

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

São Paulo
Volume 14 número 2 – 2007
ISSN 1517-1957

**VII CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS
SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

PRÊMIO IBRAC – ESSO

2006



**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: Maria Fernanda Pécora

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

CONSELHO EDITORIAL: *Concorrência*: Barbara Rosenberg, Calixto Salomão, Carlos Francisco Magalhães, Leonor Cordovil, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos; *Relações de Consumo*: Fábio Ulhoa Coelho, Fernando de Oliveira Marques, Maria Eugênia Finkelstein, Newton de Lucca, Sergio Pinheiro Marçal, Sonia Maria Giannini Marques Döbler; *Comércio Exterior*: Ana Caetano, Antonio Fernando Guimarães Bessa, Marcello Procópio Calliari, Marcos Jank, Pablo Bentes, Rabih Nasser, Rubens Ricupero, Vera Thorstensen; *Economia*: Arthur Barrionuevo, Edgard Pereira, Elizabeth Farina, Gesner de Oliveira, Jorge Fagundes; *Regulação*: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira; *Secretariado Editorial*: Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva, Vicente Bagnoli.

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

Periodicidade: 6 números em 2005

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

**VII CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA – 2006**

PRÊMIO IBRAC – ESSO 2006

BANCA EXAMINADORA

Presidência: Sérgio Varella Bruna
Amadeu Carvalhaes Ribeiro
Antonio Garbelini Jr.
Arthur Barrionuevo
Jorge Fagundes
Leonor Cordovil
Paulo Furquim de Azevedo
Paulo Todescan Mattos

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1.º Colocado – Bruno Carazza dos Santos

Monografia: *Regulação e defesa da concorrência são realmente instrumentos complementares de política? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro*

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da UFMG

2.º Colocado – Cristiane de Oliveira Coelho

Monografia: *A liberdade individual como fundamento do direito da concorrência: o papel da democracia e da teoria do discurso*

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

3.º Colocado – Leandro Alexi Franco

Monografia: *A regulação de oferta no mercado brasileiro de aviação civil como instrumento de combate à guerra de preços: uma análise do mecanismo com base na teoria dos jogos*

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

4.º Colocado – Carolina Maria Lembo

Monografia: *Breve abordagem das diferenças doutrinárias entre a regulação de concentrações empresariais na União Européia e nos Estados Unidos da América a partir da análise do caso GE/Honeywell*

Curso: Direito

Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie

5.º Colocado – Fabio Queiroz Pereira

Monografia: *Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades*

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado – Cristiane Alkmin Junqueira Shmidt

Monografia: *A liberalização do preço do combustível e a estrutura de mercado da gasolina no Brasil*

Curso: Doutorado em Economia

Instituição: Fundação Getulio Vargas – RJ

2.º Colocado – Demétrio Matos Tomázio

Monografia: *Uma análise da existência de comportamento colusivo no mercado brasileiro de distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP)*

Curso: Mestrado em Economia

Instituição: Universidade de Brasília

3.º Colocado – Marcios Mario Murta Filho

Monografia: *Reformas regulamentares e concorrência: o caso da indústria bancária brasileira*

Curso: Doutorado em Economia

Instituição: Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciências da Informação e da Documentação (FACE) da Universidade de Brasília

4.º Colocado – Denis Alves Guimarães

Monografia: *Monopolização de aftermarkets: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado*

Curso: Doutorado em Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

5.º Colocado – Marina Moreira da Gama

Monografia: *Do efeito unilateral de um ato de concentração*

Curso: Doutorado em Direito

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

GRADUAÇÃO

REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA SÃO REALMENTE INSTRUMENTOS COMPLEMENTARES DE POLÍTICA PÚBLICA? Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro <i>Bruno Carazza dos Santos</i>	11
A LIBERDADE INDIVIDUAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: o papel da democracia e da teoria do discurso <i>Cristiane de Oliveira Coelho</i>	37
A REGULAÇÃO DE OFERTA NO MERCADO BRASILEIRO DE AVIAÇÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À GUERRA DE PREÇOS: análise do mecanismo com base na teoria dos jogos <i>Leandro Alexi Franco</i>	65
BREVE ABORDAGEM DAS DIFERENÇAS DOUTRINÁRIAS ENTRE A REGULAÇÃO DE CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA UNIÃO EUROPÉIA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO GE/HONEYWELL <i>Carolina Maria Lembo</i>	89
JUDICIALIZAÇÃO DAS LIDES CONCORRENCIAIS NO BRASIL: limites e possibilidades <i>Fabio Queiroz Pereira</i>	129

PÓS-GRADUAÇÃO

A LIBERALIZAÇÃO DO PREÇO DO COMBUSTÍVEL E A ESTRUTURA DE MERCADO DA GASOLINA NO BRASIL <i>Cristiane Alkmin Junqueira Shmidt</i>	161
UMA ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO COLUSIVO NO MERCADO BRASILEIRO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP) <i>Demétrio Matos Tomázio</i>	219
REFORMAS REGULAMENTARES E CONCORRÊNCIA: o caso da indústria bancária brasileira <i>Marcios Mario Murta Filho</i>	243

MONOPOLIZAÇÃO DE *AFTERMARKETS*: racionalidade, potencial
anticompetitivo e efeitos no mercado

Denis Alves Guimarães 271

DO EFEITO UNILATERAL DE UM ATO DE CONCENTRAÇÃO

Marina Moreira da Gama 301

GRADUAÇÃO

REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA SÃO REALMENTE INSTRUMENTOS COMPLEMENTARES DE POLÍTICA PÚBLICA?

Considerações sobre a experiência recente no setor de telecomunicações norte-americano, europeu e brasileiro

Bruno Carazza dos Santos

1. Introdução

Desde a década de 1980, na maioria dos países do mundo o modelo de exploração estatal dos setores de infra-estrutura tem sido questionado, levando à quebra dos monopólios, à privatização das empresas estatais e à abertura dos seus diversos segmentos à competição. Essa onda de liberalização trouxe consigo uma mudança no modo de atuação do Estado, inclusive no Brasil.

Nesse novo cenário, as ações do Estado situam-se em dois campos distintos, supostamente complementares. De um lado, tem-se a regulação, que estabelece as regras gerais de atuação das empresas no que diz respeito à qualidade do serviço, condições de entrada e saída do mercado e tarifas, entre outras. Por outro lado, cumpre ao Estado também a função de garantir a livre concorrência, inclusive nos setores regulados. Coibindo-se práticas anticompetitivas garante-se ao consumidor uma maior variedade de opções, preços mais adequados e serviços de melhor qualidade. Em última instância, zelar pela concorrência significa cuidar do bem-estar social.

Embora a regulação e a defesa da concorrência à primeira vista possuam objetivos comuns de política pública, que é o provimento de serviços de boa qualidade a preços razoáveis, na prática esses instrumentos, e seus respectivos órgãos, convivem em permanente tensão. Sob o prisma da regulação, por mais que o estímulo à concorrência tenha sido um dos princípios norteadores da liberalização do mercado, a falta de experiência no campo do Direito Concorrencial e a possibilidade de captura e *rent seeking* têm prejudicado uma ação mais contundente dos órgãos reguladores nesse quesito. Já em relação ao Direito Antitruste, a falta de conhecimento técnico e capacidade institucional para lidar com um cada vez mais complexo emaranhado de regulações detalhadas sobre qualidade e segurança de serviços cria

barreiras a uma atuação mais efetiva dos órgãos de defesa da concorrência em setores regulados.

Especificamente em relação ao setor de telecomunicações, passada mais de uma década desde que os principais países implementaram medidas para abrir seus mercados à concorrência – o processo brasileiro começou em 1997, com a aprovação do marco regulatório do setor –, chega-se à constatação de que o fim dos monopólios legais não é garantia de competição. Em todos os países cresce a movimentação para a introdução de medidas efetivas pró-concorrência.

A experiência internacional revela que o arcabouço regulatório adotado após a liberalização criou uma estrutura de mercado que incentiva a adoção de práticas anticoncorrenciais. As empresas que adquiriram as redes construídas ao longo de um século pelos detentores do monopólio estatal – as chamadas empresas “incumbentes”¹ – herdaram uma considerável vantagem sobre suas concorrentes. Por possuírem a rede física de telefonia e atuarem no mercado de serviços de telecomunicação aos consumidores finais, essas empresas auferem os benefícios de uma integração vertical (economias de escala, escopo e diversas outras eficiências técnicas e econômicas) de que suas concorrentes não dispõem.

E mais: como a rede física (chamados tecnicamente de par de cobres, *local loop* ou última milha) é essencial para o provimento de serviços ao consumidor final, seus concorrentes dependem delas para disputarem clientes. Isso significa que uma concorrente não tem condições de oferecer serviços de telecomunicações (chamadas telefônicas, acesso à internet, transmissão de dados etc.) sem ter que pagar pelo uso da rede física de propriedade da incumbente. Além disso, construir uma rede própria, que seria a solução para driblar esse obstáculo, é economicamente inviável no volume e capilaridade da rede já existente.

A existência de uma empresa que atua verticalmente integrada, possuindo uma infra-estrutura essencial de duplicação inviável, cria então um cenário propício à adoção de práticas anticoncorrenciais, como a discriminação de preços indevida. A solução regulatória adotada por diversos países para esse problema tem sido o compartilhamento da rede: exige-se das incumbentes o livre acesso à sua rede por parte de seus concorrentes, permitindo a inter-

¹ No Brasil, as incumbentes são a Telemar, a Telefonica e a Brasil Telecom.

conexão entre os sistemas, de forma que o acesso seja “alugado” (solução conhecida como *unbundling* no jargão técnico).

Para assegurar que essa negociação entre rivais se dê em termos justos, razoáveis e não-discriminatórios, os órgãos de regulação têm controlado o preço do acesso. Ocorre que a integração vertical das incumbentes, a assimetria de informações entre reguladores e regulados e a falta de transparência desse mercado geram muita margem para adoção de estratégias comerciais destinadas a diminuir a competitividade de seus concorrentes.

No presente estudo são apresentados três casos envolvendo aspectos regulatórios julgados recentemente por tribunais antitruste respectivamente nos Estados Unidos, na União Européia e no Brasil. Todos tratam de um mesmo objeto: a suposta existência de práticas anticoncorrenciais por empresas do setor de telecomunicações que detêm o acesso à rede local em sua área geográfica de atuação.

Devido a limitações de espaço, o presente trabalho não pretende discutir as particularidades dos casos e da decisão de cada órgão antitruste em detalhes. O objetivo deste trabalho é apresentar as diferentes abordagens levantadas nessas disputas a respeito da interação entre Direito da Concorrência e regulação em três importantes jurisdições. A análise dos posicionamentos da Suprema Corte americana, da Comissão Européia e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE revela que os limites e o alcance desses instrumentos de política pública para obtenção de resultados economicamente eficientes estão longe de serem considerados consolidados na experiência internacional.

O presente artigo está estruturado em cinco seções, incluindo esta Introdução. Na Seção 2 é apresentada a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre o caso *Verizon v. Trinko*, que em janeiro de 2004 afastou do campo do Direito da Concorrência a conduta da empresa incumbente Verizon de beneficiar sua subsidiária ao oferecer acesso à sua rede em piores condições para suas concorrentes. Para a Suprema Corte, o arcabouço regulatório é suficiente para lidar com esses casos e a aplicação do Sherman Act em disputas similares geraria um custo superior aos benefícios em termos de segurança jurídica e incentivo ao investimento.

Ao contrário do veredicto emitido nos Estados Unidos, a opinião dos órgãos guardiões da concorrência na União Européia e no Brasil retomam a tese da complementaridade entre os campos do antitruste e da regulação.

No caso Deutsche Telekom, julgado pela Comissão Européia em maio de 2003 e discutido na Seção 3, a multa aplicada à incumbente sinaliza que apenas a regulação não é suficiente para conter abusos de poder econômico. Já a Seção 4 mostra que a concessão pelo CADE de uma Medida Preventiva em fevereiro de 2003 contra a empresa Telefonica, detentora da rede de telefonia no principal centro econômico brasileiro, além de ressaltar a necessidade de complementaridade entre regulação e concorrência, desencadeou um processo de revisão do arcabouço regulatório destinado a eliminar distorções no setor de telecomunicações.

O trabalho é encerrado com as considerações finais.

2. O Caso Trinko v. Verizon: Retrocesso ou pragmatismo na abordagem da Suprema Corte americana sobre os desafios da regulação e do antitruste?

Em 13 de janeiro de 2004 a Suprema Corte americana surpreendeu o mercado e o meio acadêmico ao decidir um importante caso envolvendo a interação entre regulação e antitruste no mercado de telecomunicações, a disputa Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.²

O cerne da questão analisada pela Suprema Corte refere-se ao alcance que as decisões antitruste podem assumir em relação a um mercado intensamente controlado por um órgão regulador. Em sua decisão, questões como o efeito anticoncorrencial do descumprimento de exigências regulatórias e a capacidade dos órgãos antitruste de fiscalizar e fazer cumprir suas decisões são colocadas.

A ação foi movida por um escritório de advocacia, Law Offices of Curtis V. Trinko, contra a empresa de telefonia local Verizon Communications Inc., detentora da rede física de telefonia na cidade de Nova York. Como cliente da empresa telefônica AT&T, Trinko alegou que a Verizon praticava tratamento discriminatório contra a AT&T, o que acarretava uma prestação de serviços de telefonia local com qualidade inferior para o escritório de advocacia.

O questionamento da Trinko coloca em evidência a configuração do mercado americano de telefonia após a sua liberalização em 1996. Com a

² Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>. Acesso em: 19 set. 2006.

promulgação da Lei de Telecomunicações de 1996 (The Telecommunications Act of 1996, Public Law 104-104, 110 Stat. 56), os monopólios legais de telefonia local foram quebrados, com a divisão do mercado em quatro grandes áreas. Na região de Nova York, a empresa Nynex – que durante um ciclo de fusões e incorporações tornou-se posteriormente Bell Atlantic e, finalmente, Verizon – herdou a rede física construída ao longo de décadas pelo monopólio estatal. De acordo com o marco regulatório introduzido em 1996 para o setor de telecomunicações, essas empresas herdeiras do antigo monopólio em sua área geográfica – denominadas na legislação de empresas incumbentes – deveriam assumir uma série de responsabilidades para limitar o seu poder de mercado e, assim, estimular a concorrência.

É importante destacar que o espírito da complementaridade entre regulação e concorrência aflora já no preâmbulo da Lei de Telecomunicações de 1996. Naquele dispositivo legal a concorrência é vista como um instrumento basilar para alcançar os objetivos de redução de preços, melhoria da qualidade dos serviços e estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias de telecomunicações.³ Para atingir tal intento, a própria legislação estabelece uma série de medidas destinadas a assegurar a preservação do ambiente concorrencial em todos os mercados. Uma das mais importantes exigências, presente no artigo 251, obriga cada empresa de telecomunicações a interconectar-se direta ou indiretamente com a rede e o equipamento de outras companhias,⁴ seja por meio da revenda de serviços ao consumidor final (*resale*), seja pelo compartilhamento de elementos da rede (*unbundling*).

Por meio dessas medidas, uma empresa concorrente (no caso, a AT&T) pode oferecer serviços de telefonia fixa a seus clientes (o escritório de advocacia Curtis V. Trinko) porque a regulação americana lhe assegura utilizar-se da rede instalada da incumbente (Verizon) que levará os sinais telefônicos do cliente final à central telefônica da empresa concorrente (AT&T).

³ O preâmbulo da referida lei estabelece: “To promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for American telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies”.

⁴ No original: “Sec. 251. Interconnection. a) General duty of telecommunications carriers – Each telecommunications carrier has the duty – 1) to interconnect directly or indirectly with the facilities and equipment of other telecommunications carriers; (...)”.

Sendo assim, a legislação americana introduziu os meios necessários para que uma empresa concorrente dribles a ausência de rede própria e ofereça serviços de telefonia aos consumidores finais até então atendidos somente pela incumbente. Mas a previsão da livre interconexão entre as redes não é condição suficiente para um ambiente plenamente concorrencial no setor de telecomunicações. E o histórico de negociações entre a AT&T e a Verizon para obter acesso à sua rede retrata bem as dificuldades enfrentadas pelos órgãos reguladores americanos em lidar com essa questão.

Logo após a entrada em vigor da Lei de Telecomunicações de 1996, a AT&T e a Verizon entraram em processo de negociação para a definição dos termos de um contrato de interconexão visando estabelecer o preço e as condições de acesso à rede da incumbente Verizon. Como as partes não chegaram a nenhum acordo, recorreu-se à arbitragem compulsória do órgão regulador de infra-estrutura do estado de Nova York, a Public Services Commission – PSC. Após a intervenção do órgão, o contrato foi firmado em 1997.

Em dezembro de 1999, surge a primeira disputa entre as empresas relacionadas às condições do *unbundling*. De acordo com uma representação apresentada pela AT&T simultaneamente aos órgãos reguladores estadual (PSC) e federal (Federal Communications Commission – FCC), o *software* utilizado pela Verizon (à época chamada Bell Atlantic) para proceder à interconexão entre a rede de sua propriedade e os sistemas das suas concorrentes, dentre elas a AT&T, estava apresentando defeitos que comprometiam a qualidade da interconexão e muitas vezes impediam que ela fosse efetivada. Como resultado, a AT&T reclamava que esse problema estava gerando insatisfação entre seus clientes e, conseqüentemente, perda na sua capacidade de competir com a Verizon.

Tanto a PSC quanto a FCC abriram investigações para verificar se a queixa da AT&T procedia. A PSC realizou inspeções durante três meses e concluiu que o *software* realmente apresentava problemas que comprometiam a qualidade dos serviços providos pelas concorrentes da Verizon. Sendo assim, impôs em 11/02/2000 uma ordem exigindo a tomada de providências, com a elaboração de relatórios diários sobre o funcionamento do sistema e seu envio à PSC. Como foi identificado que as concorrentes estavam incorrendo em significativos prejuízos, em 15/03/2000 a PSC determinou a aplicação de uma indenização de US\$ 10 milhões a ser distribuída entre as concorrentes

da Verizon (como a AT&T, a MCI e a MetTel, entre outras), conforme o dano sofrido por cada empresa.⁵

A FCC, por sua vez, estabeleceu um acordo com a Verizon em 09/03/2000 em que essa empresa se comprometeu a obedecer a diversas exigências de desempenho no serviço e ainda efetuou uma contribuição “voluntária” de US\$ 3 milhões ao Tesouro americano como pena pelos problemas com o *software*. Além disso, foi demandado o envio de relatórios semanais para o Enforcement Bureau da FCC, que passou a monitorar o cumprimento da medida.⁶

Em 20/06/2000, depois de verificar que os serviços de *unbundling* prestados pela Verizon já haviam retornado a um patamar aceitável de qualidade, a FCC anunciou sua decisão de finalizar seu trabalho de supervisão sobre a empresa, livrando-a da obrigação de remeter relatórios periódicos sobre suas metas de desempenho. Da mesma forma, em 19/07/2000 a PSC também encerrou o caso, concluindo que os problemas com o *software* haviam sido substancialmente reduzidos depois da implementação de uma nova versão do programa. Mas ainda impôs à Verizon o pagamento de uma indenização de US\$ 100 mil à AT&T para ressarcir danos causados pela demora no fornecimento da nova versão do *software*.

Mas a resolução da disputa na seara regulatória não foi suficiente para encerrar o clima de litígio entre as duas partes. No dia seguinte ao estabelecimento do acordo de cessação da prática com a FCC, o escritório de advocacia Trinko, cliente da AT&T, entrou com uma ação antitruste perante a District Court for the Southern District of New York.

