a relação entre incentivos fiscais e empregos. Cada funcionário da Renault – serão 2 mil segundo a montadora – custará 150 mil dólares ao governo paranaense. Com as ações, o Paraná poderá auferir, no futuro, lucros e dividendos. Mas o cálculo não inclui a renúncia fiscal de ICMS que haverá nos primeiros anos de funcionamento da fábrica. (...)

O caso Minas Gerais e Mercedes Benz também fez história. Depois de perder a Renault para o Paraná, os mineiros não queriam de jeito nenhum deixar escapar a fábrica da Mercedes. E conseguiu, em função das condições financeiras excepcionalmente atraentes. O

Estado criou o Megafundo, que financiará as empresas após elas começarem a faturar. Os empréstimos serão concedidos durante os dez primeiros anos de vida comercial da empresa. São 8% sobre o faturamento líquido de cada exercício, com dez anos de carência e igual prazo para pagamento. (...)

Os governos estaduais nordestinos têm disputado com avidez as empresas interessadas em um novo domicílio. Nos últimos dez anos, os incentivos fiscais desencadearam uma espécie de leilão entre os estados da região. Dependendo das características das empresas e da magnitude do investimento, outras vantagens podem ser acertadas. Obras de infra-estrutura que beneficiem diretamente a empresa e a doação ou venda hiperfacilitada de terrenos costumam ser os resultados mais comuns desse tipo de parceria.

Mais ao centro do País, Goiás iniciou sua participação na guerra fiscal em 1982, quando o governo elaborou o Fomentar, um programa de incentivos fiscais para a industrialização no qual o Estado empresta 70% às empresas do ICMS devido, com 2,4% de juros ao ano sem correção monetária. São quinze anos para usufruir e mais outros tantos para pagar. (...)

Os incentivos fiscais concedidos unicamente em relação ao ICMS por si só já constituem grave violação ao princípio da igualdade, porém, além disso, constituem violação ao Pacto Federativo, o qual pressupõe autonomia das partes integrantes (justificando-se a divergência de interesses), e subordinação solidária nos assuntos que envolvem toda a federação, sendo vedado, portanto, atitudes que provoquem prejuízo geral à nação como abaixo exemplificado:⁴

Paradoxalmente, pode-se apurar que o Rio Grande do Sul está começando a sentir os efeitos negativos da guerra fiscal. Um artigo publicado na revista *Exame* pelo gerente-financeiro e estudante de economia da Universidade Caxias do Sul, Cláudio M. Branchieri, mostra a preocupação com os fatos ocorridos: ao mesmo tempo em que novas empresas aportam, as organizações tradicionais do Sul estão fechando as portas e mudando-se para outros Estados. Branchieri questiona:

⁴ Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, publicado no DOE do dia 26 de setembro de 1997. Pg. 19.

‘é justo que o governo do Rio Grande do Sul seja obrigado a entrar numa guerra fiscal com outros Estados que, além de não terem uma infra-estrutura como a nossa para manter, ainda recebem recursos do governo federal? A guerra fiscal não traz benefícios ao País. É um fator de desequilíbrio econômico. Praticamente, obriga as empresas a procurar os Estados onde os benefícios são concedidos, tamanhas são as diferenças resultantes dessa mudança no custo de seus produtos. O maior prejuízo que a guerra fiscal traz é que os recursos que poderiam ser destinados a investimentos, possibilitando a criação de novos empregos, são gastos na mudança da empresa para outra região. As vagas de empregos são praticamente transferidas de uma região para outra, sem que isso acarrete, em curto prazo, aumento na arrecadação de impostos.’ E cita o exemplo da Grendene, fabricante de calçados, que abriu uma nova unidade no Ceará e demitiu 800 funcionários de sua sede, em Farroupilha, na Serra Gaúcha.

Estes incentivos, todavia, não são garantia de desenvolvimento econômico, mesmo em longo prazo e com respeito a objetivos nacionais, como demonstra a experiência da Zona Franca de Manaus, conforme expõe Gilberto Bercovici:⁵

Nada disto se concretizou. A ZFM pode ser considerada, na expressão de Denis Mahar, um ‘enclave de importação’. Os investimentos trazidos pelos incentivos da ZFM concentraram-se nas redondezas de Manaus, não se propagaram pelo restante da Amazônia Ocidental, seja pela infra-estrutura inadequada ou pelas dificuldades de acesso e comunicação. Desta maneira a ZFM revelou-se muito mais uma política de desenvolvimento urbano de Manaus do que uma política de desenvolvimento regional para a Amazônia Ocidental: As indústrias da ZFM têm tantas vantagens fiscais que inviabilizaram o surgimento ou o bom desenvolvimento de outras indústrias na Amazônia. Além disto, a maior parte das indústrias instaladas na ZFM não tem qualquer ligação com a estrutura socioeconômica da região. Toda sua produção é voltada para o Centro-Sul, sem criar efeitos de encadeamento para trás com setores econômicos regionais.

O agravante é o fato de este pólo industrial ser extremamente dependente da manutenção indefinida dos incentivos.

⁵ Gilberto Bercovici. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. Editora Max Limonad. São Paulo, 2003. Pg. 135.

Diante da situação apresentada não existe modo diverso de incentivar fiscalmente a economia sem gerar distorções à igualdade senão por meio da pura e simples redução da carga tributária. Não existe meio possível de desoneração fiscal de um agente ou setor econômico sem que haja desequilíbrio concorrencial e, desta forma, não pode haver meio termo entre empresários sujeitos ou não ao sistema tributário conforme a vontade política pontual. O sistema tributário deve ser aplicado como é ou não reformulado, conforme expõe André Ramos Tavares:⁶

Neste diapasão, tornou-se comum atrair-se as empresas multinacionais oferecendo-lhes vantagens fiscais altamente atrativas – e rentáveis – para qualquer empreendimento do setor privado. A justificativa é, invariavelmente, a mesma, qual seja, a de que a instalação destas indústrias ou atividades em território nacional fomentará o desenvolvimento tecnológico, além de captar mão-de-obra ociosa do mercado interno, elevando-a à condição de empregados capacitados e qualificados. Argumenta-se, ainda, que o sucesso destes empreendimentos só se viabilizaria desta maneira, porquanto o atendimento estrito aos planos nacionais e à legislação geral de regência impediriam o florescimento destas empresas em solo pátrio.

Quanto a este último argumento, é fácil descobrir-lhe uma linha fortemente perturbadora do princípio da igualdade, porquanto não parece possível ou admissível que o capital externo seja contemplado com todas as benesses possíveis e impossíveis enquanto que o empresário e o comerciante nacionais arcam com a pesada carga tributária e com todo o ‘custo Brasil’. Ou bem se admite ser a legislação fiscal brasileira disparatada e desproporcional, merecedora de urgente e profunda modificação, ou então se considera o sistema tributário atual perfeito e acabado, mesmo dentro de um contexto internacional e, assim, impositivo a todos quanto aqui pretendam desenvolver suas atividades profissionais, independentemente da origem da empresa (nacional ou internacional, privada ou pública, de interesse nacional/público ou essencialmente privatística).

⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora Método. 1ª edição. 2003, p. 273.

Gostaria de encerrar este item com a análise dos requisitos constitucionais para a concessão de incentivos, dos quais Roberto Ferraz faz brilhante exposição, sintetizada da seguinte forma:⁷

Nesta breve incursão no tema dos incentivos fiscais, podemos concluir que há regime constitucional a que se submetem os incentivos fiscais, consistente em que somente poderão ser concedidos de maneira vinculada e condicionada à prática de atividades diretamente promotoras do bem comum pelo beneficiário, que atuará de maneira subsidiária à atividade própria do Estado, instituídos mediante lei que fixará quais essas condições vinculantes, e sua necessária temporariedade. Este o regime próprio relativo aos tributos de maneira geral, isto é, àqueles cuja destinação não é vinculada à despesa específica.

Depreende-se que é inconstitucional qualquer incentivo fiscal que não possuir vinculação direta a atividade própria do Estado, que não for vinculado a interesse coletivo, que não possuir condições para concessão e manutenção e que não possuir prazo determinado.

A estes requisitos gostaria de somar o necessário respeito à neutralidade concorrencial. Assim o incentivo fiscal deve promover uma atividade concreta, tangível e palpável de desenvolvimento econômico e social de determinada comunidade, atuando o beneficiário do incentivo como substituto do Estado, sendo sua ação líquida e certa sem, contudo, desestabilizar o equilíbrio competitivo.

Exemplos de tais incentivos seriam os concedidos à cultura e esportes, visto haver dedução proporcional no respectivo imposto de renda, havendo promoção social e econômica, líquida e certa, equilibrada e sem prejuízo a terceiros.

Alternativas aos operadores do direito concorrencial

Não é possível transformar uma cultura administrativa pública e um sistema há muito instalado de modo instantâneo, mas existem bons indícios de mudança. A Constituição Federal de 1988 traz diversos requisitos para a

⁷ FERRAZ, Roberto. Incentivos Fiscais – Um enfoque constitucional. In: *Revista de Estudos Tributários*. Volume 5. Número 28. Novembro/dezembro 2002. Porto Alegre. RS, p. 107.

concessão de incentivos fiscais, os quais não cabe explicitar neste trabalho, e o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2006, sinalizou a responsabilidade pública por danos causados a particular por meio de política econômica governamental.

No Recurso Extraordinário n. 422.941-2 ficou demonstrado o nexo causal entre a falência da Destilaria Alto Alegre e o tabelamento de preços abaixo de seu custo de produção, ausentes incentivos fiscais, sendo o primeiro tópico da ementa 'A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. (...) O princípio da Livre iniciativa é fundamento da República'.

Eis aí um fundamento constitucional para a cobrança de indenização do poder público frente os prejuízos causados, e com frequência, aos empresários pela concessão de incentivos que, como já demonstrado, muitas vezes inviabilizam a competição dos agentes econômicos no Brasil, visto que o custo de manter-se na legalidade tributária é por demais elevado.

Conclusão

O sistema de incentivos fiscais não é ruim por si só, mas deve ser aplicado com cautela e como parte de um programa mais amplo de desenvolvimento econômico norteado, principalmente, pela redução sólida dos custos de produção a partir do melhoramento da infra-estrutura nacional e de outras frentes de defesa da concorrência como, por exemplo, o combate à informalidade.

O modelo de competição fiscal, por sua vez, seria um substituto adequado ao sistema atualmente aplicado por não privilegiar os agentes econômicos privados, mas, antes disso, promover uma atitude de racionalização do investimento público com a busca de maior eficiência do ente federado ao invés da transferência de recursos estatais para grandes empresas particulares.

Neste sentido deve ser privilegiada a autonomia administrativa e a eficiência no uso dos recursos públicos por intermédio do incentivo à competição entre os entes federais pautada, porém, por interesse público, com regras claras, e não dirigida por e para os interesses privados constituindo-se na transferência pura e simples de recursos do erário ao patrimônio particular.

Por fim, é inconstitucional toda a concessão de incentivos fiscais que não estejam vinculados a uma finalidade social, ou seja, de bem comum, interesse coletivo, sendo vedada a utilização da receita, real ou futura, de impostos para tal objetivo e que resulte no desequilíbrio da neutralidade concorrencial e estes desvios constitucionais devem ser combatidos por meio de ações individuais e coletivas dos operadores do direito concorrencial para que se construa um sistema mais transparente, dotado de maior eficiência e, portanto, mais promotor do bem comum que o particular.

Referências bibliográficas

- AFFONSO, Rui de Britto Álvares; PRADO, Sérgio. *Guerra Fiscal no Brasil: três estudos de caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná*. São Paulo: FUNDAP, 1999. p. 140.
- _____; SILVA, Pedro Luiz Barros (Orgs.). *Reforma tributária e federação*. São Paulo: FUNDAP, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.
- ALBANO, Valter. *Do caos ao equilíbrio fiscal: uma difícil travessia*. Cuiabá: Entrelinhas, 2001.
- ÁVILA, René Isoldi. *Os Incentivos Fiscais ao Mercado de Capitais*. Livraria Editora Sulina. 1975.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. São Paulo: Editora Forense, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. *Quanto custa pagar tributos*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- BRASIL. Consulta n. 0038 ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, 1999. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.
- BRASIL. Lei Complementar n. 24, de 07 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 jan. 1975. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.

- BRASIL. Recurso Extraordinário n. 422.941-2. Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 de março de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.
- BRASIL. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado, São Paulo, 26 de setembro de 1997.
- BRITO, Frederico Raphael C. Durão; MACEDO, Marcelo Ernandez; PEPPE, Atílio Machado; PEREIRA, Eduardo da Silva. Reflexões sobre a Federação Brasileira. In: *Revista de Administração Pública*. Vol. 31, n. 4. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Julho/Agosto de 1997.
- CALDERARO, Francisco. *Incentivos Fiscais: sua natureza jurídica*. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1980.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional, n. 39/2002, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1973.
- CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri: Manole, 2004.
- FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O empresarialismo dos governos locais na gestão urbana: breves reflexões sobre a origem, a evolução e o contexto deste conceito no Brasil. *Revista de Administração Pública*. Vol. 31, n. 6. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: novembro/dezembro de 1997.
- FERRARI, Renato; COSTA, Alcides Jorge; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Redução Tributária, Urgência Nacional*. In: FÓRUM PERMANENTE DE DEBATES SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA, 1998, São Paulo. Palestra proferida por Renato Ferrari; participantes: Alcides Jorge Costa e Ives Gandra Martins.
- Ferraz, Roberto. Incentivos Fiscais – Um enfoque constitucional. *Revista de Estudos Tributários*. Volume 5, n. 28, nov./dez. 2002. Porto Alegre, p. 107.
- FURTADO, Celso. *Perspectivas da Economia Brasileira*. Rio de Janeiro: ISEB (MEC), 1958.
- GESNER, Oliveira. *Concorrência: Panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo. Saraiva. 2001.
- GOVERNO pede prioridade para fim da guerra fiscal. Agência Câmara, Brasília, 24 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2006.
- MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2002.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Financeiro*. São Paulo: Ed. J. Bushatsky. São Paulo: 1971.

- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- PASIN, João Bosco Coelho. *Considerações sobre a imposição tributária em face dos princípios constitucionais de direito econômico*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2002.
- PEREIRA, José Matias. *Finanças Públicas: A Política Orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999.
- Plenário terá que liberar pauta para votar minirreforma. Agência Câmara, Brasília, 08 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2006.
- PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. *A guerra fiscal no Brasil*. São Paulo: Fundap, Fapesp. Brasília: IPEA, 2000.
- RIANI, Flávio. *Economia do setor público: uma abordagem introdutória*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, Pedro Melo da. *Os incentivos fiscais como instrumento de desenvolvimento*. SUDAM (Ministério do interior, Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia). Belém. 1978. p. 130.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. 1ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1ª edição. São Paulo: Editora Método, 2003.
- TORRES, David *et al.* *Revelando o Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Edições Sinafresp, 2003.
- TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA GLOBALIZADA: (DEBATE SOBRE PRINCÍPIOS E UMA PROPOSTA DE REFORMA TRIBUTÁRIA). Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas. Forma3Editoração. São Paulo: 1999.
- VEJA. O que falta votar da reforma tributária. Agência Câmara, Brasília, 13 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2006.
- VOLKS: redução da carga tributária pode evitar demissões. Agência Câmara, Brasília, 12 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

SERVIÇO PORTUÁRIO E CONCORRÊNCIA: EQUILÍBRIO COMPETITIVO ENTRE O REGIME PÚBLICO E O PRIVADO

*Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**

1. Introdução

É desnecessário discorrer sobre a importância do setor portuário para a economia nacional, em particular, no contexto de globalização econômica e seu corolário de abertura e integração comercial. O setor foi, por vezes, nesse movimento, apontado como um dos grandes culpados pelo chamado ‘custo Brasil’, como um entrave para o crescimento econômico, carente de urgentes investimentos.

Em resposta a esse *desideratum*, nas últimas duas décadas, o setor portuário tem sido alvo de investimentos públicos e privados para a modernização e de sua infra-estrutura, aumento de capacidade e de eficiência da prestação do serviço.

Porém, para que a modernização da infra-estrutura portuária fosse levada a cabo, algumas modificações foram necessárias no arcabouço jurídico que disciplina a prestação desse serviço essencial. Tais modificações não se restringiram a alterações legais, mas implicaram uma revisão da própria interpretação de institutos jurídicos tradicionais, típicos de uma administração centralizada. Isso porque a introdução de um modelo de gestão empresarial de prestação de serviços públicos em parceria com o setor privado, no contexto de um Estado Regulador da Economia, pautado pelo princípio constitucional de eficiência, leva a uma flexibilização do princípio de legalidade em sentido estrito e das formas de atuação de particulares em campos antes reservados ao Estado, de forma a compatibilizar o imperativo e a necessidade, constantemente renovada, de desenvolvimento do setor. Nesse contexto, institutos como a autorização, que possuem um determinado sentido para a dogmática administrativista tradicional, passam a adquirir acepções diversas quando transpostos para a esfera da ordem econômica.

Surgem, assim, alguns problemas e conflitos na interpretação de regras e, em particular, questionamentos acerca da competência administrativa

* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

e normativa da agência reguladora do setor, a ANTAQ. Esta, ao regulamentar o disposto em lei sobre as modalidades de uso das instalações portuárias, especifica a distinção legal, estabelecendo prerrogativas que se refletem, mormente em questões concorrenciais, nas condições de atuação de concessionários e autorizatários: os primeiros submetidos a regime público, os segundos, à livre-concorrência. Tal especificação deve cuidar para não introduzir distorções entre os agentes econômicos em um ou outro regime.

Sendo a concorrência o principal catalisador da eficiência na gestão de serviços públicos, suscita-se, sobretudo, o problema de um desequilíbrio concorrencial, capaz de interferir no desempenho das concessões e autorizações. Daí a necessidade de ordenar, sistematicamente, as competências, para bem compreender-lhes as exigências, as condições e os limites. É o que se procurará fazer no presente trabalho.

2. O modelo de gestão empresarial do serviço público no Estado Regulador e o papel da concorrência

Em atenção ao princípio da predominância do interesse, a CF enumera, em seu art. 21, as competências administrativas da União, dentre as quais está a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres (CF art. 21, XII, *f*). Em consonância com a discriminação dessas competências, a CF atribui à União a competência privativa para legislar sobre regime dos portos (art. 22, X). Dispõe o art. 175 da CF que: ‘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’.

E seu parágrafo único determina que a lei disponha sobre o regime das empresas concessionárias ou permissionárias, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Esse dispositivo fala obviamente de serviços públicos como aqueles que, por natureza jurídica, são estatais. No contraste com os serviços sujeitos à livre iniciativa e objeto dos artigos 173 e 174 da CF, são serviços que estão submetidos ao regime público, não obstante seu conteúdo econômico. Dentre estes estão os de exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, *f*, da CF).

Para bem entender esse regime e sua natureza jurídica, sublinhe-se que cabe ao Estado prestar tais serviços diretamente ou por empresa estatal

de serviços, em termos de descentralização por personalização da entidade prestadora, ou mediante concessão ou permissão que pode ser feita a uma entidade privada por meio desses instrumentos de direito público.

Nesse sentido, ao rigor da CF, a Administração escolhe discricionariamente se presta o serviço diretamente, de forma centralizada ou por empresa estatal (pública ou de economia mista) oriunda da mesma esfera federativa, ou se o delega à empresa privada ou estatal de outra esfera da federação. A exigência constitucional de licitação ocorre neste último caso.¹

Embora semelhantes entre si, a empresa estatal criada para a prestação de serviço público e a concessionária de serviço público, uma importante diferença entre ambas está em que àquela não se aplicam inteiramente os ditames do art. 175 da CF, como as regras de reversão, a encampação, já que os serviços não lhe são outorgados por concessão, mas por lei instituidora que lhe fixa o objeto.²

Nesse quadro, é importante assinalar o sentido adquirido pelo serviço público na Constituição vigente, tema já explorado em outra oportunidade.³ Anteriormente, o serviço público era visto como uma generosidade do Estado, sendo que as regalias de gratuidade ou benefícios fiscais, advindas de um poder centralizador, constituíam não só uma visão restritivamente estatizante do serviço, mas também, nesse contexto, um meio de ‘redução de custos’ para uma prestação e organização bastante ineficiente de ativos. Porém essa redução de custos era obtida por meio de vantagens ou mesmo de subsídios, que acabaram por inflar e sobrecarregar a máquina estatal.

Tratando-se de uma ‘generosidade’ e considerando que a exploração do serviço não trazia nem almejava ‘lucro’, ou mais, que certamente muitas vezes não se auto-sustentava pelas receitas obtidas, até parecia apropriado conceber o serviço público como atividade capaz de conviver com prejuízos econômicos. Tudo em detrimento dos administrados do serviço, que não

¹ Vide a explicação de meridiana clareza de Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: RT, 1987.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 682.

³ MARANHÃO, Juliano; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. ‘O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias’, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 5, n. 17, jan./mar. 2007, p. 191-209, Editora Fórum, Belo Horizonte.

se beneficiavam da eficiência própria da organização privada, pressionada pela necessidade de redução de custos e aumento de qualidade e dos benefícios para enfrentar a concorrência e viabilizar ampliação de receitas. Ficavam expostos à ineficiência típica dos monopólios estatais. Como destaca Marçal Justen Filho, o modelo de generosidade significava ineficiência na prestação do serviço, modelo que não tem mais lugar no novo regime de serviços públicos:

Não incumbe ao Estado prestar serviços públicos sob o modelo de generosidade. O desprendimento econômico da atividade estatal acarreta ineficiência de sua atuação e incapacidade de respeitar a dignidade dos usuários, que não recebem as utilidades que constituiriam dever do Estado [...].⁴

Esse modelo de prestação, caracterizado pelo desprendimento de preocupação econômica, foi substancialmente alterado pela Constituição de 1988, que instituiu um modelo de Estado normativo e regulador da atividade econômica.

Nos quadros da CF de 1988, a ordem econômica passa a ter como fundamento a *livre iniciativa* e deve ser organizada com base no princípio da *livre-concorrência*. Esses ditames servem também para a prestação de serviços públicos, seja direta ou indiretamente, por meio de concessões, permissões ou autorizações. Funda-se a convicção de que a organização empresarial e a competição entre prestadores, quando possível, traz melhores resultados para um serviço configurado agora pelo princípio de eficiência, instituído pela Emenda Constitucional n. 19/98 (CF, art. 37). Nesse redimensionamento do Estado as diferentes formas de outorgas da prestação de serviço público exerceram papel crucial, o que deu à Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95) significativa importância para a compreensão da chamada Reforma Política e Administrativa do Estado e da nova postulação estabelecida para a noção de serviço público.

No novo modelo de Estado Regulador da economia, a dimensão empresarial da Administração torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada. Isto se reflete também na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração, permitindo, ostensivamente, que a prestação

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis n. 8.987 e 9.074, de 1995*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 158-9.

de serviços incorpore não só a *mentalidade da iniciativa empresarial*, mas também a devida *regulação da concorrência*, quer mediante agências reguladoras, quer mediante autoridade antitruste.

Por esse motivo, entende-se o destaque que Celso Antonio Bandeira de Mello dá para a inserção, na pauta da regulação dos serviços públicos, do intuito lucrativo dos agentes privados (concessionárias).⁵ É evidente que as empresas que prestam licitação para ser titular de concessão ou permissão de serviços públicos estão interessadas na obtenção de seu lucro. Mas a crença pressuposta nessa deferência ostensiva ao interesse privado é a de que a sua busca propicia a melhor prestação do serviço. Assim, o meio, a forma de organização dos ativos, cabe ao particular, no exercício de sua livre iniciativa. O Estado, por sua vez, exige metas e resultados nos sentidos de qualidade do serviço e modicidade das tarifas.

Assim, dentro do dever de prestação de serviços públicos, a nova solução para a responsabilidade da Administração por um serviço adequado, de qualidade e com tarifas módicas é dada: (i) *pela organização empresarial e pela persecução do lucro*; (ii) *pela criação das agências reguladoras e pelas correspondentes competências regulatórias a elas conferidas*.

É importante, dessa forma, explorar o tema das agências reguladoras. A própria fundamentação legal e constitucional para a incorporação desse instituto no direito administrativo enfrentou resistências pela dogmática tradicional, dado que o seu poder normativo esbarra imediatamente na reserva de lei (CF, art. 5º, II e ADCT, art. 25) e nos limites do contencioso administrativo (CF art. 5º). A criação ou extinção de direitos é de competência privativa do Poder Legislativo (CF, art. 5º, II), não se admitindo transferência, a não ser pela forma constitucionalmente admitida, que é a lei delegada, de competência do Presidente da República (art. 84, IV, da CF)⁶ excluindo-se aqui as medidas provisórias, que, ao menos em tese, são excepcionais, para

⁵ É o que se vê quando ele afirma que: '[p]ara o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém um fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço' (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 633).

⁶ Ver nessa linha: BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 31 e decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos: TRF, AC n.85.500-RJ, DJ de 23.05.1985, p.7882.

casos de relevância e urgência, e devem ser imediatamente submetidas ao Congresso Nacional.

No caso da ANTAQ, Agência Reguladora responsável pelo setor portuário, dentre outros, esse limite de reserva legal significaria a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei n. 10.233/2001, a começar pelo art. 27, que lhe atribui competência normativa:

elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (art. 27, IV – grifo nosso).

O art. 27, IV estatui uma competência que, observando-se o padrão de legalidade estrita presente em uma leitura conservadora do direito administrativo pátrio, deveria resumir-se à regulamentação de seu funcionamento interno, sem alcançar direitos de particulares, mormente dos agentes autorizatários, submetidos ao regime de livre-concorrência. Porém, essa leitura conservadora da Constituição *frustraria completamente a atuação da agência e até mesmo o objetivo de instrumentalização de um Estado regulador*, que também é previsto constitucionalmente, o que exige inevitavelmente uma reinterpretação do princípio da reserva legal.

A solução encontrada pela doutrina consiste em tomar o poder regulamentar como discricionariedade interpretativa dos conceitos indeterminados, princípios e diretrizes gerais presentes na Lei, mas não criação de novas obrigações.⁷ Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, mas do reconhecimento de uma margem maior de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete.

Essa discricionariedade, por outro lado, é técnica, fundada no conhecimento técnico dos membros da agência para encontrar os meios necessários e adequados à consecução dos fins propostos em lei. Aqui aparece uma interessante discussão sobre o caráter vinculado ou não dessa discricionariedade que tem reflexos sobre a validade dessa solução jurídica para

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 2002, São Paulo: Atlas e FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O poder normativo das Agências Reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, vários autores, Rio de Janeiro, 2006.

o problema da legalidade estrita. A questão central é se a vagueza dos conceitos indeterminados e diretrizes presentes em lei é um problema inerente à linguagem, que abre espaço para escolhas, ou seja, para a volição daquele que interpreta (teorias não epistêmicas da vagueza), ou se essa vagueza é decorrente da falta de conhecimento sobre evidências capazes de precisar o sentido do conceito (teorias epistêmicas da vagueza)⁸ Assim quando se discute 'preço justo' para o serviço, atribui-se uma escolha para a autoridade reguladora, ou há condições de se chegar ao que constitui preço justo por meio do conhecimento técnico e evidências empíricas? A crença que sustenta a fundamentação constitucional inclina-se para uma concepção epistêmica dos conceitos indeterminados, o que permite falar em discricionariedade técnica, na qual há uma vinculação da autoridade, não propriamente ao termo da lei, indeterminado, mas ao conhecimento dos meios ou do sentido correto para a sua concretização.

Se essa crença subjacente à validação constitucional é bem fundada ou não, é um tema para filosofia do direito, que não cabe tratar aqui. O que importa é, do ponto de vista dogmático, encontrar uma saída para o problema da legalidade estrita, com base em princípios também consagrados na constituição. Ferraz Júnior propõe que o fundamento constitucional do poder regulador das agências estaria na determinação geral de eficiência do serviço público, introduzido pela Emenda Constitucional 19/98, a ser alcançada justamente pelo emprego dessa discricionariedade técnica das agências. Diferentemente do modelo finalístico do Estado Intervencionista, em que as metas encontravam-se bem definidas e eram predominantemente implementadas pelo próprio poder público, no Estado Regulador o princípio de eficiência estabelece uma orientação vaga, que se combina, como visto, a um modelo de intervenção mínima, apenas no necessário para corrigir as imperfeições do mercado.