De acordo com a requerente Trinko, a Verizon ofereceu tratamento discriminatório no processamento dos pedidos de *unbundling* realizados pela

⁵ Sobre a disputa regulatória travada na Public Service Commission – PSC de Nova York, pesquisar sobre os casos 00-C-008 – Complaint of MCI Worldcom, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Billing Completion Notices e 00-C-0009 – Complaint of AT&T Communications of New York, Inc. against Bell Atlantic-New York concerning Acknowledgements, Completion Notices and Pre-Order Outages. Disponível em: [http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/\\$File/doc8265.pdf?OpenElement](http://www3.dps.state.ny.us/pscweb/WebFileRoom.nsf/ArticlesByCategory/ED8B31525312519B85256DF100756FA1/$File/doc8265.pdf?OpenElement). Acesso em: 20 set. 2006.

⁶ Conforme nota à imprensa *Enforcement bureau announces that bell atlantic has satisfied consent decree regarding electronic ordering systems in New York*, June 20, 2000. Disponível em: http://www.fcc.gov/eb/News_Releases/bellatlet.html. Acesso em: 20 set. 2006.

AT&T. Segundo ela, enquanto a Verizon atendia prontamente os pedidos de ligação provenientes de seus próprios clientes finais, as solicitações provenientes de clientes da AT&T não eram resolvidas no tempo adequado. A falha no *software*, motivo da abertura dos processos nos órgãos regulatórios, era na verdade uma estratégia para prejudicar os clientes de seus concorrentes. Essa estratégia comercial, segundo a petição da Trinko, configuraria uma agressão ao art. 2.º do Sherman Act, que penaliza a tentativa de monopolição do mercado.⁷

A análise do caso, feita pelo juiz Antonin Scalia e aprovada pela Suprema Corte, traça uma interessante e polêmica discussão sobre se o descumprimento de uma obrigação regulatória é passível de uma condenação antitruste.

Para o juiz relator do caso, a elaboração de um estatuto tão detalhado e com tantas medidas destinadas ao fomento da competição, como a Lei de Telecomunicações de 1996, a princípio não deveria autorizar automaticamente a abertura de um processo antitruste. Isso porque o risco de conflito entre as decisões judiciais com base na legislação antitruste e o marco regulatório nacional seriam consideráveis, o que introduziria muita incerteza no ambiente de negócios e geraria dúvidas sobre os reais objetivos da política pública.

Mas acontece que o Congresso norte-americano, preocupado em estimular a competição no setor de telecomunicações, impôs uma cláusula na Lei de 1996 que elimina qualquer aspiração de se conferir imunidade antitruste à referida regulação. De acordo com o item 601(b)(1), nada na legislação introduzida em 1996 deve modificar, impedir ou superar a aplicação de qualquer norma antitruste.⁸ Essa cláusula de proteção das medidas antitruste, portanto,

⁷ No original: “§ 2. Monopolizing trade a felony; penalty.

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

⁸ No original: “Section 601. (...) (b) *Antitrust laws* –

(1) *Savings clause* – Except as provided in paragraphs (2) and (3), nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws.

(2) *Repeal* – Subsection (a) of section 221 (47 U.S.C. 221(a)) is repealed.

garantiria o recurso à legislação antitruste sempre que um agente se sentisse lesado por uma tentativa de domínio do mercado.

Mas o juiz Scalia apresentou interessantes considerações sobre o alcance das medidas antitruste em face de um arcabouço regulatório destinado a estimular a competição no mercado. Em face de um sistema tão preocupado com a concorrência como o implementado após a Lei de Telecomunicações de 1996, o Direito da Concorrência teria muito pouco a contribuir, sendo até mesmo possível introduzir imperfeições no sistema.

Segundo a sua opinião, aceita pela Suprema Corte, o regime regulatório de telecomunicações nos Estados Unidos é uma grande garantia para o Direito Antitruste. Como exemplo, o juiz cita as investigações efetuadas pelos órgãos reguladores FCC e PSC no próprio caso do *software* da Verizon, que processava os pedidos de *unbundling* – motivo da queixa antitruste apresentada pela Trinko. Para o juiz, a rápida resposta dos órgãos reguladores, que exigiram a elaboração de relatórios semanais e diários sobre a resolução do problema e impuseram pesadas multas à empresa, demonstra o quanto os órgãos reguladores americanos permanecem atentos à questão da concorrência no mercado de telefonia.

O juiz ainda apresenta como um limitador à aplicação irrestrita de medidas antitruste em mercados regulados o risco dos “falsos positivos”, ou seja, condenar práticas que não necessariamente apresentam conteúdo anticompetitivo. Essa seria justamente a situação de uma empresa demorar a prover o acesso via *unbundling* a seus rivais. Para o juiz, a Justiça antitruste enfrenta grandes dificuldades institucionais para avaliar um tema com tamanho conteúdo técnico, dada a imensa complexidade tecnológica envolvendo as negociações de interconexão de redes de telecomunicação. E o envolvimento da Justiça aplicando normas antitruste nessa seara geraria tanto litígio entre concorrentes que levaria ao efeito deletério de introduzir insegurança e desestimular investimentos no setor.

Segundo o juiz Scalia, mesmo que não existisse a possibilidade de condenações de “falsos positivos”, o custo da supervisão da aplicação das medidas antitruste a serem impostas às incumbentes seria praticamente inviável. Afinal de contas, o controle *ex post* de definir termos e condições “justas, razoáveis e não-discriminatórias” e supervisionar o seu cumprimento em cada

(3) *Clayton Act* – Section 7 of the Clayton Act (15 U.S.C. 18) is amended in the last paragraph by striking ‘Federal Communications Commission’.

pedido de *unbundling* exigiria dos órgãos antitruste o desenvolvimento de capacidades institucionais muito específicas e altamente demandadas.

Concluindo o seu voto, o juiz Scalia estabelece que, ainda que reconheça que o Sherman Act é a “Carta Magna da livre-iniciativa”, ela não confere aos juízes “carta branca” para condenar um monopólio na sua forma de conduzir os seus negócios a menos que outra alternativa favoreça mais o ambiente concorrencial. Com essas palavras, ele encerra o seu voto absolvendo a Verizon da acusação de infringir o Sherman Act.

O caso Trinko é visto por muitos autores (Economides, 2005; Besing, 2005; Schoen, 2005) como uma derrota do Direito Concorrencial na sua saga por tornar efetivamente competitivo o setor de telefonia nos Estados Unidos. O posicionamento da Suprema Corte constituirá um forte empecilho para a condenação de condutas de exclusão de concorrentes naquele mercado.

Embora a posição realista da Suprema Corte a respeito dos limites institucionais do Direito Concorrencial tenha sua validade, as decisões da Comissão Europeia e do CADE em casos bastante similares revelam que existem outras dimensões a serem consideradas, e que, em alguns casos, o órgão de defesa da concorrência tem inclusive o papel de indutor de mudanças na estrutura regulatória, conforme será discutido a seguir.

3. Deutsche Telekom: o Direito Antitruste como instrumento garantidor dos objetivos regulatórios na visão da Comissão Europeia

Enquanto a decisão do caso Trinko pela Suprema Corte americana lançou dúvidas sobre a eficácia da legislação antitruste de coibir abusos de poder econômico em setores regulados, a decisão da Comissão Europeia de condenar a Deutsche Telekom por práticas anticoncorrenciais no mesmo mercado relevante – o provimento de acesso à rede de telefonia local – indica uma direção diametralmente oposta. A condenação de uma incumbente por executar uma política de discriminação de preços contra suas rivais, reduzindo suas margens de lucro, revela o potencial da política antitruste em garantir a efetivação dos objetivos da política regulatória.

Como na experiência americana, a liberalização do mercado alemão de telecomunicações ocorreu em 1996. Como resultado, a antiga estatal Deutsche Telekom passou ao controle privado, tendo herdado a rede física do sistema de telefonia desenvolvido pelo investimento público ao longo de décadas.

Para contrabalançar essa vantagem competitiva, a regulação setorial foi sendo construída nos últimos anos para coibir possíveis abusos ao bem-estar social, inclusive introduzindo uma série de exigências concorrenciais. Como resultado, de acordo com a decisão da Comissão Européia, a Deutsche Telekom tem enfrentado graus variados de competição nos diferentes mercados onde atua (European Commission, 2003, p. 10).

O presente caso foi iniciado em 18 de março de 1999, quando a empresa Mannesmann Arcor AG & Co., atuante em diversos mercados de telefonia, acusou a incumbente Deutsche Telekom (DT) de efetuar uma política de preços em relação a seus concorrentes que inviabilizava a competição nos mercados de telefonia. Segundo a alegação, a DT se valia de sua condição de proprietária dos circuitos físicos que conectam a rede de suas concorrentes à residência dos assinantes dos serviços de telefonia (a chamada última milha ou *local loop*) para prejudicar a concorrência no mercado de serviços de telefonia. Conforme explicado anteriormente, o *local loop* é um insumo fundamental para a oferta de serviços de telefonia (voz, dados, internet, fax etc.); sem ele, o consumidor final não obtém acesso ao sistema telefônico de sua região. Dada a sua importância para o sistema, o compartilhamento do acesso à última milha tem sido intensamente regulamentado no mercado europeu. Mas diversas queixas das concorrentes argumentam que essa regulação não tem sido suficiente para tornar o mercado plenamente competitivo.

A suposta prática anticoncorrencial da Deutsche Telekom funcionaria da seguinte maneira: como a empresa atua tanto no mercado de fornecimento de acesso à última milha para seus concorrentes quanto no oferecimento de serviços de telefonia para os consumidores finais, ela executava uma política de preços que coibia a concorrência. Segundo a Mannesmann, no mercado *upstream*, onde era monopolista, a DT cobrava de seus concorrentes um alto preço de acesso à última milha, o que inviabilizava a competição em condições de igualdade com a própria DT no mercado de serviços ao consumidor final. Para a empresa reclamante, a DT utilizava o preço de acesso ao *local loop* como forma de pressionar a margem que ela poderia obter com a venda de serviços de telefonia para o consumidor final. Em poucas palavras, ela elevava o preço do insumo para diminuir a lucratividade de seus concorrentes no produto final. Essa prática é chamada pela literatura econômica de *price squeeze* (ou *margin squeeze*).

Nos meses seguintes à apresentação pela Mannesmann do pedido de investigação dessa suposta conduta anticoncorrencial na Comissão Européia,

outras 14 empresas locais e regionais de telecomunicações da Alemanha se juntaram como partes ao pleito.

A defesa da Deutsche Telekom pautou-se primeiramente no questionamento de que a Comissão Europeia não possuía legitimidade para levar adiante uma investigação num setor tão intensamente regulado como o provimento de acesso a redes de telecomunicações. Segundo os advogados da DT, como ambas as tarifas de acesso (*unbundling*) e de conexão (analogica e digital) são definidas pela agência reguladora, a empresa não possuía liberdade para implementar sua política comercial. Sendo assim, no lugar de processar a empresa segundo os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Europeia, a Comissão Europeia deveria dirigir seu foco para a agência reguladora alemã, com base no artigo 226 do mesmo tratado, que era quem definia os preços naquele mercado.⁹

A Comissão Europeia, por seu turno, discordou dessa alegada imunidade dos setores regulados à aplicação dos dispositivos relativos à defesa da concorrência. Para isso, a Comissão recordou que a própria Corte de Justiça e a Corte de Primeira Instância da Comunidade Europeia já haviam decidido que as regras concorrenciais podem ser aplicadas quando a legislação específica do setor não evita que seus regulados efetuem condutas autônomas que previnam, restrinjam ou distorçam a concorrência.¹⁰

Para a Comissão Europeia, esse era justamente o caso da Deutsche Telekom. Embora a empresa tenha argumentado que sua política de preços era totalmente imposta pelo órgão regulador, o sistema de tarifação adotado na Alemanha, segundo a Comissão, permitia a execução de uma política autônoma que poderia ter implicações anticoncorrenciais.

Para entender o sistema de tarifação alemão é preciso destacar que a agência reguladora de telecomunicações possuía políticas distintas para o

⁹ O art. 226 do Tratado da Comunidade Europeia tem o seguinte conteúdo: “Article 226 – If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under this Treaty, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice”.

¹⁰ Essa opinião já havia sido expressada nos casos *Commission and France v. Ladbroke Racing, Irish Sugar v. Commission* e *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*.

acesso e para o mercado de varejo, que é a conexão propriamente dita, seja analógica, digital ou por banda larga (ADSL).

Enquanto no mercado de atacado (*upstream*) o preço do acesso é regulado diretamente, no mercado de varejo (*downstream*) por conexão analógica ou digital, o modelo tarifário alemão é do tipo *price cap*. Segundo esse sistema, os serviços não são precificados individualmente, mas por meio de uma cesta de produtos e serviços. Isso significa que a empresa tem uma considerável margem de manobra para implementar sua política comercial, pois ela pode, por exemplo, aumentar o preço da conexão digital, compensando com uma redução nos preços das tarifas locais, de forma a manter o preço da cesta de serviços dentro dos limites estabelecidos pela regulação.

Quanto à interação entre regulação e concorrência, a Comissão decidiu, portanto, que apesar de ter seus preços regulados, o sistema imposto pelo órgão regulador conferia à Deutsche Telekom espaço para estabelecer seus preços de forma consideravelmente livre, o que significa dizer que a DT deveria se sujeitar a uma investigação antitruste a respeito de suas práticas comerciais.

É preciso destacar aqui que a Comissão Européia não levantou nenhuma das questões suscitadas pela Suprema Corte americana no caso *Trinko*, como o risco de se condenar um “falso positivo” ou os custos da supervisão após a aplicação da medida antitruste. O posicionamento da Comissão Européia, menos pragmático que o esposado pelo órgão julgador norte-americano, pautou-se principalmente pela complementariedade entre as funções antitruste e regulatória na condução das políticas públicas.

Vencida a questão da interação entre a regulação e o Direito Concorrencial, a Comissão Européia partiu a analisar a prática comercial da Deutsche Telekom com o objetivo de verificar se houve uma tentativa de esmagamento da lucratividade de suas concorrentes (*margin squeeze*), o que caracterizaria um abuso de posição dominante de mercado, condenado pelo art. 82(a) do Tratado da Comissão Européia.¹¹

¹¹ O referido dispositivo legal está assim expresso: “Article 82 – Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (...).”

Seguindo sua sistemática de análise antitruste, a Comissão Européia concluiu: (i) que a DT possuía poder de mercado suficiente para implementar práticas anticoncorrenciais nos mercados de acesso, banda estreita e banda larga; (ii) que durante pelo menos cinco anos a DT implementou uma política de *price squeeze* nos setores de acesso aos *local loops* e conexão via bandas estreita e larga; e (iii) que essa política é um dos motivos do baixo nível de concorrência no mercado alemão de telecomunicações. Levando em consideração a gravidade da conduta e a sua duração, critérios de dosimetria adotados pela Comissão Européia, a Deutsche Telekom foi multada em €\$ 12,6 milhões.

Essa decisão da Comissão Européia é louvada por Klotz e Fehrenbach (2003) como a primeira condenação supranacional de uma empresa de telecomunicações desde a abertura do mercado em 1996. De acordo com esses autores, logo após a decisão da Comissão Européia, exarada em 21/05/2003, o órgão regulador alemão convocou a Deutsche Telekom para negociar um realinhamento de tarifas com vistas a reduzir o potencial de *margin squeeze*. Como resultado, as tarifas no mercado de acesso aos local loops foram reduzidas em quase 20%, enquanto o sistema de *price cap* no mercado varejista foi reajustado em torno de 10%. Isso permitiu reduzir a pressão de custos exercida sobre os concorrentes quando defrontados com a atuação verticalmente integrada da DT. Para os autores,

“This modified tariff structure of DT offers a better basis for more competition in the local loop. DT’s competitors now have to pay less at wholesale level and will thus be able to offer more attractive retail access prices. This will help them to better compete with DT for local loop access, especially since DT’s retail access prices have been increased” (Klotz and Fehrenbach, 2003, p. 10).

A aplicação da legislação antitruste a um setor tão intensamente regulado *ex ante* por órgãos governamentais foi uma sinalização de que a elaboração da regulação na Europa deve se ater a questões concorrenciais. Além disso, a decisão de multar a empresa regulada por práticas anticoncorrenciais representa a afirmação de que a Comissão Européia permanece vigilante em garantir um ambiente de livre competição mesmo que as regulações nacionais não cumpram esse objetivo central de política econômica na Europa.

4. A Medida Preventiva do CADE contra a Telefonica na licitação da Prodam/SP: o papel indutor da Defesa da Concorrência em relação à atividade regulatória

Paralela e independentemente às investigações do caso Trinko, nos Estados Unidos, e Deutsche Telekom, na União Européia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE dedicava atenção especial a um fato muito semelhante ocorrido no mercado de telecomunicações brasileiro: a acusação apresentada pela Embratel contra a Telefonica de valer-se de sua posição de detentora do acesso à rede local para beneficiar sua subsidiária numa licitação pública.

O pedido de abertura de processo administrativo apresentado à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e posteriormente ao CADE argumentava que a Telefonica, adquirente da rede de telecomunicações da antiga Telesp no leilão de privatizações ocorrido em 1998, praticava discriminação de preços de acesso à sua rede, cobrando um valor mais elevado para suas concorrentes (dentre elas a Embratel) do que para a sua própria subsidiária no mercado final, a Telefonica Empresas.

Para comprovar o seu argumento, a Embratel apresentou à Anatel e ao CADE os preços de acesso apresentados pela Telefonica Empresas em uma licitação para o provimento de serviços de exploração industrial de linhas dedicadas (EILD) realizado pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo – Prodam. Esses preços de acesso para diferentes velocidades cotados no certame licitatório estavam substancialmente acima daqueles cobrados à época, para o mesmo serviço, para atender à demanda da Embratel. De acordo com os representantes da Embratel, estaria configurada a discriminação de preços.

Como resultado dessa discriminação, que a Embratel caracterizava como uma estratégia de elevação de custos dos rivais (*raising rivals' costs*), a Telefonica teria exercido seu poder de monopólio sobre a rede local para estabelecer um preço da interconexão que impediu a Embratel de vencer a concorrência pública pelo serviço. Essa prática teria sido determinante para o resultado final do processo, que resultou na vitória da subsidiária da empresa, a Telefonica Empresas.

Por esse motivo a Embratel protocolou uma “Representação com Pedido de Medida Preventiva para Imediata Cessação de Prática Anticompetitiva” na Anatel em 06/09/2002. Na mesma data, a empresa apresentou ao CADE uma cópia do documento registrado na Anatel, solicitando as providências

de competência do órgão guardião da concorrência no Brasil. No CADE, o processo foi distribuído para o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira.

Diante da falta de movimentação da Anatel diante dos fatos, a Embratel solicitou em 08/10/2002 a concessão de uma Medida Preventiva pelo Conselheiro-Relator do processo no CADE. No dia 27/02/2003 o Conselheiro do CADE Cleveland Prates Teixeira concedeu a Medida Preventiva contra a Telefonica, alegando a existência de fortes indícios de que uma conduta anticompetitiva estava sendo executada pela empresa incumbente (*fumus boni iuris*), o que teria o poder de distorcer as condições de competição no fornecimento de acesso de linhas dedicadas nos mercados público e privado (*periculum in mora*). É importante destacar que a decisão do CADE ocorreu somente dois dias após a Anatel comunicar que ainda estava abrindo um processo administrativo para investigar a suposta prática anticompetitiva denunciada pela Embratel.

De modo semelhante ao ocorrido no caso Trinko, a decisão do Conselheiro Cleveland Prates em aplicar uma Medida Preventiva contra uma empresa concessionária de um serviço público e intensamente regulada por uma autoridade estatal exigiu diversas considerações sobre os limites de atuação entre a defesa da concorrência e a regulação.¹²

A defesa da Telefonica alegou, de pronto, que o CADE não possuía competência para analisar um pedido de Medida Preventiva antes que a Anatel, órgão que foi o primeiro a ser procurado com tal intento, se pronunciasse sobre o assunto. Ao CADE cumpriria executar uma função de instância recursal, e agindo de forma contrária acabaria por resultar em supressão ilegal da competência daquele órgão regulador.

Essa opinião não foi aceita pelo Conselheiro-Relator Cleveland Prates. Trazendo à luz o art. 52 da Lei 8.884/94, que disciplina o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Conselheiro argumentou que a competência para a concessão da Medida Preventiva é exercida concorrentemente pelo Conselheiro-Relator do CADE e pelo Conselho Diretor da Anatel. E que sua decisão em tomar para si a responsabilidade de atender ao pleito da Embratel deveu-se à demora da Anatel em proceder à abertura do processo administra-

¹² O despacho do Conselheiro Cleveland apresenta ainda diversas considerações para caracterizar a conduta da Telefonica como anticoncorrencial. Como o objetivo deste trabalho é estritamente discutir as relações entre regulação e concorrência, o foco será deslocado exclusivamente para este assunto.

tivo e à existência de fortes indícios de conduta anticoncorrencial obtidos em suas diversas averiguações e no estudo do mercado de telecomunicações.

A decisão de aplicar a Medida Preventiva mesmo sem a manifestação prévia do órgão regulador foi assim justificada pelo Conselheiro do CADE:

“Para analisar essa questão é preciso considerar o papel do CADE na repressão a condutas contrárias à ordem econômica. Ao CADE compete, por determinação legal, punir as condutas anticoncorrenciais, sendo-lhe necessário para tanto contar com poderes para que assim possa proceder. Dessa forma, não é correto supor que, em face da demora do órgão regulador para analisar a Medida Preventiva, fique o CADE submetido ao risco de ter suas decisões por ineficazes em razão da prática realizada pelo agente econômico não ter sido cessada no momento oportuno. Mesmo que não houvesse qualquer pedido formulado, poderia, de ofício, o Conselheiro-Relator adotar Medida Preventiva quando presentes os requisitos autorizadores (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) em razão da necessidade de resguardar e preservar a utilidade do processo administrativo como a eficácia da decisão final” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 17).

Para o Conselheiro-Relator, o caso Prodam não envolveria apenas uma questão estritamente regulatória referente à definição de tarifas de interconexão. Se assim fosse, a questão seria competiria exclusivamente à Anatel. A questão central, no entanto, era a potencialidade de ocorrência de práticas lesivas à concorrência derivada da liberdade de negociação permitida pela Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997. E nesse quesito a participação do CADE era essencial.

De acordo com o Conselheiro, o marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil prevê o estímulo à livre negociação e à competição nesse mercado. Esses princípios, relativos especificamente à questão das tarifas de interconexão à rede das empresas incumbentes (como é o caso da Telefonica), estão expressos nos artigos 152 e 153 da citada Lei Geral das Telecomunicações:

“**Art. 152.** O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garan-

tindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.¹³

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação”.

Para o Conselheiro Cleveland Prates, o objetivo de não-discriminação nas condições de acesso entre a empresa incumbente verticalmente integrada e suas concorrentes não necessariamente pode ser alcançado nesse regime regulatório em que se combinam livre negociação e estabelecimento de preços máximos.¹⁴ Essa estrutura regulatória abria considerável margem para a promoção de ações anticompetitivas pela empresa incumbente, entre elas a discriminação de preços alegada pela Embratel contra a Telefonica.

O Conselheiro-Relator deixa claro, nesse ponto, que não é favorável a uma política governamental de controle de preços no setor de telecomunicações como solução para o problema. Pelo contrário, para ele não haveria contradição entre um modelo regulatório de liberdade de negociação e a preservação da concorrência. O equilíbrio seria alcançado quando tanto o CADE quanto a Anatel recorrem à Lei de Defesa da Concorrência para coibir condutas anticompetitivas que possam eventualmente aflorar dessa liberdade de negociação.

Nesse caso fica clara a posição do Conselheiro-Relator em relação à complementaridade entre as funções do órgão de defesa da concorrência e do órgão regulador:

“Nessa linha, há que ficar claro que a existência de possíveis condutas anticompetitivas discriminatórias, quando houver, não decorre de uma falha da regulação, mas sim do abuso de um suposto poder

¹³ É interessante notar a semelhança entre os dispositivos que tratam dos serviços de interconexão previstos na legislação americana (art. 251(b)(3)) e na brasileira (art. 152). Ambos tratam de condições não discriminatórias, preços justos e condições técnicas adequadas.

¹⁴ A Norma Anatel 303/96 é que regia as condições de interconexão nos serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD) à época em que o Despacho da Medida Preventiva foi exarado. Além de destacar os princípios de não-discriminação e livre negociação previstos na Lei Geral de Telecomunicações, a norma também estabelecia preços limites para o acesso, de acordo com a tecnologia (analógica ou digital) e as velocidades de transmissão.

dominante de uma firma que explora sua vantagem no mercado de origem para estender seu poder sobre o mercado alvo. Note-se ainda que assuntos como a adequação dos preços de acesso aos custos de provimento dos serviços para diferentes velocidades pertencem à esfera regulatória, e não demandam, portanto, posicionamento dos órgãos de defesa da concorrência. A atuação desses últimos circunscreve-se à análise das possíveis condutas anticompetitivas realizadas no ambiente concorrencial do mercado, esse sim definido pelo órgão regulador. São, portanto, atribuições complementares, e não excludentes” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 25-26).

Por fim, e em linha com a defesa da complementaridade entre concorrência e regulação exposta acima, o Conselheiro-Relator enfatiza que a aplicação do Direito Antitruste deve se ater à proteção dos interesses difusos, e não dos interesses particulares de empresas. Em outras palavras, deve amparar a concorrência, e não os concorrentes. Trata-se de uma postura nem sempre absorvida pelos órgãos reguladores, haja vista a decisão da Public Services Commission de Nova York em exigir da Verizon o pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados às suas concorrentes por problemas no fornecimento de acesso via *unbundling*. Para a defesa da concorrência, a eficiência de mercado obtida por meio da competição entre os interessados é o bem maior a ser alcançado.

Após verificar a existência de fortes evidências de que realmente a conduta da Telefonica se configurava como anticoncorrencial, o Conselheiro Cleveland Prates decidiu aplicar a Medida Preventiva. De acordo com seu despacho, “essa medida se justifica pela existência de um insumo essencial controlado por um monopolista (Telesp), que foi ofertado em condições aparentemente desfavoráveis de preço a uma concorrente (Embratel) de sua subsidiária no mercado alvo (Telefonica Empresas)” (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2003, p. 47).

Concluindo seu despacho, o Conselheiro-Relator adotou a Medida Preventiva para eliminar essa política de preços anticoncorrencial, aplicando as seguintes determinações à Telefonica:

- aplicar nos novos contratos de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2.048 kbps) celebrados com seus concorrentes a partir daquela data, 27/02/2003, os mesmos preços praticados com sua subsidiária Telefonica Empresas;

- explicitar os preços estabelecidos nos contratos, para aumentar a transparência nesse segmento e facilitar a fiscalização por parte do CADE e da Anatel;
- encaminhar ao CADE cópia dos contratos assinados a partir daquela data envolvendo o provimento de serviços de EILD de baixa velocidade (até 2.048 kbps); e
- aplicar multa diária de R\$ 6.384,00 pelo descumprimento da Medida Preventiva.

A concessão da Medida Preventiva provocou uma intensa movimentação no setor de telecomunicações brasileiro. Afinal de contas, era a primeira vez que o órgão de concorrência contestava com tamanha profundidade as condições de competição no modelo de telecomunicações adotado pelo Brasil a partir de 1997. A partir daí tanto o CADE quanto a Anatel se tornaram palco de uma verdadeira guerra de pareceres apresentados pelos principais *players* do mercado brasileiro a respeito do mérito levantado pelo Conselheiro Cleveland Prates.

Nesse momento ficaram evidentes as previsões do juiz da Suprema Corte norte-americana Antonin Scalia a respeito dos limites de atuação do Direito Antitruste sobre matérias regulatórias. Apesar da importância da atitude do Conselheiro Cleveland Prates em assumir um papel protagonista e pioneiro na defesa da competição no setor de telecomunicações brasileiro, o CADE não foi capaz de assegurar o efetivo *enforcement* de sua decisão. Prova disso é que, apesar da argumentação de diversas empresas de que a Medida Preventiva vinha sendo descumprida, nenhuma providência efetiva foi tomada para investigar e aplicar as multas previstas.

Além da incapacidade institucional de fazer cumprir as suas determinações, o caso brasileiro também revela que a medida tomada também teve o papel de acirrar o clima de litigância entre as partes envolvidas, o que, segundo o juiz Scalia, produz incerteza e diminui incentivos para novos investimentos em manutenção e expansão da rede.

A demora do Conselho do CADE em ratificar a aplicação da Medida Preventiva é uma grande evidência desse efeito deletério da ação antitruste. A concessão da Medida Preventiva somente foi referendada pelo Conselho do CADE após o julgamento do voto exarado pelo Conselheiro Fernando de Oliveira Marques em sede de pedido de reconsideração apresentado pela

Telefonica (Recurso Voluntário 08700.000727/2003-62), ocorrido quase um ano e meio após a concessão da Medida Preventiva, em 01/07/2004.

Mas apesar dos problemas relacionados à falta de *enforcement* da ação tomada pelo CADE e do incremento do litígio entre as partes, a decisão do órgão antitruste brasileiro merece ser louvada pelo papel de propulsora de mudanças significativas no marco regulatório sobre provimento de acesso no Brasil.

A concessão da Medida Preventiva contra a Telefonica pelo CADE movimentou a Anatel no sentido de resolver os obstáculos regulatórios à concorrência no setor. Pouco mais de dois anos depois da adoção da Medida Preventiva questionando os incentivos regulatórios à prática de discriminação injusta de preços, o Conselho Diretor da Anatel editou a Resolução 402, de 27 de abril de 2005, que regulamenta a exploração industrial de linha dedicada no Brasil.

Esse novo dispositivo normativo estabelece condições para a elaboração de contratos entre companhias de telecomunicações relativos ao compartilhamento de redes necessária para o acesso local (*local loops*). Nesse quesito é determinada a elaboração de contratos mais completos e detalhados do que os exigidos pela antiga Norma 303/1996.

Mas a grande inovação da Resolução 402/2005 foi a possibilidade de definição pela Anatel das empresas detentoras de “poder de mercado significativo” (PMS), definido como “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante”. A introdução dos conceitos de “poder de mercado” e de “mercado relevante” é consequência direta da absorção de conceitos tipicamente do Direito Concorrencial após a aplicação da Medida Preventiva pelo CADE.

Para levar em conta a detenção desse poder de mercado significativo, o Regulamento estabelece:

“**Art. 13.** Para determinar quais são os Grupos detentores de PMS na oferta de EILD a Anatel pode avaliar, entre outros:

- I – participação no mercado de linhas dedicadas;
- II – existência de economias de escala;
- III – existência de economias de escopo;
- IV – controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável;

- V – ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços;
- VI – ocorrência de integração vertical;
- VII – existência de barreiras à entrada de competidores; e
- VIII – acesso a fontes de financiamento”.

Observa-se que os critérios selecionados estão diretamente relacionados com o roteiro de análise desenvolvido pelo Conselheiro Cleveland Prates no despacho da Medida Preventiva, como: a viabilidade econômica da duplicação da rede e a existência de barreiras à entrada, a ocorrência de integração vertical, o balanço de poder de negociação entre as partes, a participação de mercado dos envolvidos e questões de eficiência, como a existência de economias de escala e de escopo.

De acordo com essa Resolução, as empresas detentoras de poder de mercado significativo deverão definir o preço de acesso com base num modelo de custos incrementais de longo prazo (ou LRIC, conforme sua expressão em inglês). Esse modelo prevê o desenvolvimento pela Anatel de uma metodologia em que são confrontados cálculos de custo das prestadoras de serviço com simulações realizadas pela Anatel sobre o que seria esperado de uma prestadora perfeitamente eficiente. Com isso, pretende-se buscar mais objetividade na definição dos preços, eliminando a possibilidade de discriminação indevida destes.

A influência da Medida Preventiva referendada pelo CADE também pode ser observada na vedação a uma empresa detentora de poder de mercado significativo de conceder descontos em função do volume de linhas dedicadas contratado, do prazo de contratação e do valor total do contrato (art. 18). Esses critérios, apresentados pela Telefonica como justificativa para os preços melhores oferecidos à sua subsidiária em sua defesa perante o CADE, foram postos em dúvida pelo Conselheiro Cleveland Prates em seu despacho.

Após a entrada em vigor da Resolução 402/2005, a Anatel iniciou um processo de consultas públicas para definir os grupos econômicos detentores de poder de mercado significativo em cada uma das regiões geográficas. O resultado desse trabalho foi consolidado na Resolução 437, de 8 de junho de 2006. Essa resolução coroa o processo de busca por maior concorrência efetiva no setor de telecomunicações brasileiro iniciado com as primeiras audiências realizadas no CADE para investigar a acusação de discriminação de preços apresentada pela Embratel em 2002.

A seção preliminar da Resolução constitui uma louvação aos princípios da concorrência elaborada pelo órgão regulador de telecomunicações brasileiro:

“AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
RESOLUÇÃO N. 437, DE 8 DE JUNHO DE 2006. *DOU* 20.06.2006
(Seç. 1, pág. 52) Determina os Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS) na oferta de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD).

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelos arts. 17 e 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto n. 2.338, de 7 de outubro de 1997.

CONSIDERANDO o disposto no Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada, aprovado por meio da Resolução n. 402, de 27 de abril de 2005, em especial no art. 10, que prevê a determinação pela Anatel dos Grupos detentores de PMS na oferta de EILD;

CONSIDERANDO que a EILD é insumo à prestação dos serviços de telecomunicações que impacta os preços oferecidos ao usuário;

CONSIDERANDO que o conceito de PMS é instrumento a serviço da Administração em sua atividade de estimular a competição ampla e justa no setor de telecomunicações;

CONSIDERANDO que a regulação com base na existência de Grupos detentores de PMS tem por objetivo estabelecer obrigações àqueles que podem atuar de forma anticompetitiva, de modo a incentivar o livre desenvolvimento do mercado e da justa, livre e ampla competição.”

Na definição das empresas detentoras do PMS, novamente se pode sentir o impacto da Medida Preventiva do CADE: o foco da Anatel, segundo o art. 3.º da Resolução, é a “oferta de EILD para velocidades de transmissão menores ou iguais a 2.048 kbps”, justamente o mercado relevante de baixa velocidade definido na medida cautelar antitruste, considerado monopolístico. De acordo com a Anatel, ficaram definidos os seguintes mercados geográficos com as respectivas empresas detentoras de PMS:

- (i) Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima: Grupo Telemar;
- (ii) Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins, Rondônia e Acre: Grupo Brasil Telecom;
- (iii) São Paulo: Grupo Telesp (Telefônica);
- (iv) Entre áreas locais que possuam população maior ou igual a 100 mil habitantes: Embratel;
- (v) Entre áreas locais em que a Embratel possua presença com infraestrutura própria: Embratel.

Nos três primeiros casos, prevaleceu a opinião de que as incumbentes, adquirentes da rede telefônica pública no leilão de privatização de 1998, possuem poder de mercado para influenciar o padrão de concorrência na região. Nas duas últimas situações, prevaleceu o entendimento de que a Embratel, por ser líder no mercado de comunicação de dados no País e deter considerável rede própria em algumas regiões, também pode exercer seu poder de mercado contra concorrentes.

A conclusão desse longo processo no âmbito do CADE e da Anatel é que, a despeito das deficiências institucionais, a ação do órgão guardião da concorrência foi fundamental para a alteração no quadro regulatório referente ao acesso local no Brasil. Ficou evidente que o Direito Concorrencial tem não apenas um papel complementar ao exercido pela regulação, mas muitas vezes um papel de indutor de mudanças que são essenciais para o aumento da eficiência e o desenvolvimento econômico de um país.

Conclusão

A discussão travada ao longo deste trabalho sobre a interação entre as políticas de regulação e de defesa da concorrência no setor de telecomunicações nos Estados Unidos, na União Européia e no Brasil revela que o assunto está longe de ser resolvido. O processo de liberalização implementado na década de 1990 ainda não atingiu o seu ápice, e o intenso desenvolvimento tecnológico desse setor indica que a configuração do mercado pode ser seriamente alterada ao longo dos próximos anos.

Principalmente diante de tantas perspectivas de adoção de novas tecnologias, os órgãos reguladores e de proteção à concorrência devem redobrar a sua atenção para que a existência de falhas de regulação não estimule a adoção de estratégias anticompetitivas que venham a abortar esse surto de concorrência no setor.

Enquanto a decisão da Suprema Corte americana mostra que ainda há muito ceticismo quanto à capacidade técnica dos órgãos antitruste de se imiscuírem nos complexos detalhes da regulação, as experiências européia e brasileira revelam que a defesa da concorrência tem grande espaço para promover a competição em setores regulados.

Em particular, a decisão do CADE em condenar liminarmente uma concessionária de serviço público por práticas ilegais contra suas concorrentes despertou a atenção da Agência Nacional de Telecomunicações para o preenchimento de lacunas em seu arcabouço regulatório que permitiam tais condutas. A completa revisão regulatória que se seguiu, incorporando uma série de princípios do Direito Concorrencial às normas de compartilhamento de rede, revela o quão fundamental foi o papel indutor do órgão guardião da concorrência em promover a competição em setores regulados.

Bibliografia

- BESING, Ray G. The intersection of Sherman Act Section 2 and the Telecommunications Act of 1996: What should Congress do? *CommLaw Conspectus – The Telecommunication Act of 1996: A case of regulatory obsolescence*, Participant Issue Papers, Catholic University of America, Summer 2005.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Pedido de Medida Preventiva n. 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo n. 53500.005770/2002 – Despacho de Medida Preventiva. Brasília, 27 de fevereiro de 2003.
- ECONOMIDES, Nicholas. Vertical leverage and the sacrifice principle: why the Supreme Court got Trinko wrong. *Annual Survey of American Law* 2005, Participant Article, New York University, 2005.
- EUROPEAN COMMISSION. Commission Decision of 21 May 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) – Deutsche Telekom AG. Bruxelas, 21 de maio de 2003.

KLOTZ, Robert; FEHRENBACH, Jérôme. Two commission decisions on price abuse in the telecommunications sector. *Competition Policy Newsletter*, European Commission, n. 3, Autumn 2003, p. 8-13.

OECD. Competition and regulation issues in telecommunications. *Working Party*, n. 2 on Competition and Regulation. 2002.

SCHOEN, Frank X. Exclusionary conduct after Trinko. *New York University Law Review*, November 2005.

UNITED STATES SUPREME COURT. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 2004.

A LIBERDADE INDIVIDUAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: o papel da democracia e da teoria do discurso

Cristiane de Oliveira Coelho

1. Introdução

“Seremos mais liberais que Berlusconi.” É com a promessa de Bersani, atual Ministro do Desenvolvimento Econômico da Itália, que a revista *The Economist* inicia sua análise sobre os rumos da política econômica do recém-eleito governo de Romano Prodi. O artigo, publicado na edição de 8 de julho de 2006, ressalta o contraste entre as primeiras medidas tomadas (e anunciadas) pelo governo e a expectativa inicial do mercado sobre o desempenho de Prodi no poder. Sua posição centro-esquerdista e a formação comunista de seus Ministros pareciam indicar posturas intervencionistas, mas a aprovação de uma lei abolindo a regulamentação de diversas atividades econômicas (tais como a proibição de venda de medicamentos em supermercados, ou de que novas licenças de táxi fossem concedidas por autoridades locais) não só surpreendeu como acalmou investidores e analistas econômicos.