Aparecem, então, esquemas dogmáticos na tentativa de definir contornos para o exercício de poder normativo e fiscalizador, consubstanciados no chamado princípio de proporcionalidade. A doutrina constitucional por vezes diverge quanto ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, havendo uma inclinação em entender que a proporcionalidade inclui em si três regras distintas: necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. A adequação traria o ditame de que a intervenção seja um meio adequado para

⁸ Sobre o tema, ver WILLIAMSON, T. *Vagueness*, Routledge, New York 1994 e, especificamente para o direito ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*, Oxford, 2000.

se alcançar determinado objetivo de política pública previsto em lei, o que remete à eficiência. A necessidade faria referência à impossibilidade de se alcançar aquele objetivo por outro meio, mas também estabelece um limite para a profundidade da intervenção, proibindo o excesso, de forma que se adstrinja aos limites necessários para se alcançar aquele fim. Já a proporcionalidade em sentido estrito cuida para que o alcance daquele objetivo de política pública não implique o sacrifício demasiado de outro objetivo igualmente valoroso, daí a necessidade de ponderação e tentativa de otimização dos objetivos constitucionais e legais.⁹

Eficiência tem a ver então com a busca proporcional e ponderada desses objetivos de políticas públicas fixados em lei para determinado setor da economia. Dentre esses objetivos de políticas públicas para o serviço público, atualmente tem lugar destacado, como catalisador da eficiência, em todos os setores pós-desestatização, o *princípio de concorrência*.

E quando se fala em concorrência não se pode confundi-la com o simples objetivo de aumento do número de agentes no mercado, concepção que parece guardar raízes em uma leitura não muito refletida da linha defendida pela escola de Harvard, também conhecida como o modelo de *estrutura-conduta-desempenho*. Ou seja, quanto mais desconcentrada a estrutura de mercado, menores as possibilidades de condutas abusivas e, portanto, melhor seu desempenho em termos de benefícios aos consumidores.

Essa concepção foi criticada e, na metade do século passado, suplantada pela orientação da escola de Chicago, que via na eficiência econômica a chave para o aumento de bem-estar.¹⁰ Nesse quadro, começa-se a notar que estruturas altamente concentradas não necessariamente significam prejuízo, principalmente em indústrias nas quais economias de escala e escopo geram reduções significativas de custos, aumentando a eficiência. A palavra-chave é a eficiência alocativa do mercado e a competição deve ser entendida como subordinada a esta. Essa orientação não deixou de se fazer sentir nas for-

⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 23-50; MENDES, Gilmar. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001; ÁVILA, Humberto. *A Distinção entre Princípio e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 4, jul. 2001.

¹⁰ Sobre o debate entre as escolas de Harvard e Chicago, ver HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy*. St. Paul, Minn.: West Publ. Co.

mulações da legislação brasileira de defesa da concorrência, em particular na Lei 8884/94, segundo a qual, por exemplo, pune-se não a concentração econômica e o poder de mercado, mas seu abuso (art. 20, inc. III), ou ainda, são permitidas operações que gerem redução da competição, desde que esta seja suficientemente compensada por ganhos de eficiência, tais como aumento de produtividade, desenvolvimento tecnológico e redução de custos (art. 54, inc. I).

Mais recentemente, a orientação da escola de Chicago passou a ser desafiada por uma visão consumerista¹¹ que já se faz sentir no CADE¹² segundo a qual o foco da análise antitruste deve ser imediatamente o bem-estar do consumidor. As infrações somente ficam caracterizadas caso se demonstre potenciais perdas de bem-estar, ao passo que as eficiências econômicas, justificadoras da concentração, somente podem ser consideradas se, em vez de totalmente apropriadas pelo agente privado, puderem ser compartilhadas com os consumidores finais.

Essa ênfase ao bem-estar do consumidor ganha maior peso quando se considera a concorrência como meio para organização de serviços públicos, cujo principal objetivo é a satisfação dos interesses dos usuários. Como destacamos em outra oportunidade:

se no âmbito do direito concorrencial já existe uma discussão sobre o princípio da concorrência como um valor em si (competitor welfare) ou como um meio para estimular melhores preços e qualidade aos consumidores finais (consumer-welfare), o mesmo não se dá com relação à sua aplicação à regulação das telecomunicações [o que se estende para serviços públicos em geral], onde a concorrência aparece claramente como um meio, dentre outros, para propiciar qualidade e preços módicos, ao maior número possível de consumidores.¹³

¹¹ RIORDAN, Michael H.; SALOP, Steven C.. Evaluating Vertical Mergers: a pós-chicago approach. *Antitrust Law Journal*, v. 63, Winter 1995.

¹² FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Competition Policy in the Global Context: some issues from a LCD perspective*. In *The Annual Chatham House Competition Conference*. Londres, 2005. Disponível em <http://www.cade.gov.br/internacional/Chatham_house.pdf> Acesso em 10.09.2007

¹³ FERRAZ JUNIOR, T.S. e MARANHÃO, J.S.A. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para a alteração de contratos de concessão, em *Revista de Direito Público da Economia*, n. 08, out/dez, 2004.

O que limita (mas não exclui) a aplicação das normas concorrenciais em face de normas regulatórias são exigências que se mostrem incompatíveis com o regime de livre competição, quando estiver em jogo outro interesse público (universalização, controle de tarifas, continuidade do serviço, investimento em infra-estrutura etc.). Também nos serviços públicos, atenua-se o peso do princípio da concorrência como elemento organizador, quando a competição for inviável ou limitada para que se alcance maior eficiência, e.g. por exigência de escala; ou quando o interesse público objeto do serviço o exigir. É o caso, por exemplo, do mercado relativo a combustíveis (CF art. 177), transporte (CF art. 178), serviços públicos sob regime de concessão ou permissão (CF art. 175), no qual se inclui a exploração dos portos organizados.

Vale ressaltar, ademais, que quando presente a competição é necessário que esta se desenvolva de forma saudável e justa. É que, no limite, desvios e imperfeições no modelo de concorrência podem levar à supressão da própria livre iniciativa. Trata-se das hipóteses de formação e exercício abusivo de poder de mercado pelos agentes econômicos que competem e que deve ser reprimida (CF art. 173 § 4º e Lei 8884/94 – Lei de Defesa da Concorrência). Vale dizer, é crucial que o jogo competitivo entre os agentes se desenvolva de forma equitativa, não propriamente quanto aos resultados, mas quanto à *garantia de igualdade de condições para competir*. A competição deve ser livre e ampla, mas também *justa*, de forma que tenham sucesso, no objetivo de persecução do lucro, as empresas que se mostrarem efetivamente mais eficientes. Isso significa que são os desejos do consumidor, ou usuário do serviço público, que guiarão as escolhas dos agentes, que tratarão de conquistá-los pelas melhores ofertas de serviço. Daí a ligação entre persecução do lucro, competição para atração do consumidor e maior satisfação dos usuários do serviço público.

Feita essa análise geral, chegamos a algumas conclusões importantes, que guiarão nosso estudo sobre a regulação dos terminais portuários:

- (i) o serviço público deve ser pautado pelo objetivo de eficiência, dentro de uma racionalidade empresarial, voltada para o melhor aproveitamento dos ativos na persecução do lucro;
- (ii) as agências reguladoras e, no caso, a ANTAQ, detêm poder normativo para criar obrigações, desde que essas sejam decorrentes da interpretação pautada em conhecimento técnico e dados empíricos na aplicação das normas gerais e diretrizes definidas em lei para o setor regulado;

- (iii) o limite ao poder normativo é dado pela eficiência técnica da regulação em alcançar os objetivos definidos legalmente para o setor, de forma proporcional, sem afetar significativamente outros interesses públicos relevantes;
- (iv) o Estado Regulador da economia elege a concorrência como princípio organizador dos serviços, entendida como interação competitiva apta a propiciar eficiência e maior bem-estar aos usuários, objetivo final da prestação do serviço público, o que não necessariamente se confunde com multiplicidade ou ampliação de agentes concorrentes;
- (v) para que a concorrência cumpra sua função de catalisadora de eficiência, deve ser exercida em um ambiente justo, no qual há igualdade de condições entre os agentes, para que exerçam suas iniciativas de forma livre e equitativa.

Como se verá, esses parâmetros gerais refletem-se e devem estar refletidos, em particular, na legislação relativa à operação de terminais portuários, em particular na Lei 10233/2001, que reestrutura o sistema aquaviário nacional, e na Lei 8630/93, que trata do regime de exploração dos serviços portuários.

3. Serviços portuários: exploração de instalações – modalidades pública e privada.

No caso da exploração dos portos, as regras determinadas em lei para as concessionárias referem-se aos chamados portos organizados, construídos e aparelhados para atender às necessidades de navegação e de movimentação e armazenagem de mercadorias. Explorado diretamente ou concedido é o porto (CF art. 21, XII, f), enquanto uma unidade organizada.

A Lei n. 8630/93 considera o *porto organizado* o:

(...) construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de uma autoridade portuária (art. 1º, par. 1º, I; redação dada pelo art. 21 da Lei n. 11.314/06).

A *área do porto organizado* é compreendida pelas *instalações portuárias* (inciso IV). Nela ocorrem as *operações portuárias de movimentação* (inciso II), mediante *operadores portuários*, pessoas jurídicas pré-qualificadas para a sua execução (inciso III).

A Lei n. 8630/93 fala em *concessão* do porto organizado e em arrendamento de suas instalações. A Lei n. 10.233/01 passou a falar em *concessão* como instrumento de outorga na exploração de infra-estrutura – porto organizado – (artigos 13 e 14), mantendo, porém, a hipótese de que a concessão possa estar vinculada a contrato de arrendamento de ativos (art. 14, § 3º). Entende-se que a concessão do porto organizado, para efeitos de prestação do serviço público, continua a regra.

A União ou explora o porto diretamente, podendo arrendar as instalações, ou mediante concessão; nesse último caso, a concessionária do porto explora as instalações, por si mesma, em nome do interesse público. Em ambas as situações, trata-se de uso público das instalações para a execução de serviço público.

Além disso, é possível o uso privativo de instalações portuárias mediante autorização, no interesse próprio, não constituindo delegação de serviço público. Nesse caso, só a União pode autorizar o uso privativo das instalações (faculdade de uso privativo no interesse privado do autorizado). Daí a distinção entre Terminais de Uso Público e Terminais de Uso Privativo: aqueles sujeitos a concessão e arrendamento, mediante licitação, e estes sujeitos a autorização.

O art. 4º, § 2º, assegura aos interessados o direito de explorar (e construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar) as *instalações portuárias*. Esse direito se dá quer mediante *contrato de arrendamento* (I), quando localizadas dentro dos limites do porto organizado; quer mediante *autorização* do ministério competente (II), quando se tratar de terminal de uso privativo e desde que fora da área do porto organizado ou quando o interessado for titular de domínio útil do terreno, ainda que situado dentro da área do porto organizado.

No que respeita à exploração de instalações portuárias, a Lei n. 8.630/93 (art. 4º, § 2º, incisos I e II) dispõe que ela ocorre sob duas modalidades (modalidades de exploração): de uso público e de uso privativo. Em outras palavras, a Lei distingue entre *instalação portuária de uso público* (Terminais de Uso Público) e *instalação portuária de uso privativo* (Terminais de Uso Privativo). Os Terminais de Uso Privativo podem ser

exclusivos, para movimentação exclusiva de carga própria, ou *mistos*, para movimentação de carga própria e de terceiros. A distinção é relevante tanto do ponto de vista do instrumento administrativo quanto da sua racionalidade com relação aos objetivos públicos.

3.1 *Terminais públicos e privados sob o ponto de vista do instrumento administrativo*

3.1.1 *Concessão para uso público*

A exploração de terminais de uso público é restrita à área do porto organizado (art. 4º, § 3º da Lei n. 8.630/93). Sua exploração pode ocorrer diretamente pela União ou por concessionária do porto organizado ou por arrendatários. Pressupõe, nesse último caso, *contrato de arrendamento*, celebrado com a União (caso de exploração direta do porto) ou com a concessionária da União (caso de exploração do porto mediante concessão).

O uso do instrumento *arrendamento* suscita algumas dificuldades, pois nem todo arrendamento envolve a prestação de serviço público (ver o Decreto-lei n. 9760/46, art. 64, § 1º). Trata-se, no caso de arrendamento de natureza pública, de uma forma de concessão, da chamada *concessão de uso de bem público*. Hely Lopes Meirelles¹⁴ acredita que as Administrações fazem erroneamente o uso de locação de bens públicos em lugar de concessão remunerada de uso que, na verdade, são ‘locações’ impróprias. É possível entender o arrendamento do uso do domínio público patrimonial em termos de concessão de uso da exploração de frutos ou prestação de serviços inerentes ao bem público, caso em que se deve falar propriamente de arrendamento mediante condições especiais e sob fiscalização da autoridade.¹⁵

A Lei n. 8.630/93, art. 4º, inc. I, prevê expressamente a exigência de licitação para o arrendamento de instalações portuárias de uso público. O arrendamento ou concessão de uso público submete-se ao princípio do *pacta sunt servanda*, que vale também para os contratos administrativos¹⁶

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1976, p. 238.

¹⁵ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo, 1993 vol. V, p. 351 s.; no mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo, 1994, p. 452.

¹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires, 1977, vol. I, p. 442 s.

o que implica o direito tanto do concessionário como do arrendatário de instalações de uso público de levar a cabo a exploração do serviço dentro do que disponha o contrato e dos objetivos da Lei.¹⁷ É essencial que o serviço se cumpra, salvo quando razões de interesse público exijam o contrário. A discricionariedade no trato do arrendamento por parte da Administração Pública submete-se, pois, a limites *positivos* (exigências de cumprimento) e *negativos* (abstenção de regulações que impeçam ou dificultem o cumprimento).¹⁸

Aplica-se, portanto, ao arrendamento de instalações portuárias de uso público a dupla estrutura de que se fala no caso das concessões, as quais se submetem a normas regulamentares e normas propriamente contratuais.¹⁹ Aqui, aparece uma barreira à mutabilidade do contrato, que não pode se dar ao talante da administração. Alterações nas exigências de interesse público que possam provocar a intervenção esbarram em direitos privados dos concessionários ou arrendatários decorrentes de contrato. E isso inclui não só tentativas de alterar o contrato, como também alterações nas condições de fato que possam afetar ou dificultar seu cumprimento. Interessa-nos aqui intervenções no setor que possam afetar as condições de concorrência dos concessionários do serviço, dado que a atribuição de desvantagens competitivas a um ou outro agente pode criar dificuldade aos objetivos públicos e privados envolvidos na concessão.

3.1.2 Autorização para uso privado²⁰

Já a *instalação de uso privativo* depende de *autorização* diretamente concedida pela União (ministério competente):

Instalação de uso privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário (art. 1º, V).

¹⁷ BIELSA. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1947, t.I, p. 406; WALINE. *Droit Administratif*, Paris, 1963, p. 715 ss.

¹⁸ ESCOLA, Op. cit. vol. II, p. 112-154.

¹⁹ REALE, Miguel. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – São Paulo, 1966, p. 51.

²⁰ Agradeço a contribuição de Carla Osmo na pesquisa e discussão para a elaboração deste item.

Trata-se do uso exclusivo e do uso misto. A autorização aplica-se a instalações fora do porto organizado ou dentro dele, quando o interessado for titular do domínio útil de terreno, portanto, de área que não pertence à União. Nas três hipóteses, não há delegação de execução de serviço público.

Tradicionalmente, a autorização administrativa é concebida como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual o Poder Público consente com a realização de certa atividade ou com o uso de certos bens, no interesse do particular autorizatário. Contudo, a lei passou a prever autorizações vinculadas (ex. os artigos 132, 133 e 138 a 144 da Lei Geral de Telecomunicações). Hoje, portanto, convivem as autorizações discricionárias e vinculadas, destinando-se estas últimas à execução de serviços (públicos) em regime de direito privado. Diferentemente da autorização discricionária, outorgada no interesse exclusivo do particular, a autorização vinculada diz respeito a uma atividade econômica que envolve interesses públicos.²¹

A dogmática administrativista tradicional destaca a *precariedade* como característica da autorização administrativa.²²

Porém, a percepção da autorização como ato inerentemente precário, suscetível de revogação por opção do Poder Público, vem sendo posta em debate, em particular diante de previsões normativas mais recentes (ex. setor elétrico ou de telecomunicações), que definem como dependentes de autorização atividades que demandam vultosos investimentos.

²¹ Cf. FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

²² Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles que: '[n]ão há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma'. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184. Diogo de Figueiredo Moreira Neto acolhe essa mesma idéia, afirmando que nas autorizações de serviço público: '[...] a precariedade importa na completa inexistência de direitos subjetivos dos autorizados à manutenção do vínculo, mesmo que o ato haja sido clausulado a termo, caso em que apenas caberiam perdas e danos em favor do parceiro por uma revogação antecipada. A relação só subsiste enquanto for de interesse público, pois o ato do Poder Público é meramente receptício'. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 266.

Aqui nota-se uma virada de concepção que altera radicalmente a interpretação tradicional de um instituto, que não decorre propriamente da alteração das regras que disciplinam a autorização. O que ocorre é que o instituto da autorização foi transposto da esfera da ordem pública, na qual tinha a finalidade de preservar a tranqüilidade, a segurança e a salubridade, para a seara da ordem econômica e voltada para a atração de investimentos privados para o desenvolvimento de setores estratégicos para a economia. Aqui, a ‘autorização relaciona-se com a regulação do mercado, devendo funcionar de forma a conformar a atividade autorizada a certos objetivos normativamente definidos’²³ Daí a aceitação pela doutrina de maior estabilidade para a autorização, porém sem excluir a possibilidade de controle e adaptações em sua execução. Não se justifica mais sua interrupção imotivada e discricionária, mas também se permite a intervenção pontual para adequar a autorização a políticas públicas mutáveis.

Assim, afirma-se que a precariedade seria uma característica da autorização discricionária. Isto porque, da mesma forma que sua outorga, sua revogação poderia dar-se por razões de conveniência e oportunidade, independentemente de qualquer indenização. Em contrapartida, não seria precária a autorização concedida por ato vinculado, sempre que preenchidas as condições previstas em lei. Nesse sentido, afirma Dinorá Musetti Grotti que a precariedade é incompatível com o ato vinculado.²⁴ Na Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo, a previsão dessa espécie diferenciada de autorização visou a possibilitar investimentos privados, que ficariam prejudicados com um vínculo precário.²⁵

Outro fator a influenciar a precariedade da autorização é a circunstância de esta ter ou não prazo certo. A autorização conferida com prazo desfrutada de maior estabilidade, porque o Poder Público estará vinculado durante o período previsto.²⁶ Assim, apenas a autorização simples é precária, sendo

²³ Ibid., p. 212-13.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun. 2001, p. 189.

²⁵ Cf. FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

²⁶ Nesse sentido, ver Sara Jane Leite de Freitas, ‘(...) quando o ato é conferido com prazo determinado, ele cria um direito subjetivo para o particular de vê-lo respeitado, caso contrário, ensejará a responsabilidade da Administração’ (Ibid., p. 168); e Floriano

a qualificada irrevogável (*'protegida pela palavra da Administração'*²⁷) durante o prazo previsto, a não ser que se verifique a *'distorção'* da outorga.

Contudo, é preciso destacar que o fato de a Administração não poder revogar, a seu talante, autorizações vinculadas, não implica que a autorização deva permanecer indefinidamente conforme seus termos originais, não obstante as posteriores alterações legais e regulamentares. Cabe, aqui, diferenciar as *autorizações por operação* das *autorizações de funcionamento*. Enquanto as primeiras se esgotam com a realização de um ato ou operação determinada, as segundas visam a autorizar uma atividade que se prolonga no tempo. Como a autorização de funcionamento importa em durabilidade, esta deve admitir modificações em seu conteúdo, com o objetivo de adaptá-la às diretrizes públicas, ainda que o ato concessivo da autorização tenha sido vinculado.

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Ari Sundfeld:

No segundo caso, o das autorizações de funcionamento, tendo havido discricionariedade na expedição do ato, e salvo a ocorrência de óbices específicos, a revogação é possível, se a mudança das circunstâncias de fato o recomendar (ex.: autorização para porte de arma). Contudo, se o ato tiver sido produzido vinculadamente (ex.: autoriza-

de Azevedo Marques Neto, tendo em mira, especificamente, o setor elétrico: 'O que prediz a maior ou menor precariedade ou fragilidade de uma autorização não é o fato de não ser ela uma concessão ou de parte da doutrina vir repetindo, inadvertidamente, ao longo do tempo, que autorização é *'discricionária, precária ou instável'*. Se a autorização for conferida com prazo certo, compromissos de investimento, obrigações para o particular, cláusulas de reversão e indenização, procedimentos para sua extinção etc. (como, insisto, permitem os marcos regulatórios do setor elétrico), restará esvaziada a aludida fragilidade do instituto', MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr./jun. 2003, p. 345; note também que mesmo um administrativista mais tradicional, como José Cretella Júnior, referindo-se às autorizações discricionárias, já limitava sua revogabilidade tendo em vista a estipulação de prazo: 'A outorga pode ser com prazo final fixado (autorização qualificada) ou com prazo final não fixado (autorização simples); na primeira hipótese, a autorização só pode ser revogada: a) quando o prazo se exauriu; b) ou quando a outorga foi *'desvirtuada'*, tornando-se inoportuna ou inconveniente; na segunda hipótese, a autorização pode ser sempre revogada ou *'cassada'*, sem indenização, discricionariamente'. CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 813, jul. 2003, p. 755.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 764.

ção para funcionamento de indústria), nem por isso o empreendedor adquire imunidade contra as eventuais alterações da lei, visto que o ato administrativo o coloca em situação estatutária, passível de modificação por via de lei, sem que se possa invocar direito adquirido.²⁸

Também, Juan Carlos Cassagne, citado por Alexandre Santos de Aragão:

[...] nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se – tanto na doutrina como na jurisprudência espanhola – a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.²⁹

Ou seja, a autorização, que estabelece um vínculo de duração continuada (e por vezes, indefinida) com a Administração deve permitir uma adaptabilidade às novas diretrizes públicas, estabelecidas por atos normativos. Esta é uma conclusão inevitável, considerando-se que estamos tratando do consentimento estatal com a prática de uma atividade econômica, conforme constata Alexandre Santos de Aragão, inspirado pela doutrina de Enterría e Fernández. Em termos diversos, a autorização, apresentando caráter permanente, deve se submeter a um controle e a um condicionamento continuado por parte da Administração, conforme estabeleça a regulamentação da atividade. A regulação de setores econômicos impõe uma flexibilidade que seria inalcançável caso tivessem que ser preservadas em seus exatos termos, indefinidamente, todas as autorizações outorgadas em uma dada conjuntura.

Portanto, reconhecer que a autorização para a exploração de terminal portuário não tem caráter precário, porque não pode ser revogada conforme o juízo discricionário da Administração é bem diferente de afirmar que seu titular tem direito adquirido à permanência do regime jurídico vigente

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, 1993, p. 71. Em idêntico sentido: FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.

²⁹ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212.

quando de sua outorga. A primeira afirmação é correta, mas a segunda é infundada. Na qualidade de autorização de funcionamento – instrumento de regulação de atividades privadas, que repercutam sobre interesses públicos – ela está sujeita a alterações em seu conteúdo, para que se adaptem às disposições normativas posteriores.

Essa dinâmica é prevista expressamente pela Lei n. 10.233/2001³⁰ e deve considerar-se implícita, pela própria natureza das *autorizações de funcionamento*, na sistemática da Lei n. 8.630/93. Dessa forma, tanto as autorizações outorgadas por termo após a Lei n. 10.233/2001, quanto aquelas firmadas por meio de contrato de adesão sob a égide da Lei n. 8.630/93, devem conformar-se à regulação do setor na forma ditada pela ANTAQ, na medida em que essa legitime-se finalística e tecnicamente ao atendimento do interesse público.

Cogita-se, ao contrário, que a Lei n. 8.630/1993 teria previsto uma autorização especial, contratual e, portanto, constituiria ato jurídico perfeito, protegido de alterações normativas posteriores. Há quem aponte que o contrato de adesão conferiria a esta autorização tal caráter contratual, mais estável do que o desfrutado pelas autorizações administrativas em geral. Por essa concepção, o contrato em análise, enquanto instrumento em que as partes manifestaram escolhas, servindo de base para planejamento e expectativas, não poderia vir a sofrer posteriores modificações legislativas ou administrativas. A relação entre a ANTAQ e as autorizatárias não teria caráter precário; caracterizaria negócio jurídico, com segurança amparada

³⁰ A lei estabelece que '[a] empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação' (art. 47) e que a 'perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização' importa em sua cassação (art. 48). Ressalte-se, ainda, que a cassação é um dos modos previstos para a extinção da autorização (art. 43, III). A Lei Geral de Telecomunicações estabelece regra semelhante não apenas para as autorizações ('art. 130: A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação. Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos'), mas também para os contratos de concessão ('art. 95. A Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas').

em lei. Portanto, os termos pactuados excluir-se-iam dos efeitos de nova legislação.

Essa posição, dentro das multifárias e recorrentes manifestações do dilema entre *forma* e *substância*, parece atribuir peso excessivo à forma jurídica e não à natureza pública ou privada da atividade em questão.

É nítido na Lei 8630/93 que, para a autorização mediante contrato de adesão, o art. 6º, § 2º, estabelece que os contratos entre o autorizatário e os terceiros, celebrados para a movimentação de carga desses, ‘reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público’. Ou seja, a autorização para *uso privativo misto* não perde sua característica de uso *privativo*, mesmo quando movimenta carga de terceiros. Mas se trata, para o autorizatário, de uma outorga, constante do ato administrativo, que aquele exerce no seu único e exclusivo interesse (econômico), por sua conta e risco.

Ao contrário, no *uso público*, a vinculação com o interesse público é patente. Daí a obrigatoriedade, só para ele exigida, ‘de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização’ (Lei n. 8630/93, art. 1º, § 4º, XIV), bem como do ‘valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário’ (inciso IV) e de cláusula relativa ‘aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas’ (inciso VI).

Assim, por exemplo, na exploração de terminais privativos, caracterizados pela movimentação de carga própria, verifica-se, no máximo, um interesse público indireto, na eficiência econômica do agente privado. Ademais, o elemento definidor da exploração privativa de instalação portuária (de uso privativo e de uso misto) é a movimentação de carga própria (art. 4º, § 2º, II, a e b). A operação com cargas de terceiros no caso dos terminais mistos é acessória. Portanto, a prestação de utilidades aos indivíduos, membros da coletividade, além de circunstancial, não se submete às disposições de direito público, o que seria essencial para caracterizar o serviço como de titularidade estatal. Dessa forma, a atividade é privada em sua natureza, tratando-se propriamente de *autorização*, sujeita a conformações posteriores.

4. O serviço portuário e a proteção da concorrência

Estabelecida a diferença entre esses dois regimes, privado e público, de exploração portuária, é relevante compreender seu fundamento no que concerne aos objetivos legais traçados para o setor portuário.

Tais diretrizes e princípios são trazidos pela Lei 10233/2001 dentro do quadro formado por todo o sistema viário nacional. Como princípios (art. 11) para o gerenciamento da infra-estrutura do sistema de transporte terrestre e aquaviário aparecem, naturalmente, a eficiência e a segurança na prestação do serviço, que promova a integração regional e a unidade nacional, ambos ideais para o próprio serviço de transporte viário e aquaviário. Mas é importante também notar que aparecem objetivos que transbordam o setor, na medida em que se trata de uma infra-estrutura essencial para as demais atividades econômicas. Daí o princípio geral de *promoção do desenvolvimento econômico* (art. 11, inc. I) e a *ampliação da competitividade do país no mercado internacional* (art. 11, inc. XI), nítida preocupação com o papel dos terminais portuários na composição do chamado ‘custo Brasil’. Essa mesma preocupação já se encontra nas atribuições do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, onde se lê: ‘a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados’ (art. 5º, inc. III).

Na Lei 8630/93, que cuida do regime de exploração das instalações portuárias lê-se, correspondentemente, como objetivo, a ser zelado pelo Conselho de Autoridade Portuária, o estímulo à competitividade e, novamente, a promoção da ‘racionalização e otimização do uso das instalações portuárias’ (art. 30 § 1º, inc. IV) tudo dentro do objetivo de redução de custos e desoneração da indústria nacional com os serviços de transporte.

O estímulo à descentralização, por meio de concessões, permissões e autorizações (art. 12, inc. I da Lei 10233/2000), aparece como diretriz principal para que se alcancem esses objetivos, o que traz, como corolário, pela multiplicação de agentes envolvidos, o surgimento da concorrência, a ser protegida (inc. VII). A proteção à concorrência é prevista também no art. 30 § 1º, inc. VI, da Lei 8630/93 como atribuição do Conselho de Autoridade Portuária.