De fato, antes da publicação de tais medidas, especulava-se que o governo de Prodi seria incapaz de promover mudanças estruturais liberalizantes na Itália. Stuart Baimel, por exemplo, na edição de junho da revista *The Stanford Progressive*, tornou pública sua aposta de que Prodi não conseguiria implementar tais reformas. Segundo o autor, além da base governista ter declarado seu repúdio às medidas liberais herdadas do ex-governo Berlusconi, também a sociedade italiana parecia não querer apoiar tais propostas. O primeiro argumento parece ter sido derrubado pela citada promessa de Bersani, que é um antigo membro do partido comunista italiano; quanto ao segundo argumento, contudo, deve-se considerar que as reações da sociedade civil às mudanças implementadas demandam uma análise mais cuidadosa. Poucos aceitariam, por exemplo, o protesto dos motoristas de táxi contra o aumento de concessões de licenças como uma manifestação séria de contrariedade a reformas liberais – certamente se argumentaria que tal atitude não passa de uma tentativa egoísta de manter

privilégios à custa da sociedade. Tampouco uma possível reivindicação de farmacêuticos contra a concorrência gerada pelos supermercados seria vista com bons olhos – afirmar-se-ia que seu monopólio de venda torna os medicamentos mais caros para o consumidor, devendo ser abolido.

Por outro lado, no entanto, quando trabalhadores franceses mobilizaram-se contra medidas neoliberais, como a flexibilização de contratos de trabalho,¹ a sociedade civil e internacional (ao menos em parte) pareceu encarar o protesto como uma justificativa aceitável à não liberalização. Mas o que distinguiria a manifestação dos taxistas ou farmacêuticos italianos dos protestos de trabalhadores franceses? Não estariam os trabalhadores, assim como os taxistas, lutando por privilégios mantidos à custa da sociedade?² O que diferencia uma manifestação da outra? Quais os privilégios que devem ser mantidos em detrimento da concorrência? Aliás, a concorrência implementada por reformas liberais tem mesmo o sentido de redução de privilégios no campo da economia?

¹ Em 28 de março desse ano, quase três milhões de franceses saíram às ruas para protestar contra o conjunto de medidas lançado pelo primeiro-ministro Dominique de Villepin, conhecido como CPE (*Contrat Première Embauche* – “Contrato de Primeiro Emprego”). As medidas visavam permitir que empregadores dispensassem imotivadamente trabalhadores franceses menores de 26 anos nos dois primeiros anos de seu contrato. Segundo o Governo, a flexibilização do contrato de trabalho nesse ponto iria incentivar o maior número de contratação de jovens pelas empresas. Curvando-se a este e a outros protestos, o presidente Jacques Chirac, em 10 de abril, desistiu de implementar o CPE.

² Keynes observa que a teoria do emprego desenvolvida pelos economistas clássicos assenta-se sobre duas premissas: (i) o salário é igual ao produto marginal do trabalho, e (ii) a utilidade do salário é igual à desutilidade marginal do emprego, o que quer dizer que nenhum homem aceitaria um trabalho que lhe rendesse uma utilidade salarial inferior ao ócio. Conseqüência lógica da adoção dessa segunda premissa, portanto, é a inexistência de desemprego involuntário; para a teoria clássica, presume-se que todos os homens (inclusive os desempregados) fizeram um acordo tácito a respeito do salário mínimo necessário para o emprego de sua mão-de-obra. Ou seja, se os trabalhadores concordassem em ganhar menos, mais pessoas estariam empregadas, e quando aqueles que já estão empregados recusam-se a aceitar uma redução salarial, apesar da não concordância dos desempregados, o fazem em detrimento do bem-estar desses últimos (*Teoria geral do emprego do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. 12. tir. São Paulo: Atlas, 1982. p. 24-36). O impacto da recusa de negociação pelos trabalhadores também poderia se traduzir em maiores preços ao consumidor.

Não se pode esperar responder a tais questões sem antes investigar quais seriam as razões do Estado para preocupar-se com problemas econômicos. Em função disso, o próximo tópico buscará explicitar o que está por trás dos desejos desenvolvimentistas e distributivos da sociedade, para só então passar à análise das justificativas do liberalismo, do intervencionismo e do neoliberalismo, discutindo como o Estado, por meio do Direito da Concorrência, incorporou cada uma dessas vertentes. Em seguida, serão apresentadas algumas incongruências desses paradigmas, o que levará à necessidade de conceber uma nova postura do Estado quanto à implementação da concorrência nos mercados, o que necessariamente deverá incluir uma maior preocupação com a realização de princípios jurídicos.

2. O desenvolvimento econômico como requisito de liberdade individual

É certo que desde os primórdios da civilização os homens conheciam formas de interação eminentemente econômicas, ou seja, baseadas na decisão de empregar recursos produtivos escassos para produzir e distribuir mercadorias. No entanto, o fenômeno econômico só adquirirá *status* de objeto de estudo, de verdadeira disciplina, a partir do século XVIII, principalmente com a publicação, em 1776, do livro *A riqueza das nações*, de Adam Smith. Mas é no século XIX que a preocupação econômica, sobretudo com o lucro, finalmente se estabelece como base central das relações humanas. É nesse sentido que Polanyi observa que:

“[a]ll types of societies are limited by economic factors. Nineteenth century civilization alone, though, was economic in a different and distinctive sense, for it chose to base itself on a motive only rarely acknowledge as valid in the history of human societies, and certainly never before raised to the level of justification of action and behavior in everyday life, namely, gain”.³

A transformação cultural decorrente desse novo papel atribuído pelo século XIX às trocas econômicas – qual seja o papel de base da sociedade em

³ POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957. p. 30.

função de seu atributo de gerar lucro – é muito bem percebido por Simmel.⁴ Segundo o autor, a economia de dinheiro foi um dos principais elementos de diferenciação entre a Idade Moderna e a Medieval.

O homem medieval encontrava-se submerso numa relação com a comunidade, com uma corporação de ofício ou com uma propriedade feudal, que determinavam sua própria personalidade. Os círculos sociais na Idade Média absorviam completamente os indivíduos que os compunham. Uma comunidade de tecelões, por exemplo, não era uma mera associação que se limitava a cuidar dos interesses dos indivíduos enquanto tecelões; era, na verdade, uma comunidade de vida, que se preocupava com aspectos religiosos, morais, políticos, técnicos, sociais etc. A economia do dinheiro veio transformar tais relações. Ela possibilitou que aquelas estruturas medievais passassem a exigir somente contribuições monetárias de seus membros, em substituição à dedicação completa antes demandada. Essa circunstância libertou o sujeito de laços constrangedores, ele passa a vincular-se ao todo apenas pela doação de dinheiro e não mais pela colaboração pessoal.⁵

O dinheiro aumentou, portanto, a autonomia e a independência da pessoa, abrindo um espaço extraordinariamente vasto para a individualidade. Essa estreita ligação entre liberdade individual e dinheiro pode ser comprovada por diversos fatos históricos. Em Roma, por exemplo, a *Lex Poetelia Papiria* transferiu a execução de dívidas do corpo do devedor para o seu patrimônio, nitidamente privilegiando a liberdade individual. Na Inglaterra, a partir do século XIII, os condados puderam substituir seu dever de adquirir soldados e trabalhadores por meio de pagamentos em dinheiro, e os camponeses passaram a escolher se pagavam seus deveres aos senhores feudais com dinheiro ou com trabalho.⁶

⁴ SIMMEL, Georg. *O dinheiro na cultura moderna*. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2005. p. 23-40.

⁵ Simmel explica: “A substituição do desempenho pessoal pelo pagamento em dinheiro liberta, de repente, a personalidade da cadeia específica imposta pela obrigação de trabalho: agora não era mais a atividade concreta pessoal que o outro podia reivindicar, mas, sim, somente o resultado impessoal dessa atividade” (Op. cit., p. 29).

⁶ Simmel também aborda a capacidade que o dinheiro tem de oprimir o indivíduo ao substituir na sua vida o valor qualitativo pelo quantitativo. Neste trabalho, entretanto, a análise ficará restrita ao caráter libertador do dinheiro.

Esse caminho à individualização do homem moderno ocidental, conquistado em parte pelo dinheiro, também sofreu enorme contribuição do plexo de idéias e valores, ou seja, da ideologia que foi sendo construída historicamente. De acordo com Dumont, a transformação da sociedade ocidental no sentido de seu afastamento das chamadas sociedades tradicionais deveu-se a uma revolução dos valores reconhecidos pelo conjunto de indivíduos. Essa mudança de valores foi impulsionada pela expansão do caráter individualista da doutrina cristã não só no âmbito da Religião, mas também no âmbito do Estado, já que o nascimento deste está intrinsecamente ligado à Igreja, tendo mesmo herdado seus caracteres essenciais desta instituição. Mas é quando a economia começa a diferenciar-se da política no campo ideológico que uma verdadeira revolução de valores chega a impulsionar a transformação de uma sociedade baseada no holismo para uma sociedade essencialmente individualista.⁷ Comentando o pensamento de Locke, Dumont demonstra o importante papel do nascimento de uma ideologia econômica para a confirmação do individualismo:

“Possession is not a historically transient accident of a permanent phenomenon called individualism; on the contrary, it is in the guise of possession or property that individualism raises its head, knocks any remnant of social submission and ideal hierarchy in society, and installs itself on the throne thus made vacant. I need not here labor the point: economics as a ‘philosophical category’ represents the acme of individualism and as such tends to be paramount in our universe”.⁸

Tanto na visão de Simmel quanto na de Dumont, portanto, a importância da economia na sociedade moderna tem a ver com sua aptidão para promover a liberdade individual. A economia permitiu que o ser humano viesse a ser concebido como um fim em si mesmo e não mais como uma simples peça

⁷ A diferença entre sociedades holísticas e individualistas é exposta por Dumont da seguinte maneira: “On the one hand, most societies value, in the first place, order: the conformity of every element to its role in the society – in a word, the society as a whole; this is what I call ‘holism’. On the other hand, other societies – at any rate ours – value, in the first place, the individual human being; for us, every man is, in principle, an embodiment of humanity at large, and as such he is equal to every other man, and free. This is what I call ‘individualism’” (*From Mandeville to Marx: the genesis and triumph of economic ideology*. Chicago: University of Chicago Press, 1977. p. 4).

⁸ Op. cit., p. 53-54.

de sua comunidade. Desse modo, é o caráter transcendente da economia que justifica seu papel de destaque no mundo contemporâneo. A economia não fundamenta a si mesma, sua relevância não advém do fato de que são as trocas econômicas que garantem a subsistência do indivíduo. Aliás, se assim o fosse, não haveria por que seu nascimento ter sido tão tardio, pois como ressaltou Polanyi, em passagem transcrita mais acima, todas as sociedades, desde sempre, conheceram as limitações de fatores econômicos e tiveram que lidar com eles para sobreviver. É por ser um requisito da liberdade individual que o desenvolvimento econômico, materializado na preocupação com o lucro, ganhou posição de relevo a partir da Idade Moderna.

3. Liberalismo, intervencionismo e neoliberalismo

Passa-se então à questão de como a disciplina econômica desenvolveu teorias para explicar ou mesmo otimizar a configuração do mercado, e como cada uma delas concebeu o papel do Estado na promoção de tal fim. Como se perceberá, no início, as diversas doutrinas esboçam uma preocupação direta com os reflexos morais e jurídicos das atividades econômicas, em como o mercado deveria estruturar-se para melhor promover a liberdade individual. Posteriormente, no entanto, no âmbito de aplicação prática de tais doutrinas, a correlação entre desenvolvimento econômico e liberdade individual parece ser tão evidente que não mais se considera necessário discutir de forma direta as implicações das atividades econômicas sobre o princípio valorativo que lhe dá base. Os sistemas de conhecimento técnico, especialmente os desenvolvidos pela Economia, substituem a linguagem natural. Acredita-se ser suficiente procurar soluções para o mercado, posto que o benefício moral invariavelmente aparecerá como uma conseqüência natural das medidas tomadas.

3.1. O liberalismo

Até o final da I Guerra Mundial a relação mercado x Estado dava-se por meio de um dirigismo econômico negativo. A maioria das normas interventoras assumia caráter proibitivo e repressivo, que não tinha a pretensão de induzir os entes privados a certos comportamentos ou de obrigar qualquer prestação positiva conforme o interesse definido pelas autoridades estatais. Essa é, em linhas gerais, a descrição da configuração do Estado correspondente ao modelo jurídico-econômico liberal, que se assentava sobre a separação

absoluta entre direito público e privado, reconhecendo o predomínio da vontade privada na esfera econômica.

Santos, Gonçalves e Marques reconhecem como finalidade da concepção liberal de Estado a promoção da liberdade individual.⁹ O Estado seria tanto mais perfeito quanto mais permitisse e garantisse o desenvolvimento desse princípio. Conseqüentemente, a tarefa estatal não era a de prescrever fins para cada cidadão, mas atuar de modo a que cada indivíduo pudesse alcançar seus fins individuais, ou seja, de modo a que pudesse exercer da maneira o mais plena possível a sua liberdade. Isso não quer dizer, entretanto, que a atividade do Estado estivesse sempre pautada por uma preocupação direta com a implementação da liberdade; ao contrário, partiu-se da premissa inafastável de que o Estado deveria afastar-se do mercado e, então, o interesse político básico passou a ser o de se encontrar formas jurídicas capazes de assegurar o distanciamento estatal das questões econômicas.

A opção pelo gerenciamento da economia em vez da promoção direta da liberdade individual foi ideologicamente justificada a partir da construção paradigmática de Adam Smith. Hirschman explica que a teoria do autor escocês, exposta na obra *The theory of moral sentiments*, parte de uma multiplicidade de sentimentos e paixões dos indivíduos para chegar num denominador único, que é exatamente o de melhora de seu bem-estar material;¹⁰ e explica que depois, no livro *A riqueza das nações*, Adam Smith passa a investigar em detalhes apenas as condições necessárias para que o objetivo de enriquecimento dos indivíduos possa ser alcançado com sucesso. Ou seja, o resultado não-econômico da atividade econômica é que permitiu a Adam Smith concentrar seus esforços apenas sobre o estudo do mercado. Para ele, isso não o afastaria de suas preocupações iniciais com a personalidade humana.

⁹ SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 20-23.

¹⁰ Hirschman explica: “Smith was of course fully aware of these other passions and had indeed devoted an important treatise to them. It is precisely in *The Theory of Moral Sentiments* that he paves the way for collapsing these other passions into the drive for the ‘augmentation of fortune’. Interestingly enough, he does so in the guise of doing the opposite, for he goes out of his way to stress the noneconomic and nonconsumptionist motives that are behind the struggle for economic advance” (*The passions and the interests: political arguments for capitalism before its triumph*. Princeton: Princeton University Press, 1981. p. 108).

E como já se poderia prever pela descrição do Estado liberal feita anteriormente, a conclusão de Adam Smith sobre as circunstâncias que levariam o indivíduo a atingir seu objetivo de enriquecimento abrangia, especificamente, o afastamento do Estado da economia. Em suas palavras:

“It is thus that private interests and passions of individuals naturally dispose them to turn their stock towards the employments which in ordinary cases are most advantageous to the society. (...) Without any intervention of law, therefore, the private interests and passions of men naturally lead them to divide and distribute the stock of every society, among all the different employments carried on in it, as nearly as possible in the proportion which is most agreeable to the interest of the whole society”.¹¹

O modelo jurídico-legal, portanto, deveria prever garantias que protegessem o mercado e o indivíduo da ingerência indevida do Estado. É com esse intuito que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, estabeleceu, por exemplo, em seu artigo V, que “a lei só tem direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade, tudo quanto não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”; e que sua segunda edição, em 1793, reforçou, em seu artigo XVII, que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser proibido à indústria dos cidadãos”.

Como se pode perceber, ao contrário do que muitos alegam, o aparecimento do Direito da Concorrência não é um fenômeno condizente com o paradigma liberal.¹² Afinal de contas, o Direito Antitruste demanda uma atividade positiva do Estado no sentido de interferir no mercado para impedir a formação de grandes trustes e conglomerados. Dessa maneira, como se buscará demonstrar em seguida, só pode ser visto como um subproduto da doutrina intervencionista.

¹¹ SMITH *apud* HIRSCHMAN, Op. cit., p. 110-111.

¹² Poderia parecer conveniente inserir a discussão de se o direito da concorrência é um direito de primeira, segunda ou terceira geração. No entanto, como se verá no restante do trabalho, não faz sentido falar em direito antitruste sem falar em direito de liberdade. É melhor considerar o primeiro como um acréscimo paradigmático ao segundo, ou seja, como parte de um novo arcabouço conceitual específico por meio do qual o direito de liberdade passa a ser entendido, descrito e trabalhado.

3.2. *O intervencionismo*

Até o século XX, a ideologia liberal reinou quase absoluta sobre intelectuais e chefes de Estado (é certo que mais sobre os primeiros do que sobre os segundos, mas não interessa, no momento, aprofundar-nos sobre esse ponto). Keynes observou que o fato de a vitória do liberalismo ter sido tão completa provavelmente se deveu a um complexo de afinidades entre sua doutrina e o meio em que foi lançada. Deu-lhe autoridade, por exemplo, “o fato de poder explicar muitas injustiças sociais e crueldades aparentes como incidentes inevitáveis na marcha do progresso, e de poder mostrar que a tentativa de modificar esse estado de coisas tinha, de modo geral, mais chances de causar certos danos que benefícios”.¹³ Por essa razão, a teoria econômica não se atreveu a fornecer critérios práticos para a conduta estatal até o final da I Guerra Mundial, quando só então os economistas passaram a se interessar pela administração pública da economia.¹⁴

O poder econômico privado e as preocupações com bem-estar social são vistos como os principais responsáveis pelo surgimento desse interesse, que acarretou na tentativa de produzir um sistema de normas capazes de conduzir, reger e disciplinar o fenômeno econômico.¹⁵ O mercado deixou de ser um setor indiferenciado da atividade privada para ser objeto específico da atividade conformadora dos Poderes Públicos. Surge, então, a figura do Estado de Bem-Estar Social, principal responsável pela condução e operatividade das forças econômicas.

A ciência econômica já não espera que do simples jogo das vontades e interesses privados apareça espontaneamente a melhor solução para os problemas alocativos. O paradigma keynesiano demonstra que, se deixado a agir sozinho, o mercado atinge uma posição de equilíbrio abaixo do pleno emprego e, por essa razão, o Estado precisaria assumir o encargo não só de ampliar a oferta de recursos para investimentos, mas também de aumentar os gastos com obras públicas. Keynes derruba até mesmo o dogma da austeridade fiscal do Estado, propondo que em tempos de queda de receita motivada pela

¹³ KEYNES, Op. cit., p. 43.

¹⁴ CASTRO, Marcus Faro. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, ago.-set. 2005.

¹⁵ Nesse sentido: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005; entre outros.

retração da renda, o Poder Público devesse operar em déficit, aumentando os investimentos como forma de livrar a economia de uma recessão de demanda. O Estado funcionaria não só como um gerenciador, mas também como um possibilitador do mercado.

Não há que se dizer, entretanto, que o nascimento dessa nova teoria econômica, ou do paradigma intervencionista como um todo, esteja umbilicalmente ligada a uma visão essencialmente mais solidária do que a do paradigma liberal. A preocupação com o próximo pode ser uma consequência ou mesmo um requisito, mas não o valor básico do Estado de Bem-Estar Social. De fato, como ressalta Skidelsky, Keynes tinha uma formação extremamente liberal. Sua teoria econômica foi construída sob o temor de que no futuro, diante da ausência de crença na economia, não mais se repetisse o estado de espírito de liberdade experimentado antes das grandes guerras. Depois de uma visita à URSS, em 1925, Keynes escreve que o capitalismo moderno é completamente descrente e que “um regime desses tem de ser imensamente, e não apenas moderadamente, bem-sucedido para sobreviver”.¹⁶ O paradigma keynesiano, portanto, assim como o de Adam Smith, procura encontrar uma solução econômica para o problema da liberdade individual, mas, dessa vez, o Estado adquire um papel central e não mais periférico.

Com base nessa teoria, o Estado passa a assumir, com frequência, formas de atividades organizadas para a produção e distribuição de bens e serviços para o mercado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo. Também por meio do Direito o Estado tenta conformar um sistema de intervenção, assumindo a norma jurídica um conteúdo econômico e social e não mais de mera blindagem do cidadão contra o Poder Público. As Constituições também recebem capítulos inteiros dedicados à Ordem Econômica e Social, ampliando e destacando a importância da função intervencionista do Estado. A essa nova postura do Direito em face da economia Marcus Faro denominou “Primeiro Direito Econômico”, ramo do Direito responsável por sistematizar aquele conjunto de normas jurídicas condutoras das práticas administrativas que estavam na base da política econômica.