Por se tratar de serviços públicos propriamente ditos, mencionados na competência da União para sua exploração direta ou mediante concessão, autorização ou permissão, sua ‘desestatização’ e organização na forma

de serviços regulados não exclui e até exige, na forma da lei, uma agência reguladora com competências concorrenciais. Mas como já esclarecido anteriormente, concorrência não se confunde ingenuamente com aumento do número de agentes concorrentes. Como se trata de setor de infra-estrutura, com elevados custos fixos, no qual a ociosidade implica significativa perda de eficiência, a competição dá-se em contexto de elevada concentração, com poucos agentes buscando trabalhar com o máximo de capacidade. Por isso, a Constituição confere à legislação aplicável supedâneo para intervenções de ordem comportamental, tendo em vista a prevenção contra distorções da concorrência e o abuso de poder econômico. Essa exigência é atendida pela Lei 10233/2000, que cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), de forma a assegurar esses objetivos de aumento da eficiência e qualidade dos serviços aquaviários e promoção da competitividade no mercado internacional.

À luz desses objetivos previstos em lei, compreende-se a divisão dos terminais portuários entre aqueles públicos e privados.

Em primeiro lugar, a movimentação de cargas nos terminais consiste em serviço essencial e estratégico, ao mesmo tempo um serviço público e uma atividade meio para outros setores da economia (pela redução de custo e desoneração de exportações e de importações) de um país. Como serviço de interesse público, exige universalização, modicidade de tarifas, continuidade, colocando-se o problema de coadunar-se com o interesse privado das respectivas prestadoras (concessionárias e suas arrendatárias) de gerar receitas capazes de garantir lucratividade. Isto sem falar na exigência de inovações tecnológicas, as quais tornam o setor sujeito a certo grau de obsolescência, exigindo uma infra-estrutura sob pressão de constante modernização (ver Lei n. 10.233/01, art. 37, III, sendo *obrigação* – legal – das concessionárias ‘adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor’). Para a persecução desse interesse coletivo no desembarque e embarque eficiente de bens e mercadorias, o Estado resguarda-se, como visto, por meio do contrato de concessão, de determinadas prerrogativas, para assegurar-se que os interesses privados do concessionário levem primordialmente à consecução do interesse público, ainda que esses possam conflitar com escolhas empresariais do concessionário.

A natureza, portanto, dessa atividade é de serviço público, que se ajusta à modalidade de concessão por contrato administrativo. Essas regras contratadas acerca de variáveis econômicas e empresariais relevantes podem limitar a flexibilidade e impor custos adicionais à empresa concessionária (é o caso, por exemplo, de metas de investimento ou da universalização, que impedem a concentração em operações mais rentáveis), que, por essa razão, têm como contrapartida a garantia de manutenção do contrato e do equilíbrio econômico financeiro. É essa estrutura e esse interesse público imediato na prestação do serviço portuário que fundamentam a existência de terminais públicos.

Em segundo lugar, diferentemente desse serviço voltado para o público em geral, cujo interesse está na própria disponibilização de uma infraestrutura portuária eficiente para toda a indústria e comércio, há a exploração de terminais em regime privado. Aqui, o interesse público não está, obviamente, em oferecer uma infra-estrutura para um determinado agente privado, pois nesse caso este poderia servir-se, como todos, de um terminal público. O interesse está na redução de custos da cadeia produtiva de forma a elevar sua competitividade frente a outros países (o que obviamente não se confunde e pode até se opor à concorrência local), beneficiando-se a indústria e a economia nacional.

Há, nessa modalidade de exploração, o reconhecimento do legislador da eficiência econômica gerada pela integração vertical. O debate mais geral em torno dos custos e benefícios das integrações verticais sofreu forte influência na década de 80 a partir dos trabalhos de Williansom e Grossman & Hart, baseados nos textos clássicos de Coase, Arrow e Simon. As idéias baseadas na chamada 'economia dos custos de transação' indicavam a necessidade das agências considerarem as eficiências associadas com a redução dos custos de transação na medida em que um mesmo agente pudesse controlar duas etapas da cadeia produtiva que exijam ou gerem ganhos pela coordenação de ações. Esse é o caso, por exemplo, de grandes produtores exportadores de produtos acabados ou importadores de insumos, que podem reduzir significativamente seus custos pela captura de sinergias decorrente do controle de instalações portuárias voltadas à satisfação de seus interesses (programação mais eficiente e com custos reduzidos do embarque de produtos e desembarque de insumos para a produção). Obviamente, trata-se de uma situação em que a escala de importação ou exportação deve justificar ou tornar racional a exploração privada para os exclusivos interesses de importação e exportação de determinado agente econômico. Nesse qua-

dro, adapta-se a modalidade de exploração privada de terminal portuário, por meio de autorizações pelo Estado. A autorização e a possibilidade de alteração de seus termos justificam-se na medida em que outros interesses públicos imediatos podem se sobrepor ao interesse indireto na eficiência econômica de determinado agente privado.

Note-se, aliás, que esse bem coletivo representado pelas sinergias capturadas por um agente privado em uma integração econômica, horizontal ou vertical, em termos de redução de custos, aumento de produtividade e desenvolvimento tecnológico são, inclusive, reconhecidas na Lei 8884/94, art. 54, § 1º, como benefícios capazes, inclusive, de compensar danos atuais ou potenciais advindos de uma operação de concentração com efeitos considerados anticoncorrenciais.

Mas resta ainda a situação em que há interesse nessa eficiência econômica privada, que gera ganhos sociais, mas nas quais a escala de atuação do agente em questão, embora justifique a operação de um terminal para os seus interesses, não é capaz de ocupar toda a capacidade de operação daquele terminal. Nesses casos, o interesse na competitividade alia-se ao objetivo de *racionalização e otimização do uso das instalações portuárias*, de que fala o art. 30, § 1º, inc. IV, da Lei 8630/93, abrindo-se a possibilidade de que o agente privado explore privatamente o terminal portuário, para seus interesses, mas que *também aproveite a capacidade ociosa residual para a prestação de serviços portuários para terceiros*. Trata-se aqui dos terminais privativos mistos, também operados por meio de autorizações precárias.

Com a concessão do serviço portuário para agentes privados e a autorização para movimentação residual de cargas de terceiros, no caso do terminal privativo misto, instaura-se um ambiente concorrencial no qual pode, naturalmente, ocorrer a formação de posições dominantes e a conseqüente possibilidade de abuso de poder econômico, mormente em setor em que se lida com serviços públicos e infra-estruturas essenciais no qual o grau de concorrência é inevitavelmente atenuado.

A concorrência no setor portuário não implica isenções, mas aplicações que exigem cuidado mais apropriado às especificidades do mercado, bem como a ponderações que abram espaço para a implementação de políticas industriais e benefícios aos consumidores finais, que, em cada caso, possam se mostrar incompatíveis com a concorrência plena (submetida, basicamente, à *regra da razão*). Dessa forma, é importante deixar claro o sentido em que o direito da concorrência e a defesa do consumidor se aplicam às empresas regidas pela Lei n. 8630/93 e Lei n. 10.233/01.

Como vimos, na sistemática adotada pelo legislador, ao lado da previsão de condições para investimento e financiamento para o cumprimento à obrigação de universalização, há um cuidado especial com a competitividade em distintas situações.

O bem coletivo constituído pela concorrência situa-se na interação desses diferentes agentes prestadores de serviços portuários, em regimes distintos, público e privado. Esse bem coletivo é valorado em duas dimensões dentro das diretrizes regulatórias relativas à ANTAQ. Em primeiro lugar, em consonância com o desenho constitucional das agências reguladoras, a concorrência aparece como catalisador da eficiência no serviço. Aqui, aparece a competência prevista na Lei 10233/2000 atribuída à ANTAQ para:

elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (art. 27, IV – grifo nosso).

Mas o estímulo à competição carrega consigo, necessariamente, a dimensão de preservação de um ambiente competitivo justo, em que seja assegurada a igualdade de condições entre os agentes prestadores de serviços portuários. Daí o dever previsto no art. 12, VII Lei n. 10.233/00 de: ‘reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar *competição imperfeita* ou infrações da ordem econômica’.

Obviamente, o dever de combater infrações à ordem econômica por parte de agentes operadores de serviços portuários implica que os próprios atos normativos e fiscalizadores da ANTAQ não podem acarretar efeitos anticompetitivos ou criar condições para o exercício de condutas anticoncorrenciais. Caso contrário, haveria desestímulo e não fomento à competição, que não pode ser entendido de forma superficial, como a simples introdução de concorrentes no mercado. Mais concorrentes implica um benefício ao mercado somente quando forem asseguradas condições equitativas de competição, caso contrário, não só a livre-concorrência é falseada, o que é vedado pelo art. 20, inc. I da Lei 8884/94, como podem ser criadas condições para o exercício abusivo de posição dominante (art. 20, inc. IV, da Lei 8884/94).

Com efeito, a Lei 8884/94 adota a caracterização de infrações à ordem econômica pelos efeitos nocivos à concorrência, dentre os quais, o art. 20 da Lei 8884/94 destaca não só a dominação de mercado relevante de bens

e serviços (inc. II), como o exercício abusivo de posição dominante (inc. IV) e o ‘falseamento ou qualquer forma de prejuízo à concorrência’ (inc. I). E no elenco das práticas que podem gerar tais efeitos, descreve a criação de dificuldades à criação ou ao funcionamento e desenvolvimento de concorrentes (inc. V).

Dessa forma, o simples exame do texto legal já indica que ações restritivas que possam criar dificuldades a concorrentes ou vantagens competitivas em determinado mercado, capazes de levar ao simples falseamento da concorrência (não necessariamente sua supressão) se, de um lado, caracterizam infração à ordem econômica, quando exercidas por agente com domínio de mercado, de outro, apontam para um ditame para a regulação de mercados pelas agências reguladoras. Se há o intuito de promoção da concorrência e se esse é um objetivo a ser perseguido pela regulação, então, obviamente, essa diretriz é violada quando o ato normativo ou mesmo o ato fiscalizador de uma agência reguladora tiver por efeito o falseamento da concorrência.

O falseamento é dado pela distorção artificial nas condições de competição entre os agentes, criando desigualdade injustificada, ou seja, não explicada pela própria eficiência dos agentes de mercado. Assim, a vantagem ilícita é a vantagem artificial, à qual um ou mais agentes não podem ter acesso em função de barreiras institucionais, não podendo representar maior eficiência do agente que desfruta de tal vantagem, caso em que o § 1º do art. 20 impede a configuração do ilícito antitruste. O teste final para a artificialidade é a livre escolha do consumidor. Onde tal escolha é livre e guiada pelo melhor produto ou serviço, não há artifício e não há infração. Porém, quando a escolha é pautada não por vantagens do produto ou serviço, mas por coerção decorrente de vantagem artificial desfrutada pelo agente econômico, há falseamento da concorrência.

5. Conclusão: o equilíbrio competitivo entre operadores em regime público e privado como parâmetro de regulação da atividade portuária

A consideração feita ao final da última seção é particularmente relevante para a discussão das condições para a autorização e operação de terminais de uso privativo, como limites à competência da Agência para as *regulamentações complementares* aos atos de outorga de autorização que,

conforme a Lei n. 10.233/01, art. 33, obedecerão ao disposto nela própria (art. 43 a 49) e na Lei n. 8987/95.

Vale considerar que, com os terminais públicos e os terminais privados mistos, criam-se agentes atuantes em um mesmo mercado, porém sob diferentes regimes jurídicos. Como os terminais públicos encontram-se vinculados a obrigações de investimento e universalização bem mais rígidas, surge um diferencial competitivo com relação às condições comerciais que os terminais privados mistos podem oferecer aos usuários. Dessa forma, para que não haja distorção na concorrência com efeitos negativos sobre o bem-estar e o interesse público, a regulação da agência deve observar cuidadosamente os parâmetros de adequação e proporcionalidade na ponderação dos interesses públicos envolvidos, em suas regulações complementares.

O desafio é permitir que os agentes privados e operadores de terminais privados adentrem no mercado de prestação de serviços a terceiros, sem, porém, que essa entrada lhes coloque em posição de vantagem com relação aos terminais públicos. Essa é uma questão particularmente importante, por exemplo, na discussão das condições pelas quais ou em que medida ou proporção podem os terminais privados movimentar carga de terceiros.

A competição entre agentes de diferentes regimes, privado e público, vai ocorrer naquela movimentação de carga de terceiros pelo terminal privado. É preciso, então que a livre competição (regime próprio das autorizatárias) seja compatibilizada com a concorrência enquanto um meio a ser perseguido pelas concessionárias e arrendatárias. Ou seja, mormente no que diz respeito aos usuários dos terminais, é preciso levar em conta que o atendimento a terceiros é movido por interesses distintos. De um lado, por interesse *privado* do prestador: o atendimento mais eficiente como instrumento de competição entre os prestadores (autorizatários), que pode ser levado por interesses empresariais e negociais, como o atendimento privilegiado e a contratação do embarque e desembarque apenas daqueles produtos e clientes mais rentáveis; de outro, pelo interesse *público* da prestação com a obrigação de atendimento de determinada forma e com determinados critérios já fixados na concessão, por meio de obrigações de investimento e de universalização, ainda que contra a decisão mais lucrativa do ponto de vista privado.

Tratando-se de tipos de atividade econômica³¹ submetidos a regimes distintos em face dos respectivos mercados (regulado e livre), a competição entre os respectivos prestadores deve levar em conta os critérios próprios para cada tipo de atividade, delimitados pelo interesse público que cada atividade busca satisfazer. No caso, de um lado, os terminais públicos voltados para o interesse direto em uma movimentação de cargas segura e eficiente e, de outro, os terminais privativos mistos, voltados precipuamente para o interesse no ganho de competitividade com as sinergias da integração vertical, portanto, residualmente, mediante a otimização do uso do terminal, reduzindo-se a capacidade ociosa.

Assim, a regulação de ambas as atividades econômicas (pública e privada), no intuito de introduzir ou fomentar a competição, principal agente de eficiência, deve cuidar para não ser autodestrutiva, ou seja, para não estabelecer um desequilíbrio competitivo entre concessionárias e autorizatárias, caso no qual haveria uma regulação desproporcional e, portanto, carente de fundamento de validade legal e constitucional.

³¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: 2ª ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1990.

IMPACTOS DA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA SOBRE A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*Gesner Oliveira, Ernesto Guedes, Denise de Pasqual,
Adriano Pitoli e Camila Saito**

1. Introdução

O objetivo deste artigo é analisar os impactos da convergência tecnológica sobre a competição no setor de telecomunicações no Brasil e no mundo.

Até a primeira metade desta década, o mercado de redes de telecomunicações, em particular o das operadoras de telefonia, apresentava características de monopólio natural, tornando necessária uma regulação abrangente para evitar exercício de poder de mercado por parte das empresas estabelecidas e proteger o bem-estar dos consumidores. Nos últimos anos, contudo, em virtude de uma série de inovações que forjaram a convergência tecnológica, o setor de telecomunicações vem se convertendo rapidamente em um mercado altamente competitivo.

Na seção 2, é apresentada uma discussão conceitual sobre o processo de convergência. Já a seção 0 apresenta um amplo conjunto de evidências empíricas, tanto no exterior quanto no Brasil, mostrando como as mudanças tecnológicas mais recentes têm alterado a dinâmica competitiva do setor de telecomunicações. É dada maior ênfase ao processo de substituição fixo-móvel, ao acirramento da competição nos serviços de internet banda larga e ao surgimento dos serviços *triple play*, oferecidos tanto por operadoras de TV a cabo quanto por empresas de telefonia fixa e, de modo mais incipiente, por operadoras de telefonia móvel.

Como parte principal do artigo, na seção 0 são discutidas as implicações da convergência tecnológica para a agenda regulatória, bem como

* Economistas da Tendências Consultoria Integrada.

para a análise de defesa da concorrência do setor. É demonstrado que o processo de convergência torna imprescindível uma ampla flexibilização da regulação, o que passa por uma maior liberdade na escolha da tecnologia a ser utilizada, assim como nos serviços a serem ofertados. Além disso, discute-se como a convergência induz a formação de grandes grupos de telecomunicações – atuando em um amplo leque de serviços e alta abrangência geográfica – e, ao mesmo tempo, um aumento da rivalidade entre as operadoras do setor.

Por fim, na seção 0 são apresentadas as principais conclusões do trabalho.

2. Contexto geral

A convergência tecnológica pode ser definida como o conjunto de inovações que tem possibilitado que diferentes plataformas tecnológicas passem a competir entre si na oferta dos diversos serviços de comunicações eletrônicas.

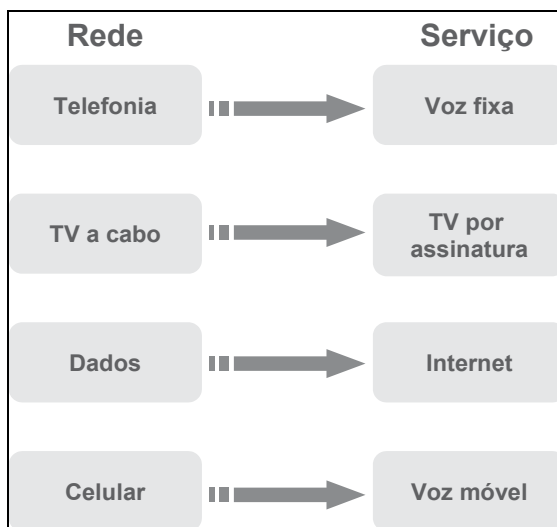
Segundo estudo da International Telecommunication Union que discute os impactos das novas tecnologias sobre a regulação do setor,

avanços tecnológicos estão possibilitando novos serviços e novas formas de entrega do serviço. A internet será o meio pelo qual irão convergir os serviços de voz e dados no futuro. Como resultado, as estruturas de mercado, modelos de negócio e arranjos comerciais do setor estão em transformação. (ITU, 2007a)

Vários estudos avaliam sob diferentes ângulos o fenômeno da convergência tecnológica, sendo que alguns deles já apontavam para a importância desse processo há vários anos.

Shinoraha e Okano (2002) analisaram o processo de convergência observado até aquele momento e concluíram que havia uma clara tendência de convergência entre serviços de telecomunicações, mais perceptível nos serviços de difusão de informação e redes de banda larga.

Estudo da OCDE (2006) contém um retrospecto das diversas etapas do processo de convergência tecnológica. Como mostra o trabalho, historicamente as plataformas tecnológicas foram construídas para prover um tipo específico de serviço, telefonia, TV por assinatura ou comunicação de dados (figura 1).

Figura 1: Segmentação tradicional das redes e serviços

Fonte: OCDE (2006).

Contudo, como decorrência de uma série de inovações tecnológicas, as barreiras existentes entre as diferentes plataformas e serviços foram sendo reduzidas ou mesmo eliminadas, possibilitando que cada uma dessas redes pudesse ser utilizada para prover um amplo leque de serviços de telecomunicações.

Segundo ITU (2007a), “(...) a tendência é que os terminais de acesso utilizados pelos usuários finais passem a ser empregados para acessar todo o espectro de serviços de telecomunicações”.

Como será demonstrado na seção 0, embora a convergência entre os serviços de telefonia fixa e móvel se encontre em uma fase mais avançada, o fenômeno já afeta a dinâmica de todos os segmentos de telecomunicações.

Outro destaque é a entrada efetiva de novos competidores diretamente no mercado de telefonia fixa, inclusive no segmento residencial. No serviço fixo local, assiste-se à entrada vigorosa das operadoras de TV a cabo, além das próprias operadoras móveis que também passaram a oferecer o serviço fixo.

Nas chamadas de longa distância, há ainda a concorrência vinda das diferentes soluções de VoIP (Voice over IP, corresponde ao tráfego de voz sob uma infra-estrutura IP – protocolo de Internet). Ainda segundo ITU (2007a), ‘a integração da telefonia móvel e do VoIP abre novas possibilida-

des para competição no mercado de telefonia. (...) À medida que o VoIP se torne mais similar ao telefone convencional, os provedores de VoIP competirão mais diretamente com as operadoras incumbentes’.

Outra face visível do processo de convergência tecnológica é o avanço do provimento de internet em alta velocidade por diferentes tecnologias.

Graças aos investimentos voltados à modernização e ao aumento da capacidade de transmissão, as tradicionais redes de telefonia e de TV a cabo puderam passar a oferecer serviços de banda larga.

Com isso, esses dois tipos de redes de telecomunicações, até então dedicados a serviços específicos, passaram a competir diretamente entre si. As operadoras de telefonia por meio da tecnologia xDSL¹ e as operadoras de TV a cabo com a tecnologia *cable modem*.² Paralelamente, surgiram outras empresas especializadas para explorar o serviço de banda larga a partir de tecnologias de rádio.

Uma evolução natural desse processo de convergência, mas que está levando a concorrência no setor de telecomunicações a um novo patamar, foi o lançamento de serviços convergentes, os pacotes *triple play*, que incluem telefonia, banda larga e TV por assinatura, ofertados tanto pelas operadoras de TV a cabo quanto pelas operadoras de telefonia. Com isso, em algumas regiões chegou-se a um quadro de plena substituíbilidade entre as duas principais redes de telecomunicações fixas, a das operadoras de telefonia e a das empresas de TV a cabo (ver seção 0).

Embora seja muito recente, tanto no Brasil quanto no exterior, este patamar do processo de convergência tecnológica já está em transição para outro, cujos impactos para a competição deverão ser ainda mais expressivos. Este novo estágio está associado à difusão de duas novas tecnologias sem fio com elevado potencial competitivo, a terceira geração da telefonia móvel (3G) e o WiMax.

Dessas duas tecnologias, a 3G é a que está em estágio um pouco mais avançado. Ainda assim, a sua difusão vem ocorrendo de modo mais perceptível no exterior apenas desde meados de 2005, sendo que no Brasil as

¹ O DSL (Digital Subscriber Line) é uma família de tecnologias que possibilita a provisão de serviços de transmissão de dados em alta velocidade utilizando a rede de pares de fios de cobre das companhias telefônicas. O ADSL (Asymmetric DSL) é a forma mais conhecida da tecnologia DSL, sendo utilizada predominantemente para acesso à internet em alta velocidade.

² Tecnologia empregada para comunicação de dados em alta velocidade, como acesso a internet, utilizando a rede de cabos coaxiais das operadoras de TV a cabo.

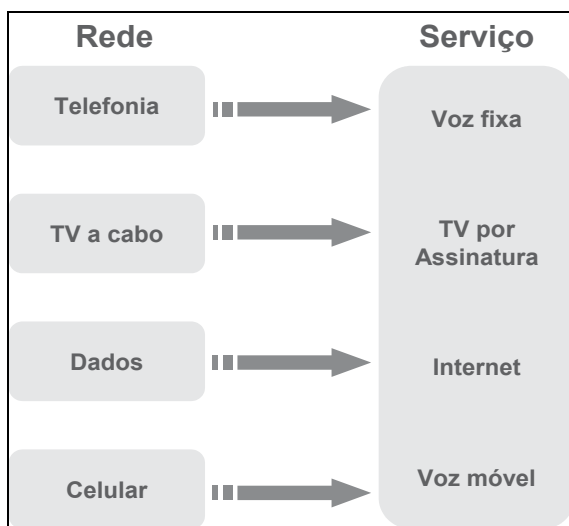
operações em escala comercial tiveram início ao longo de 2008 e deverão tomar impulso nos próximos anos, conforme discutido na seção 0. No caso do WiMax, há algumas iniciativas pioneiras de construção de redes baseadas nesta tecnologia no exterior, assim como no Brasil.

O advento do 3G e do WiMax possui especial relevância para a competição no setor de telecomunicações como um todo na medida em que está viabilizando a entrada simultânea de vários novos concorrentes no mercado de *triple play*, ainda que sob distintos modelos de negócios e diferentes graus de substituibilidade em relação aos pacotes ofertados pelas empresas de telefonia e de TV a cabo.

O impacto potencial do 3G sobre a competição no mercado de telecomunicações é reforçado pelo fato de as empresas de telefonia móvel contarem com o grande diferencial da mobilidade, que lhes dá condições de prover pacotes de serviços que já estão sendo chamados de *quadruple play*, pois combinam banda larga, serviços de conteúdo audiovisuais, telefonia fixa e móvel. O mesmo ocorre no caso do WiMax.

A figura 2 ilustra esta nova realidade do setor de telecomunicações, em que diferentes redes oferecem todos, ou pelo menos grande parte, dos serviços de telecomunicações que anteriormente eram ofertados por redes especializadas, implicando um salto no grau de competição no setor.

Figura 2: Múltiplos serviços através de várias redes



Fonte: OCDE (2006).

Neste novo ambiente, a tendência é que ocorra um processo de ‘comoditização’ das redes de telecomunicações. Vale dizer, a existência de vários competidores ofertando serviços relativamente homogêneos tende a reduzir de modo significativo os preços dos serviços de telecomunicações, principalmente daqueles cujo valor adicionado é dado fundamentalmente pelo acesso a uma determinada rede.

Este processo, mais evidente nos serviços de telefonia, deverá se intensificar, atingindo também os demais serviços de telecomunicações, especialmente, o de banda larga.

Nesse estágio, o serviço de TV por assinatura tende a se configurar como o principal diferencial entre as empresas de telecomunicações para a atração de novos clientes, já que nesse serviço há espaço para um maior grau de diferenciação do produto em relação aos concorrentes. Esforços recentes de grandes empresas do setor no sentido de entrarem ou de intensificarem seus investimentos na provisão de TV por assinatura confirmam a importância estratégica desse mercado.

Como não poderia deixar de ser, todo esse processo de convergência tecnológica vem exigindo uma profunda revisão dos marcos regulatórios que regem o setor de telecomunicações em todo o mundo.

A importância de se promover uma reforma da regulação do setor é ressaltada pela ITU (2007a),

o ambiente regulatório tem uma forte influência tanto nas oportunidades técnicas quanto nas econômicas, podendo fomentá-las ou restringi-las, atrasá-las e, em alguns casos, impedi-las de se realizar. (...) Reguladores geralmente promovem reformas para acomodar novas tecnologias apenas quando estão sob pressão, após as mudanças já terem sido implementadas em outros lugares. Contudo, uma regulação proativa pode facilitar o desenvolvimento e a aplicação de novas tecnologias de modo a servir melhor ao desenvolvimento do setor e outros objetivos. De fato, tanto a reforma das telecomunicações como o processo de desenvolvimento da internet começaram com mudanças regulatórias que tornaram tais reformas possíveis.

De fato, pode-se dizer que o processo de convergência tecnológica, mais do que exigir novos e sofisticados mecanismos de regulação, abre espaço para uma considerável redução do grau de intervenção estatal sobre o setor. Isto na medida em que favorece uma maior competição nos diferentes serviços de telecomunicações.

Em linha com a recente tendência mundial de flexibilização da regulação, o Brasil vem promovendo algumas iniciativas visando rediscutir o marco regulatório do setor no País.

Ainda que sob muitos aspectos a atual agenda do órgão regulador possa ser considerada intervencionista, baseada na imposição de mecanismos de regulação *ex-ante*, relatório recente da Anatel (2007) dá uma sinalização favorável na direção de uma flexibilização do sistema atual. Segundo o documento, uma nova legislação do setor deveria ser de caráter unificado, revogando regulamentos específicos vigentes, como a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a Lei do Cabo e a Lei da Radiodifusão Comunitária. O documento levanta ainda outros pontos de reformas considerados relevantes, como a criação de uma agência única para o setor de comunicações (telecomunicações e radiodifusão) e a supressão dos limites infraconstitucionais de capital estrangeiro nos serviços de telecomunicações, inclusive para os serviços de TV a cabo.

Na mesma linha, o CADE promoveu em 2007 uma série de audiências públicas com o intuito de promover uma discussão sobre os efeitos da convergência tecnológica sobre o mercado de telecomunicações no Brasil.

Na avaliação do ex-Conselheiro do CADE, Luís Fernando Rigato Vasconcellos, com o ingresso de empresas com capacidade de oferecer pacotes *triple play* via cabo, a concorrência no setor de telefonia tende a se tornar mais acirrada. Ao mesmo tempo, a existência de outras tecnologias capazes de prover o serviço de TV por assinatura – como MMDS, DTH e IPTV – reforçaria a competição em um ambiente mais amplo e multiplataforma. Segundo o autor,

(...) se os serviços de telefonia e radiodifusão cada vez mais convergem indistintamente para o uso das redes preexistentes, do ponto de vista antitruste não haveria razão para mantê-los em mercados relevantes distintos e, conseqüentemente, segmentar por tecnologia as análises dos efeitos das barreiras à entrada, das condições de rivalidade e de eventuais eficiências (VASCONCELLOS, 2007).