Uma das formas de intervenção assumida pelo Estado foi exatamente a do Direito Antitruste. A primeira lei surgiu no Canadá, em 1889, mas o verdadeiro marco legislativo é atribuído pela doutrina ao Sherman Act, editado em 1890 nos Estados Unidos. A percepção de que os grandes conglomerados econômicos poderiam produzir diversos efeitos lesivos sobre

¹⁶ SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 37.

as esferas social, econômica e política de uma dada comunidade criou os fundamentos para o desenvolvimento de uma legislação protetiva das diversas classes sociais atingidas, principalmente a dos pequenos empresários e consumidores. Surge uma espécie de consenso público sobre a necessidade de expansão da atividade governamental na economia, de forma a refrear o agigantamento e o movimento de concentração das empresas. É emblemático o pronunciamento do presidente Woodrow Wilson, em 1914, ao requisitar que a legislação antitruste “torne possível que homens de pequenos negócios sejam tão bem-sucedidos quanto os de grandes negócios”.¹⁷

O intervencionismo passa a ser considerado com uma prática necessária à efetividade do pensamento liberal. A idéia era a de que Adam Smith escreveu para um mercado fundado em uma estrutura atomística e não de monopólios, por isso o advento da legislação antitruste visaria apenas garantir a concretização do liberalismo. A teoria econômica convenceu-se de que o Estado era necessário para criar um ambiente de competição perfeita. Corroborando essa visão, Franklin D. Roosevelt,¹⁸ em mensagem encaminhada ao Congresso americano, afirmou que o programa antitruste tinha como tese central não a idéia de que o sistema de livre mercado tivesse fracassado, mas sim o de que ele nunca fora testado, pois faltava a intervenção estatal para torná-lo possível. E não é de se surpreender que a mesma mensagem fundamente a intervenção estatal a partir da promoção da liberdade individual:

“No people, at least all people with our traditions of personal liberty, will endure the slow erosion of opportunity for the common man, the oppressive sense of helplessness under the domination of a few, which are overshadowing our whole economic life. The power of a few to manage the economic life of the nation must be diffused among the many or be transferred to the public and its democratically responsible government. If prices are to be managed and administered, if the nation’s business is to be allotted by plan and not by competition, that power should not be vested in any private group or cartel, however benevolent its professions profess to be”.

¹⁷ “I call for antitrust legislation to make men in a small way of business as free to succeed as men in a big way” (BEAN, Jonathan. *Beyond the broker state: a history of the federal government’s policies toward small business, 1936-1961. Business and Economic History*, v. 24, n. 1, 1995, p. 9).

¹⁸ ROOSEVELT, Franklin D. *Message to Congress on the concentration of economic power*. Abr. 1938.

Mais uma vez munidos da premissa de que o desenvolvimento econômico é um pressuposto para a liberdade, e cientes da necessidade de intervenção do Estado para propiciar esse desenvolvimento, economistas, estadistas e outros doutrinadores partiram para a análise de como se deveria dar tal intervenção. No Direito Antitruste, como já mencionado, se pressupôs que a concentração de empresas traria um resultado lesivo ao mercado, cabendo-lhe, portanto, desestimular a formação desses grandes conglomerados ou impedir que seus efeitos perniciosos viessem a limitar a concorrência.

A “caça” às grandes empresas foi primeiramente sustentada pelo modelo de competição perfeita, que, segundo os economistas das primeiras décadas do século XX, seria a única configuração de mercado capaz de levar à situação ótima em que se produziria o maior benefício à sociedade, com os menores custos possíveis.¹⁹ Em 1930, o paradigma de competição atomística passa a receber importantes críticas. Diversos economistas argumentam que seus pressupostos são enganosos e que sua utilização pelo Direito Antitruste poderia levar a resultados arriscados. Começam então a ser desenvolvidos os modelos de competição imperfeita ou monopolística que irão dar nova base à aplicação do direito da concorrência.²⁰ Williamson observa que a legislação antitruste implementada durante a chamada Era do New Deal passa a ter como suporte a doutrina desenvolvida por Joe Bain sobre organização industrial. Em linhas gerais, o trabalho do autor reverenciava a análise das práticas concorrenciais a partir do conhecido esquema de estrutura-conduta-desempenho (*structure-conduct-performance*).²¹ Essa análise equilibraria o

¹⁹ Em sua versão mais simples, o modelo estabelece que só existe competição perfeita no caso em que todos os fornecedores de determinado mercado têm uma participação nas vendas bastante pequena se comparada ao total de transações, seus produtos são relativamente homogêneos e não há barreiras significativas à entrada de novos competidores (ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*. Nova York: John Wiley & Sons, 1982. p. 15).

²⁰ Joan Robinson e Edward Chamberlin foram alguns dos economistas a apontar as falhas do modelo de competição perfeita e tentar construir novos modelos de análise (ARMENTANO, Op. cit., p. 31).

²¹ Williamson comenta o seguinte sobre a análise levada a cabo pelas autoridades antitruste da época: “The possibility that nonstandard practices sometimes had economizing purpose and effect was ignored or, worse, efficiency was regarded as the source of an unfair competitive advantage. Thus, the Federal Trade Commission held in *Foremost Dairies* that the necessary proof of violation of Section 7 ‘consists of types of evidence showing that the acquiring firm possesses significant power in some markets or that its over-all organization gives it a decisive advantage in

modelo de concorrência perfeita com algumas das conclusões alcançadas pela observação da concorrência monopolística, assumindo que a estrutura determina a conduta da empresa no mercado, e que então a conduta determina o desempenho da economia. De uma maneira geral, o novo modelo manteve a preocupação básica com o tamanho das empresas no mercado e, até hoje, os órgãos de defesa antitruste o adotam, ainda que com certas mitigações, como base para o procedimento de análise de condutas e atos de concentração.²²

Assim como no liberalismo, portanto, em que a discussão sobre a implementação da liberdade individual deu lugar à polêmica sobre técnicas legislativas de proteção do mercado contra o Estado, o Direito Antitruste também foi dominado por análises estritamente econômicas da estrutura de competição e de organização industrial, tendo os fundamentos e princípios valorativos de sua aplicação perdido seu lugar no campo de discussão.

3.3. O neoliberalismo

Skidelsky afirma que a partir dos primeiros anos da década de 1980 já se podia considerar que a era keynesiana estava “morta e sepultada”.²³ Para comprovar tal fato, o autor cita uma declaração do Ministro das Finanças da Inglaterra em 1984, no sentido de que o objetivo da política econômica deveria restringir-se ao controle da inflação, já que a criação de condições favoráveis ao crescimento e ao emprego seria melhor abordada pela microeconomia. Ou seja, não deveria haver um compromisso do Estado com pleno emprego e investimentos, a idéia era liberar os mercados o máximo possível e aceitar qualquer nível de atividade que se produzisse.

A maioria dos governos passou a acreditar que as soluções keynesianas eram nocivas para o mercado e que os desajustes econômicos eram reflexo da política estatal de criar ou manter o emprego em atividades improdutivas ou que ocasionavam prejuízos. A doutrina de Keynes seria a maior culpada

efficiency over its smaller rivals” (*The merger guidelines of the U.S. Department of Justice – in Perspective*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11257.htm#N_4_. Acesso em: 25 jul. 2006.

²² Por exemplo: Portaria SEAE/SDE 01, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração; 1992 Horizontal Merger Guidelines of the Federal Trade Commission; Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors, publicado em abril de 2000 pela Federal Trade Commission em conjunto com o Department of Justice, entre outros.

²³ Op. cit., p. 127.

por uma história de inflação crescente, finanças públicas em mau estado, corporativismo em queda e ingovernabilidade geral. Para muitos, o mercado estaria dando sinais de que o paradigma intervencionista não gerava os efeitos esperados por seus defensores, e que um enxugamento do Estado era não só aconselhável como também a única verdadeira saída para a economia.

Décadas antes dessa falência do modelo intervencionista vir à tona, diversos estudiosos do fenômeno econômico-social já denunciavam as incongruências inerentes a esse modelo. Em 1944, Friedrich Hayek publicou a obra *The road to serfdom*, onde sustentou que os totalitarismos de esquerda e de direita têm uma origem intelectual comum, cuja principal característica seria a rejeição da tradição liberal do Ocidente. Para Hayek, portanto, comunismo e nacional-socialismo seriam dois subprodutos de uma mesma atitude intelectual, posto que pregavam o gradual abandono dos ideais liberais e da própria tradição fundada no respeito pela esfera de autonomia individual, que desde o Renascimento teria emergido como base da civilização ocidental.²⁴

Para este trabalho, no entanto, o traço mais importante do livro do autor não está nesse paralelo feito entre as bases ideológicas dos movimentos totalitaristas alemão e italiano e o socialismo russo. Bem porque se acredita que ambas as posturas não pretendiam o retorno a uma sociedade holista; muito pelo contrário, pretendiam, isso sim, implementar um conjunto de transformações políticas e econômicas que viriam assegurar uma autonomia individual ainda maior.²⁵ A relevância de Hayek está em sua análise sobre as consequências do intervencionismo estatal, fórmula central tanto do totalitarismo de esquerda quanto do de direita sobre a liberdade individual.

²⁴ HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. 12. impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958. p. 10-24.

²⁵ Para Dumont, a teoria socialista de Marx é essencialmente individualista. Sua tese central sobre a necessidade de eliminação das classes sociais estaria enraizada no propósito de libertar o indivíduo da opressão de seu *status* na sociedade. Dumont descreve Marx da seguinte maneira: “Here is a young scholar, publicist, and rebel who wants to reconcile and indissolubly unite thought and action, and who to this end commits himself to the emmanicipation of man under the motto, ‘Man is the highest being for Man’. It should be noted that what is in question is not essentially the reform of society or the deliverance of one class from opression. The class with ‘radical chains’ is only the precondition of absolute emancipation of Man as an abstract being, of Man, that is, as a self-sufficient being and the incarnation of the highest value – as the individual in the perfect, modern sense of the term” (Op. cit., p. 118).

Segundo Hayek, a expansão do intervencionismo estatal, proporcionado por uma crença no planejamento econômico centralizado, acabaria por reduzir os cidadãos a uma situação de absoluta servidão. Sempre que motivos aparentemente nobres conseguissem levantar as barreiras à ação do Estado, erigida pela concepção liberal de governo limitado e de igualdade perante a lei, caminhar-se-ia para a própria negação dos direitos e liberdades individuais. Isso porque o planejamento, ao submeter o direcionamento da economia a um único fim estipulado pelo Estado, impede que os indivíduos escolham seus próprios objetivos e os meios mais adequados para atingi-los, aniquilando, portanto, a autonomia individual.²⁶

O planejamento contra o qual Hayek lança suas críticas em *The road to serfdom* é apenas aquele que pretende substituir o papel da concorrência na estruturação do mercado por uma centralização das decisões econômicas. Suas críticas não atingem um outro tipo de intervencionismo, orientado ao aprimoramento das estruturas de mercado de modo a possibilitar uma otimização das forças competitivas como meio de coordenação dos esforços humanos. Para o autor, portanto, uma utilização bem-sucedida da concorrência como princípio de organização social exclui certos tipos de interferência coercitiva na vida econômica, mas admite outros, desde que apenas empregados no auxílio à instauração e manutenção da competitividade nos mercados.²⁷

Isso não quer dizer, entretanto, que a mudança paradigmática que excluiu o intervencionismo como uma forma racional de lidar com problemas econômicos tenha deixado intocados os fundamentos do Direito Antitruste. O fortalecimento da doutrina da Escola de Chicago, por volta das décadas de 70 e 80, denota uma significativa transformação dos parâmetros de análise

²⁶ “What our planners now demand is a central direction of all economic activity according to a single plan, laying down how the resources of society should be consciously directed to serve particular ends in a definite way” (Op. cit., p. 35). Mais à frente, Hayek explica que o intuito de centralizar a economia por meio de planos estatais nega os princípios básicos do individualismo e do liberalismo “in wanting to organize the whole of society and all its resources for this unitary end and in refusing to recognize autonomous spheres in which the ends of the individuals are supreme” (Op. cit., p. 56).

²⁷ “The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets, and channels of information – some of which can never be adequately provided by private enterprise – but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible” (Op. cit., p. 38).

dos casos concorrenciais. Como corolário principal dessa Escola, tem-se a proposição de que a legislação antitruste deve ser aplicada de forma a penalizar condutas na medida em que sejam ineficientes, devendo, no entanto, tolerar ou mesmo encorajar as condutas eficientes. O poder de mercado, o grau de pulverização das empresas, a força de barreiras à entrada, todos esses conceitos estruturalistas deixaram de ocupar o núcleo central da análise antitruste.²⁸

A doutrina desenvolvida pela Escola de Chicago pode ser entendida a partir de um contexto filosófico-jurídico mais amplo, conhecido como o movimento da Análise Econômica do Direito. Essa nova abordagem doutrinária, que ganhou força especialmente a partir da década de 1980, apóia-se nos pressupostos derivados da teoria microeconômica para explicar como o Direito deve intervir na configuração social moderna. A Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que, para atingir um ótimo social, é necessária a manipulação dos interesses individuais, que diferentemente dos direitos juridicamente formulados, podem ser compreendidos a partir de processos de interação monetária em vez de interações lingüística. Aceita-se a visão de que a sociedade deve ser compreendida como um sistema econômico e que, por isso, o instrumental da Economia é o mais adequado para interferir no processo social de manipulação de interesses.²⁹ O conceito de eficiência passa a fazer a ponte entre Economia e Direito, sendo responsável por impregnar as análises jurídicas com os referenciais teóricos econômicos.

Não há como contestar que a Análise Econômica do Direito encontrou, no Direito Antitruste, um de seus terrenos mais fecundos. Tanto é assim que o conceito de lícito e ilícito corresponde à contraposição entre arranjos

²⁸ “The election of President Reagan marked the triumph and the high water mark of the Chicago School in antitrust and competition policy. A conservative attorney, William Baxter, headed the Antitrust Division and a conservative economist, James Miller, headed the FTC. Economists played a far more important role within each bureaucracy, and the most influential economists were of the Chicago variety rather than the more traditional institutionalist school that had previously dominated industrial organization economics” (FOER, Albert A.; LANDE, Robert H. *The evolution of United States antitrust law: the past, present and possible future*, p. 13. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/recent/64.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2006).

²⁹ CASTRO, Marcos Faro de. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, Síntese, ano 68, n. 1, p. 195-196, jan.-mar. 2002.

econômicos eficientes e ineficientes.³⁰ Se sob o paradigma anterior eram as teorias econômicas que davam o modelo de organização ideal do mercado (concorrência perfeita x concorrência monopolística, por exemplo), e o Direito, por meio de uma linguagem normativa, tentava moldar a economia de forma a atingir tal resultado (proibindo atos de concentração ou práticas que gerassem maior poder de mercado, barreiras à entrada etc.), sob o novo paradigma, a economia não só dita um modelo ideal de mercado (aquele que melhor promova a eficiência das pessoas privadas), como também dá o instrumental pretensamente necessário (o próprio conceito de eficiência) para que o Direito molde a economia.

Apesar de grande parte das autoridades estatais e dos doutrinadores ainda serem entusiastas de análises antitruste derivadas desse paradigma,³¹ gradualmente ganha força uma interpretação ainda mais revolucionária sobre o papel do Direito da Concorrência. A chamada teoria austríaca advoga a extinção de toda e qualquer legislação que pretenda assegurar ou implementar um ambiente mais propício ao mercado. Parte-se da conclusão de que todo o sistema antitruste, inclusive o de Chicago,³² supostamente desenvolvidos para proteger a concorrência e aumentar o bem-estar dos consumidores, levou, pelo contrário, à diminuição da competição e da eficiência nos mercados, características tão naturais em ambientes de livre concorrência. Ou seja, o Estado é visto como o grande vilão da competitividade e, portanto, do mer-

³⁰ A regra enunciada no artigo 20 da Lei 8.884/94 permite que o CADE, ainda que diante de uma conduta dolosamente tendente à eliminação da concorrência, considere a atividade da empresa legítima se o impacto na competitividade for positivo. Essa interpretação pode ser claramente observada no caso Globo/DirecTV (Processo Administrativo 53500.000359/99).

³¹ Durante o governo Reagan as autoridades antitruste americanas experimentaram um significativo decréscimo de sua atividade em função das idéias difundidas pela Escola de Chicago. Durante o governo de Bush e Clinton, no entanto, a intervenção estatal a partir do Direito Antitruste expandiu-se moderadamente, tomando agora como base um modelo pós-Chicago. Essa doutrina continua valorizando o conceito de eficiência e inovação, mas também se preocupa em proteger os consumidores de pagarem preços acima do normal em função de um poder de mercado adquirido ilegalmente. (FOER; LANDE, Op. cit., p. 14).

³² Para Armentano, qualquer proposta de intervenção do Estado no mercado baseada na defesa da eficiência seria uma contradição em termos. Isso porque se um acordo está sendo levado a cabo por um grupo de indivíduos, ele é eficiente na exata medida em que representa uma coordenação social dirigida a um fim específico (Op. cit., p. 276).

cado. Armentano, um dos principais seguidores da teoria austríaca, resume a proposta da escola da seguinte maneira:

“The only principled and practical way to end monopoly power is to end it at its source. Government regulation, entry control, subsidization, and antitrust, are all manifestations of a governmental interventionist power that has been employed by private advantage and to the detriment of society. These manifestations cannot be justified from either a natural rights, utilitarian, or subjectivist perspective. In short, we must seek to end governmental interventionist power, including antitrust, and move to create a free and open society where individuals can fulfill their own vision of the good society.”³³

Mais uma vez, a preocupação com a melhor maneira de estruturar o mercado, se a partir de intervenções amparadas sobre o conceito de eficiência ou se livre de qualquer tipo de ingerência, ganha lugar de destaque em detrimento da discussão sobre os caminhos possíveis e a potencialidade de promoção da liberdade individual por meio do desenvolvimento econômico.

4. A falibilidade do pensamento econômico

Para Hayek, a principal explicação para a falência dos totalitarismos está exatamente na impossibilidade de o ser humano conhecer e planejar todas as conseqüências de seus atos. Esse estado de imprevisão inerente ao homem moderno surge como um obstáculo intransponível ao desejo de planejamento e de submissão da atividade econômica a um fim determinado. O ponto central da crítica de Hayek, portanto, diz respeito às possibilidades cognitivas intrinsecamente limitadas do homem. Por não ser capaz de conhecer e apreender muito mais do que uma pequena parcela da sociedade, ele não pode pretender submeter e manipular a economia como um todo e deve contentar-se apenas com aquilo que sua capacidade intelectual é capaz de processar, ou seja, muito pouca coisa.³⁴

³³ Op. cit., p. 278 (grifo no original).

³⁴ “A complex civilization like ours is necessarily based on the individual’s adjusting himself to changes whose cause and nature he cannot understand: why he should have more or less, why he should have to move to another occupation, why some things he wants should become more difficult to get than others, will always be connected with such a multitude of circumstances that no single mind will be able;

O mercado surge, então, como a melhor forma de assegurar a estabilidade da ordem social e o progresso, porque permite que os indivíduos manejem espontaneamente o pouco conhecimento que são capazes de reter, incrementando-o com as informações adquiridas pelas trocas econômicas. O conhecimento possível é o conhecimento localizado, derivado de um processo social em que todos podem participar e testar o resultado de sua ação. A concorrência representaria exatamente esse processo, permitindo a construção de conhecimento e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

O problema identificado por Hayek seria o de que o homem moderno, acostumado a poder dominar as forças da natureza,³⁵ não se sente confortável nem disposto a se submeter a um processo de conhecimento e transformação social cujos pressupostos e conseqüências não é capaz de compreender. O autor contesta, entretanto, que “unless this complex society is to be destroyed, the only alternative to submission to the impersonal and seemingly irrational forces of the market is submission to an equally uncontrollable and therefore arbitrary power of other men”.³⁶ Dessa forma, a escolha pelo mercado em vez do planejamento seria preferível não só pelo conhecimento que aquele possibilita, mas também pela liberdade que pressupõe.