3. Evidências empíricas

Nesta seção é apresentado um amplo conjunto de evidências mostrando como a convergência tecnológica está transformando o setor de telecomunicações, até há poucos anos caracterizado como altamente segmentado,

em um mercado integrado e competitivo. Inicialmente, são apresentadas algumas evidências internacionais e, em seguida, um conjunto de indicadores do processo de convergência no Brasil.

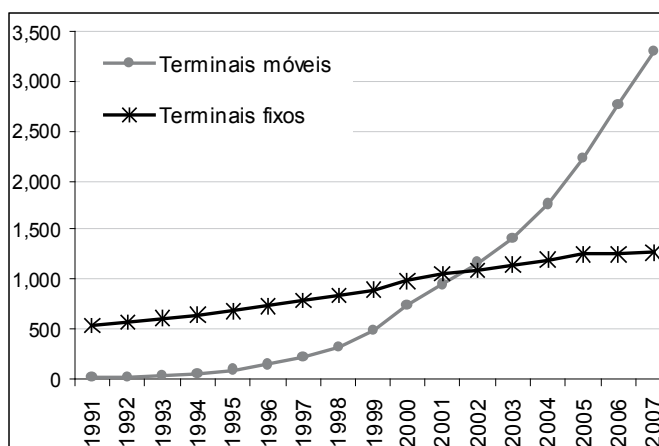
3.1 No exterior

Substituição fixo-móvel

A evidência empírica disponível demonstra que é no segmento de serviços de voz que se percebe com nitidez a rapidez do processo de convergência tecnológica. Desde o surgimento da telefonia móvel em escala comercial, em um intervalo de apenas 13 anos, o número de terminais móveis no mundo passou de 56 milhões em 1994, o que correspondia a 8,7% do número de terminais fixos, para 3,3 bilhões em 2007, representando 160% terminais a mais do que o número de fixos, segundo a ITU.

Tal processo parece longe de dar sinais de esgotamento. Nos últimos anos, o número de terminais móveis em uso continua crescendo a um ritmo próximo a 20% ao ano, enquanto a taxa de crescimento dos terminais fixos diminui a cada ano. Em 2007, o crescimento da telefonia fixa foi de apenas 1,2% (figura 3), tendo havido em alguns países até mesmo um decréscimo no número de acessos fixos.

Figura 3: Número de terminais em serviço de telefones fixos e móveis no mundo (em milhões)



Fonte: ITU.

Este processo de aumento da contestação do mercado de telefonia fixa pelo móvel pode ser observado de modo mais perceptível a partir dos dados de penetração dos dois serviços nos diferentes países.

Com base também em informações da ITU, em seu *World Telecommunication Indicators – 2007*, pode ser destacado o quadro de estagnação do serviço de telefonia fixa nos últimos anos.

Em apenas quatro dos vinte países selecionados, a participação da telefonia fixa não decresceu entre 2002 e 2007. Vale salientar que, destes países, apenas a Alemanha faz parte do grupo de países desenvolvidos, onde o processo de convergência tecnológica se encontra em estágio mais avançado. Mesmo assim, a penetração da telefonia fixa neste país ficou estável durante o período (tabela 1).

Merece destaque o crescimento da teledensidade na China, onde a penetração dos terminais fixos passou de 16,6 unidades por 100 habitantes em 2002 para 27,5 em 2007. Este movimento está associado ao forte processo de crescimento econômico e urbanização pelo qual passa a China nos últimos anos, que trouxe consigo uma enorme demanda por bens e serviços de toda natureza.

Tendo em vista a dimensão da economia chinesa, a difusão tardia da telefonia fixa ajudou a evitar que as estatísticas mundiais de terminais fixos tivessem mostrado uma evolução ainda mais desfavorável.

Tabela 1: Evolução da penetração de terminais fixos por 100 habitantes

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Suíça | 72.6 | 74.3 | 74.0 | 72.3 | 70.9 | 69.0 | 66.9 | 66.8 |
| Alemanha | 61.1 | 63.5 | 65.0 | 65.7 | 66.2 | 66.2 | 65.9 | 65.1 |
| Canadá | 67.7 | 67.9 | 65.5 | 64.9 | 64.1 | 64.1 | 64.5 | 64.5 |
| França | 57.7 | 57.4 | 57.2 | 56.6 | 55.8 | 55.7 | 55.8 | 56.5 |
| Reino Unido | 58.9 | 57.6 | 58.8 | 58.1 | 57.8 | 56.7 | 56.1 | 55.4 |
| Hong Kong | 58.9 | 58.0 | 56.5 | 55.9 | 54.4 | 53.9 | 54.1 | 53.8 |
| Estados Unidos | 68.4 | 67.2 | 65.7 | 62.9 | 60.5 | 58.7 | 57.1 | 53.4 |
| Dinamarca | 72.0 | 72.2 | 68.9 | 67.0 | 64.5 | 61.7 | 56.9 | 51.9 |
| Coréia do Sul | 56.2 | 54.4 | 54.1 | 52.5 | 49.0 | 49.5 | 49.8 | 48.3 |
| Holanda | 61.9 | 50.7 | 49.6 | 48.2 | 48.4 | 46.6 | n.d. | 44.7 |
| Israel | 47.4 | 46.6 | 45.3 | 43.1 | 42.2 | 42.6 | 43.9 | 43.9 |
| Espanha | 42.2 | 42.6 | 42.9 | 41.6 | 41.5 | 42.2 | 42.4 | 42.0 |

continua

Tabela 1: Evolução da penetração de terminais (continuação)

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|-------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Japão | 48.8 | 48.2 | 47.7 | 47.2 | 46.6 | 45.3 | 43.0 | 40.0 |
| Portugal | 43.1 | 42.4 | 41.4 | 40.9 | 40.3 | 40.4 | 40.2 | 39.0 |
| Finlândia | 55.0 | 54.0 | 52.4 | 49.2 | 45.4 | 40.4 | 36.5 | 33.0 |
| Rep. Tcheca | 37.7 | 37.8 | 36.0 | 35.6 | 33.6 | 31.5 | 28.3 | 28.3 |
| China | 11.4 | 14.1 | 16.6 | 20.2 | 23.8 | 26.6 | 27.8 | 27.5 |
| Argentina | 21.5 | 21.9 | 20.6 | 22.7 | 22.9 | 24.5 | 24.2 | 24.0 |
| Chile | 21.7 | 22.6 | 23.0 | 21.4 | 21.5 | 22.0 | 20.2 | 20.3 |
| México | 12.5 | 13.9 | 14.9 | 16.0 | 17.2 | 18.2 | 18.3 | 18.5 |

Fonte: ITU.

Quanto à telefonia móvel, todos os países selecionados tiveram forte crescimento na teledensidade nos últimos anos. Como resultado, em 2007, a penetração dos serviços móveis já havia superado a da telefonia fixa em todos os países, com exceção do Canadá (tabela 2).

Destaca-se a diferença de mais de 100 pontos entre a teledensidade móvel de Hong Kong, que apresenta o maior número de terminais por cada 100 habitantes, e a China, última colocada nesta amostra de países. Contudo, considerando o enorme potencial de crescimento dos serviços de telefonia na economia chinesa, é altamente provável que ocorra uma continuidade do forte crescimento no número de terminais móveis do mundo nos próximos anos.

Tabela 2: Evolução da penetração de terminais móveis por 100 habitantes

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|-------------|------|------|------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Hong Kong | 81.7 | 85.9 | 94.3 | 107.9 | 118.8 | 123.5 | 131.4 | 146.4 |
| Rep. Tcheca | 42.3 | 68.0 | 84.4 | 95.2 | 105.6 | 115.2 | 116.4 | 128.4 |
| Portugal | 66.5 | 77.2 | 83.3 | 95.8 | 98.4 | 109.1 | 115.9 | 126.3 |
| Israel | 70.2 | 84.5 | 94.9 | 97.8 | 105.3 | 112.4 | 122.7 | 122.7 |
| Reino Unido | 72.7 | 77.0 | 83.3 | 91.2 | 101.5 | 112.1 | 116.4 | 118.5 |
| Alemanha | 58.6 | 68.1 | 71.6 | 78.5 | 86.4 | 95.8 | 103.5 | 117.6 |
| Finlândia | 72.0 | 80.4 | 86.7 | 91.0 | 95.6 | 100.4 | 107.8 | 115.2 |
| Dinamarca | 63.1 | 74.0 | 83.3 | 88.3 | 95.5 | 100.3 | 107.0 | 114.7 |
| Espanha | 59.9 | 72.1 | 81.6 | 87.2 | 89.4 | 100.0 | 106.4 | 110.2 |
| Suíça | 64.3 | 72.8 | 78.8 | 84.0 | 84.6 | 91.6 | 99.0 | 108.2 |
| Holanda | 67.3 | 75.8 | 74.7 | 81.1 | 91.2 | 97.2 | 106.9 | 105.9 |

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|----------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Argentina | 17.6 | 18.1 | 17.5 | 20.7 | 35.4 | 57.4 | 80.5 | 102.2 |
| Coréia do Sul | 58.3 | 61.4 | 67.9 | 70.2 | 76.1 | 79.4 | 83.8 | 90.2 |
| França | 49.3 | 62.4 | 64.7 | 69.6 | 73.7 | 79.5 | 85.1 | 89.8 |
| Chile | 22.4 | 33.1 | 41.5 | 49.4 | 62.1 | 67.8 | 75.6 | 83.9 |
| Japão | 52.6 | 58.8 | 63.7 | 67.9 | 71.6 | 75.3 | 79.3 | 83.9 |
| Estados Unidos | 38.9 | 45.1 | 49.2 | 55.2 | 62.9 | 71.5 | 77.4 | 83.5 |
| México | 14.2 | 21.9 | 25.8 | 29.5 | 36.6 | 44.0 | 52.6 | 64.1 |
| Canadá | 28.4 | 34.2 | 37.7 | 41.8 | 46.8 | 52.5 | 57.6 | 57.6 |
| China | 6.7 | 11.3 | 16.0 | 20.8 | 25.6 | 29.9 | 34.8 | 41.2 |

Fonte: ITU.

Vale notar que, mesmo nos países mais desenvolvidos, em que a penetração da telefonia móvel já é elevada há mais tempo, ainda não se percebem sinais de saturação da demanda pelo serviço (tabela 2).

Outra evidência do processo de migração fixo-móvel é a perda de importância relativa das receitas originadas dos serviços de telefonia fixa no faturamento total do segmento de telecomunicações, o que também se mostra um fenômeno generalizado no mundo (tabela 3).

Tabela 3: Participação do segmento fixo no faturamento total de telecom

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|----------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Turquia | 86% | 75% | 63% | 63% | 56% | 45% | 43% |
| Estados Unidos | 79% | 75% | 72% | 57% | n.d | n.d | n.d |
| Marrocos | 70% | 65% | 57% | 51% | 45% | n.d | n.d |
| China | 46% | 44% | 44% | 47% | 45% | 42% | n.d |
| Canadá | 78% | 77% | 74% | 48% | 45% | 42% | n.d |
| México | 80% | 61% | 55% | 52% | 46% | 42% | 39% |
| Alemanha | 38% | 36% | 36% | 37% | 37% | 33% | 33% |
| Suíça | 36% | 30% | 30% | 31% | 30% | 30% | 28% |
| França | 49% | 44% | 42% | 36% | 32% | 29% | 28% |
| Suécia | 33% | 35% | 33% | n.d | 32% | 29% | 24% |
| Dinamarca | 40% | 38% | 37% | 33% | 31% | 27% | 24% |
| África do Sul | 47% | 44% | 39% | 37% | 34% | 23% | n.d |
| Reino Unido | 34% | 30% | 30% | 28% | 24% | 22% | n.d |
| Hungria | 37% | 32% | 34% | 22% | 23% | 21% | 19% |
| Espanha | 41% | 37% | 27% | 24% | 23% | 21% | 18% |

continua

Tabela 3: Participação do segmento fixo (continuação)

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|------------------|------|------|------|------|------|------|------|
| Israel | 35% | 31% | 27% | 22% | 20% | 19% | n.d |
| Portugal | 30% | 29% | 28% | 21% | 19% | 19% | 18% |
| Coréia do Sul | 36% | 31% | 28% | 22% | 19% | 18% | 17% |
| República Tcheca | 39% | 38% | 30% | 25% | 14% | 14% | 11% |
| Finlândia | 24% | 24% | 21% | 20% | n.d | 14% | n.d |

Fonte: ITU.

Algumas perdas são notáveis, como a ocorrida na Turquia. Neste país, os serviços de telefonia fixa perderam quase metade de sua participação no faturamento do setor em apenas cinco anos, recuando de 86% do total em 2000 para 43% em 2006. Embora em grau menor, tal trajetória se repete nos demais países listados acima, com exceção da Alemanha e Suíça.

Este processo de convergência nos serviços de telefonia há muito vem sendo tratado pela literatura especializada. Banerjee (2006) ressalta a existência de um claro processo de convergência entre esses serviços, motivado pelo forte crescimento da base e pela redução do preço das ligações dos serviços móveis.

Segundo o autor, em 2005, nos EUA, quase 20% dos consumidores de serviços móveis nunca haviam possuído uma linha fixa. Da mesma forma, cerca de 12% dos lares da União Européia (UE) não possuíam telefones fixos.

Outra evidência de substituição entre os dois serviços é dada pela parcela de chamadas originadas por telefones móveis. Segundo o mesmo estudo de Banerjee, nos EUA, 54% dos usuários de serviços móveis em 2006 fizeram todas ou a maior parte de suas chamadas utilizando o celular. No mesmo ano, a proporção de tráfego de voz com origem em redes móveis chegou a 70% em alguns países na UE.

Para o referido autor, o processo de convergência entre fixo e móvel atingiu um patamar tal que os dois serviços já poderiam ser definidos como parte de um único mercado relevante.

No caso do segmento de longa distância, o deslocamento de receitas das operadoras fixas para as móveis nos EUA é bem reportado por Crandall (2005). Em maio de 1998, a empresa de telefonia móvel AT&T lançou um plano que permitia ao usuário do serviço móvel fazer chamadas para qualquer

lugar do país a um preço inferior a 10 centavos de dólar por minuto, valor inferior à chamada de longa distância na telefonia fixa. A Nextel, Verizon e Sprint lançaram planos similares no ano seguinte. Em virtude da competição vinda do serviço móvel, as tarifas das operadoras fixas caíram de algo em torno de US\$ 0,13, entre 1992 e 1998, para US\$ 0,07 ou menos em 2002.

Banda larga

O serviço de banda larga é outro segmento onde se verifica de maneira clara os efeitos da convergência tecnológica. Neste caso, os dados da ITU revelam dois elementos marcantes: (i) o rápido crescimento da penetração do serviço e (ii) o aumento da competição entre plataformas tecnológicas alternativas.

Graças não apenas às novas aplicações como entretenimento, mas também a seu uso como instrumento de trabalho, o acesso a uma conexão rápida passou a representar um grande diferencial em relação ao acesso à internet em linha discada. Como resultado, observou-se um rápido crescimento da penetração de terminais de banda larga em todo o mundo.

Um bom exemplo de rápida difusão do serviço é a Coréia do Sul, onde a penetração do serviço mais que triplicou em sete anos, passando de 8,4 terminais por 100 habitantes em 2000 para 30,6 terminais em 2007 (tabela 4).

Tabela 4: Evolução da penetração de banda larga por 100 habitantes

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|---------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Dinamarca | 1.1 | 4.2 | 8.4 | 13.3 | 18.8 | 24.8 | 31.9 | 36.3 |
| Holanda | 1.6 | 2.9 | 6.6 | 12.2 | 19.8 | 25.2 | 31.7 | 33.5 |
| Finlândia | 0.4 | 1.0 | 5.3 | 9.4 | 15.3 | 22.4 | 27.1 | 33.3 |
| Suíça | 0.6 | 1.9 | 6.3 | 10.6 | 16.6 | 21.9 | 26.5 | 32.1 |
| Coréia do Sul | 8.4 | 16.5 | 21.9 | 23.4 | 24.8 | 25.2 | 29.3 | 30.6 |
| Hong Kong | 6.7 | 10.7 | 15.3 | 18.6 | 22.0 | 23.6 | 25.2 | 26.1 |
| Reino Unido | 0.2 | 0.8 | 3.1 | 6.4 | 11.9 | 16.5 | 21.7 | 25.6 |
| França | 0.3 | 1.0 | 2.8 | 6.0 | 10.9 | 15.6 | 20.9 | 25.2 |
| Alemanha | 0.3 | 2.6 | 3.9 | 5.4 | 8.4 | 12.9 | 18.1 | 24.0 |
| Canadá | 4.6 | 9.1 | 11.2 | 14.2 | 16.9 | 19.8 | 22.9 | 22.9 |
| Nova Zelândia | 0.1 | 0.4 | 1.1 | 2.1 | 4.8 | 8.2 | 14.2 | 22.5 |
| Japão | 0.7 | 3.0 | 7.4 | 11.7 | 15.3 | 17.5 | 20.6 | 22.5 |
| Israel | 0.0 | 0.7 | 3.5 | 9.4 | 14.3 | 17.8 | 20.8 | 22.1 |

continua

Tabela 4: Evolução da penetração de banda larga (continuação)

| | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|----------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Estados Unidos | 2.5 | 4.5 | 6.9 | 9.7 | 12.9 | 16.9 | 19.3 | 21.5 |
| Espanha | 0.2 | 1.1 | 3.0 | 5.2 | 8.0 | 11.7 | 15.4 | 17.9 |
| Rep. Tcheca | 0.0 | 0.1 | 0.2 | 0.3 | 2.3 | 4.7 | 10.9 | 16.0 |
| Portugal | 0.3 | 1.0 | 2.5 | 4.8 | 8.2 | 11.6 | 13.5 | 15.1 |
| Chile | 0.1 | 0.4 | 1.3 | 2.3 | 3.1 | 4.5 | 5.1 | 7.2 |
| Argentina | 0.0 | 0.2 | 0.3 | 0.7 | 1.4 | 2.4 | 4.0 | 6.6 |
| China | 0.0 | 0.0 | 0.4 | 0.9 | 1.9 | 2.9 | 3.8 | 5.0 |
| México | 0.0 | 0.1 | 0.2 | 0.4 | 1.0 | 1.8 | 2.9 | 4.3 |

Fonte: ITU.

A substituição do acesso à internet em linha discada (*dial up*) pela banda larga vem ocorrendo de modo muito acelerado, sendo que em alguns países o acesso discado praticamente desapareceu, tendência que deverá ser verificada na maior parte dos países.

Na Coréia do Sul, a totalidade dos assinantes de internet já utiliza tecnologia de banda larga, ao passo que vários outros países também mostram uma intensa migração para o acesso em alta velocidade. Em países como Alemanha, Espanha, Portugal, Dinamarca, República Tcheca e Holanda o percentual de usuários com acesso em banda larga já havia ultrapassado os 90% em 2007. Um caso em especial que chama a atenção é o forte aumento da penetração da banda larga na República Tcheca, que, segundo a ITU, passou de 11% em 2004 para 92% em 2007.

Mesmo países menos desenvolvidos já mostram participações significativas. No Chile, esta proporção também já havia atingido 92% dos assinantes em 2007, na Argentina, 84% e, no México, 78% (tabela 5).

Tabela 5: Proporção de banda larga no total de acessos à internet

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|---------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Coréia do Sul | 76% | 91% | 95% | 97% | 100% | 100% | 100% | 100% |
| Alemanha | 2% | 15% | 21% | 26% | 36% | 54% | n.d. | 99% |
| Espanha | 2% | 12% | 32% | 45% | 65% | 81% | 93% | 96% |
| Portugal | n.d. | n.d. | 39% | 56% | 70% | 83% | 88% | 94% |
| Dinamarca | 3% | 11% | 17% | 43% | 60% | 75% | 91% | 94% |
| Chile | 1% | 10% | 25% | 42% | 59% | 81% | 76% | 92% |
| Rep. Tcheca | 1% | 0% | 1% | 2% | 11% | 30% | 83% | 92% |

| Países | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 |
|---------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Holanda | 4% | 10% | 24% | 40% | 46% | n.d. | n.d. | 92% |
| Finlândia | 3% | 5% | 26% | 37% | 57% | n.d. | n.d. | n.d. |
| França | 4% | 9% | 18% | 34% | 55% | 72% | 83% | 91% |
| Reino Unido | 1% | 3% | 11% | 22% | 41% | 64% | 78% | 89% |
| Canadá | 33% | 50% | 54% | 64% | 73% | 80% | 86% | 86% |
| Japão | 5% | 16% | 31% | 44% | n.d. | n.d. | n.d. | 85% |
| Argentina | 0% | 5% | 7% | 15% | 26% | 38% | 57% | 84% |
| Suíça | 3% | 6% | 19% | 29% | 55% | 64% | 69% | 81% |
| México | 1% | 3% | 11% | 18% | 33% | 50% | 64% | 78% |
| Austrália | 2% | 3% | 6% | 10% | 20% | 34% | n.d. | 68% |
| Hong Kong | 17% | 27% | 44% | 54% | 60% | 63% | 65% | 66% |
| Nova Zelândia | 2% | 3% | 7% | 13% | 27% | 38% | n.d. | 64% |
| Itália | 2% | 3% | 7% | 13% | 27% | 38% | n.d. | 61% |
| China | 0% | 1% | 6% | 17% | 33% | 51% | 66% | 44% |

Fonte: ITU.

Uma evidência importante do grau de competição nos serviços de banda larga é a proporção do mercado dominado por plataformas tecnológicas alternativas ao tradicional ADSL das companhias telefônicas.

Para os vinte países selecionados, em 2006, cerca de 34% dos serviços de banda larga, em média, eram oferecidos pelas chamadas tecnologias alternativas, como o *cable modem* e o rádio. Na maior parte dos países, a participação das tecnologias alternativas à ADSL é relevante, mostrando que o oferecimento de internet rápida há muito deixou de ser um serviço associado exclusivamente à tecnologia ADSL possuída pelas companhias telefônicas (tabela 6).

Em alguns casos, a participação das redes alternativas é mais elevada, como nos Estados Unidos, que chega a 57%, considerando dados da ITU referente a 2006, onde a tecnologia predominante é a *cable modem*.

Tabela 6: Participação das tecnologias alternativas ao ADSL na Oferta de Banda Larga

| Países | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|------------------|------|------|------|------|------|
| Coréia do Sul | 46% | 42% | 43% | 46% | 61% |
| Estados Unidos | 67% | 66% | 63% | 61% | 57% |
| República Tcheca | n.d. | n.d. | 58% | 61% | 56% |

continua

Tabela 6: Participação das tecnologias alternativas (continuação)

| Países | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|-------------|------|------|------|------|------|
| Canadá | 58% | 57% | 56% | 54% | 54% |
| Japão | 25% | 25% | 30% | 35% | 47% |
| Hong Kong | 53% | 49% | 48% | 45% | 43% |
| Holanda | 65% | 51% | 41% | 39% | 39% |
| Dinamarca | 32% | 34% | 37% | 39% | 39% |
| Portugal | 80% | 63% | 51% | 44% | 38% |
| México | 66% | 50% | 34% | 38% | 37% |
| Chile | 61% | 54% | 50% | 46% | 36% |
| Israel | 35% | 32% | 34% | 35% | 36% |
| Suíça | 56% | 38% | 33% | 32% | 30% |
| China | 34% | 27% | 31% | 29% | n.d. |
| Reino Unido | 58% | 44% | 32% | 27% | 24% |
| Espanha | 28% | 26% | 25% | 24% | 21% |
| Finlândia | 20% | 17% | 14% | 13% | 14% |
| Argentina | 25% | 46% | 35% | 36% | n.d. |
| França | 17% | 11% | 7% | 6% | 5% |
| Alemanha | 1% | 2% | 2% | 2% | 4% |

Fonte: ITU.

Triple play/ quadruple play

O processo de convergência tecnológica pode ser observado em uma escala mais ampla no oferecimento de pacotes do tipo *multiple play*, no qual operadoras em diferentes plataformas tecnológicas competem pelo fornecimento de vários serviços de telecomunicações, como telefonia, vídeo e internet.

No estudo da OCDE (2006), a organização faz um panorama do padrão de oferta dos serviços *multiple play* em seus países membro. A pesquisa realizada em 2005 revela uma ampla penetração dos serviços *triple play* entre as operadoras pesquisadas. Das 87 operadoras incluídas na pesquisa, 56% (48 empresas) oferecem serviços de vídeo, voz e internet, por meio de linhas telefônicas, *cable modem* ou fibra ótica. Outros 11%, ou 10 provedores consultados, oferecem pacotes do tipo *double play* (internet e vídeo) por meio do *cable modem*, ao passo que os 33% (29 operadoras) restantes utilizam a plataforma ADSL para prover serviços de voz e dados.

Desagregando a análise por plataforma tecnológica, nota-se uma maior penetração de pacotes *triple play* por meio das redes de fibra ótica e *cable modem*, em que o percentual de ofertantes destes serviços é de 88% e 66%, respectivamente. Já a participação das empresas baseadas na tecnologia de ADSL que oferecem pacotes *triple play* é menor, 44% do total de operadoras.

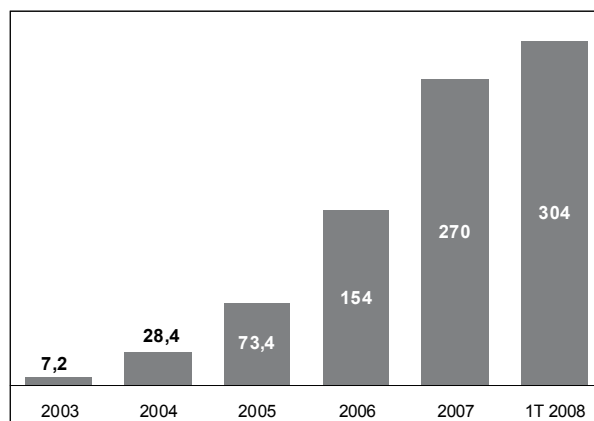
Além das operadoras de telefonia fixa e das empresas de TV a cabo, as empresas de telefonia móvel também estão começando a fazer pesados investimentos na construção de redes de terceira geração (3G), visando prover soluções de *triple play*, com destaque para o provimento de banda larga, mas também para a oferta de conteúdo audiovisual, contando com o diferencial da mobilidade. Em razão disso, os novos pacotes de serviços das operadoras móveis, ainda que incipientes, já estão sendo chamados de *quadruple play*.

Apesar de algumas nações já terem licitado as faixas de frequência para 3G há algum tempo – na Europa isto foi feito no início da década –, a difusão mundial dos terminais 3G é um fenômeno recente mesmo naquele continente.

A densidade desta nova tecnologia começou a deslanchar somente em meados de 2004, quando havia no mundo 28,4 milhões de terminais 3G, segundo dados da *GSM Association* e da *CDMA Development Group*. Desde então, contudo, tem sido observada uma rápida ampliação da base de assinantes, sendo que ao final do primeiro trimestre de 2008 o número de terminais móveis de terceira geração já havia alcançado 304 milhões (figura 4).

De acordo com levantamento do site especializado em telecomunicações Teleco, o número de assinantes de 3G na América do Norte e na Europa vem crescendo continuamente. Na operadora norte-americana Verizon, a participação dos terminais de terceira geração sobre o total atingiu mais da metade da base de clientes (53,3%) ao final de 2007, com um volume de 35 milhões de usuários. Este montante correspondeu a uma significativa alta de 86,2% em relação a 2006.

Figura 4: Número de terminais móveis 3G no mundo (milhões)



Fonte: GSM Association e CDMA Development Group (CDG)

Na operadora europeia H3G, a totalidade dos assinantes é de 3G. Já na Vodafone, apenas 9,8% de sua base de assinantes é de 3ª geração. No entanto, o número de clientes 3G desta operadora, uma das maiores do mundo, aumentou 81,5% sobre 2006, totalizando 24,7 milhões de terminais.

Os países que estão na vanguarda da terceira geração no mundo são a Coreia do Sul e o Japão. Na SK Telecom, da Coreia do Sul, a penetração deste tipo de terminal supera 50%. O Japão configura-se como o maior mercado de 3G no presente momento. Ao final de 2007, 79,2% dos assinantes da operadora japonesa NTT DoCoMo estavam utilizando serviços 3G, representando um volume de 42,1 milhões de terminais, o que correspondeu a uma elevação de 31,16% sobre o ano anterior (tabela 7).

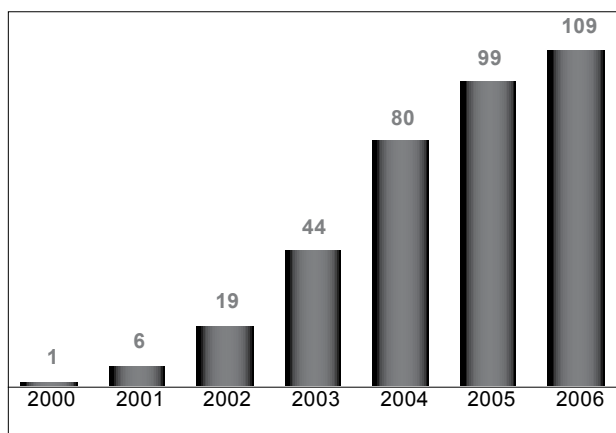
Tabela 7: Principais operadoras 3G no mundo – 2007

| Operadora | País | 2006 | | 2007 | |
|------------|--------|----------|-----------|----------|-----------|
| | | 3G (mil) | 3G/ Total | 3G (mil) | 3G/ Total |
| NTT DoCoMo | Japão | 32.100 | 61,5% | 42.078 | 79,2% |
| Verizon | US | 18.800 | 31,8% | 35.000 | 53,3% |
| Vodafone | Europa | 13.600 | 6,8% | 24.681 | 9,8% |
| KDDI | Japão | n.d. | n.d. | 18.126 | 61,3% |
| H3G | Europa | 12.900 | 100% | 15.412 | 100% |
| Orange | Europa | n.d. | n.d. | 12.966 | 11,8% |
| Softbank | Japão | n.d. | n.d. | 12.282 | 69,7% |
| SK Telecom | Coreia | 10.000 | 49,5% | 11.704 | 53,3% |
| AT&T | US | n.d. | n.d. | 9.100 | 13,0% |
| Tim | Itália | 4.200 | 13,0% | 6.116 | 16,8% |

Fonte: Teleco

Outra indicação que reforça o recente movimento de difusão do 3G no mundo é o crescimento contínuo do número de nações que já adotaram a tecnologia. Segundo o estudo da ITU (2007), ao final de 2006, 109 países detinham plataformas de 3G, dez a mais que o verificado no ano anterior e 29 acima do observado em 2004 (figura 5).

Figura 5: Número de países com tecnologia de terceira geração (3G)



Fonte: ITU – *Trends in Telecommunication Reform 2007*

Por fim, é importante destacar ainda o forte componente comportamental na incorporação de novas tecnologias, em que a população mais jovem possui maior propensão em experimentar tecnologias e serviços novos. Tal componente evidencia uma tendência de se trocar tecnologia fixa por móvel não somente para chamadas de voz, mas também para outros serviços.

De acordo com uma pesquisa feita em 2007 pelo instituto Pew Research Center e publicada pela revista *The Economist*, a utilização da tecnologia móvel (via aparelho celular e outros PDAs³) para outras aplicações que não a de chamadas de voz já é bastante difundida entre as gerações mais jovens dos EUA (tabela 8). Segundo a publicação, na medida em que dispositivos móveis se tornam, efetivamente, computadores para acesso a internet, os serviços *online* tendem a se mover para as redes móveis.

³ Personal Digital Assistants, corresponde a qualquer tipo de aparelho de uso pessoal que permita acesso à rede das operadoras móveis, incluindo laptops.

Tabela 8: Utilização do aparelho celular ou PDA por faixa etária – % dos entrevistados que utilizam o terminal para as funções relacionadas

| | Idade | | | |
|----------------------|-------|-------|-------|-----|
| | 18-29 | 30-49 | 50-64 | 65+ |
| Mensagem de texto | 85% | 65% | 38% | 11% |
| Tirar foto | 82% | 64% | 42% | 22% |
| Jogos eletrônicos | 47% | 29% | 13% | 6% |
| Tocar música | 38% | 16% | 5% | 2% |
| Gravar vídeo | 34% | 19% | 8% | 3% |
| Acesso à internet | 31% | 22% | 10% | 6% |
| E-mail | 28% | 21% | 12% | 6% |
| Mensagem instantânea | 26% | 18% | 11% | 7% |
| Assistir vídeo | 19% | 11% | 4% | 2% |
| Pelo menos uma opção | 96% | 85% | 63% | 36% |

Fonte: Pew Research Center; publicado pela *The Economist* (12/04/2008).

3.2 No Brasil

As evidências do processo de aumento do grau de contestabilidade e de competição nos serviços de telecomunicações no Brasil são muito marcantes, bastando, para comprová-las, uma análise mais detalhada da evolução dos diversos indicadores do setor no período recente, especialmente a partir de 2004.

Há uma implicação relevante que emerge do exame do conjunto de evidências levantadas. Considerando a queda das barreiras que tradicionalmente separavam tecnologias e serviços de telecomunicações, para que se possa obter uma avaliação adequada do ambiente competitivo em um determinado segmento das telecomunicações, é imprescindível que se faça uma avaliação global do grau de competição e contestabilidade do conjunto de serviços de comunicações eletrônicas. Vale dizer, uma delimitação cuidadosa dos mercados relevantes torna-se crucial.

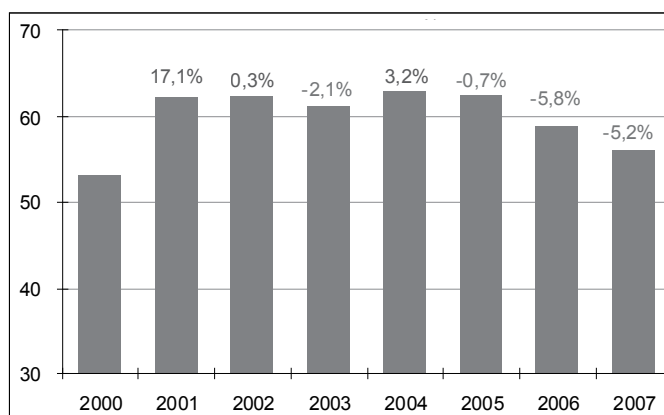
Assim, conforme demonstrado ao longo da seção, caso o serviço de telefonia fixa fosse considerado de modo isolado, sem levar em conta a dinâmica nos segmentos de banda larga e de pacotes integrados (*triple play*), por exemplo, haveria um sério risco de se superestimar o poder de mercado das concessionárias de telefonia no mercado de comunicações eletrônicas.

Faturamento total

Um primeiro indicador que mostra a dinâmica da convergência é a evolução do faturamento das concessionárias no serviço de telefonia fixa, que após ter ficado estagnado entre 2001 e 2004, passou a registrar forte tendência de recuo, mostrando que as pressões competitivas neste mercado têm se intensificado no período recente (figura 6). Conforme demonstrado mais à frente, isso se deve tanto à perda de clientes para empresas entrantes neste mercado quanto à necessidade de flexibilizar as tarifas.

O faturamento real do serviço de telefonia fixa das quatro maiores concessionárias (Telefônica, BrT, Oi e Embratel)⁴ acumula um recuo de 11,3% desde 2005.

Figura 6: Evolução do faturamento real* das concessionárias em telefonia fixa – R\$ bilhões e Variação % anual**



* Deflator: IPCA (a preços de 2007).

** Inclui somente Telefônica, BrT, Oi e Embratel. Inclui serviço local e longa distância.

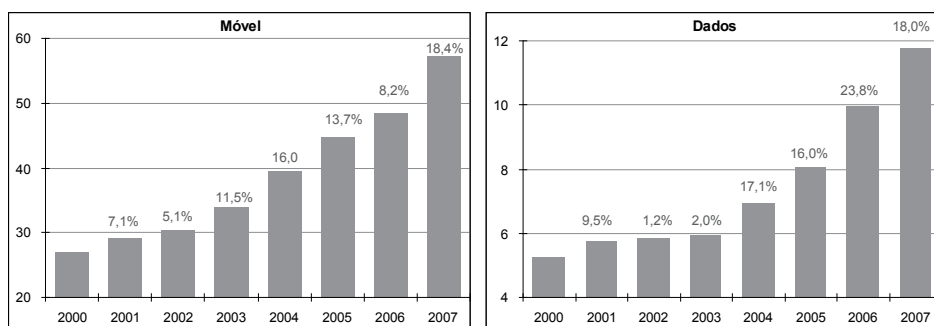
Fonte: BrT, Telefônica, Oi e Embratel.

⁴ A Embratel é uma concessionária de telefonia fixa na modalidade longa distância nacional (LDN) e internacional (LDI). A Oi (antiga Telemar), Brasil Telecom e a Telefônica são concessionárias de telefonia fixa local e Longa Distância Nacional (LDN) com algumas restrições, que via de regra, são complementadas por autorizações. No serviço de telefonia fixa local, há outras duas concessionárias menores, a Sercomtel, que atua na cidade de Londrina e Tamarana (PR), e a CTBC, que atua no Triângulo Mineiro, além de algumas cidades do norte de SP, leste do MS e sul de GO.

Em contraste, o faturamento do serviço móvel vem apresentando forte expansão, não havendo qualquer sinal de desaceleração até o momento. Segundo o site Teleco, enquanto de 2001 a 2003 o segmento mostrou uma expansão moderada, com uma taxa média de crescimento de 6,1% ao ano, em termos reais, de 2003 a 2007 houve uma aceleração, com a taxa de crescimento anual passando para 12,3%, na média do período. Em 2007, houve nova aceleração, quando o crescimento chegou a 18,4%, fazendo com que o faturamento do segmento (incluindo todas as operadoras, exceto Nextel) alcançasse R\$ 57,4 bilhões (figura 7).

Os serviços de comunicação de dados (que incluem banda larga e serviços corporativos) também vêm mostrando uma trajetória de forte crescimento nos últimos anos. Considerando somente as quatro grandes concessionárias, nota-se que houve uma intensificação do crescimento do faturamento. Enquanto de 2001 a 2003 o segmento mostrou um crescimento de 4,2% ao ano, de 2004 a 2007 o ritmo anual de expansão passou para 19%, quando o faturamento alcançou R\$ 11,8 bilhões (figura 7).

Figura 7: Evolução do faturamento real* de telefonia móvel e comunicação de dados – R\$ milhões e Var.% anual**



* Deflator: IPCA (a preços de 2007).

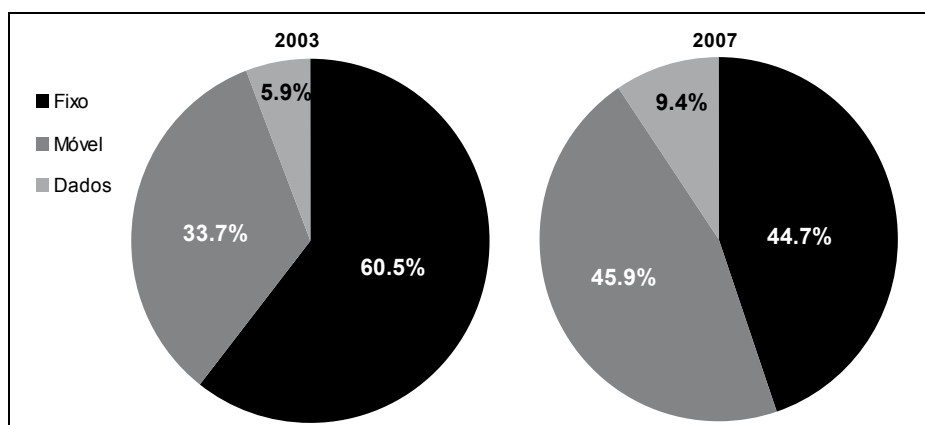
** Inclui todas as operadoras de telefonia móvel (exceto Nextel). No caso da comunicação de dados, inclui somente Telefônica, BrT, Oi e Embratel.

Fonte: Teleco e empresas.

Como resultado desta diferença de dinâmica entre os segmentos, em 2007 a telefonia móvel assumiu a posição de serviço mais importante do setor de telecomunicações, segundo o critério de faturamento, desbancando a telefonia fixa. Em um horizonte de apenas quatro anos, o serviço de

telefonia fixa, incluindo assinatura, serviço local e longa distância, teve sua participação na receita total das concessionárias reduzida em 15,8 pontos percentuais, passando de 60,5% em 2003 para 44,7% em 2007. No mesmo período, a participação da telefonia móvel se elevou em 12,2 p.p. e a receita com dados em 3,5 p.p. (figura 8).

Figura 8: Participação dos serviços de telecomunicações no faturamento*



* No caso de telefonia fixa e comunicação de dados, inclui somente as grandes concessionárias de telefonia (Telefônica, BrT, Oi e Embratel). No caso da telefonia móvel, inclui todas as operadoras (exceto Nextel).

Fonte: Teleco e empresas.

Substituição fixo-móvel

As primeiras evidências do processo de convergência tecnológica no setor de telecomunicações estão ligadas ao fenômeno de substituição da telefonia fixa pela móvel. Em razão disso, muitas vezes, os termos ‘convergência tecnológica’ e ‘migração fixo-móvel’ são utilizados, na literatura especializada, quase como sinônimos, sobretudo em textos mais antigos (de 2002 e 2003).

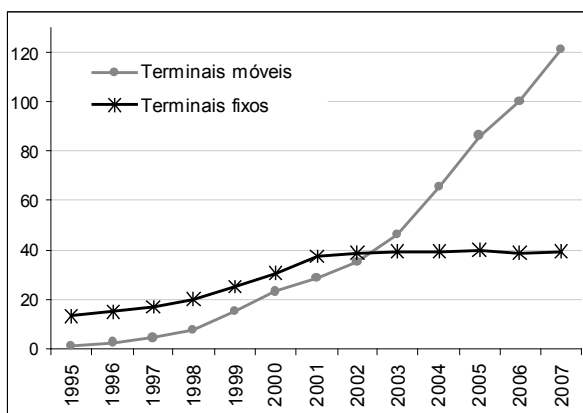
Tal qual nos demais países, a substituição fixo-móvel também é facilmente perceptível no Brasil, não apenas quando se observa a evolução relativa dos dois serviços em termos de faturamento, mas também em número de terminais ou tráfego.

Qualquer que seja o indicador analisado, o padrão é o mesmo. A telefonia móvel registra uma rápida expansão enquanto a telefonia fixa mostra um contínuo encolhimento. As últimas estatísticas deixam claro que o mercado de telefonia caminha rapidamente para um pleno predomínio das tecnologias sem fio.

O número de terminais móveis em uso cresceu a uma taxa de 27% ao ano entre 2002 e 2007, enquanto o número de terminais fixos permaneceu praticamente estagnado, com crescimento médio anual de apenas 0,8%. Como resultado, em 2007, segundo a Anatel, o número de terminais móveis já havia atingido mais do que o triplo de terminais fixos (figura 9).

No período mais recente, inclusive, o ritmo de expansão da telefonia móvel até mesmo se intensificou, com o crescimento de 15,9% registrado em 2006 se elevado para 21,1% em 2007. Os primeiros resultados de 2008 reforçam essa indicação. No acumulado de janeiro a agosto do ano, o número de terminais em uso registrou expansão de 23,8% sobre o mesmo período de 2007.

Figura 9: Número de terminais de acesso fixos e móveis no Brasil – em milhões



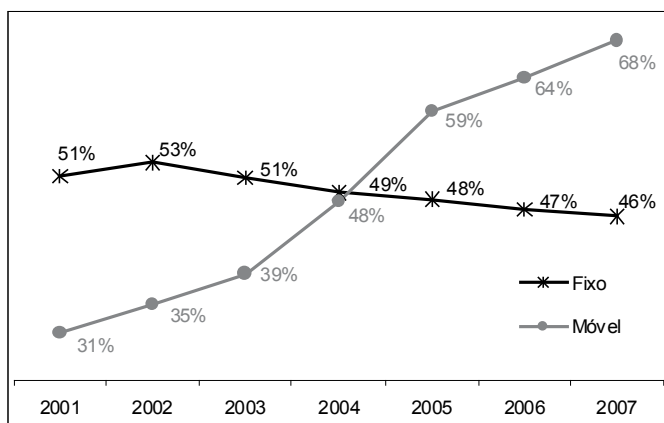
Fonte: Anatel

Em termos de teledensidade, isto é, de número de terminais por 100 habitantes, o quadro de estagnação do mercado de telefonia fixa fica ainda mais evidente. Após atingir o pico em 2002, quando havia 22 terminais fi-

xos por 100 habitantes, o índice passou a recuar chegando a 20,7 em 2007. Nesse mesmo período, a densidade do serviço móvel passou de 19,8 para 63,9 terminais por 100 habitantes.

Movimento análogo ocorreu com a penetração nos domicílios dos serviços fixo e móvel. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do IBGE, mostram que desde 2005 há mais domicílios no Brasil com terminais móveis do que com terminais fixos. Em 2001, do total de lares brasileiros, 51% possuíam terminal fixo, enquanto apenas 31% detinham ao menos um terminal móvel. Em apenas seis anos a proporção de domicílios com terminal móvel mais que dobrou, atingindo 68% dos lares brasileiros em 2007, enquanto a proporção de domicílios com telefones fixos recuou para 46% (figura 10).

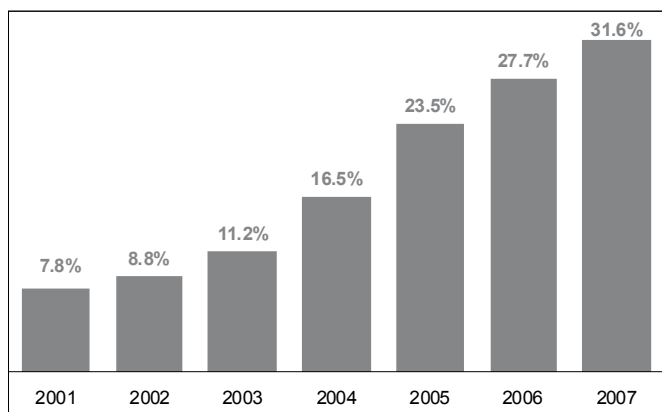
Figura 10: Penetração dos terminais fixos e móveis nos domicílios brasileiros



Fonte: PNAD-IBGE.

A PNAD proporciona outra evidência, ainda mais contundente, do aumento da contestação do serviço fixo vindo da telefonia móvel. A pesquisa mostra que vem ocorrendo um acentuado aumento na proporção de domicílios cujos moradores optam por dispor apenas de terminais móveis. Em 2001, do total de lares brasileiros, 7,8% possuíam um terminal móvel, mas não dispunham de um terminal fixo, proporção que subiu para 16,5% em 2004 e atingiu a expressiva marca de 31,6% em 2007 (figura 11).

Figura 11: Proporção de domicílios que possuem apenas terminal móvel



Fonte: PNAD-IBGE.

Esse aumento da substituição de terminais fixos por móveis – e, em um menor grau, por aplicativos de VoIP⁵ também –, já vem afetando fortemente o tráfego de chamadas de voz.

Chama a atenção o fato de, em um intervalo de apenas três anos (de 2003 a 2006), o tráfego faturado de chamadas locais ter sofrido um encolhimento de quase 30%, segundo estimativas feitas pela Tendências Consultoria, com base nos resultados operacionais das três grandes concessionárias de telefonia fixa local (Telefônica, BrT e Oi). Somente em 2006 a queda foi de 14,2% em relação ao ano anterior.

Em decorrência da alteração do sistema de tarifação das chamadas de voz de pulso para minuto, ocorrida em 2007, esta estatística ficou limitada a 2006. Porém, vale ressaltar que não há sinais de que as concessionárias de telefonia fixa estejam conseguindo frear o processo de migração para a telefonia móvel.

É verdade que nem todo o recuo observado no volume de pulsos faturados correspondeu a uma efetiva perda de tráfego e receita para a telefonia móvel ou para aplicativos de VoIP. Há outros três fatores que

⁵ Embora o uso de aplicativos de VoIP também propicie algum nível de desvio de chamadas locais, seu maior impacto sobre o serviço de telefonia fixa tradicional se dá nas chamadas de longa distância, conforme discutido mais à frente.

explicam esta queda nos últimos anos: i) a reconfiguração das áreas locais, principalmente nas regiões metropolitanas, que reduziu as áreas nas quais as chamadas eram tarifadas pelo sistema de ‘pulso acelerado’;⁶ ii) a migração do acesso à internet em linha discada, cujo acesso é tarifado por pulso, para a banda larga (fenômeno também inserido no contexto da convergência tecnológica discutido mais à frente) e; iii) o próprio oferecimento, por parte das empresas de telefonia fixa, de planos alternativos com franquia maior de chamadas locais.

Aumento de competição na telefonia fixa

Não obstante o encolhimento do mercado de telefonia fixa decorrente do avanço da telefonia móvel, o mercado das concessionárias do serviço fixo local também vêm sendo contestado de modo mais intenso por novas empresas entrantes no serviço fixo local, como a Embratel, a Net e a GVT.

Embora as concessionárias do serviço local (incluindo neste caso, a CTBC e Sercomtel) ainda detenham quase 90% do total de 39,3 milhões de terminais fixos em serviço no País, isso é explicado em boa medida pelo fato de essas empresas estarem há muito mais tempo no mercado do que as empresas entrantes.

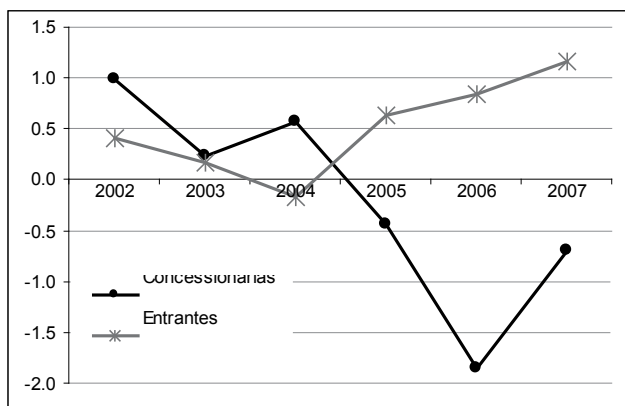
Contudo, para se avaliar o grau de contestabilidade desse serviço de telecomunicações, a evolução da participação de mercado em termos de adições líquidas (novos clientes menos cancelamentos) representa um parâmetro mais relevante do que a participação no total de terminais em serviço.

Considerando este indicador alternativo, pode-se identificar, na verdade, um grande acirramento da competição no mercado de telefonia fixa nos últimos três anos. Enquanto até 2004 as adições líquidas das concessionárias se mostraram superiores à das entrantes, a partir de 2005 as concessionárias passaram a sistematicamente perder clientes para suas novas concorrentes. A base de clientes das concessionárias encolheu em 436 mil usuários em 2005, 1,8 milhão em 2006 e em 693 mil em 2007. Na direção contrária, a planta de usuários das empresas entrantes apresentou elevações

⁶ Por meio da Resolução n. 373 de 2004 da Anatel, as ligações entre áreas conurbadas, que anteriormente eram tarifadas como de longa distância, ainda que na forma de pulsos, passaram a ser tarifadas como chamadas locais, reduzindo o volume de pulsos cobrados por ligação.

de 630 mil novos usuários em 2005, de 850 mil em 2006 e de 1,2 milhão em 2007 (figura 12).

Figura 12: Adições líquidas de usuários de telefonia fixa (em milhões)



Fonte: Anatel e operadoras. Elaboração: Tendências.

Analisando a evolução do número de terminais em serviço das entrantes reportados pelas empresas, é possível verificar o rápido ganho de competitividade dessas empresas, embora a participação de mercado ainda seja reduzida. Segundo a Teleco, a Embratel obteve um crescimento de 37% em sua planta de terminais fixos em serviço em 2007, totalizando 2,7 milhões de terminais, ao passo que a Net passou de 182 mil terminais de seu serviço *Net fone* em 2006 para 561 mil em 2007, crescimento de 208%⁷ Já a GVT obteve crescimento de 18,5%, passando a dispor de 924 mil terminais fixos em serviço em 2007.

A reação por parte das concessionárias de telefonia fixa tem sido oferecer planos comerciais com preços inferiores ao preço-teto previsto pela atual legislação do setor. Esses planos alternativos, que oferecem tarifas de assinatura mais baratas ou uma maior franquia de chamadas do que o plano básico, representam, na verdade, a principal arma das empresas de telefonia fixa para mitigar a perda de tráfego e de clientes. Não por outra razão,

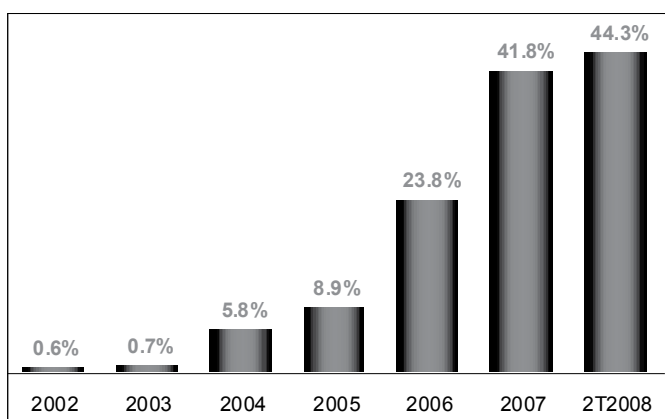
⁷ A Embratel também reporta nos seus demonstrativos a base de assinantes do serviço NET fone Via Embratel. Somando essa base de assinantes da Net, o total de terminais fixos da Embratel atinge 3,2 milhões no final de 2007, uma expansão de 51,6% em relação a 2006.

as concessionárias de telefonia vêm promovendo políticas de flexibilização tarifária de modo cada vez mais agressivo e generalizado.

As três maiores concessionárias de telefonia fixa oferecem uma grande variedade de planos alternativos, tanto para consumidores de baixa quanto de alta renda, assim como para empresas.

Considerando o conjunto das três maiores concessionárias, a participação dos planos alternativos, que era irrelevante até 2003, já correspondia a 44,3% da planta ao final do primeiro semestre de 2008 (figura 13).

Figura 13: Participação dos planos alternativos no total de linhas fixas em serviço



* BrT oferece planos alternativos desde 2002. Telefônica lançou em julho de 2004 e a Oi em maio de 2006.

Fonte: Oi, BrT e Telefônica. Elaboração: Tendências.

Naturalmente, embora os planos alternativos impliquem uma considerável renúncia de receita por unidade de acesso e/ou chamada, a evolução do número de terminais em uso e de tráfego de voz teria sido muito pior do que o observado caso as empresas não tivessem se voltado para políticas desta natureza.

Neste sentido, não há melhor comprovação do elevado grau da contestação do mercado de telefonia fixa do que o fato de os planos alternativos já responderem por quase metade da planta de terminais em uso. Além disso, esta elevada proporção de usuários de telefonia fixa que possuem planos alternativos, com preços inferiores aos preços-teto fixados pela agência

reguladora, é um importante indicador de que a necessidade de controle tarifário via regulação *ex-ante* está se reduzindo.

A principal limitação a contestabilidade exercida pelas empresas de TV a cabo no mercado de telefonia fixa consiste no grau de cobertura de suas redes, que abrange um número significativamente menor de municípios que a rede das concessionárias de telefonia, que tem cobertura quase universal em suas regiões de atuação. Ainda assim, as empresas de TV a cabo têm promovido elevados investimentos na extensão e modernização de suas redes, o que deve permitir um nível de contestabilidade crescente em termos geográficos ao mercado das empresas de telefonia fixa.

Por fim, uma evidência adicional do aumento da contestação do serviço fixo é a recente iniciativa de parte das operadoras móveis de também oferecerem serviços de telefone fixo com base em suas redes móveis.

Em alguns desses serviços, o usuário pode dispor do serviço fixo e móvel por meio de um mesmo aparelho, sendo que, para cada serviço, o telefone terá um número diferente. Quando o usuário está próximo ao endereço de registro do serviço fixo (residência ou local de trabalho), a rede da operadora identifica automaticamente a sua localização, passando a vigorar as tarifas de telefonia fixa.

Uma vantagem relevante em comparação com o serviço de telefonia tradicional, e que, por esta razão, proporciona elevada competitividade, é que a área que delimita o serviço fixo ofertado pelas operadoras móveis extrapola a área de cobertura de um serviço fixo tradicional, normalmente circunscrito ao local de residência ou de trabalho do assinante.