No entanto, duas objeções podem ser levantadas contra a preferência de Hayek pelo mercado. A primeira provém da própria teoria do conhecimento, pois seria incongruente aceitar que a falibilidade de cognição do homem invalide a crença no planejamento, mas deixe ileso a crença no mercado como meio capaz de possibilitar o progresso. Poder-se-ia contra-argumentar que o desejo de alcançar o progresso não é contingente para a teoria do mercado tal como o é para a teoria do planejamento, ou seja, que o mercado seria apenas uma “ordem espontânea” não preocupada com os efeitos e resultados da atividade de seus participantes. No entanto, se inexistente a preocupação com o progresso, não se pode utilizar como argumento favorável ao mercado a

or, even worse, those affected will put all the blame on an obvious immediate and avoidable cause, while the more complex interrelationships which determine the change remain inevitably hidden to them” (HAYEK. Op. cit., p. 204).

³⁵ Hoje já se argumenta que nem mesmo os fenômenos naturais são passíveis de completa apreensão pela mente humana. A teoria da relatividade de Einstein, a mecânica quântica de Heisenberg e Bohr e a teoria das estruturas dissipativas de Prigogine são exemplos dados por Boaventura de Sousa Santos para comprovar tal fato (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001).

³⁶ Op. cit., p. 205.

idéia de que ele possibilita o conhecimento, afinal, qual seria sua relevância senão a de indiretamente assegurar o progresso?

A segunda objeção é direcionada à idéia de que a escolha de um sistema de economia de mercado assegura uma maior liberdade aos indivíduos. Ora, todas as críticas que deram vazão à passagem do paradigma liberal ao paradigma intervencionista fundavam-se exatamente na incompletude desse argumento. Defendia-se que uma economia deixada ao sabor das livres forças de mercado levou a uma incontestável situação de opressão e desigualdade social, onde a liberdade de poucos contrastava com a subjugação de muitos. De forma alguma se poderia dizer que as críticas utilizadas na época já tenham sido superadas, pois não há qualquer razão para afirmar que as conseqüências do Estado Liberal não mais se repetirão no contexto histórico vivido hoje. Aliás, em sua crítica ao Estado Social, Habermas reconhece a importância de suas propostas para um verdadeiro projeto de promoção da liberdade individual ao buscar corrigir o cerceamento de liberdade dos grupos excluídos a que leva uma economia dirigida apenas pelas forças de livre mercado:

As instituições do Estado social caracterizam, em medida não inferior às instituições do Estado constitucional democrático, um impulso no desenvolvimento do sistema político, para o qual não há alternativa visível em sociedades como as nossas — nem no que tange às funções que o Estado social cumpre, nem no tocante às exigências normativamente justificadas que este satisfaz. Sobretudo os países ainda atrasados no desenvolvimento do Estado social não têm nenhuma razão plausível para desviarem-se desse caminho. É justamente a falta de alternativas, talvez mesmo a irreversibilidade dessas estruturas de compromisso (pelas quais se continua a lutar), que nos põe diante do seguinte dilema: o capitalismo desenvolvido nem pode viver sem o Estado social nem coexistir com sua expansão contínua.³⁷

As mesmas observações podem ser transportadas ao Direito Antitruste. Desde seu aparecimento discute-se qual o modelo econômico a ser adotado pelo Estado como parâmetro para suas intervenções. As primeiras teses reivindicavam uma intervenção que assegurasse, ao máximo possível, uma configuração de mercado próxima ao modelo de concorrência perfeita, com empresas atomizadas, baixa participação individual no mercado, etc. Posteriormente, passou-se a aceitar uma interferência que garantisse um tipo

³⁷ HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 18, set. 1987, p. 109.

de concorrência monopolística, ou seja, em que a grande empresa estivesse sempre ameaçada pela entrada de um novo competidor no mercado, e então as atenções voltaram-se à análise das barreiras à entrada, do grau de tecnologia, dos ganhos de escala etc. Em um terceiro momento, as análises antitruste se debruçaram sobre o conceito de eficiência, a estrutura de mercado passou a ficar em segundo plano e a preocupação essencial passou a ser o aumento de riqueza social gerado por cada conduta ou ato de concentração. Por fim, a Escola austríaca passou a sustentar que é a própria intervenção governamental que restringe a evolução do mercado rumo ao progresso: sua proposta é de que qualquer ingerência do Estado na economia seja suprimida, inclusive a que tem por instrumento o Direito Antitruste.

No entanto, a simples constatação de que nenhum daqueles modelos garantiu um maior progresso e uma maior promoção da liberdade individual justificaria a abolição do Direito Antitruste? O argumento de que o Estado, em sua pretensão de interferir na concorrência, acabou gerando configurações indesejadas de mercado, contribuindo mais para cercear do que para garantir a liberdade individual, autorizaria a pretensão de total afastamento do Estado e do Direito das questões concorrenciais? Dever-se-ia, por exemplo, impedir que se questione sob o ponto de vista da restrição à concorrência a decisão de Prodi em liberar a venda de medicamentos em supermercados ou de autorizar novas licenças de táxi? A alegação de que determinada conduta de uma empresa ou determinada intervenção do Estado é anticompetitiva deveria deixar de ser juridicamente debatida?

No mesmo sentido que já se argumentou, não há qualquer garantia teórica ou empírica de que o afastamento do Estado das questões antitruste levará a uma determinada configuração de mercado que irá melhor promover a liberdade individual. Aliás, todo contexto crítico que marcou a passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista pode ser novamente utilizado para refutar tal solução. Afinal, o advento do Estado de Bem-Estar Social teve como fundamento o fato de que a liberdade individual pode ser comprometida não só pela intervenção do Estado como também pela sua não intervenção.³⁸

³⁸ Essa é também a conclusão de Habermas: “Nous avons vu que le passage au modèle de l’État providence a été justifié par le fait que les droits subjectifs sont susceptibles d’être lésés, non seulement par des interventions illicites, mais encore par l’intervention de l’Administration” (*Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997. NRF Essais, p. 456).

O problema não pode ser tratado pelo ponto de vista da presença ou ausência de intervenção, mas de como essa intervenção deve ser estruturada.

5. Democracia e teoria do discurso como alternativas

Procurou-se demonstrar até aqui como teoria e prática sociais descartaram a racionalidade comunicativa como um instrumento capaz de interferir na questão da promoção da liberdade individual por meio do fomento da economia. No caso específico do Direito Antitruste, como se pôde perceber, as teorias econômicas reivindicaram um *status* de verdade científica impossível de ser refutado ou afastado pelo Estado na elaboração de sua interferência. A resposta de quanto e como intervir foi buscada essencialmente nos paradigmas econômicos, tais como o de concorrência perfeita, concorrência monopolística, garantia da eficiência, equilíbrio natural do mercado etc.

Hayek afirma que essa substituição do discurso jurídico ou político por uma análise estritamente econômica é uma consequência inevitável da opção pelo intervencionismo do Estado. Segundo o autor, “if efficient intervention is to be done, the direction must be ‘taken out of politics’ and placed in the hands of experts”.³⁹ A causa para a ineficiência de uma administração da economia baseada em um discurso democrático estaria na impossibilidade de acordo tanto sobre os meios quanto sobre os fins da intervenção, já que os interesses de cada representante e grupo de representados seriam sempre contrapostos e irredutíveis. Assim, toda vez que a democracia pretendesse interferir no campo econômico, deixaria de impedir arbitrariedades para passar a legitimá-las, pois as decisões de intervenção seriam necessariamente o reflexo da imposição dos interesses de uma minoria organizada sobre os interesses da maioria desorganizada. Para garantir um governo verdadeiramente democrático, portanto, dever-se-ia aceitar que sua atividade ficasse restrita aos temas em que é possível alcançar um acordo, devendo os demais serem submetidos ao mercado e às relações estritamente privadas.⁴⁰

³⁹ Op. cit., p. 62.

⁴⁰ Hayek conclui: “Democratic government has worked successfully where, and as long as, the functions of government were, by a widely accepted creed, restricted to fields where agreement among a majority could be achieved by free discussion; and it is the great merit of the liberal creed that it reduced the range of subjects on which agreement was necessary to one on which it was likely to exist in a society of free man” (Op. cit., p. 69).

A proposta da Escola austríaca do Direito Antitruste segue a mesma lógica: ao reconhecer a ineficiência do Estado para lidar com a promoção da concorrência, sugere o abandono de tal desígnio às forças livres de mercado. No entanto, como já argumentado, nada garante que essa postura irá privilegiar a promoção da liberdade individual; além do mais, a experiência do Estado liberal faz crer que sua adoção significará, na verdade, um retrocesso. Por tais motivos, uma nova solução deve ser encontrada, e, definitivamente, a resposta não deve ser novamente buscada em paradigmas da Economia. É preciso resgatar o papel e a importância de uma interação eminentemente comunicativa para a efetividade da promoção da liberdade individual por meio do desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, o modelo de democracia desenvolvido por Habermas apresenta-se como uma alternativa interessante, uma vez que seu prestígio está exatamente no fato de firmar-se como um instrumento de organização da sociedade baseado na comunicação lingüística, o que significa uma possível superação das duas únicas soluções dadas pela Economia (mercado ou intervencionismo técnico) para a práxis de autodeterminação dos cidadãos.⁴¹

Esse modelo de democracia estipula que a legitimidade de determinada decisão política ou jurídica depende apenas da observação de regras discursivas e formas argumentativas orientadas ao estabelecimento de um acordo mútuo. Ou seja, a justiça, a honestidade e a racionalidade dos acordos políticos jurídicos são verificadas por sua submissão a um determinado procedimento. No entanto, esse procedimento deve ser por si só racionalmente justificado, daí a necessidade de ele cumprir os requisitos de um discurso ético, entre eles os de que “todos devem ter a possibilidade de participar”, que “os conteúdos transmitidos sejam inteligíveis”, que “os interlocutores

⁴¹ “A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito. Ela não opera por muito tempo com o conceito de um todo social centrado no estado e que se imagina em linhas gerais como um sujeito acional orientado por seu objetivo. Tampouco situa o todo em um sistema de normas constitucionais que inconscientemente regem o equilíbrio do poder e de interesses diversos de acordo com o modelo de funcionamento do mercado. Ela se despede de todas as figuras de pensamento que sugeriram atribuir a práxis de autodeterminação dos cidadãos a um sujeito social totalizante, ou que sugeriram referir o domínio anônimo das leis a sujeitos individuais concorrentes entre si” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002. p. 288).

ajam com sinceridade”, que “não se interrompa imotivadamente qualquer argumentação”, que “se exclua toda e qualquer coação na busca cooperativa por um acordo de vontades” e “que não se restrinja a liberdade para a escolha dos tópicos de discussão”. A teoria do discurso, portanto, requer que o procedimento democrático esteja direcionado à força do melhor argumento, e que qualquer empecilho a tal objetivo seja removido sob pena de ilegitimidade do próprio processo.

Sob a influência dos três paradigmas previamente descritos – o liberal, o intervencionista e o neoliberal –, as discussões travadas no âmbito do Direito Concorrencial sempre tiveram como argumento intransponível, ou melhor, como único argumento, as conclusões e propostas dadas pela ciência econômica sobre a configuração ideal de mercado para promover o desenvolvimento. Os modelos eram tomados como parâmetros a que a autoridade antitruste deveria tentar aproximar o mercado real, não devendo qualquer outro argumento ser considerado como relevante. A Escola austríaca elimina até mesmo a possibilidade de se argumentar sobre a compatibilidade entre o mercado real e o ideal, pois sua teoria econômica afirma que as duas dimensões se confundem.

Observando-se esse conjunto sob o paradigma da teoria do discurso, claramente se tem como inaceitáveis as decisões dele derivadas. Sua adaptação só é possível se a análise econômica perder o posto de instrumental único para a delimitação da ilicitude no Direito Antitruste e adquirir apenas caráter retórico, disputando com diversos outros argumentos a eficácia de suas propostas. Nesse sentido, diz Hovenkamp: “Any consideration of the kind of economics antitrust should use must begin with this premise: the primary purpose of economics is rhetorical: we use it to tell consistent and relevant stories that make sense out of the world we face”.⁴² Em discussões sobre o direito da concorrência, o argumento econômico deve ser contrabalanceado com argumentos de preservação da cultura, preservação do meio ambiente, melhoria das condições de trabalho, enfim, diversos direitos que, da mesma forma que o desenvolvimento econômico, também traduzem a promoção da liberdade individual.

“Isso não exclui, naturalmente, a possibilidade do falibilismo, pois a busca da única resposta correta [ou seja, do melhor argumento] não é capaz

⁴² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999 (Hornbook Series). p. 73-74.

de garantir, por si mesma, um resultado correto”.⁴³ No entanto, diferentemente do que ocorre quando o paradigma é baseado apenas em modelos econômicos, o procedimento democrático possibilita, ao mesmo tempo, uma sociedade descentralizada e uma decisão pública dos caminhos que a política econômica deve tomar. O ambiente democrático sustentado por uma teoria do discurso cria um espaço de aprendizado consciente (e não inconsciente como o mercado), onde os indivíduos sentem-se responsáveis pelos rumos da economia, já que o processo de decisão suscita as noções de reconhecimento e pertencimento do indivíduo na sociedade (o que não ocorreu no Estado Social).

A resposta à pergunta feita na introdução deste trabalho sobre quais os privilégios a serem mantidos em detrimento da concorrência deve ser respondida, portanto, a partir de um procedimento democrático em que estejam assegurados os princípios da teoria do discurso. O âmbito do Poder Legislativo certamente não é o *locus* adequado para todo tipo de discussão: a regra da maioria pode submeter a vontade de um grupo desorganizado ao poder de grupos organizados ou economicamente bem-estabelecidos. Por tais razões, a existência do Direito da Concorrência como um conjunto de normas cuja preocupação central é com a configuração desejável do mercado abre caminho para uma verdadeira discussão seja via Poder Judiciário (como nos Estados Unidos) seja via Poder Executivo (como no Brasil) sobre quais privilégios devem ser mantidos não em detrimento da concorrência como antes se afirmou, mas em detrimento de outros privilégios adquiridos em nome dela (o possível privilégio dos supermercados sobre os farmacêuticos, por exemplo). O Direito Antitruste, portanto, se conseguir se desvencilhar de sua subordinação a modelos econômicos e passar a adotar os princípios da teoria do discurso, pode adquirir uma importante função de promoção da liberdade individual por meio da legitimação das decisões públicas sobre a forma de intervenção do mercado.

Bibliografia

ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*. Nova York: John Wiley & Sons, 1982.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 162.

- BEAN, Jonathan. Beyond the broker state: a history of the federal government's policies toward small business: 1936-1961. *Business and Economic History*, v. 24, n. 1, 1995.
- CASTRO, Marcus Faro. Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neoclássica. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, ago.-set. 2005.
- _____. Entraves à democracia: a questão da 'Política econômica'. *Revista Múltipla*. v. 2, n. 2, 1997, p. 9-39.
- _____. Julgar a economia. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, Síntese, ano 68, n. 1, jan.-mar. 2002.
- DUMONT, Louis. *From Mandeville to Marx: the genesis and triumph of economic ideology*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- FOER, A. A.; LANDE, R. H. *The evolution of United States antitrust law: The past, present and possible future*. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/recent/64.pdf> Acesso em: 31 jul. 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.
- _____. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 18, set. 1987.
- _____. *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997. NRF Essais.
- _____. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. 12. impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.
- HIRSCHMAN, Albert O. *The passions and the interests: political arguments for capitalism before its triumph*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999. Hornbook Series.

- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego do juro e da moeda*. Trad. Mário R. da Cruz. 12. tir. São Paulo: Atlas, 1982.
- POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957.
- ROOSEVELT, Franklin D. *Message to Congress on the concentration of economic power*. Abr. 1938.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- SIMMEL, Georg. O dinheiro na cultura moderna. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, Berthold (Org.). *Simmel e a modernidade*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2005.
- SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- SOUZA, Washington P. A. de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- WILLIAMSON, Oliver. *The merger guidelines of the U.S. Department of Justice – in Perspective*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11257.htm#N_4_. Acesso em: 25 jul. 2006.

**A REGULAÇÃO DE OFERTA NO MERCADO
BRASILEIRO DE AVIAÇÃO CIVIL
COMO INSTRUMENTO DE COMBATE
À GUERRA DE PREÇOS:
análise do mecanismo com base na teoria dos jogos**

Leandro Alexi Franco

1. Introdução

Nos últimos anos, a regulação da atividade econômica transformou-se em um dos principais instrumentos de política econômica dos Estados contemporâneos. A intervenção regulatória seria capaz de atender às demandas dos consumidores, assim como garantir simultaneamente retorno aos agentes econômicos. A eficácia desse modelo dependeria apenas da definição do “onde” e “quanto” de Estado.

As respostas a essas perguntas permeiam todo o processo de reestruturação do setor aéreo em diversos países do mundo. Nas últimas décadas, o transporte aéreo vem passando por um constante período de transição em seu modelo regulatório. Aos poucos, o processo de liberalização e flexibilização tem substituído o intervencionismo que sempre caracterizou o setor, principalmente no histórico da aviação brasileira.

Ocorre que a transição incompleta entre o modelo estatal de substituição do mercado e o modelo de flexibilização concorrencial com regulação pode ser fator determinante para o insucesso do crescimento econômico do setor. No caso brasileiro, a pretendida alteração de paradigma encontrou-se justificada na inclusão do usuário como beneficiário direto da regulação e na universalização da oferta do serviço de aviação como valores que permeiam a prestação da atividade e objetivos essenciais para o crescimento do setor. Porém, a partir do momento em que se justifica a criação de mecanismos que possibilitem a universalização e a difusão do transporte a todo o território nacional, sem o sacrifício da eficiência necessária para a expansão, inovação e competitividade das empresas, deve-se evidenciar que a consecução desses objetivos depende da correta escolha dos instrumentos jurídicos.

O reconhecimento da influência dos incentivos institucionais sobre o comportamento dos agentes diminui o caráter meramente ideológico do

debate. Se, por um lado, busca-se inferir até que ponto a regulação jurídica é um meio necessário para o crescimento econômico do setor e para a difusão de seus benefícios a uma maior quantidade de usuários normalmente não beneficiados, por outro se pode constatar, com maior clareza, até que ponto o arranjo legal atualmente definido possui instrumentos de efetividade duvidosa.

Ao partir dessa discussão, o presente estudo tem por objetivo analisar o mecanismo regulatório utilizado pelo governo brasileiro para combater a guerra de preços que se iniciou no mercado brasileiro de aviação civil após a flexibilização das regras do setor e a valorização da política da concorrência. Nos últimos anos, a aviação civil nacional sofreu intensas modificações em seu ambiente competitivo diante da política de liberalização do setor. De um mercado caracterizado pelo rígido controle do Estado sobre o preço das tarifas e a entrada de novas empresas, iniciou-se, a partir da década de 1990, um processo de flexibilização com o objetivo de introduzir a concorrência e estimular a eficiência econômica das empresas. Entretanto, depois de um início positivo e promissor, a instabilidade do mercado mais uma vez resultou na mudança dos instrumentos regulatórios. Com a diminuição da participação das companhias tradicionais e o crescimento da pressão competitiva de novos entrantes com baixo custo (*low fare, low cost*), o aumento de rivalidade transformou-se em problemas de excesso de capacidade e baixo aproveitamento dos pontos de *break-even*.¹ Para o órgão regulador do setor, o Departamento de Aviação Civil (DAC), atualmente substituído pela recém-criada Agência Nacional de Aviação Civil, o estado deficitário do mercado seria em grande medida provocado por práticas predatórias por parte das companhias tradicionais. Segundo o ente estatal, a liberalização teve como principal consequência uma guerra tarifária que se alastrou por todo o mercado. Dentro desse contexto, a solução adotada pelo regulador para combater a guerra de preços foi a redução da oferta por meio do controle de entrada de novos concorrentes, principalmente evitando a superposição de linhas com proximidade de horários e restringindo a possibilidade de importação de aeronaves.