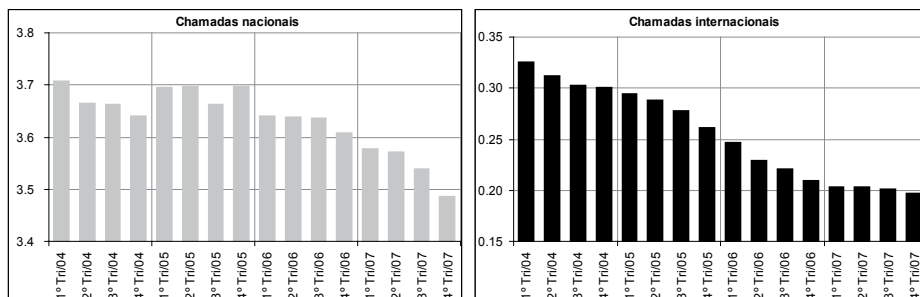
Mesmo com essas vantagens, alguns pacotes oferecidos pelas móveis têm preços inferiores ao estabelecido pela Anatel para o plano básico do serviço fixo, reforçando o potencial de contestação desse novo serviço.

A exemplo do que ocorre com o mercado de chamadas locais, o serviço de longa distância também está se deparando com um forte aumento de competição. Além da disputa direta entre as grandes operadoras e da entrada de pequenas empresas, esse mercado vem sofrendo uma forte perda de tráfego devido ao emprego mais generalizado de diferentes soluções de voz sobre protocolo de internet (VoIP), que permitem que chamadas de voz de longa distância sejam feitas por meio da internet.

Como resultado, a receita de longa distância das quatro maiores concessionárias de telefonia – Telefônica, Brasil Telecom, Oi e Embratel –, vem declinando. No segmento de chamadas de longa distância nacional, a receita com o serviço sofreu um recuo de 5,7% entre 2005 e 2007. No caso das

chamadas internacionais, a queda é muito mais forte, de 24,5% no mesmo período, chegando a 41% nos últimos quatro anos (figura 14).

Figura 14: Evolução da receita bruta com chamadas de longa distância – em R\$ bilhões*



* Dados deflacionados pelo IPCA.

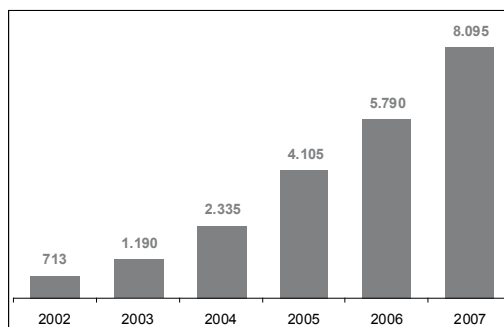
Fonte: Oi, BrT, Telefônica e Embratel. Elaboração: Tendências.

Banda larga

Outro segmento que mostra fortes evidências de aumento da competitividade entre tecnologias distintas, aspecto que define a essência do processo de convergência tecnológica, é o de banda larga.

Em contraste com a estagnação observada na telefonia fixa, contudo, o serviço de banda larga vem registrando um rápido processo de difusão, a exemplo do observado em outros países. Segundo dados da International Data Corporation (IDC), o número de terminais em serviço cresceu 40% em 2007, após registrar expansão de 41% em 2006 e 76% em 2005 (figura 15).

Figura 15: Número de terminais de banda larga em serviço – em mil*



* Inclui acessos por ADSL, cable modem e outras tecnologias.

Fonte: IDC

Também a exemplo de outros países, observa-se no Brasil uma rápida migração dos acessos em linha discada para o serviço de banda larga. Segundo uma pesquisa realizada pela CETIC (Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação), em 2007, o número de domicílios que possuíam acesso à internet a partir de tecnologias de banda larga já havia superado o número de domicílios com acesso via linha discada. De acordo com a pesquisa, do total de domicílios com acesso à internet, 50% possuíam banda larga contra 42% que dispunham de acesso por linha discada.⁸

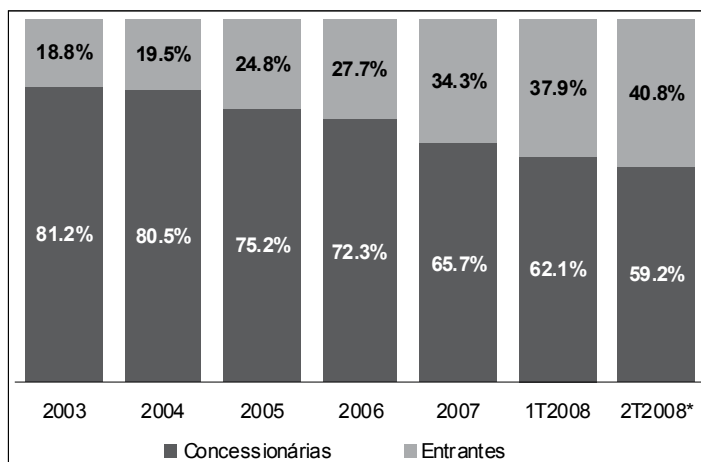
De forma análoga ao que foi discutido no caso da telefonia fixa, apesar de as concessionárias de telefonia ainda deterem a maior parte do mercado de banda larga, uma série de empresas entrantes passaram a explorar mais fortemente este mercado, com destaque para as empresas de TV a cabo.

Distintamente da experiência da telefonia fixa, contudo, pelo fato de o serviço de banda larga estar em pleno processo de difusão, o ganho de participação de mercado das empresas entrantes se dá em velocidade muito maior. De fato, a participação das entrantes no mercado total de banda larga vem se elevando rapidamente, tendo passado de 17,4% do total em 2003 para 34,3% em 2007 e para 40,8 ao final do segundo trimestre de 2008, segundo dados do IDC e das operadoras do serviço (figura 16).

As concessionárias de telefonia fixa, que utilizam a tecnologia ADSL, ainda detêm uma participação expressiva do mercado de banda larga, embora esteja declinando de forma bem rápida. Esse predomínio se deve, novamente, aos mesmos dois fatores que já foram explorados no caso da telefonia fixa: (i) ao fato de as concessionárias operarem a mais tempo este mercado e (ii) à estratégia defensiva das concessionárias frente ao aumento da competição, tornando-se mais agressivas em termos de preço e qualidade para reterem sua base de clientes.

Apesar da relativa inércia que marca a evolução da participação de mercado em termos de estoque de terminais, a tendência é de que as empresas entrantes passem a ganhar mercado mais rapidamente daqui para frente.

⁸ Para os demais 8% dos entrevistados, não haviam respostas válidas disponíveis.

Figura 16: Participação no mercado de banda larga

Fonte: IDC e operadoras.

* Estimativa Tendências para dados das entrantes.

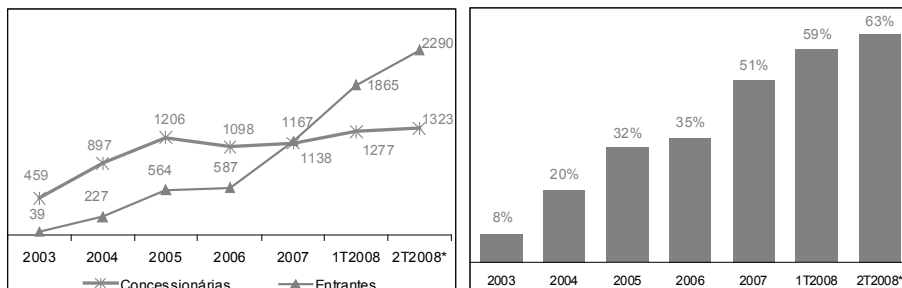
Elaboração: Tendências.

A melhor evidência desse aumento de contestação no mercado de banda larga pode ser obtida quando se compara a evolução das adições líquidas das concessionárias com a das empresas entrantes. Estes novos competidores incluem, principalmente, as empresas de TV a cabo, que empregam a tecnologia *cable modem*, mas também as prestadoras de serviço por outras tecnologias, como rádio, satélite e, mais recentemente, as redes de telefonia celular de terceira geração.

Considerando a evolução das adições líquidas de clientes das quatro concessionárias de telefonia fixa (Oi, Brasil Telecom, Telefônica e CTBC), observa-se que nos últimos anos as teles já não conseguiram manter a competitividade. As novas companhias seguem ganhando espaço no provimento de banda larga, inclusive com a conquista da maior parte dos novos assinantes em 2007.

Enquanto, em 2003, as entrantes eram responsáveis por míseros 8% dos novos usuários de banda larga, esta participação subiu para 32% em 2005 e atingiu mais da metade das adições líquidas em 2007 (51%). Ao final do primeiro trimestre de 2008, a fatia das entrantes nas adições líquidas já havia passado para 59%, e no segundo trimestre, com base em estimativas da Tendências Consultoria, para 63% (figura 17).

Figura 17: Adições líquidas de banda larga (em mil) e participação das entrantes no total de novos clientes



Concessionárias: Oi, Brasil Telecom, Telefônica e CTBC.

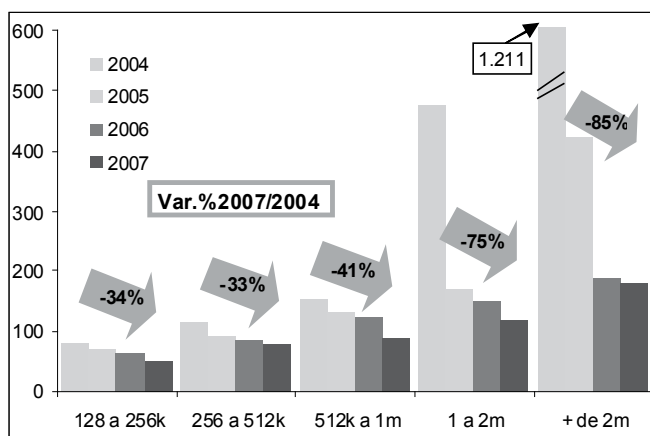
Fonte: IDC e operadoras. Elaboração: Tendências.

Um dos principais impulsionadores para o incremento da participação das entrantes no mercado total verificado desde 2007 foi a entrada em operação da tecnologia de terceira geração da banda larga, a qual deu um fôlego extra na base de assinantes deste serviço. Segundo os dados do IDC, o volume de terminais com o serviço de banda larga móvel passou de 602 mil ao final do ano passado para 1,1 milhão no primeiro trimestre de 2008 – um crescimento de 83% em apenas três meses.

Da mesma forma que no caso da telefonia fixa, a melhor evidência do intenso aumento de competição no mercado de banda larga é dada pela evolução de seus preços.

Segundo o levantamento da IDC, os preços da banda larga vêm mostrando um recuo acentuado entre 2004 e 2007. Os pacotes de velocidades mais altas foram os que sofreram as maiores desvalorizações. Se, em 2004, o preço médio de um pacote com velocidade acima de 2 Mbps era de cerca de R\$ 1.200, ao final de 2007, este mesmo produto custava R\$ 180, em média, o que representou uma queda de notáveis 85% no período. Nos pacotes entre 1 Mbps e 2 Mbps, o recuo foi de 75%. Nos mais simples, com velocidades mais baixas, as depreciações foram um pouco menores, mas ainda assim consideráveis, com retrações de 41% nos acessos entre 512 Kbps e 1 Mbps, de 33% na faixa dos 256 Kbps e 512 Kbps e de 34% de 128 Kbps a 256 Kbps (figura 18).

Figura 18: Evolução dos preços médios reais* dos pacotes de banda larga



* Deflacionado pelo IPCA (a preços de 2007).

Fonte: IDC. Elaboração: Tendências.

Com o acirramento da competição forçando os preços para baixo, os usuários passaram a migrar para velocidades maiores. Inclusive, as próprias operadoras, como forma de reter sua base de clientes, começaram a promover um *upgrade* na velocidade de banda larga de seus assinantes, cobrando o mesmo preço ou um valor apenas ligeiramente superior. Como resultado, enquanto em 2003, 93% dos clientes possuíam pacotes entre 128 Kbps e 512 Kbps, ao final do primeiro trimestre de 2008, apenas 39% utilizavam as velocidades mais baixas.

Triple play/ quadruple play

Seguido ao fenômeno de substituição fixo-móvel e da entrada de tecnologias alternativas ao ADSL no mercado de banda larga, o processo de convergência tecnológica ganhou um novo impulso no Brasil a partir de meados de 2006 com o início do oferecimento de pacotes *triple play* (contendo telefone fixo, banda larga e TV por assinatura) pelas empresas de TV a cabo.

Este movimento acirrou ainda mais a competição entre as empresas de telefonia fixa e as operadoras de TV a cabo nos diferentes serviços de telecomunicações. Como reação à entrada das operadoras de TV a cabo em

seus principais mercados (telefonia e banda larga), as concessionárias de telefonia têm feito esforços para competir também no mercado de TV paga, por meio de parcerias ou mesmo com a constituição de operação própria.

O resultado tem sido uma intensificação do processo de queda dos preços dos serviços de comunicações eletrônicas, telefonia, banda larga e TV por assinatura, conforme já descrito. As operadoras, tanto as concessionárias de telefonia quanto as empresas de TV a cabo, têm feito pesadas campanhas de marketing e oferecido preços agressivos nos pacotes *triple play*. Em alguns casos, as companhias chegam a oferecer pacotes com mensalidades nos primeiros meses a preços iguais ou até inferiores à mensalidade de serviços individualizados.

Estas iniciativas, como a aquisição de parte da TVA pela Telefônica, assim como a Way TV pela Oi, mostram que o Brasil também está seguindo o padrão observado em outros países, onde a dinâmica competitiva do setor de telecomunicações está, cada vez mais, girando em torno da oferta de pacotes com múltiplos serviços, como os *triple play*. Tal fato representa a evidência mais contundente da impossibilidade de se avaliar o ambiente competitivo de um serviço específico de telecomunicações de modo isolado.

De fato, caso fosse considerado o mercado de *triple play* como um todo, a conclusão quanto ao poder de mercado das concessionárias de telefonia seria muito distinto da que se chegaria caso fosse considerado somente a participação dessas empresas no total de terminais de telefonia fixa em uso. Na verdade, no mercado de *triple play*, as empresas dominantes são as operadoras de TV a cabo que chegaram antes a este mercado e ainda são as únicas que podem oferecer pacotes *triple play* provisionados a partir de uma única rede de telecomunicações. Já as concessionárias de telefonia ainda estão buscando meios para poder explorar com iguais condições de competitividade esse mercado.

A partir de meados de 2008 ou 2009, o mercado de *triple play* deverá vivenciar um novo *round* de aumento de competição com a entrada em operação da tecnologia móvel de terceira geração (3G). Esta nova tecnologia permitirá às operadoras de telefonia móvel atuarem no provimento de uma série de serviços de maior valor adicionado, como transmissão de dados, conteúdo audiovisual e banda larga.

4. Implicações para as políticas regulatórias e antitruste

Nesta seção são avaliadas as implicações do processo de convergência tecnológica para a agenda regulatória, bem como para a análise de defesa da concorrência do setor.

4.1 Política regulatória

Em essência, na medida em que o setor de telecomunicações vem se convertendo rapidamente em um mercado altamente competitivo, o caminho natural da regulação é o da flexibilização.

Atualmente existem ao menos três plataformas tecnológicas distintas que efetivamente já concorrem – sob diferentes configurações, dependendo do país – pela provisão em larga escala dos principais serviços de telecomunicações de massa: serviços de voz, comunicação de dados, incluindo banda larga, e TV por assinatura. Estas plataformas são as redes de telefonia fixa das concessionárias, as redes das empresas de TV a cabo e as redes das operadoras de telefonia móvel, devendo-se ressaltar que esta última abarca vários competidores. Há ainda uma segunda rede sem fio a caminho, a WiMax, em fase final de certificação e homologação de equipamentos, que se mostra altamente promissora, conforme já mencionado.

Nesse novo ambiente, a autoridade reguladora deve passar a concentrar seus esforços na criação de incentivos visando a amplificar o espaço de competição entre as diferentes plataformas tecnológicas e, ao mesmo tempo, na eliminação das amarras que impedem que as empresas consigam extrair todos os ganhos de eficiência propiciados pela convergência.

Esta nova agenda vem ganhando a adesão de um número crescente de países ao redor do mundo, como é o caso da Holanda, Alemanha, Estados Unidos e Coréia do Sul, entre outros.

Do ponto de vista técnico, um arcabouço regulatório mais adequado ao setor seria relativamente simples. O processo de convergência tecnológica, mais do que exigir novos e sofisticados mecanismos de regulação, abre espaço para uma grande redução do aparato regulatório.

As intervenções de caráter regulatório e concorrencial devem ser parcimoniosas e sujeitas a uma exaustiva avaliação prévia, considerando seu impacto nos diferentes mercados.

É possível listar as seguintes diretrizes regulatórias que em nosso entendimento deveriam guiar o processo de aperfeiçoamento do arcabouço regulatório do setor de telecomunicações no Brasil.

i) Regulação uniforme para tecnologias e serviços

Esta primeira recomendação está na raiz do processo de convergência tecnológica. Do ponto de vista de competição e eficiência, é desejável que todas as plataformas de telecomunicações possam competir em igualdade de condições pela oferta dos diferentes serviços, sendo que para isso, é necessário que as imposições regulatórias e a carga tributária sejam homogêneas. Caso contrário, a tecnologia que sofre a regulação mais restritiva e onerosa perderá competitividade mesmo que seja tecnicamente melhor, comprometendo a eficiência do mercado e o bem-estar dos consumidores.

Da mesma forma, como diferentes serviços vêm se tornando substitutos entre si, caso haja assimetrias no tratamento regulatório e tributário, haverá um deslocamento artificial da demanda na direção dos serviços menos onerados, ainda que não sejam os mais competitivos, comprometendo a alocação eficiente de recursos.

Em razão disso, os diferentes serviços de telecomunicações devem ser regulados de modo homogêneo, inclusive buscando-se promover uma unificação nas concessões de licenças e mesmo da autoridade reguladora. Na Inglaterra, por exemplo, as diferentes agências que regulavam os serviços de telecomunicações foram unificadas em uma só, o Office of Communications (Ofcom), que passou a ter jurisdição pelos serviços de TV, rádio, telefonia e serviços de comunicação sem fio.

A própria Anatel já fez alguns avanços importantes nesta agenda de flexibilização da regulação. Em 1999, a agência regulamentou (Resolução n. 190) os serviços de comunicação de massa por assinatura, o SCMA, unificando os diferentes tipos de tecnologia de provimento de TV por assinatura: TV a Cabo, Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e outros que vierem a ser criados pela Anatel.

Outro passo importante foi a Resolução n. 328, de 2003, em que a Agência unificou os serviços corporativos com a aprovação do modelo do Serviço de Comunicação Multimídia, o SCM, compreendendo os serviços de linha dedicada, de rede comutada por pacote e o de rede comutada por circuito.

Ii) Plena liberdade para exploração de serviços de telecomunicações

Atualmente no Brasil as concessionárias de telefonia não podem ofertar livremente todos os serviços de telecomunicações, como é o caso das operações de TV a cabo.

A importância deste preceito de liberdade de atuação para a competição do setor vai muito além de se permitir a existência de um maior número de competidores em alguns serviços. Tendo em vista que o principal componente de custos das telecomunicações é a construção e manutenção da rede, a empresa que está impossibilitada de oferecer um determinado serviço deixa de auferir importantes economias de escala e de escopo no uso de suas redes, o que afeta a sua competitividade em todos os segmentos em que atua.

Pode-se dizer, portanto, que as assimetrias existentes na legislação atual prejudicam não apenas a competitividade de algumas companhias e de alguns serviços, mas prejudicam a concorrência nos serviços de telecomunicações em geral, com prejuízo ao consumidor final.

iii) Plena liberdade para adoção de novas tecnologias

Outro princípio regulatório importante é que todas as empresas de telecomunicações possam ter acesso às novas tecnologias, principalmente quando estas comportarem vários concorrentes simultaneamente.

A justificativa usual das autoridades reguladoras quando eventualmente não permitem que empresas incumbentes adquiram licenças para novas tecnologias é que estas opções deveriam ser destinadas prioritariamente a empresas entrantes, a fim de possibilitar a contestação do mercado das incumbentes.

Contudo, quando se avalia esta questão de um ponto de vista dinâmico, pode-se afirmar que tais restrições são contraproducentes aos objetivos do regulador, além de prejudicarem as incumbentes de maneira injustificada. Ocorre que, dado o acentuado dinamismo tecnológico que caracteriza o mercado de telecomunicações, é extremamente difícil prever qual tecnologia será dominante no futuro.

Diante dessa inevitável incerteza tecnológica, ao proibir que as incumbentes do setor utilizem uma nova tecnologia, o regulador pode colocá-las em desvantagem competitiva no mercado nos próximos anos, o que acabaria por reduzir e não elevar a competição no setor no longo prazo.

Talvez a única situação em que haveria justificativa razoável para vetar aos atuais líderes de mercado o acesso a uma nova tecnologia ocorre nos casos em que haja alguma restrição técnica que impossibilite que vários competidores façam uso da nova tecnologia. Este, contudo, não parece ser um caso comum, mesmo para tecnologias que fazem uso do espectro de radiofrequência, o qual é reconhecidamente escasso. A telefonia móvel, que é a tecnologia sem fio mais comum, permite a coexistência de vários competidores, o mesmo valendo para a tecnologia emergente do WiMax.

Em suma, como vários competidores podem adotar as novas tecnologias de modo simultâneo, não há razões para vedar seu uso pelas empresas que competem baseadas em tecnologias já estabelecidas.

iv) Concentrar a política concorrencial no fomento à competição entre redes

Outra recomendação para se obter um ambiente dinâmico e competitivo no mercado de telecomunicações é que a autoridade reguladora concentre seus esforços em incentivar a competição entre as plataformas tecnológicas e não no compartilhamento de rede.

A política de estimular o compartilhamento de rede, segmentando o mercado de telecomunicações entre mercados atacadistas de rede e mercados varejistas de serviços, embora ainda seja um componente importante de muitas jurisdições, principalmente da UE, era adequada para um período em que as redes de telecomunicações, em particular a das operadoras de telefonia, carregavam características de monopólio natural.

Conforme já comentado, o processo de convergência tecnológica já viabilizou a existência de diversas alternativas de rede para ofertar os diferentes serviços de telecomunicações, o que implica dizer que a obrigatoriedade do compartilhamento de rede deixa de ser necessária para se fomentar a competição.

O que se desenha para o curto prazo, na verdade, é a existência de uma multiplicidade de redes de telecomunicações, cada uma com ampla cobertura geográfica. Nesse ambiente, o risco maior não é o de que os detentores de rede exerçam poder de mercado, e sim que os investimentos em novas redes apresentem baixo retorno.

A obrigatoriedade de compartilhamento, inclusive, já passou a representar um fator limitador à competição no setor de telecomunicações, à medida que representa um desincentivo para as empresas investirem em

ampliação e modernização de suas redes, levando, portanto, a uma redução da competição.

É justamente por esta razão que as autoridades reguladoras dos EUA, Alemanha, Holanda, Espanha, dentre outros países, vêm reduzindo de modo considerável as obrigações de compartilhamento das empresas.

v) *Regulação baseada nos princípios de defesa da concorrência*

A quinta recomendação é que a tradicional regulação de caráter *ex-ante* seja substituída, sempre que possível, por políticas regulatórias e concorrenciais de caráter *ex-post*, baseadas nos princípios da defesa da concorrência.

Para tanto, torna-se fundamental que a agência reguladora atue em estreita cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.

Assim, é recomendável que as definições de mercado relevante sejam feitas apenas de modo *ex-post* e com objetivos específicos, para embasar julgamento de casos de defesa da concorrência ou para avaliação do impacto de remoção ou introdução de determinados dispositivos regulatórios.

Da mesma forma, atribuir a condição de detentora de poder de mercado significativo (PMS) para determinadas empresas e, em razão disso, impor um tratamento assimétrico em relação às concorrentes deve ser uma prática adotada de modo parcimonioso.

Para que pese a necessidade de se manter alguns dispositivos regulatórios sobre as empresas incumbentes até que um nível de competição considerado desejável esteja consolidado, é necessário que eventuais restrições ao livre funcionamento das empresas sejam analisadas de modo cuidadoso e caso a caso sob pena de acabar por reduzir a competição no setor.

A existência de tratamento assimétrico entre empresas que estejam competindo em um mesmo mercado compromete a competição e a eficiência no mercado de telecomunicações, embora ainda seja praticada em algumas jurisdições, principalmente na UE na qual a regulação incide, preponderantemente, sobre as empresas consideradas como detentoras de PMS.

Uma situação típica em que a regulação assimétrica entre competidores tende a gerar distorções ocorre quando a incumbente tem a obrigação de cumprir metas de universalização e, ao mesmo tempo, é proibida de praticar políticas comerciais de diferenciação de preços, mesmo que esta prática seja pró-competitiva.

Nestas situações, as empresas entrantes tendem a concentrar sua oferta nos segmentos mais rentáveis do mercado, ao passo que a incumbente, ao mesmo tempo em que precisa continuar atendendo a parte menos rentável do mercado, fica impedida de se manter competitiva no segmento mais rentável, dada a proibição de praticar diferenciação de preços. Com estas restrições, o nível de competição nos segmentos mais rentáveis torna-se menor do que seria se a incumbente tivesse mais liberdade de praticar diferenciação de preços de forma pró-competitiva.

Diante da rapidez com que o processo de convergência tecnológica vem ocorrendo, as inferências que podem ser obtidas quanto ao grau de concorrência existente nos diferentes mercados de telecomunicações tendem a ser tornar obsoletas em um curto espaço de tempo.

Esse problema é perceptível na UE. Entre a identificação dos mercados que deveriam estar sujeitos a regulação *ex-ante*, publicado oficialmente em 2003, e a implementação final do conjunto de dispositivos regulatórios recomendados passaram-se vários anos, período durante o qual já se reconhecia que o conjunto de regras vigentes não estava mais adequado.

Da mesma forma, segundo a Comissão Européia, a nova recomendação de mercados sujeitos a regulação *ex-ante*, divulgada em novembro de 2007, deverá ser totalmente implementada somente em 2010, quando a expectativa, contudo, é de que o mercado de telecomunicações já esteja profundamente diferente de hoje.

Outro problema da regulação *ex-ante* é reduzir a análise das condições competitivas nos mercados de telecomunicações para um tratamento binário – com cada mercado sendo definido como competitivo ou não competitivo –, quando, na verdade, é fácil identificar gradações no nível de competição em cada segmento ao longo do tempo.

Como exemplo, dado o nível atual de contestação que o mercado de telefonia fixa apresenta, começa a se tornar pouco razoável definir as concessionárias como PMS para este serviço. Naturalmente, as autoridades regulatórias e concorrenciais podem considerar que este mercado ainda não esteja suficientemente competitivo a ponto de prescindir completamente de regulação.

Em razão disso, uma política regulatória coerente poderia se basear em uma regulação mínima, como, por exemplo, manter a imposição do preço-teto, valendo-se de um critério simples de correção, como o IST, ao passo que vários dos dispositivos regulatórios ainda em vigor poderiam ser

afrouxados ou mesmo abolidos, como os complexos e custosos modelos de apuração de custos, de ganhos de produtividade e de determinação do custo incremental de longo prazo.

Como resultado, modelos de regulação *ex-ante* tendem a gerar um excesso de regulação em mercados que já sofrem um considerável grau de contestação, mas que ainda não podem ser considerados como suficientemente competitivos.

Ao mesmo tempo, tal procedimento não dá garantias que um determinado mercado considerado como competitivo prescindia de regulação, dado que algumas falhas de mercado podem persistir.

vi) *Elaboração de relatórios anuais de acompanhamento das condições de competição*

Outra recomendação é que a Anatel desenvolva relatórios anuais para avaliar as condições de competição vigentes nos diferentes serviços de telecomunicações, de modo análogo aos trabalhos desenvolvidos pelo FCC norte-americano.

Estes relatórios devem ter por objetivo servir de guias gerais de análise dos principais serviços de telecomunicações, servindo de referência básica para decisões de temas específicos, como casos de defesa da concorrência e análises de dispositivos regulatórios. Em razão disso, é desejável que estes relatórios não contenham definições mais formalizadas de mercado relevante, assim como recomendações de políticas regulatórias específicas, tópicos que devem ser deixados para estudos concebidos especificamente com estas finalidades.

Os referidos relatórios anuais deveriam ter como escopo dois tópicos principais:

- levantamento da experiência internacional mais recente com relação a aspectos regulatórios e concorrenciais dos serviços de telecomunicações; e
- apresentação de estatísticas e estudos técnicos de natureza empírica sobre os principais condicionantes de competitividade dos serviços de telecomunicações, cobrindo os seguintes tópicos, dentre outros: crescimento do mercado, concentração de mercado, evolução de preços, rivalidade entre competidores, elas-

tidade de substituição com outros serviços e probabilidade de entrada de novos competidores.

vii) Promover revisões periódicas dos dispositivos regulatórios

Por fim, uma última recomendação é que sejam promovidas revisões periódicas de todos os dispositivos regulatórios que incidem sobre os serviços de telecomunicações.