Diante desses aspectos, pretende-se como hipótese verificar, pelo uso do instrumental da teoria dos jogos, se a medida adotada pelo regulador deveria ser imaginada como a melhor decisão para o setor. A Portaria 731/GC5, de 31 de julho de 2003, editada para estabelecer as novas diretrizes

¹ O *break-even* é a taxa de ocupação mínima para tornar o voo lucrativo.

para o setor, foi desenhada imaginando que a estratégia dominante adotada pela companhia incumbente, em uma determinada rota, seria desencorajar a entrada do concorrente iniciando uma guerra de preços. As companhias aéreas tradicionais criariam a reputação de irracionalidade e agressividade, convencendo potenciais concorrentes de que o risco de uma disputa tarifária predatória era muito alto e de que a entrada não seria lucrativa.

Em oposição, procurar-se-á analisar, com base nessas mesmas premissas estratégicas adotadas pelo regulador nacional, que o mecanismo adotado pode não ter sido o melhor para a promoção da eficiência do mercado e a maximização do bem-estar dos consumidores. Pretende-se inferir se a conduta imaginada de guerra de preços apresenta racionalidade econômica, mesmo que essa racionalidade seja em termos de criação de reputação irracional, justamente por não ser possível criar uma ameaça crível. Ou seja, a estratégia pretensamente adotada pelas empresas de iniciar uma guerra de preços em determinadas rotas para evitar a entrada de competidores, ainda que na prática tenha sido verificada, poderia não ter condições de permanecer no tempo. A situação financeira das companhias aéreas, de amplo conhecimento do mercado em geral, e principalmente do regulador, não permitiria que essas empresas levassem adiante uma longa guerra de preços. Assim, se demonstradas essas afirmações, o controle exercido pelo governo, ou, em outras palavras, o “quanto” de Estado, além de ser caracterizado como desnecessário para impedir uma guerra de preços, provocou a redução da competitividade que poderia se instalar no mercado naquele momento, facilitando a própria estratégia dos agentes econômicos de impedir a entrada de novos concorrentes.

2. O processo de flexibilização do setor aéreo

O processo de liberalização do setor aéreo brasileiro foi reflexo do movimento de abertura econômica e flexibilização de controle tarifário e de introdução da concorrência como um valor a ser atingido na economia brasileira. Acompanhando os processos de liberalização ocorridos nos Estados Unidos e na Europa, dá-se início, no começo da década de 1990, a uma modificação no mercado brasileiro de aviação diante da constatação de que o modelo intervencionista anteriormente praticado desestimulava a eficiência das companhias. A lógica do mercado brasileiro como um todo, incluindo o transporte aéreo, passou a ser a da atividade econômica privada regida pelas regras do livre mercado, limitada a interferência da administração pública.

Durante esse período, procurou-se introduzir a concorrência no setor e eliminar as barreiras regulatórias. O incentivo às vendas de passagens aéreas desvinculadas de pacotes turísticos permitiu maior competitividade no mercado. A autorização para as companhias regulares operarem vôos *charter* possibilitava que essas empresas utilizassem suas aeronaves ociosas nos momentos em que os vôos regulares eram reduzidos, principalmente nos finais de semana, em que diminuía a demanda por passageiros executivos, porção mais significativa do mercado nacional.² A eliminação das restrições referentes à operação das linhas aéreas nacionais, regionais e especiais, permitiu que companhias de atuação exclusivamente regionais passassem a operar em âmbito nacional, exercendo pressão competitiva.³ Em 1989, o próprio monopólio internacional da Varig havia sido derrubado com a permissão a Vasp e a Transbrasil para realizarem vôos internacionais.

Com a publicação da Portaria 789/GM5, de 1990, o Ministério da Aeronáutica iniciou uma incipiente abertura do mercado a novas empresas, com a definição das condições que deveriam ser observadas para a autorização de companhias para exercerem serviços aéreos regulares. Depois, seguiram-se diversas portarias emitidas pelo CONAC⁴ e pelo Ministério da Aeronáutica permitindo a entrada de novas empresas e reduzindo as segmentações de mercado para promover a competição entre operadoras nacionais e regionais. A gradual liberação tarifária iniciou com a Portaria 196/DGAC, de 1991. O sistema tarifário passou a ser definido com um índice de preço do quilômetro voado, decrescente em função da distância percorrida. As tarifas básicas eram definidas com peso igual a 1, e a tarifa básica regional com peso igual a 1,3, enquanto a chamada tarifa especial, para passagens pagas

² Cf. R. A. Rodrigues, *O mercado da aviação doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*, Dissertação de Mestrado, Brasília, Universidade de Brasília, 2003, p. 134.

³ Cf. M. P. Tavares; B. Moura Rocha, Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro, in: Moura Rocha, Bolívar (Org.), *A regulação da infra-estrutura no Brasil – balanço e propostas*, São Paulo, IOB-Thomson, 2003, p. 287.

⁴ O Conselho Nacional de Aviação Civil, criado no ano 2000, é formado pelos Ministros de Estado da Defesa, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, das Relações Exteriores, pelo Chefe da Casa Civil e pelo Comandante da Aeronáutica, com a função de constituir um órgão oficial de discussão e produção na formulação de políticas para o setor.

à vista e com reserva confirmada com pelo menos 15 dias de antecedência, tinham peso igual a 0,7. As tarifas de primeira classe tinham o peso de 1,2 e permissões para tarifas promocionais com peso variando entre 0,5 e 0,9. Nesse mesmo ano, a Portaria 322/SPL instituiu a faixa tarifária em que as companhias poderiam definir os valores dentro de um limite máximo de 32% ou desconto máximo de 50%, ambas em relação à tarifa de referência definida pelo Departamento de Aviação Civil.

Em 1997, a Portaria 986/DGAC ampliou a banda tarifária ao permitir descontos de até 65% da tarifa de referência para vôos regulares. Posteriormente, a Portaria 05/GM5 liberou as linhas especiais, anteriormente exploradas exclusivamente pelas companhias regionais, para serem também operadas pelas companhias nacionais. As tarifas aéreas domésticas de companhias regulares também foram liberadas pela Resolução 07 do CONAC, de março de 2001. Nesse contexto, as rotas entre Belo Horizonte, Brasília, Campinas, Curitiba, Florianópolis, Porto Alegre, São Paulo e Rio de Janeiro permaneciam livres para a exploração, enquanto as demais linhas permaneciam sob o sistema de banda tarifária, com variações permitidas com aprovação do DAC e do Ministério da Fazenda. No curto prazo, os resultados da liberdade tarifária foram positivos e a receita adquirida pelas companhias aéreas crescia a uma taxa animadora. Para os consumidores, a perceptível queda no preço das passagens aéreas era sintoma dos benefícios do modelo.

Os resultados positivos culminaram, em 2001, na total liberdade do preço das tarifas aéreas no mercado brasileiro de passageiros, eliminando a banda tarifária em todas as rotas.

Pouco tempo depois, as mudanças conjunturais no setor, principalmente com a desvalorização do real e aumento dos preços de combustíveis, aumentaram significativamente o custo das empresas aéreas. A pressão competitiva de novas empresas que ingressaram no mercado a custos mais baixos provocou um choque nas empresas tradicionais, habituadas a operarem em um mercado sem competição e tendo seus lucros garantidos por preços supracompetitivos e controlados pelo governo. As novas companhias foram, então, responsáveis pela redução de participação no mercado das empresas tradicionais. Esse cenário em muito contribuiu para deflagrar uma grave crise que se instaurou no mercado aeronáutico brasileiro. Depois do período de transição para a flexibilização regulatória, a crise voltou a determinar a resposta para o “quanto” de Estado, restabelecendo o controle sobre a entrada e o planejamento estatal no mercado aéreo.

A retomada do processo de intervenção estatal pautou-se na idéia de que a crise estaria sendo provocada por um excesso de oferta no setor. A partir de março de 2003, a regulação tinha por meta intervir e limitar a oferta no mercado, suspendendo o processo de liberalização iniciado na década de 1990. Em relatórios econômicos e denúncias aos órgãos de defesa da concorrência, o DAC alegava que as companhias aéreas estavam seguidamente incorrendo na prática de preços predatórios. Segundo a autoridade administrativa,⁵ em regra, a razão entre o valor da tarifa definido pelas companhias aéreas e o trecho voado seria inferior aos custos médios totais e variáveis na maioria dos trechos. Assim, a guerra tarifária estaria caracterizada.

No início de 2003, “como forma de controlar a crise econômica que se abateu sobre o transporte aéreo brasileiro”, o Comando da Aeronáutica passou a exercer o controle de oferta do número de vôos, estabeleceu a restrição a importações de aeronaves e impediu a superposição de linhas com proximidade de horários. Além dessas medidas, exigia a necessidade de comprovação de viabilidade econômica para que novos vôos fossem oferecidos em rotas onde já atuava alguma operadora. A adequação entre a oferta de vôos e a demanda existente no setor, com a limitação da entrada de novas empresas, constituiu o principal objetivo da política econômica da aviação civil nacional. A concorrência deixava de ser o valor anteriormente pretendido, para ser tida como predatória.

Em 13 de março de 2003, o Comando da Aeronáutica publicou a Portaria 243/GC5 com o objetivo de criar o plano de racionalização das linhas aéreas que previa que a “autorização para a importação de aeronaves comerciais, emitida pelo DAC, deverá sujeitar-se à comprovação de real necessidade pelo requerente, com base nas autorizações concedidas para a exploração do transporte aéreo”. Seguindo essas orientações, sobreveio a Portaria 731/GC5, de 31 de julho de 2003. Essa norma estabeleceu novas diretrizes sobre a entrada de empresas no mercado, a oferta de vôos das companhias aéreas e a política tarifária para o setor. Fazia parte das novas diretrizes a revisão da regulamentação existente, agora com o objetivo de “adequar a oferta de transporte aéreo (...) à evolução da demanda”. Conforme consta nas diretrizes divulgadas por aquela Portaria:

“A entrada de novas empresas no mercado constitui-se em saudável processo, na medida em que estimula a concorrência, pro-

⁵ Conforme consta na Averiguação Preliminar 08001.006298/2004-33 da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

movendo a melhoria dos serviços e o incremento de opções de vôo e de operações, com nítidas vantagens pela disponibilidade de maiores alternativas para o usuário. Contudo, a capacidade de auto-regulação do mercado, mediante a livre atuação das forças que nele interagem, deve ser buscada como meta de longo prazo, cabendo ao órgão regulador (Departamento de Aviação Civil – DAC) uma função moderadora, com a finalidade de impedir uma competição danosa e irracional, com práticas predatórias de conseqüências indesejáveis sobre todas as empresas, razão pela qual se deverá *considerar, quando da análise para criação de novas empresas, o comportamento e a especificidade do mercado foco de atuação e a situação econômica das empresas existentes, principalmente quanto a compromissos assumidos*”.

Quanto à política tarifária, as novas diretrizes propunham:

“A liberação tarifária é um objetivo já atingido. No entanto, a experiência de desregulamentação ocorrida no mundo, num passado recente, é uma valiosa fonte de conhecimento que deve ser levada em consideração no balizamento do momento e do grau em que a liberalização for implantada. No caso brasileiro, tendo em vista o tamanho do mercado e o número de empresas que o servem ou que potencialmente poderão vir a servi-lo, é fundamental evitar que um maior nível de competição entre operadores, via preços, comprometa sua saúde financeira e ocasione elevação do grau de concentração na indústria, ou que, contrariamente, as tarifas cobradas se mostrem abusivas em relação aos custos reais de operação, em função de práticas monopolísticas ou cartelizantes. Assim sendo, *deve ser mantido um acompanhamento contínuo da evolução da estrutura de custos operacionais do setor, para, em estreita ligação com os órgãos governamentais das áreas de economia e justiça, coibir os abusos, a cartelização e o dumping*”.

Mais uma vez, o agente estatal imaginava na regulação a forma de solucionar o problema da crise na aviação civil. A regulação, em conceito mais retórico do que prático, surge, na crítica de Diogo Coutinho, “como forma de cumprir (...) uma certa “tarefa inacabada” do Estado desenvolvimentista, submetido em grande escala a processos de privatização orientados por lógicas de curto prazo (dentre as quais se destaca a maximização do valor da venda das estatais nos leilões) e pressionados por fatores macroeconômicos conjunturais (como crises fiscais e programas de ajuste estrutural negociados

junto a organismos multilaterais)”.⁶ No caso do setor aéreo brasileiro, a partir dessa descrição do histórico da regulamentação do setor, não se pensou em um planejamento de longo prazo, mas apenas em medidas pontuais; a preocupação foi, em grande medida, com a reestruturação do mercado por meio de pacotes de medidas de curto prazo para sanear o setor.

No momento atual, de planejamento, é essencial que se busque explorar uma outra evolução, voltada ao desenvolvimento da abordagem teórica sobre comportamentos predatórios e guerra de preços, para que se possa extrair conhecimento dos impactos das medidas adotadas sobre o comportamento do mercado. Objetiva-se com isso demonstrar a inconsistência e os equívocos da metodologia de análise utilizada pelo órgão regulador. Pelo uso do instrumental da teoria dos jogos, procurar-se-á compreender justamente aspecto essencial para que se possa pensar em políticas que promovam o crescimento: a motivação dos agentes econômicos como um fator determinante do desempenho e as instituições como fator de incentivo indutor da forma de conduta desses agentes.

3. O comportamento predatório com base nos preços

Em sua definição tradicional, a prática de preços predatórios verifica-se quando uma empresa reduz o preço de oferta de seu bem abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto prazo objetivando eliminar rivais do mercado ou desencorajar o ingresso de possíveis entrantes para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos no longo prazo. Dessa forma, enquanto, no curto prazo, o consumidor teria a percepção de aumento de bem-estar em decorrência dos benefícios dos preços mais baixos, no longo prazo a predação objetiva a redução do número de concorrentes e a manutenção do poder de mercado das companhias incumbentes.

Há muita discussão sobre se essa estratégia de preços é efetivamente racional e lucrativa para o predador. Parte da teoria econômica é cética quanto à necessidade de preocupação antitruste ou regulatório-setorial com relação ao combate à guerra de preços e aos preços predatórios. Para a economia clássica, a queda nos preços é prática saudável para o mercado, e os possíveis

⁶ D. R. Coutinho, *Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento*, p. 23, disponível em: <http://www.edesp.edu.br/AppData/Publication/EntreEficienciaEquidadeDiogoCoutinho.pdf>.

prejuízos decorrentes são tão marginais que não compensariam a atuação do regulador. A dificuldade na definição de qual o limite entre preço predatório e estratégia concorrencial, tendo em vista a incompleta informação que detém o regulador sobre a estrutura de custo da empresa e o poder que esta possui no mercado, poderia levar a decisões que puniriam estratégias pró-competitivas, ou a uma atuação estatal com um custo social maior do que a própria conduta ilícita. A dificuldade de calcular o custo torna trabalhosa a tarefa do regulador de observar as estratégias de longo prazo da empresa por meio de uma simples comparação entre preços e custo marginal. No entanto, não são poucas as tentativas de construir metodologias para mensurar as variáveis envolvidas e caracterizar a conduta.

Em um mercado competitivo, uma empresa maximizará lucros quando o preço de venda do seu bem for igual ao custo marginal (aumento do custo total decorrente da produção de uma unidade adicional). A partir desse ponto, qualquer unidade a mais produzida terá um impacto negativo para a empresa. Em consequência, toda estipulação de preço abaixo desse valor, ou seja, o preço de equilíbrio, indicaria comportamento não racional do agente econômico que estaria, deliberadamente, incorrendo em perdas, o que caracterizaria a predação.

3.1. *A regra de Areeda-Turner*

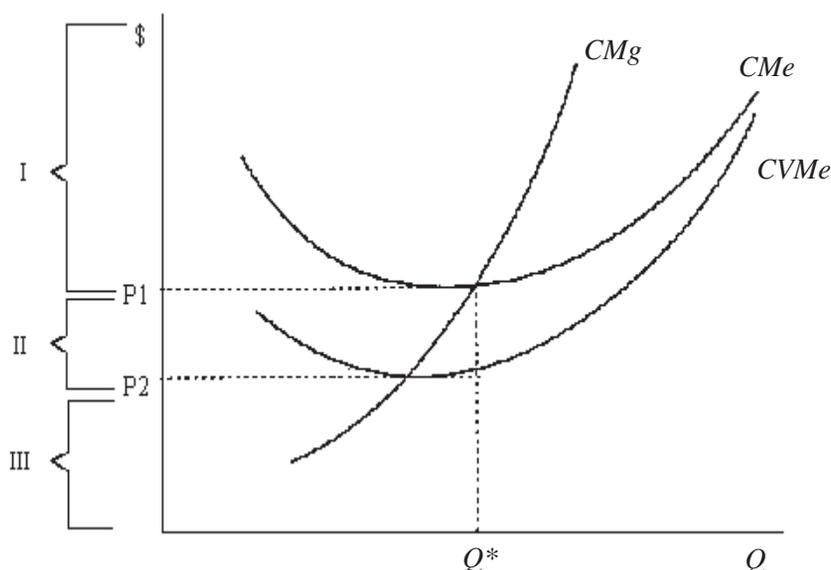
Diante da dificuldade de estimar o custo marginal, Phillip Areeda e Donald Turner⁷ procuraram formular uma metodologia econômica para a caracterização da estratégia predatória. A alternativa proposta pelos autores foi a substituição do conceito de custo marginal (CMg) pelo de custo variável médio (CVMe), ou seja, a média de custos variáveis incorridos na produção total da empresa, ou custo médio total (CMe), dividida pelo número de bens produzidos.

Desse modo, conforme o gráfico abaixo,⁸ três situações são possíveis. Em uma primeira hipótese (I), a estipulação de preços acima de P1 indica a não existência de predação. Por outro lado, a manutenção pelo incumbente do preço de venda abaixo de P1 e acima de P2 (II) seria estratégia sufi-

⁷ P. Areeda e D. Turner, Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, n. 88, Feb. 1975, p. 697-733.

⁸ Com base no *Guia para análise econômica de preços predatórios*, elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

ciente, no longo prazo, para provocar perdas econômicas no concorrente ou entrante e, como consequência, a sua saída ou o seu desencorajamento à entrada. Por fim, se a companhia incumbente deseja reduzir esse tempo, antecipando os efeitos da estratégia predatória, deverá determinar o seu preço abaixo de P2 (III), pois provavelmente o potencial entrante não suportaria cobrir os custos variáveis da operação e arcaria com significativos prejuízos econômicos.



- I – Não há preço predatório
- II – Pode haver preço predatório
- III – Há preço predatório

3.2. A inclusão do critério estrutural

Com a evolução jurisprudencial e doutrinária, o critério baseado puramente na comparação entre preço e custo foi perdendo força, questionando-se o comportamento do predador como uma lógica aritmética em sua estratégia de embarcar ou não em uma guerra de preços.

Segundo Hovenkamp,⁹ diante da dificuldade de calcular os custos unitários de um determinado produto e da subjetividade da classificação entre custos fixos e variáveis, o cálculo do custo variável médio também se mostra uma tarefa árdua para o regulador, não representando com segurança o custo marginal. Utilizar o custo variável médio para caracterizar um comportamento predatório pode recriminar uma política de preços que, na verdade, seria superior ao custo marginal, ou mesmo absolver uma estratégia que estipula preços inferiores ao custo marginal quando, na prática, são maiores. Para o autor, em mercados com capacidade ociosa (exemplo típico do setor aéreo), o custo variável médio seria maior do que o custo marginal, provocando nas autoridades a falsa conclusão pela existência de preços predatórios.