Considerando a velocidade do processo de convergência tecnológica, torna-se necessário que a Anatel disponha de um processo mais ágil de revisão regulatória, sendo que períodos de revisão a cada cinco anos, como ocorre na UE e também no Brasil, são excessivamente longos.

As revisões periódicas devem propor a revogação de todos os dispositivos regulatórios que possam ser considerados prescindíveis, bem como propor a introdução de novas regulações que possam resolver deficiências competitivas específicas identificadas previamente.

As propostas de revisões dos dispositivos regulatórios devem ter como ponto de partida os relatórios anuais de competitividade propostos e estarem sustentadas em estudos técnicos especialmente elaborados com esse objetivo.

4.2 Política antitruste

Há algumas implicações adicionais da convergência tecnológica sobre a política antitruste, além das relacionadas também a questões regulatórias, as quais já foram discutidas.

Talvez a principal seja referente à estrutura de mercado que permita otimizar a eficiência do setor e, ao mesmo tempo, garantir um nível adequado de competição.

De um lado, para que seja possível explorar todo o potencial de ganhos de eficiência que a convergência oferece, torna-se essencial que haja um processo de consolidação do setor, com a constituição de grandes grupos com atuação nos diferentes serviços e cobertura nacional.

Ao mesmo tempo, a coexistência de alguns grandes grupos competindo entre si em um grande mercado nacional de serviços convergentes de telecomunicações garantiria que os ganhos de eficiência gerados pelo processo de consolidação sejam compartilhados com os consumidores.

Na verdade, o processo de formação de grandes operadoras tende a elevar a competição no setor, na medida em que induz um aumento de rivalidade entre os grupos remanescentes.

Dado o grande potencial de geração de economias de escala com a constituição de operações nacionais, assim como de economias de escopo com a atuação em um amplo leque de serviços de telecomunicações, a entrada nos mercados dominados pelos grupos rivais torna-se um imperativo para garantir a competitividade frente aos mesmos.

Como fontes potenciais de economia de escala do processo de consolidação podem-se destacar: uma maior otimização da rede, redução de custos administrativos e comerciais, redução de custos com insumos por um aumento do poder de barganha com fornecedores, redução de custos com P&D.

É na obtenção de economias de escopo, contudo, que o processo de convergência confere maiores ganhos, seja pela possibilidade de ofertar um amplo leque de conjunto pela mesma infra-estrutura, seja pelo uso combinado das diferentes plataformas tecnológicas que a empresa utiliza.

Uma consideração importante é que a entrada no domínio das rivais tende a ocorrer fundamentalmente por novas tecnologias, como a rede de TV a cabo, mas, principalmente, pelas redes sem fio das operadoras móveis.

Sob diferentes configurações, o mesmo processo de consolidação vem ocorrendo em vários outros países, que se justifica pelo fato de todos terem o mesmo pano de fundo, o processo de convergência tecnológica.

5. Conclusão

Este artigo analisa os impactos da convergência tecnológica sobre a competição no setor de telecomunicações, fenômeno entendido como o conjunto de inovações que tem possibilitado que diferentes plataformas tecnológicas passem a concorrer entre si na oferta dos diversos serviços de telecomunicações.

A convergência tecnológica, embora seja um fenômeno relativamente recente, alterou profundamente o mercado de telecomunicações, trazendo um dinamismo e um grau de competição jamais visto no segmento. Um grande conjunto de evidências empíricas comprova que este processo já é uma realidade tanto no mercado internacional quanto no nacional.

No segmento de voz, pode-se observar com maior nitidez o fenômeno da convergência, por meio do processo de substituição fixo-móvel. Contudo, no segmento de banda larga também há fortes evidências de que já está havendo uma acirrada concorrência entre as diferentes tecnologias.

Em uma segunda etapa do processo de convergência tecnológica, o oferecimento de pacotes integrados de serviços tem acirrado ainda mais a competição nos diversos serviços de telecomunicações, principalmente de telefonia, banda larga e TV por assinatura, colocando frente a frente empresas de telefonia e empresas de TV a cabo.

Pode-se dizer ainda que está em curso uma terceira etapa do processo de convergência tecnológica, marcada pela difusão de duas novas tecnologias sem fio, a terceira geração da telefonia móvel (3G) e, ainda mais recentemente, o WiMax.

O advento dessas duas novas tecnologias sem fio possui especial relevância para a competição no setor de telecomunicações como um todo na medida em que está viabilizando a entrada simultânea de vários novos concorrentes na oferta de serviços convergentes e que contarão com o importante diferencial da mobilidade em relação às redes das empresas de telefonia fixa e de TV a cabo.

Como principal conclusão do trabalho, são discutidas as implicações da convergência tecnológica para a agenda regulatória, bem como para a política de defesa da concorrência do setor.

É demonstrado que passa a ser imprescindível caminhar na direção de uma maior flexibilização do arcabouço regulatório, ainda altamente intervencionista no Brasil. Nesse novo ambiente de convergência, a autoridade reguladora deve passar a concentrar seus esforços na criação de incentivos visando a amplificar o espaço de competição entre as diferentes plataformas tecnológicas e, ao mesmo tempo, na eliminação das amarras que impedem que as empresas consigam extrair todos os ganhos de eficiência propiciados pela convergência.

Esta nova agenda vem ganhando a adesão de um número crescente de países ao redor do mundo, como é o caso da Holanda, Alemanha, Estados Unidos e Coréia do Sul, entre outros.

É possível listar as seguintes diretrizes regulatórias que em nosso entendimento deveriam guiar o processo de aperfeiçoamento do arcabouço regulatório do setor de telecomunicações no Brasil: i) regulação uniforme para tecnologias e serviços; ii) plena liberdade para exploração de serviços

de telecomunicações; iii) plena liberdade para adoção de novas tecnologias; iv) concentrar a política concorrencial no fomento à competição entre redes; v) regulação baseada nos princípios de defesa da concorrência; vi) elaboração de relatórios anuais de acompanhamento das condições de competição e; vii) promoção de revisões periódicas dos dispositivos regulatórios.

Com relação à recomendação para se conceder total liberdade às empresas para utilizarem as novas tecnologias, em nosso entendimento, a alegação freqüentemente levantada de que as novas tecnologias deveriam ser destinadas exclusivamente a novos competidores, a fim de possibilitar a contestação do mercado das incumbentes não possui consistência do ponto de vista concorrencial.

Na verdade, este tipo de política é contraproducente aos objetivos do regulador de fomentar a competição. Primeiro porque as novas tecnologias permitem a coexistência de vários competidores empregando a mesma plataforma, razão pela qual não há justificativa para vedar a algum dos competidores a possibilidade de adotá-la. Em segundo lugar, dado o acentuado dinamismo tecnológico que caracteriza o mercado de telecomunicações, é extremamente difícil prever qual tecnologia será dominante no futuro. Logo, ao proibir que as incumbentes do setor utilizem uma nova tecnologia, o regulador pode colocá-las em desvantagem competitiva no mercado nos próximos anos, o que acabaria por reduzir e não elevar a competição no setor no longo prazo.

Do ponto de vista concorrencial, pode-se concluir ainda que um processo de consolidação do setor que leve à formação de um menor número de grupos que passam a competir entre si em um grande mercado nacional de serviços convergentes de telecomunicações representa uma estrutura de mercado que permitiria otimizar a eficiência do setor e, ao mesmo tempo, garantir um nível adequado de competição.

Na verdade, dado o grande potencial de geração de economias de escala com a constituição de operações nacionais assim como de economias de escopo com a atuação em um amplo leque de serviços de telecomunicações, a entrada nos mercados dominados pelos grupos rivais torna-se um imperativo para garantir a competitividade frente aos mesmos.

Por esta razão, o processo de formação de grandes operadoras tende a elevar a competição no setor, na medida em que induz um aumento de rivalidade entre os grupos remanescentes.

Referências bibliográficas

- ANATEL. (11/08/2007). Resolução 480.
- ANATEL. (2007). Relatório do Comitê Especial do Conselho Consultivo sobre Convergência e Conteúdo Eletrônico.
- BANERJEE, A. (2006). Fixed-Mobile Substitution and Lessons for Broadband. Analysis Group – Economic, Financial and Strategy Consultants, Boston.
- CRANDALL, R. W. (2005). Competition and Chaos – U.S. Telecommunications Since the 1996 Telecom Act. Brookings Institution Press.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION – ITU (2007a). New Technologies and their Impacts on Regulation. ICT Regulation Toolkit.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION – ITU (2007b). Trends in Telecommunication Reform 2007.
- OECD (2006). Multiple Play: Pricing and Policy Trends. Working Party on Telecommunication and Information Services Policies.
- SHINOHARA, T; OKANO, Y. (2002). Worldwide Progress in the Convergence of Telecommunications, Information Technology and Broadcasting: The Tasks Facing Japan. NRI Papers n. 41 – Nomura Research Institute.
- THE ECONOMIST. Edição de 12 de abril de 2008, p. 15, encarte especial.
- VASCONCELLOS, L; CASTRO, R. (Junho/2007). Convergência Tecnológica: sobre a concorrência entre operadores de telefonia e de televisão a cabo. *Cade Informa*, n. 07.

SERVIÇOS JURÍDICOS, PROPAGANDA, QUALIDADE E CONCORRÊNCIA IMPERFEITA*

*Ivan César Ribeiro***
*Brisa Lopes de Mello Ferrão****

Abstract

This paper discusses the advertising regulation in professional labor markets, specially the legal services market. It is examined the possible effects of advertising limitation over the prices and quality of services as well as the empirical evidence available.

JEL Codes: J44, K49, L11, L51

Keywords: Advertising, Professional Licensing, Legal Services

Resumo

Este artigo estuda a regulação da publicidade no mercado de profissionais liberais, em especial o mercado de serviços jurídicos. São examinados os possíveis efeitos da limitação de publicidade sobre o preço e a qualidade dos serviços e discutidas as evidências empíricas existentes.

Códigos JEL: J44, K49, L11, L51

Palavras-chave: Propaganda, Profissionais Liberais, Serviços Jurídicos.

- * Os autores agradecem ao professor Arthur Barrionuevo (FGV/SP) e a Alexander Nogueira Xavier (FGV/SP) pelas discussões quanto aos modelos teóricos aqui apresentados, à Daniel Ferreira (London School of Economics) pela discussão da evidência empírica. Agradecemos aos participantes do RCI Workshop em São Paulo (dezembro de 2004), em especial ao Professor Lee Banham (Washington University) pela discussão de suas pesquisas sobre os efeitos da publicidade sobre o mercado de optometria.
- ** Advogado, administrador de empresas e mestre em economia de empresas (todos pela USP), mestrando em direito (Yale Law School) e editor-chefe da *Review of Economic Development, Public Policy and Law*.
- *** Advogada e mestranda em direito pela Universidade de São Paulo, pesquisadora do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento/Ford Foundation, editora-chefe da *Review of Economic Development, Public Policy and Law*.

1. Introdução

O presente ensaio analisa a aplicação de modelos de concorrência imperfeita ao mercado de serviços jurídicos. São analisados os modelos que medem o impacto da propaganda sobre o nível de preços e de bem-estar e os modelos que testam a diferenciação por qualidade. Também é analisado o efeito da seleção adversa no caso do contratante eventual de serviços jurídicos.

As hipóteses aqui enumeradas podem ser testadas contra dados empíricos, a exemplo do que se fez com bastante frequência no caso do mercado de serviços oftalmológicos e venda de produtos óticos. De fato, esse mercado foi testado como paradigma para os efeitos da regulação da publicidade profissional, em vista da grande variação dessa regulação observada principalmente nos Estados Unidos. A relativa homogeneidade da regulação no mercado de serviços jurídicos no Brasil, entretanto, deve exigir uma estratégia de identificação um tanto mais trabalhosa, não sendo desenvolvida neste trabalho inicial. Alguma evidência empírica, entretanto, é desenvolvida na seção 5 do artigo.

2. A propaganda

Uma das visões do papel da propaganda é a de que ela provê informações para que os consumidores possam fazer escolhas racionais. A propaganda anuncia a existência de produtos, seus preços, locais de venda e qualidade. Elimina dessa forma a diferenciação de produto relacionada à falta de informação e aumenta a elasticidade de preços, como veremos adiante.

Alguns pesquisadores têm mostrado que a redução da publicidade tem gerado o aumento de preços, apontando efeitos diversos sobre a qualidade (BENHAM, 1972; WOLINSKY, 1983; KWOKA, 1984). Grossman e Shapiro (1984) combinam o modelo da cidade circular de Salop (1979) com o de publicidade em competição monopolística de Butters (1977) para mostrar esses efeitos.

Neste modelo, supondo que o custo para atingir a partir da publicidade uma parcela Φ_i dos consumidores, temos, conforme demonstrado por Butters (1977):

$$A(\Phi_i) = c' \ln \left(\frac{1}{1 - \Phi_i} \right) \quad (1)$$

Tomando por base a demanda no modelo sob informação completa de Hotelling (1929), Grossman e Shapiro encontram a seguinte demanda para o seu modelo:

$$D_1 = \Phi_1 \left[(1 - \Phi_2) + \Phi_2 \left(\frac{p_2 - p_1 + t}{2t} \right) \right] \quad (2)$$

Encontrando o equilíbrio entre duas firmas para a escolha simultânea de preços e publicidade, considerando uma função quadrática de custos de publicidade, as condições de primeira ordem são:

$$p_1 = \frac{p_2 + t + c}{2} + \frac{1 - \Phi_2}{\Phi_2} t \quad (3)$$

e

$$\Phi_1 = \frac{1}{a} (p_1 - c) \left[1 - \Phi_2 + \Phi_2 \left(\frac{p_2 - p_1 + t}{2t} \right) \right] \quad (4)$$

O preço de equilíbrio é, portanto, composto por uma fração correspondente ao preço de equilíbrio sob informação completa e uma porção que reflete o ganho extra pela reserva de mercado proporcionada pela assimetria informacional. O resultado é que o preço será maior do que sob informação completa, dada a menor elasticidade da demanda. Esse aumento dos ganhos é o que pode justificar as restrições impostas por determinados grupos de profissionais quanto à publicidade.

3. A qualidade

Os fornecedores de produtos de experimentação para consumidores eventuais (*one-shot relationships*) têm grande estímulo para o comportamento oportunista, cortando a porção da qualidade não observável pelo consumidor. Agindo desta forma o fornecedor ganha a diferença entre a produção com um nível de qualidade alta e um nível de qualidade baixa, sem que isso reflita na demanda ou preço de seu produto.

Kwoka (1984) conclui, analisando dados sobre a prestação de serviços de oftalmologia, que a publicidade reduz o preço e a qualidade dos que fazem anúncios, enquanto que entre os que não anunciam (e estão no mesmo mercado) o efeito é o da redução dos preços, mas com um nível

de qualidade maior. Sua conclusão difere da alcançada por Akerlof (1970), para quem a existência de fornecedores de baixa qualidade de um bem (ou serviço) que não pode ter a qualidade aferida expulsa do mercado os fornecedores de bens de maior qualidade.

Wolinsky (1983) associa a qualidade e a existência de assimetria de informações, concluindo que sob informação perfeita temos a fixação de preços com base em custo marginal e em condições de assimetria de informações a fixação de preços se faz com base no valor de reserva do consumidor.

4. O mercado de serviços jurídicos

A advocacia é profissão regulamentada de exercício exclusivo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Desde a criação da entidade em 1930 o exercício por ‘práticos’ não existe mais. A admissão nos quadros da OAB se faz através de concurso que avalia o preparo dos aspirantes portadores do grau de bacharel em ciências jurídicas, por meio de provas de conhecimento (o índice de reprovação nestes exames tem sido por volta de 70% dos inscritos). A OAB também fiscaliza e opina sobre a criação de cursos jurídicos e estabelece regras para o exercício da profissão a partir do código de ética e disciplina (CED), o qual fixa limites, inclusive para a publicidade.

O artigo 29 do Código de Ética estabelece que anúncios contenham apenas o nome do advogado, seu número de inscrição na OAB, endereço, horário de atendimento, meio de comunicação e, opcionalmente, títulos e qualificações profissionais, proibindo sua veiculação pelo rádio e televisão e a denominação de fantasia.

O artigo 31 proíbe fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos que ‘comprometam a discrição e a sobriedade da advocacia’. A remessa ilimitada de correspondência oferecendo serviços é proibida. Segundo o entendimento da OAB, a clientela do advogado ‘deve advir espontaneamente de referências e indicações isoladas, como fruto de seu trabalho, de seu valor profissional, de seu estudo, de sua conduta ética, de suas qualidades pessoais. Toda prática que caracterize busca ou disputa pelo cliente é antiética. Informar é diferente de captar’. Essa regulamentação chegou ao extremo de, em alguns julgamentos do Conselho de Ética e

Disciplina, punir os advogados que mantinham sites ‘com o uso de cores’, conduta proibida pelo Código de Ética.

Isso não significa, entretanto, que a publicidade ostensiva não exista. Temos o exemplo os aliciadores de clientes, principalmente na área trabalhista. Estes divulgadores (chamados de paqueiros) ficam nas ruas, em áreas próximas às delegacias regionais do trabalho e aos fóruns trabalhistas, e aos brados de ‘Ministério do Trabalho’ procuram por trabalhadores interessados em ingressar com ações trabalhistas e distribuem cartões de visita. Quando encontram um cliente, percorrem alguns escritórios oferecendo a causa, recebendo em geral uma quantia (tipicamente R\$ 50,00, em dinheiro no instante em que apresentam o cliente) do escritório que resolver patrocinar a causa. O escritório usualmente patrocina a causa sem nada cobrar no início da ação e requerendo justiça gratuita, e recebe seus honorários ao final da ação ou por ocasião de um acordo. Tanto o aliciamento como o patrocínio da causa sem a cobrança de honorários e despesas são proibidos, entretanto uma pesquisa nos processos da comissão de ética e disciplina aponta apenas dois casos de punição no Estado de São Paulo:

SESSÃO DE 17 DE DEZEMBRO DE 1998

PUBLICIDADE IMODERADA – RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS – PAQUEIROS – DISTRIBUIÇÃO DE CARTÕES DE VISITA A GRANEL

Prática configuradora de mercantilização da profissão, inculca e captação de clientela, com desprestígio e vulgarização da advocacia. Ofensa aos arts. 5º e 7º do CED e ao art. 34, inciso IV, do EAOAB. Fato concreto. Procedimento ex-offício. Remessa às Seções Disciplinares. Precedentes.

Proc. E-1.806/98 – v.u. em 17/12/98 do parecer e ementa do Rel. Dr. CLODOALDO RIBEIRO MACHADO – Rev. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO – Presidente Dr. ROBISON BARONI.

SESSÃO DE 18 DE JULHO DE 1996

ANGARIAÇÃO DE CAUSAS – ‘PAQUEIROS’ – ‘EX OFÍCIO’

O advogado que se utiliza de agenciadores de causas e clientes, afronta à moral e à ética profissional. Comete, outrossim, gra-

ves infrações disciplinares. Inculcação ou Captação de clientela. Código de Ética e Disciplina, arts. 1º, 2º, Pár. Único, incisos I, II, VIII letra 'd'; 5º; 6º, 7º. Estatuto, art. 34, incisos III, IV e XXV. Remessa a uma das Turmas de Disciplina, para conhecimento, apuração e penalização do (s) advogado (s).

Proc. E – 1.360 – V.U. – Rel. Dr. JOSÉ URBANO PRATES –
Presidente Dr. ROBISON BARONI.

4.1 A proibição de publicidade, preços e qualidade

A severa limitação de publicidade reduz a elasticidade da demanda e aumenta os preços. O modelo de Grossman e Shapiro mostra a relação inversa entre os níveis de publicidade e o aumento de preços. A limitação de publicidade de serviços jurídicos deve, à semelhança do concluído por Benham (1972), Wolinsky (1983) e Kwoka (1984) em outros mercados (em especial o de serviços ópticos), elevar os preços. A OAB permite única e tão somente a divulgação de um cliente para o outro (a indicação) – acreditamos que esta divulgação apenas por referência em um mercado coberto de forma rarefeita pode ajudar a aumentar a diferenciação de serviços, embora nenhum modelo com esta abordagem tenha sido desenvolvido.

Quanto à questão das contratações sucessivas, Cappelletti (1977) e Galanter (1974) estabelecem uma distinção entre os litigantes, dividindo-os em *repeated players* e *one-shot litigants*. A situação dos trabalhadores se encaixa na dos litigantes eventuais, com baixo grau de informação sobre a qualidade e preços de serviços jurídicos. Existe o problema adicional da seleção adversa (AKERLOF, 1970) – pois os litígios se arrastam em um longo período de tempo e não é possível verificar a qualidade dos serviços *a priori*. O advogado pode empregar uma quantidade de tempo insuficiente no caso, reduzindo a qualidade do serviço prestado, ou mesmo delegar o caso à profissional com menor qualificação, acompanhando superficialmente o caso.

Entretanto, existindo a proximidade entre esses consumidores de serviços jurídicos, a assimetria informacional pode ser reduzida. Isso ocorre entre ex-funcionários de uma grande empresa ou de um grande grupo, ou ainda entre associados de um grande sindicato no caso específico da justiça do trabalho.

Os trabalhadores que não possuem esse tipo de informação são os que provavelmente serão aliciados pelos paqueiros, acentuando o fenômeno da

seleção adversa. Como eles têm uma maior dificuldade em aferir a qualidade dos serviços, provavelmente a qualidade desses advogados que se valem dos aliciadores é pior que a dos outros (o que é consistente com a percepção do mercado quanto aos advogados que adotam tais práticas). A situação também leva à redução de preços dos serviços, chegando mesmo a casos-limite em que o advogado não cobra honorários ou quaisquer custas. Por fim, a falta de informações quanto à qualidade dos advogados dá margem, inclusive, a comportamentos antiéticos e fraudulentos, como a apropriação do valor das eventuais indenizações por parte do advogado, queixa não rara entre clientes aliciados pelos paqueiros.

4.3 *Regulação, interesse público e captura*

A discussão apresentada nos itens anteriores sugere que, em determinadas circunstâncias, a regulação da publicidade profissional pelos órgãos de classe podem atender mais aos interesses de aumento de preços por meio do exercício de poder de monopólio do que ao interesse público. Estaria a disciplina do exercício da advocacia também sujeita apenas a influência dos interesses de classe, visando apenas ao exercício do poder de monopólio? Especificamente no caso do Brasil a questão mostra-se bastante pertinente. De fato, toda a regulação do exercício da advocacia no Brasil é feita por lei, o que eventualmente poderia indicar a prevalência do interesse público.¹

Embora não existam estudos empíricos lidando especificamente com a regulação da publicidade no mercado de advocacia, o acesso à profissão é geralmente regulado, e também nesse caso haveria a contraposição entre interesse público e a captura do regulador.² Pagliero (2005) apresenta um estudo nesse sentido em relação ao mercado americano de advocacia. O trabalho do economista italiano contrasta as hipóteses do interesse público, segundo a qual o licenciamento para o exercício da profissão visa a garantir uma maior qualidade do serviço prestado, com a hipótese de captura do

¹ Deve-se notar que a regulação da profissão por lei, o que inclui até mesmo a edição do Código de Ética e Disciplina no formato de lei ordinária, parece decorrer muito mais da grande presença de profissionais do direito nos corpos legislativos do que a um interesse em especial da sociedade na questão.

² A captura do regulador é um conceito devido a Stigler, que previa que, com o tempo, a coexistência entre reguladores e regulados faria com que os primeiros passassem a defender os interesses dos últimos, prejudicando a defesa da concorrência e a finalidade última da regulação.

regulador, segundo a qual o único objetivo seria o de garantir maiores ganhos aos advogados já estabelecidos. A partir de dados referentes ao grau de dificuldade dos exames, qualidade dos candidatos, resultados dos exames e salários no 50 estados americanos, em vários anos, o pesquisador apresenta conclusões sobre esse mercado. O nível de dificuldade do exame aumenta nas épocas de baixa demanda pelo trabalho dos advogados, aumentando também quando cresce o número ou o preparo dos candidatos ao licenciamento para o exercício da profissão. Nos estados com mais e melhores candidatos o exame também é mais difícil.

O resultado é que este controle resultou em salários anuais cerca de 10 mil dólares maiores (valores de 2002), determinando uma transferência dos consumidores para a categoria de US\$ 6,6 bilhões e perdas de bem-estar por volta de US\$ 3 bilhões.

A falta de dados empíricos sobre os exames de qualificação profissional no Brasil torna difícil a realização de testes empíricos nos mesmos moldes do estudo de Pagliero. Ainda assim, é possível o exame de algumas evidências empíricas no país. Ribeiro (2006) encontra evidência de que um maior controle de mercado pelas seccionais da OAB levaria à redução na relação de advogados por mil habitantes, embora ressalte que a qualidade do ensino também teria influência significativa no fenômeno. O autor parte da curiosa redução na quantidade de advogados em cada estado brasileiro, observada por Ribeiro (2005), entre os anos de 1996 e 2004 e procura os determinantes dessa redução. Assim, a mesma oposição entre o interesse público e a captura do regulador parece ocorrer no país, embora o modelo apresentado por Ribeiro apresente algumas deficiências quanto ao tamanho da amostra e possibilidade de extensão dos resultados.

5. Conclusão

As análises anteriores apontam não apenas para os efeitos da publicidade e da qualidade, mas da falta de controles éticos e de reputação e do bom desenvolvimento das instituições. Entretanto, o impulso inicial para a determinação dos investimentos em publicidade e qualidade e seleção adversa pode ser explicado pelos modelos de concorrência imperfeita apontados.

Um desdobramento deste ensaio pode levar em consideração estes controles éticos e de reputação. Pode ainda testar as hipóteses discutidas contra dados empíricos, por ora difíceis de levantar.

A principal conclusão, entretanto, é a de que a redução da publicidade aumenta os preços e a característica de jogo não repetido pode reduzir a qualidade, se desconsiderarmos o efeito da entrada sequencial dos consumidores no mercado e a comunicação entre consumidores.

6. Referências bibliográficas

- AKERLOF, George A.; The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, ago. 1970, p. 488-500.
- BENHAM, Lee. The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses. *Journal of Law and Economics*, 15(2), p. 337-52, out. 1972.
- BUTTERS, Gerald R. Equilibrium Distributions of Sales and Advertising Prices, *Review of Economic Studies*, vol. 44, n. 3, 1977, p. 465-91.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; Access to Justice, vol. 1 – A World Survey, book 1. Dott. A. Milão: Giuffrè Editore, 1978.
- CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso em: 28 nov. 2003.
- GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: Speculations on the limits of Legal Change. *Law and Society Review*, 1974, p. 95-160.
- GROSSMAN, Gene; SHAPIRO, Carl. Informative Advertising with Differentiated Products, *Review of Economic Studies*, 51(1), 1984, p. 63-81.
- HOTTELING, Harold. Stability in Competition, *The Economic Journal*, 37(1), 1929, p. 41-57.
- KWOKA Jr, John E. Advertising and the Price and Quality of Optometric Services. *American Economic Review*, vol. 74, n. 1, mar. 1984, p. 211-216.
- PAGLIERO, Mario. What is the Objective of Professional Licensing? Evidence from the US market for lawyers, 32ª Conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Porto, 1-4 setembro, 2005.
- RIBEIRO, Ivan César. Contratos Relacionais e a Teoria da Firma: Um Teste Empírico com a Subcontratação de Atividades Jurídicas. Dissertação de Mestrado defendida na FEA/USP em 24.10.2005, 2005.
- _____. Onde Foram Parar os Advogados do Ceará? *Boletim do Instituto Tendências*, ago. 2006.
- SALOP, Steven. The Noisy Monopolist: Imperfect Information, Price Dispersion and Price Discrimination; *The Review of Economic Studies*, vol. 44, n. 3, out. 1977, p. 393-406.
- TIROLE, J. The Theory of Industrial Organization. Cambridge: MIT Press, 1989.

TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB-SP. Disponível em: www.oabsp.org.br.

Acesso em: 28 nov. 2003.

WOLINSKY, Asher. Prices as Signals of Product Quality. *The Review of Economic Studies*, vol. 50, n. 4, out. 1983, p. 647-658.

RUMO A UM NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA O GÁS NATURAL

*Lucia Helena Salgado**

1. Introdução

A indústria de gás natural no Brasil vem se desenvolvendo em ambiente de elevada incerteza, em virtude da insegurança associada à principal fonte de suprimento, a Bolívia, e a discussão que se prolonga no Congresso Nacional sobre a definição de um marco regulatório para o setor.

Embora pareçam problemas de origem distinta, estão intimamente relacionados. Um marco regulatório adequado ao setor desempenhará papel fundamental na promoção de investimentos no país, em todas as fases integradas da indústria – exportação, transporte, armazenamento, liquefação, dentre outras –, tornando-o menos dependente da fonte externa que ora responde por cerca de 50% da oferta de gás natural no país.¹

A complexidade da definição de um regime legal adequado para a indústria de gás natural reside, basicamente, nas dificuldades de se conciliar, no bojo das regras a serem desenhadas, o incentivo a investimentos em redes de infra-estrutura de transporte de gás natural, que apresenta características de monopólio natural, com a existência de múltiplos produtores atuando em regime competitivo.

2. Regulação de indústrias de rede de infra-estrutura

A regulação pelo poder público de indústrias de rede é justificada pela necessidade de se promover uma adequada expansão da rede; pela existência de economias de escala significativas, o que impõe evitar-se duplicação ineficiente de infra-estrutura e pela necessidade de se limitar o poder de mercado das empresas incumbentes.

* Economista, professora adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pesquisadora do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

¹ Em dezembro de 2006, segundo a ANP.

São exemplos de indústrias de rede as indústrias de infra-estrutura, como energia elétrica, gás natural e telecomunicações, as quais têm como rede fixa e eixo central suas instalações voltadas para os serviços de transporte ou transmissão do fluxo dos produtos ou serviços.

Uma regulação eficiente das indústrias de infra-estrutura de rede deve distinguir entre os segmentos da indústria que admitem concorrência daqueles que não a admitem; de forma a implementar os mecanismos necessários para que se introduza concorrência efetiva nos segmentos da indústria que a admitem, além de garantir preços eficientes e regulação de qualidade nos segmentos não concorrenciais da indústria, conforme OCDE (2000, p. 33).

A presença de uma mesma firma, no entanto, atuando tanto como proprietária de rede de transporte, quanto participando, concomitantemente, dos segmentos competitivos da indústria de rede produz incentivos para que tal firma venha a se engajar em práticas anticoncorrenciais, importando determinado esforço regulatório por parte da autoridade que se defronta com a necessidade de estabelecer as regras de funcionamento do livre acesso às instalações de transporte.

O desenvolvimento e implementação das políticas de regulamentação de acesso são determinantes para o desenvolvimento da concorrência nas indústrias de rede, devendo ser capazes de induzir o uso eficiente das redes, encorajar seus proprietários a investir minimizando custos, gerar um volume eficiente de entradas e acessos à infra-estrutura, fazendo-o a um custo regulatório razoável, conforme Laffont e Tirole (1999, p. 98).

As escolhas a serem efetuadas devem pautar-se, para evitar que o proprietário da rede de gasodutos discrimine entre diferentes produtores de gás, quer seja em preços, quer seja em termos e condições de prestação do serviço de transporte.

Medida importante é a previsão de mecanismos de cessão ou perda do direito à capacidade de transporte contratada, tornando disponíveis quaisquer capacidades não utilizadas para o acesso por terceiros, de modo a evitar a aquisição de posição dominante da capacidade, e prevenir seu consequente uso anticoncorrencial.

Ademais, a determinação dos critérios tarifários a serem observados pelas empresas que operam as redes de transporte ocupa posição central na obtenção de uma regulação eficiente da indústria.

As tarifas a serem praticadas devem refletir objetivos múltiplos, tais como induzir o uso eficiente das redes, gerar incentivos à realização de

investimentos por parte de seus proprietários sob minimização de custos, gerar entrada eficiente e adequada no segmento de infra-estrutura e de serviços, fazendo-o a um custo regulatório razoável, segundo Laffont e Tirole (*ibidem*), e no estabelecimento de critérios tarifários, os órgãos reguladores devem levar em consideração tanto o nível das tarifas quanto sua estrutura.

Tarifas muito altas podem erigir barreiras à entrada de competidores nos segmentos concorrenciais, podem induzir *bypass* ineficiente, ou mesmo a duplicação, também ineficiente, de infra-estrutura. Alternativamente, tarifas baixas demais podem gerar a entrada de competidores ineficientes, podem levar as firmas proprietárias da infra-estrutura a barrar o acesso de competidores à mesma, ou mesmo desencorajá-las a investirem em manutenção e expansão dessa infra-estrutura. Ademais, baixas tarifas afetam negativamente a decisão de entrada de novos investidores em infra-estrutura.

Já uma estrutura de tarifas inadequada, pode gerar sinais errados para as firmas incumbentes, ao decidirem sobre investimentos na rede, bem como para os entrantes quanto em qual segmento deveriam entrar, segundo Laffont e Tirole (*ibid.*, p. 99). As principais dificuldades para que os reguladores estabeleçam tais tarifas estão associadas à obtenção de informações, como os custos das empresas reguladas, e aquelas associadas à existência de influências políticas e privadas que tal atividade suscita devido aos interesses envolvidos.

Para Klein (1998, p. 61), quanto mais informação estiver refletida nos preços, melhor será a tomada de decisão de investimentos, tornando mais eficiente a descentralização de tais decisões nas mãos das empresas que atuam na indústria.

Também com o intuito de garantir a realização de investimentos em infra-estrutura, deve-se investir em mecanismos que evitem a ocorrência de comportamentos oportunistas de *free rider*, quando da realização de tais investimentos. Uma possível solução seria a redação de contratos entre proprietários e usuários da rede de transporte, prevendo obrigações mútuas anteriormente à realização dos investimentos.

Já o relatório OCDE (*ibid.*, p. 43) afirma que na inexistência de concorrência entre gasodutos, e fontes distintas de gás, torna-se necessário que os preços de acesso ao serviço de transporte em gasodutos sejam regulados, decorrendo daí a necessidade de observância de certos princípios para a sua determinação.

O primeiro deles seria a coincidência da estrutura de preços regulados com a estrutura de custos subjacentes. Por exemplo, onde houver elevados custos fixos e baixos custos marginais, tal estrutura deve estar refletida nos preços. Além disso, o preço marginal de transporte deve ser igual a seu custo marginal o que redundaria tarifas mais elevadas durante períodos de pico do que aquela dos períodos de menor demanda.

O segundo princípio determina que, havendo a possibilidade de discriminar entre consumidores, por meio de tarifas que reflitam suas elasticidades de demanda, tal mecanismo deve ser utilizado na recuperação dos custos fixos. Tal ocorre porque a aplicação de uma tarifa média que não discrimine entre consumidores como proposto levaria consumidores para quem seria eficiente fazer uso do serviço de transporte a não fazê-lo. Tais consumidores não utilizariam o serviço de transporte mesmo que estivessem dispostos a pagar um valor superior a seu custo marginal.

O terceiro princípio estabelece que os preços regulados devem refletir a existência de custos de prover obrigações oriundas da atividade regulatória, no bojo do provimento de serviços para os quais o rendimento incremental é inferior ao custo incremental. Um exemplo é a obrigação de aplicar-se a mesma tarifa para todos os consumidores, independente de sua localização geográfica. O transportador nesse caso deveria ser compensado por ser forçado a aplicar a mesma tarifa indistintamente.

Um das formas de se mitigar os riscos em que incorre uma firma que contrate capacidade disponível de transporte em um gasoduto, é permitir a revenda de capacidade contratada. Segundo Klein (*ibid.*, p. 55), existe a necessidade de se facultar aos usuários da infra-estrutura regulada tanto a aquisição de direitos de uso de sua capacidade, quanto a possibilidade de revendê-los de diferentes formas. A revenda de capacidade deve ser objeto de regulação para evitar a criação de renda adicional para o adquirente da capacidade original.

Com relação à alegada oposição entre concorrência e investimentos em infra-estrutura, Pedra e Salgado (2005, p. 343-45) enfatizam que são responsáveis por criar obstáculos ao investimento: (a) o comportamento oportunista; (b) a baixa capacidade de regulação; (c) o poder de mercado da incumbente; e (d) o risco de não desenvolvimento do mercado. Em decorrência, a suspensão do livre acesso não corresponde à única solução possível para o problema.

Sem dúvida, a concessão de poder de mercado a determinado agente constitui, à primeira vista, forte incentivo para que tal agente realize investimentos em ativos específicos, como os que caracterizam a infra-estrutura de transporte de gás. Isto porque o poder de mercado e, em última instância, a situação de monopólio – no caso do afastamento, mesmo que temporário, do livre acesso – garante a totalidade da demanda do mercado para o agente, nas condições impostas por este, assim como a obtenção de lucros extra-econômicos, na ausência da disciplina proporcionada pela concorrência.

Entretanto, trata-se de mecanismo socialmente indesejável, uma vez que transfere renda da sociedade como um todo para o monopolista, desestimula a busca de eficiência econômica e restringe a expansão do mercado.

Em vista de tamanhos inconvenientes, não há por que se abandonar o esforço de procurar alternativas ao afastamento da concorrência, como medida para neutralização dos incentivos a condutas oportunistas, que viariam a paralisar esforços de investimento. Observando-se com atenção a experiência norte-americana, percebe-se que o fulcro da questão ali está nas compensações financeiras obtidas pelo investidor em contrapartida à aquiescência com a regra do livre acesso.

Tais compensações são também necessárias para minimizar o risco regulatório. De fato, na ausência de compensação, o receio frente ao risco regulatório – representado pela possibilidade de alteração das regras do jogo, conforme o aprendizado obtido com a experiência passada – pode frear ou mesmo paralisar investimentos para desenvolvimento desse mercado.

3. Desafios e perspectivas para o desenvolvimento da indústria de gás natural no Brasil²

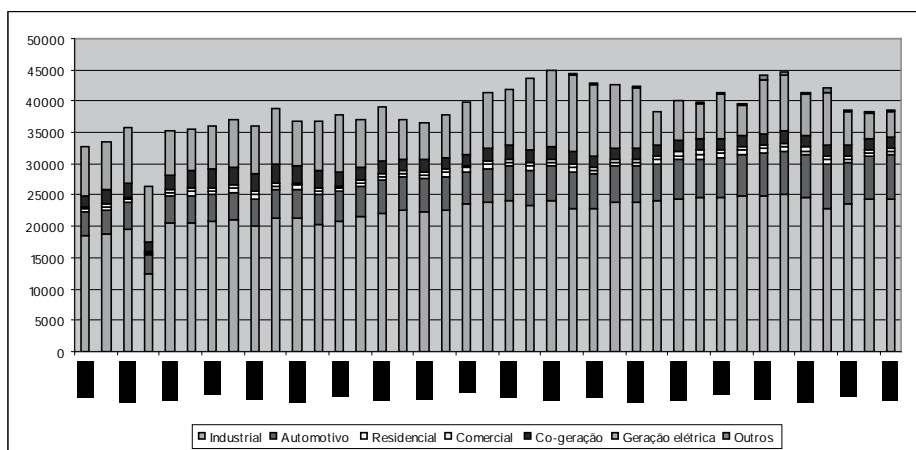
A conjuntura brasileira atual conjuga incerteza com relação ao marco regulatório que passará a vigorar na Bolívia, país que fornece cerca de 50% do gás natural ofertado no País, com a discussão em torno de projetos para marco legal capaz de incentivar o desenvolvimento da indústria gasífera no Brasil.

Para se ter uma dimensão da importância do gás natural no Brasil hoje, em dezembro de 2005, dos 44,4 milhões de metros cúbicos/dia consumidos

² Esta seção é uma adaptação e atualização de seção com o mesmo título de Pedra e Salgado (2006).

no País, 51,56% foram destinado à indústria (de alimentos, vidros, cerâmicas, fertilizantes, dentre outras), 13,29% a veículos automotivos, 1,28% ao comércio, 1,42% ao consumo residencial e 27,65% para a geração de energia elétrica. Já em dezembro de 2006, dos 42,1 milhões de metros cúbicos/dia consumidos, 54,38% foi destinado à indústria, 16,93% a veículos automotivos, 1,39% ao comércio, 1,47% ao consumo residencial e 19,53% para a geração de energia elétrica. O Gráfico 1, a seguir, dispõe a evolução mensal do consumo de gás natural no Brasil por destinação de uso.

Gráfico 1 – Consumo brasileiro de gás natural por segmento – mil m³/dia



Fonte: Elaboração própria a partir de dados das distribuidoras em <http://www.gasnet.com.br>.
Obs.: Os dados de abril de 2004 referentes à empresa Comgás não estavam disponíveis.

É comum ser mencionado o interesse das empresas brasileiras que têm investido na Bolívia e encontram-se agora ameaçadas, mas, por trás dos percentuais acima dispostos, há milhares de brasileiros que converteram seus veículos – em geral de trabalho – para o uso do gás natural por economia, outros tantos estabelecimentos comerciais e indústrias que fizeram o mesmo, bem como aqueles que passaram a utilizar o gás natural em suas residências como combustível doméstico. Registre-se, ainda, que há expressivos custos associados à reconversão para diesel, gasolina, óleo combustível, ou outro combustível, a depender do caso, custos que atingirão a todos, proprietários de veículos e indústrias e seus clientes, os consumidores, além dos cidadãos que optaram por receber gás natural em suas residências.

Um dos objetivos do marco que passará a vigorar deve ser ampliar a oferta de gás natural, reduzindo a dependência externa. Nesse sentido, o estabelecimento de regras que favoreçam a realização de investimentos em produção e transporte de gás natural deve orientar as discussões em torno do tema.

4. As alternativas em discussão de um marco regulatório para a indústria de gás natural

Atualmente, a indústria de gás natural segue o ordenamento disposto pela Lei nº 9.478/97 e resoluções da ANP,³ que regulamentam a lei. Há tempos tramitam nas duas casas do Congresso Nacional projetos que visam criar regras que cuidem das especificidades da indústria, tratando-a de forma diferenciada com relação ao setor de petróleo e combustíveis líquidos, são o PL 334/07, anteriormente ES 25 – PLS 226/05,⁴ de autoria do Senador Rodolpho Tourinho, o PL 6.666/06,⁵ de autoria do Deputado Luciano Zica, e o PL 6.673/06,⁶ de autoria do Poder Executivo.

O Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010, lançado pelo Governo Federal em 22 de janeiro deste ano, incluiu o tema no conjunto de medidas destinadas a incentivar o investimento privado, aumentar o investimento público em infra-estrutura e remover obstáculos (burocráticos, administrativos, normativos, jurídicos e legislativos) ao crescimento.⁷ Assim, foi criada na Câmara dos Deputados Comissão Especial destinada a proferir parecer ao PL n. 334/07 e aos projetos de lei mencionados acima e a ele apensados.

Tais iniciativas foram exitosas em dar celeridade ao tratamento do tema, tendo o Dep. João Maia, relator da Comissão, já proferido parecer e apresentado o substitutivo de sua autoria, que receberá emendas e passará

³ Em especial as Resoluções ANP nºs 27, 28 e 29, de outubro de 2005, que regulamentam o livre acesso a gasodutos de transporte.

⁴ Emenda Substitutiva n. 25/2006/CCJ ao Projeto de Lei do Senado nº 226, de 2005.

⁵ Projeto de Lei nº 6.666 de 22/02/2006.

⁶ Projeto de Lei nº 6.673 de 07/03/2006. Foi apensado ao PL 6666/06 para tramitação na Câmara dos Deputados.

⁷ Governo Federal, apresentação do Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010. Disponível em: www.fazenda.gov.br e www.planalto.gov.br

para a fase de votação nas próximas semanas. Parece interessante comparar o tratamento a questões-chave como o acesso de terceiros, a previsão de derrogação do acesso, as regras de concessão, entre outras, nas alternativas de regulação do setor apresentadas pelos diferentes Projetos de Lei.

Quadro 1 – Comparação entre o atual marco regulatório e alternativas legais examinadas pela Comissão Especial

| | ATUAL | PL 334/07 | PL 6.666/06 | PL 6.673/06 |
|---|---|---|---|---|
| Acesso | Assegurado mediante remuneração adequada. Acesso por meio de Concurso Público de Alocação de Capacidade (CPAC). | Assegurado a qualquer carregador mediante o pagamento de tarifa correspondente. Por meio de oferta pública de capacidade. | Assegurado desde que haja capacidade disponível | Garantido o acesso de terceiros, primeiramente sobre capacidade disponível e, após sua contratação integral, acesso à capacidade ociosa. |
| Prazo de afastamento do livre acesso | 06 (seis) anos | Não previsto | Não previsto | A ser definido pelo MME. |
| Regime de Outorga da Atividade (Excluídas as atividades de exploração e produção) | Todas as atividades estão sujeitas a regime de autorização. | As atividades de transporte e armazenagem de GN serão exercidas mediante concessão, enquanto as atividades de importação, exportação, processamento, construção e operação de unidades de compressão, descompressão, liquefação e regaseificação estarão sujeitas a regime de autorização | Todas as atividades sujeitas a regime de autorização. | As atividades de transporte e armazenagem de GN serão exercidas mediante concessão ou autorização, a critério do MME. As demais estarão sujeitas a regime de autorização. |

| | ATUAL | PL 334/07 | PL 6.666/06 | PL 6.673/06 |
|-------------------------|--|---|--|--|
| Poder Concedente | - | Poder Executivo | - | Poder Executivo, que pode delegá-lo para ANP |
| Operação do sistema | Descentralizado | Centralizado na ONGÁS (Operador do Sistema de Transporte Dutoviário de Gás Natural), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, a ser organizado na forma de associação civil, tendo como associadas as empresas titulares de concessão ou autorização para o exercício das atividades da indústria do gás natural e empresas usuárias deste energético | Descentralizado | ANP supervisiona a movimentação na rede de GN. Em caso de emergência ou força maior, MME fornece diretrizes e ANP coordena a movimentação de GN nas redes. |
| Dutos Novos e Expansões | Solicitação de construção e expansão feita à ANP | Solicitação de construção e expansão enviada pelo interessado ao Poder Executivo. Uma vez aprovada, a implementação deverá ser precedida de concurso público. | Solicitação de construção e expansão feita à ANP | MME propõe os gasodutos que serão construídos ou ampliados |

continua

Quadro 1 – Comparação entre o atual (continuação)

| | ATUAL | PL 334/07 | PL 6.666/06 | PL 6.673/06 |
|---------------|--|---|---|--|
| Transportador | Transportador não pode comprar ou vender gás natural. | Transportador deverá exercer com exclusividade a atividade de transporte, exceção feita à atividade de armazenagem desde que haja separação contábil entre as atividades. | Transportador deverá exercer com exclusividade a atividade de transporte, exceção feita à atividade de armazenagem. | Transportador pode exercer as atividades de operação e construção de dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural. |
| Tarifas | Preços livres e negociados entre as partes, porém com estrutura definida pela ANP. | Fixadas em regulamento e públicas. | Preços livres e negociados entre as partes, porém com estrutura definida em Lei e regulamentada pela ANP. | Serão estabelecidas no processo de licitação previsto em Lei. Após o término da concessão, enquanto nova licitação não for concluída, ANP estabelecerá as tarifas. |

Fonte: adaptado de Pedra e Salgado, 2006.

O substitutivo ora em fase de votação busca instituir instrumentos legais que viabilizem os investimentos necessários para que se constitua uma ampla malha de gasodutos e se desenvolvam e consolidem os mercados consumidores. Em seu voto, o relator Dep. João Maia observa ser a introdução do mecanismo de concessão, como forma de outorga do monopólio constitucional da União sobre a atividade de transporte de gás natural, a maior inovação trazida pelo projeto. Trata também como importante contribuição a definição de regras para licitações e contratos de concessão das atividades em causa, assim como a proposição de que ‘os carregadores assinem termo de compromisso de aquisição de capacidade, ao fim do processo da chamada pública, o que garante maior segurança aos investidores que disputem a concessão do respectivo gasoduto’ Maia (2007, p. 8-9). Em contraposição, o PL 6673/06, embora institua o regime de concessão para os gasodutos de transporte, mantém a possibilidade de outorga de autorização. Antecipando o entendimento que consta do substitutivo, ora a peça em apreciação no Congresso, o relator aponta que ‘o regime de concessão resulta em maior

clareza quanto à remuneração dos investimentos, com a fixação da receita anual e do prazo de duração do contrato. Já o regime de autorização pode ser utilizado para viabilizar empreendimentos peculiares, quando o regime de concessão não se mostrar apropriado' Maia (ibid., p. 9-10).

O substitutivo responde às principais questões hoje presentes no debate em torno de um marco regulatório para a indústria de gás natural, optando por aperfeiçoar o projeto de lei mais recente, de autoria do Poder Executivo, e rejeitando os outros dois, de autoria do Poder Legislativo.

Nas propostas até então em tela podem ser destacados quatro pontos com o potencial de gerar obstáculos para a concretização dos esperados investimentos no setor.

Em primeiro lugar, a possibilidade de exercício de discricionariedade política por meio da concentração de competências no Poder Executivo. Mencione-se, em especial, a transferência para o Ministério das Minas e Energia (MME) da competência para decidir, caso a caso, o prazo para afastamento do princípio do livre acesso, bem como para a proposição dos gasodutos que serão construídos; a transferência para o Poder Executivo do poder concedente de instalações de transporte; e a possibilidade de escolha, pelo MME, do regime de outorga, concessão ou autorização, para a construção de instalações de transporte.

Tais medidas reforçariam o risco de captura política das decisões e de captura dessas mesmas decisões pelos interesses da empresa incumbente, a Petrobras, haja vista que o conflito de interesse que existe por parte do poder político, que vem a ser o acionista majoritário dessa mesma empresa incumbente.

O substitutivo do Dep. João Maia ao projeto do Executivo supera tais dificuldades ao estabelecer, com clareza, competências executivas para a agência reguladora do setor, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), como a promoção dos processos licitatórios, a elaboração de editais de licitação e a celebração de contratos de concessão, e competências na definição de diretrizes de política energética para o MME.

Em segundo lugar, as incertezas quanto ao regime de outorga para construção e operação de dutos de transporte. Tendo em vista as características de monopólio natural e alto custo de financiamento, o regime de outorga que melhor protege o interesse público e, ao mesmo tempo, confere segurança ao investidor é de fato, como admitido pelo Dep. João Maia em seu substitutivo, o de concessão. Assim, a atividade de transporte de gás natural considerada de interesse geral será exercida com base no regime

de concessão, precedida de licitação, aplicando-se o regime de autorização excepcionalmente aos gasodutos de transporte que envolvam acordos internacionais ou interesse específico de um único usuário final.

Apenas merece ressalva a aplicação do regime de autorização aos gasodutos que envolvam acordos internacionais. Isto porque, tendo em vista o projeto de integração gasífera da América do Sul, corre-se o risco de que boa parte da malha de gasodutos de transporte possa ser enquadrada nesta categoria, o que transformaria a exceção legal em regra. Ademais, os benefícios para a coletividade advindos da adoção do regime de concessão, quando comparados com o de autorização, permanecem válidos e operantes também no caso em que os projetos decorrem de acordos internacionais entre o Brasil e seus países vizinhos.

Em terceiro lugar, havia que se ponderar incertezas quanto ao funcionamento de um órgão centralizador da movimentação de gás natural, o Operador do Sistema de Transporte Dutoviário de Gás Natural (ONGÁS), tal como proposto no PL 3304/07. Não havia elementos que dessem conta, por exemplo, do relacionamento de um órgão como o ONGÁS junto aos Estados da Federação, responsáveis pela regulação da atividade de distribuição de gás. O substitutivo excluiu tal figura, optando por não interferir nas competências estaduais relacionadas à distribuição de gás canalizado e incorporou proposta do Executivo de incluir um capítulo disciplinando ações necessárias em eventuais situações de contingência, caracterizada pela incapacidade de atendimento da demanda de gás natural em base firme, em razão de fato imprevisto ou involuntário.⁸

Em quarto lugar, residem incertezas quanto à separação vertical dos agentes que vierem a atuar no segmento de transporte dutoviário. Tecnicamente, quanto maiores as exigências de separação vertical, menores serão os incentivos ao exercício abusivo do poder de mercado por parte do operador da rede de gasodutos de transporte. O substitutivo não avança na direção de definir com maior clareza regras de separação vertical. Mantém a compreensão do projeto de lei do Executivo de que as atividades de transporte devem ser realizadas por empresas diferentes daquelas que executam a produção de gás natural e sua distribuição, entretanto, conforme asseverado no voto, ‘(...) o faz de maneira menos restritiva [com relação aos demais projetos em discussão], mais compatível com o estágio de desenvolvimento

⁸ Capítulo VII: Da contingência no suprimento de gás natural.

de nosso mercado.’ (ibid., p. 10). Assim, define⁹ que a empresa ou consórcio, concessionária ou autorizada para o exercício da atividade de transporte de gás natural somente poderá explorar aquelas atividades referidas no Art. 65 da Lei 9478/97,¹⁰ além das atividades de estocagem e transporte de combustíveis renováveis, sem maiores exigências quanto à separação contábil e outros instrumentos de separação vertical.

Finalmente, quanto à polêmica questão da derrogação do livre acesso, previsto na Lei 9478/97, o substitutivo propõe que, para os gasodutos de transporte existentes, o período de exploração exclusiva pelos carregadores iniciais será de dez anos, contados do início da operação comercial do respectivo gasoduto de transporte.¹¹ Para novos gasodutos, caberá à ANP, ouvido o MME, fixar tal período de exclusividade.¹² Ao tempo que atende ao anseio da empresa incumbente (que se destaca no já longo debate em torno do tema, pela argumentação em favor da extensão do período de derrogação da regra legal do livre acesso), supera fraquezas contidas nos projetos de lei apresentados que, ora mantêm a incerteza regulatória sobre o tema, deixando de tratá-lo,¹³ ora elevam ao limite tal incerteza, deixando a cargo do Poder Executivo a prerrogativa discricionária de tal decisão. A ANP, como agência regulatória do setor, sujeita a todos os freios e contrapesos previstos para sua tomada de decisão, é sem dúvida a autoridade melhor credenciada a dispor dessa competência legal.

4. Conclusão

Trata-se de um consenso a urgência no desenho de normas regulatórias que atendam às especificidades da indústria de gás natural para promover os investimentos necessários à ampliação e diversificação da matriz

⁹ § 3º do Art. 3º.

¹⁰ Art. 65. A PETROBRAS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

¹¹ § 3º do Art. 29.

¹² § 2º do Art. 3º.

¹³ PL334/07 e 6666/06.

energética, assim como amparar a expansão da demanda, hoje dependente em grande medida de fonte externa de suprimento.¹⁴

Tal processo avançou de forma notável com a inclusão do tema no conjunto de instrumentos necessários à promoção do crescimento contidos no Pacote de Aceleração do Crescimento, proposto pelo Governo Federal.

O Substitutivo do Dep. João Maia ao PL 6673/06, resultante do trabalho realizado na Comissão Especial destinada a discutir a matéria, aponta soluções para inúmeros dos obstáculos que a indústria encontra para sua expansão.

Espera-se, após dez anos de promulgação da Lei do Petróleo, que instituiu o regime de concorrência no mercado de petróleo e gás natural, que ao findar 2007, o país já disponha de um marco regulatório promotor do investimento e da concorrência no setor.

Referências bibliográficas

- KLEIN, M. Networks Industries. In: HELMER, D.; JENKINSON, T. (Orgs.). Competition in Regulated Industries. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 40-76.
- LAFFONT, J.-J.; TIROLE, J. A Theory of Incentives in Procurement and Regulation. Cambridge: MIT Press, 1993.
- _____. Competition in Telecommunications. Cambridge: MIT Press, 1999.
- MAIA, J. Relatório, Voto e Substitutivo ao PL 6.673 de 2006, que dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural, e dá outras providências. Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mimeo, junho de 2007.
- OECD. Promoting Competition In The Natural Gas Industry. Paris, 2000. Disponível em: < <http://www.oecd.org/dataoecd/34/23/1920080.pdf#search=%22%22promoting%20competition%20in%20the%20natural%20gas%20industry%22%22>>.
- PEDRA, D.P.; SALGADO, L.H. Aspectos econômicos e jurídicos do livre acesso ao mercado de gás natural. In: SALGADO, L.H.; SEROA DA MOTTA, R.

¹⁴ Conforme asseverado, tomando-se o mês de dezembro de 2006 como referência, 50% da oferta de gás natural no Brasil é proveniente de importações.

(Eds.). Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: IPEA, 2005, p. 315-356.

_____. Indústria de Gás Natural no Brasil: Quadro Regulatório e Perspectivas, trabalho apresentado no Seminário Internacional Reestruturação e Regulação do Setor de Energia Elétrica e Gás Natural. Rio de Janeiro, UFRJ, mimeo, agosto de 2006.