Procurando manter a simplicidade do critério de Areeda e Turner, porém oferecendo uma nova ferramenta, Baumol¹⁰ formula um método que abandona, de certa forma, os testes baseados nos custos. Para ele, preços abaixo do custo podem não ser necessariamente predatórios. Para que a estratégia seja racional é fundamental, além da inexistência de uma razão legítima para a sua escolha, que a empresa tenha condições de recuperar, no mínimo, o custo inicial incorrido com a predação.

Para a constatação de uma guerra de preços, é necessário provar, além de que a venda ocorre efetivamente abaixo do custo, a existência de condições estruturais necessárias para que a estratégia de desencorajamento à entrada seja racional no longo prazo, tais como (i) participação de mercado significativa da incumbente, (ii) elevadas barreiras à entrada no setor, (iii) capacidade produtiva da incumbente para atender o incremento da demanda no curto prazo, e (iv) capacidade de financiamento devido às perdas incorridas nessa estratégia.

A partir desses pressupostos, travar guerra de preços exige incentivos estruturais que possibilitem as condições financeiras para levar a estratégia até o final da batalha. Para exemplificar, se uma companhia aérea começar a vender passagens arcando com prejuízo, com o objetivo de impedir a entrada de concorrentes, precisará estar preparada para aumentar o número de vôos, pois os preços menores atrairão mais clientes. A nova entrante, enquanto isso, pode reagir à jogada predatória reduzindo o número de vôos. Com isso, a

⁹ H. Hovenkamp, *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*, 2. ed., St. Paul, West Group, 1999.

¹⁰ W. Baumol, Predation and the logic of the average variable cost test, *Journal of Law and Economics*, v. XXXIX, n. 1, April 1999, p. 49-72.

incumbente arcará com boa parte das perdas, deixando a entrante em posição privilegiada para sobreviver à guerra de preços.

Destaca-se, inclusive, que para Baumol e Hovenkamp, entre outros autores, em muitas circunstâncias a empresa possui razões de mercado para reduzir seus preços, medida necessária para restaurar a situação de equilíbrio, igualando as quantidades ofertadas e demandadas.

3.3. Guerra de preços e teoria dos jogos: o enfoque sobre os comportamentos estratégicos

Tanto a metodologia de identificação de preços predatórios baseada na utilização da análise de diferenciais de preço e custo como a abordagem estrutural que pretende complementar o enfoque da teoria econômica anterior carecem de um problema quanto ao estudo da racionalidade do agente: o individualismo das análises.

Para entender o papel da queda de preços no comportamento do mercado, a teoria dos jogos apresenta-se como um novo instrumental, preocupado com a reação do concorrente tendo em vista o comportamento da empresa predadora. Tal abordagem não descarta totalmente as ferramentas fornecidas pelos outros métodos de análise, mas procura verificar em que hipóteses uma empresa, ao decidir se embarca ou não em uma guerra de preços, adota a estratégia expressamente dirigida a eliminar o concorrente.

Ora, ao procurar compreender e descrever o comportamento estratégico dos agentes econômicos, a teoria dos jogos permite o desenho de políticas públicas que melhor se adaptem às reações dos agentes. A definição geral e abstrata de regras jurídicas para determinar o comportamento empresarial ou a própria intervenção estatal, utilizando-se de sua força coercitiva para impor obrigações e deveres aos agentes, possuem hoje um reduzido grau de eficácia se não estiverem acompanhadas da noção dos impactos econômicos que delas derivarão e seus efeitos sobre a alocação de recursos e os incentivos sobre o comportamento dos agentes privados.

4. O modelo do jogo de desencorajamento à entrada

A intenção de utilizar o instrumental da teoria dos jogos é a possibilidade de analisar como ocorrem as interações estratégicas entre as empresas na disputa por um mercado. No modelo a seguir apresentado, a interação ocorre entre empresas tradicionais, já instaladas no mercado e detentoras de

significativo poder de mercado (P1), e empresas entrantes (P2). O objetivo é compreender quais são os incentivos de uma empresa tradicional embarcar em uma guerra de preços para empurrar as empresas entrantes para fora do mercado.

Observa-se que, no caso específico do setor de aviação civil, o jogo a seguir modelado não descreve apenas a entrada de agentes no mercado como um todo. Ou seja, mesmo que uma companhia aérea já esteja instalada no mercado nacional, ela será considerada como entrante sempre que passar a concorrer em uma determinada rota. Quando se trata de analisar a concorrência no setor aéreo, o estudo sempre terá como parâmetro rotas aéreas. Esse recorte possibilita o melhor entendimento da política adotada pelo regulador, que restringiu a competição dentro de uma rota aérea. Dessa forma, justifica-se a escolha do modelo apresentado, pois, ainda que a predação ocorresse, no caso do transporte aéreo brasileiro, entre empresas já situadas no mercado, essas eram consideradas como entrantes com relação a determinadas rotas. E é nesse ponto que residia a preocupação do governo e a intervenção.

Jogadores: P1 – Incumbente: empresa já estabelecida no mercado.

P2 – Entrante: empresa que pretende entrar no mercado.

Por motivos didáticos, o jogo será representado entre duas firmas, considerando o momento em que a empresa entrante considera a sua decisão de entrar ou não, e o momento posterior de reação da incumbente.

Estratégias: S1 – Entrante: entrar ou não no mercado e concorrer com a incumbente.

S2 – Incumbente: após a decisão de ingressar no mercado tomada pela entrante, deve decidir se agirá de forma agressiva, embarcando numa guerra de preços, ou se terá uma postura de acomodação.

Se a entrante decidir ingressar no mercado, a guerra de preços, no curto prazo, terá como efeito um resultado pior para ambas as partes (PI, perdas da incumbente, e PE, representando o resultado prejudicial para a entrante), comparado ao comportamento de acomodação da incumbente. Levando esse aspecto em consideração, o comportamento racional da incumbente seria não embarcar em uma guerra de preços, pois auferiria piores resultados do que com a entrada de concorrentes. Nesse último caso, embora o resultado seja lucro para as partes (LI – lucro da incumbente, e LE – lucro da entrante), este

será menor do que o que a incumbente teria num mercado sem concorrência (que, por hipótese, assume-se como lucro de monopólio, M).

Payoffs 1:

Considerando que: $M > L_I > 0 > P_I$ e $L_E > 0 > P_E$

		P_2	
		Entrar no mercado	Não entrar no mercado
P_1	Guerra de Preços	P_I, P_E	-
	Acomodação	L_I, L_E	$M, 0$

Diante desses resultados, se imaginarmos um jogo de duração finita, em que a incumbente não poderá arcar com prejuízos eternos, não é difícil perceber que o equilíbrio do jogo será o resultado $\{L_I, L_E\}$, ou seja, a incumbente não terá incentivo à guerra de preços, e a entrante perceberá que o resultado com a entrada será lucrativo. Não há ganhos futuros para a incumbente agir de forma diferente. Uma vez ocorrida a entrada, a estratégia racional para a seqüência do jogo será a acomodação. Qualquer tentativa de criar uma ameaça de guerra de preços, como a expansão da produção ou investimento em publicidade, será vazia.

Porém, o equilíbrio anterior pode ser deslocado se a incumbente conseguir impor uma ameaça crível. Uma empresa que já tenha, previamente à entrada, capacidade ociosa instalada e capacidade financeira de suportar os prejuízos por longo prazo terá maiores condições de convencer a entrante de que o comportamento mais racional para manter o seu poder de mercado, auferindo maiores ganhos, será a guerra de preços. Tal reação pode ser provocada até mesmo pela criação de uma reputação de irracionalidade, de um agente que mesmo incorrendo em prejuízos terá incentivos ao comportamento predatório. Assim, elemento essencial para que a estratégia empresarial de desencorajar a entrada de potenciais concorrentes ou eliminar a concorrência

por meio de preços predatórios obtenha sucesso é a capacidade de influenciar as expectativas do oponente, estabelecendo uma ameaça com o maior nível de credibilidade possível.

Deve ser ressaltado, porém, que a criação dessa reputação e a possibilidade de impor ameaças dependem sempre de uma assimetria de informações entre os agentes. A falta de conhecimento do entrante acerca das condições do oponente é condição essencial para deslocar o equilíbrio do jogo, passando de uma entrada com acomodação, para guerra de preços e não competição.

Suponhamos que a incumbente consiga disseminar a informação de que conseguirá fazer um alto investimento em sua atividade (In), capaz de suportar uma longa guerra de preços. Considerando esse investimento, mesmo que a incumbente mantivesse sua política de preços após a entrada (acomodação), seu retorno deixaria de ser vantajoso. Por outro lado, o incentivo a ingressar numa guerra de preços será alto.

Payoffs 2:

		P_2	
		Entrar no mercado	Não entrar no mercado
P_1	Guerra de Preços	$P_I + In, P_E$	-
	Acomodação	$L_I - In, L_E$	$M - In, 0$

Nesse caso, o lucro da incumbente no caso de a entrante não ingressar no mercado seria, para esta, $M - In$ (pois acredita que a incumbente já fez, previamente a sua entrada, um investimento para se proteger da concorrência). Na hipótese de a entrante ingressar no mercado, o seu lucro seria mantido da mesma forma (L_E ou P_E). Por outro lado, para a incumbente, os *payoffs* seriam diferentes. No caso de acomodação, teria o lucro reduzido pela presença de concorrência, além de arcar com o custo do investimento que a entrante imagina que ela teria feito (ou efetivamente fez) previamente

a sua entrada ($LI - In$). Ocorre que, se a incumbente decidir embarcar em uma guerra de preços, terá um lucro ainda menor que o lucro de monopólio ($PI + In < M - In < M$), porém esse resultado não será o prejuízo PI , além de possivelmente maior do que o lucro $LI - In$, pois devem ser considerados a expansão da oferta e o ganho de mercado que a incumbente irá perceber, diante do investimento realizado ($PI + In > LI - In$). Apenas como observação, essa mesma inversão do gasto com investimento em expansão da oferta e conquista de mercado não acontecerá na hipótese de manutenção do *status quo* (ou seja, não entrada do concorrente, resultando como *payoff* $M - In, 0$), pois a incumbente não será capaz de ampliar sua oferta ou auferir maior lucro do que já possui numa situação de monopólio.

Assim, nesse jogo, o equilíbrio será deslocado para a guerra de preços, atitude mais racional da incumbente. Entretanto, para que esse deslocamento ocorra, é essencial que a incumbente tenha capacidade para criar essa reputação.

4.1. A possibilidade de ameaça crível

Conforme a descrição do jogo anterior, a opção por embarcar em uma guerra de preços depende da credibilidade da ameaça e da possibilidade de criar uma reputação de racionalidade (ou irracionalidade) predadora que intimidará a entrada do concorrente. No entanto, para a concretização desses elementos que possibilitam a eliminação da concorrência, dois fatores essenciais devem ser considerados: a capacidade de alterar a quantidade ofertada e a capacidade de financiamento do predador.

a) O efeito sobre a capacidade ofertada

Decorrência lógica da redução dos preços de um produto é o incremento da demanda no mercado. Assim, não é difícil perceber que a estratégia predadora, para obter sucesso, depende de capacidade produtiva (condição de oferta) para atender essa nova demanda, seja em termos de capacidade ociosa, ou de possibilidade de expansão da capacidade instalada.

Empresas do setor aéreo são caracterizadas pela presença de capacidade ociosa. A segmentação da demanda, somadas as constantes variações no comportamento dos consumidores em decorrência da sensibilidade a mudanças conjunturais, contribuem significativamente para a existência de capacidade ociosa no setor. Em função dessa instabilidade do lado da demanda, as companhias aéreas são obrigadas a desenvolver políticas de longo

prazo. A manutenção da capacidade ociosa torna-se mecanismo de adequação e adaptação à estrutura do mercado.¹¹

Porém, ainda que se constate essa característica do setor, não há como concluir, isoladamente, pelo seu potencial indutor de práticas predatórias e guerras de preços. Ainda que a conduta predatória seja desejada e a empresa possua capacidade ociosa para tal, a eficácia de sua estratégia depende da inexistência de barreiras ao crescimento. Ocorre que o próprio regulador, ao impor o controle da oferta do número de vôos, nos termos já relatados, ergueu essas barreiras.

Se por um lado parecia uma decisão acertada no sentido impedir as práticas predatórias, por outro se deve perceber que a criação das barreiras não seria necessária para combater uma prática pouco racional para os agentes. Em primeiro lugar, é cada vez menor a presença de barreiras econômicas à entrada de empresas no setor, sendo, inclusive, caracterizado como um mercado contestável por alguns economistas.¹² Em segundo lugar, tendo em vista a característica e a evolução da demanda, a capacidade não representa o principal elemento de concorrência, mas sim o preço. Pouco interessante para a companhia atrair demanda é reduzir preço por meio da quantidade, mas mais eficiente é que se faça mediante políticas promocionais de preços e redução de custos. Por fim, o último fator a ser considerado envolve tanto a possibilidade de expansão da capacidade instalada como o próximo elemento a ser analisado: a capacidade de financiamento do predador.

b) Capacidade de financiamento do predador

Ao embarcar em uma guerra de preços com o objetivo estratégico de impedir a entrada ou eliminar concorrentes, uma empresa depende de fôlego para suportar esse período de prejuízo capaz de criar a reputação de irracionalidade predadora. Além de capacidade financeira para suportar prejuízos, a companhia depende da atração de investimentos para a ampliação da capacidade instalada (hipótese já verificada que, em tese, não seria grande problema para as companhias aéreas).

¹¹ Cf. Averiguação Preliminar 08001.006298/2004-33 da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

¹² V. E. A. Guimarães; L. H. Salgado, A regulação do mercado de aviação civil no Brasil, *Notas Técnicas*, Rio de Janeiro, IPEA, n. 2, out. 2003, p. 1-24.

Nesse sentido, a credibilidade da estratégia está necessariamente relacionada à capacidade de financiamento, seja tomado de terceiros, seja via autofinanciamento. Para isso, a empresa pode recorrer ao mercado de capitais, ou lucros provenientes de outros mercados nos quais a empresa tenha participação monopolista. O próprio Guia da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda constata que “se a firma não tem acesso a nenhum desses tipos de financiamento, a estratégia de preço predatório torna-se inviável e o parecer finda neste item (pela não condenação)”.

Um primeiro fator inibidor para o financiamento de guerras de preço é o recurso ao mercado de capitais. No Brasil, o mercado de capitais não é uma fonte eficaz para buscar o retorno necessário para investimento. Diante da restrição ao crédito e do custo excessivo de sua operação, transforma-se numa forma pouco provável de financiamento para uma guerra de preços.

O segundo aspecto merece maior atenção. Mesmo diante de limitação financeira, uma companhia pode estar apta a financiar sua estratégia aproveitando-se tanto da assimetria informacional entre os concorrentes como utilizando a possível falta de informação que uma instituição financiadora possui sobre a estrutura financeira da empresa. Em regra, uma instituição financeira disposta a realizar um empréstimo não possui informação completa acerca da saúde financeira do tomador.¹³ A assimetria informacional permitiria a criação de reputação predatória, sinalizando para o potencial entrante, ou aos concorrentes, que o mercado possui condições pouco favoráveis para sua atuação. Os jogadores têm condições de distorcer “as verdadeiras condições de mercado, distorcer os padrões de rentabilidade (...)”, influenciando “as expectativas de seus rivais no sentido de induzi-los a não entrarem (ou saírem do mercado), aumentando seus lucros no futuro”.

A aplicação do modelo de Porter¹⁴ parece, em princípio, corroborar o entendimento de que uma guerra de preços seria decorrência natural da instabilidade que havia surgido no setor aéreo. Segundo Porter, guerras de preço ocorrem em momentos de queda significativa na demanda devido à incapacidade das empresas que estão no mercado, ou que ingressam no mercado, de distinguir se a queda nas vendas é decorrente de estratégias

¹³ E. H. Matsmura e M. F. de Mello, *Uso de métodos quantitativos na investigação de práticas anticompetitivas – Parte III: Preços Predatórios*, Convênio ANPEC, IPEA, SDE, PUC-Rio, Rio de Janeiro, mar. 2005.

¹⁴ R. H. Porter, The incidence and duration of price wars, *Journal of Industrial Economics*, v. 33, 1985, p. 415-426.

predatórias, ou se ocorre em função de dificuldades econômicas em geral, como o desaquecimento da economia do setor.

Modelos posteriores procuraram comprovar que, embora as observações de Porter pudessem ser verídicas, elas ignoravam a possibilidade de guerras de preços em períodos de aumento de demanda. É nesse ponto de divergência que a teoria dos jogos, sem excluir as proposições anteriores, contribui ao incorporar uma justificativa para práticas predatórias, seja em momentos de queda na demanda, ou em períodos de prosperidade.¹⁵ Para a teoria dos jogos, a adoção desse tipo de comportamento depende da reputação e credibilidade da ameaça que pode provocar no concorrente e, em qual medida, o oponente reagirá às suas ações. Assume-se, portanto, uma racionalidade capaz de mensurar as conseqüências e os ganhos futuros de suas ações.

Tomando como pressuposto a racionalidade dos agentes, pode-se imaginar, com segurança, que os jogadores irão descartar as estratégias que não constituem os melhores resultados de suas possíveis escolhas.

O próprio DAC, órgão regulador do setor, no início de 2003, reverteu sua política de flexibilização das regras do setor aéreo sob a justificativa de “crise econômica que se abate sobre o transporte aéreo brasileiro”. Conforme os demonstrativos de resultados, divulgados periodicamente e de amplo conhecimento dos agentes, a situação das empresas incumbentes permanecia deficitária. Aliás, destaca-se que somente a entrante no mercado, a GOL, apresentava resultado positivo e capacidade de suportar o período de instabilidade.

¹⁵ Segundo K. Alginger (*Competition, efficiency and welfare – essays in honor of Manfred Neumann*, in: D. C. Mueller, A. Haid, J. Weigand (Ed.), Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 253-277): “The main contribution of game theory was to tell us that price wars may happen not only in recessions but also in booms. The reason for this is that the gains from defection in this period may become so large that they outweigh future losses from cooperation. The concept of a price war modeled in the supergame literature is a specific one: supergame literature defines the maximum price sustainable by implicit collusion for a given demand sequence. This maximum sustainable price is shown to be lower in booms, especially if they are quickly followed by recessions. As seen from the development of game theory today, we know that many different predictions can be made if we change the stochastics of the model, the information, and/or the punishment strategies. A search for robust predictions under different models would be an interesting task. A robust prediction of actual profits or prices which vary anticyclically, has not been available up to now; the models reported here may more or less predict cyclicity or asymmetries, but not more”.

Demonstrativo de Resultado por Empresa – 2002 R\$ MIL						
DISCRIMINAÇÃO	GOL	NOR-DESTE	RIO SUL	VARIG	VASP	TAM
Receita Operacional Bruta	715.573	307.590	917.900	5.852.540	1.032.289	3.471.910
Receita Operacional Líquida	677.880	298.032	886.551	5.784.306	991.411	3.330.208
Lucro Bruto	161.320	-4.077	164.977	1.467.275	432.152	724.061
Resultado Operacional	5.907	-107.137	-210.619	-2.765.335	-233.933	-910.284
Lucro/Prejuízo antes do I.R.	5.907	-101.498	-213.952	-2.867.534	-225.016	-864.670
Lucro/Prejuízo do Exercício	3.980	-107.663	-213.952	-2.867.534	-202.478	-599.611

Demonstrativo de Resultado por Empresa – 2003 R\$ MIL						
DISCRIMINAÇÃO	GOL	NOR-DESTE	RIO SUL	VARIG	VASP	TAM
Receita Operacional Bruta	1.497.393	121.914	240.004	6.712.386	1.208.635	3.724.256
Receita Operacional Líquida	1.400.590	116.460	229.491	229.491	1.157.258	3.548.294
Lucro Bruto	495.512	43.940	87.670	1.797.692	456.797	919.065
Resultado Operacional	169.599	-53.721	-121.566	-1.815.023	-113.833	224.260
Lucro/Prejuízo antes do I.R.	169.599	-49.384	-127.635	-1.836.850	-15.912	238.475
Lucro/Prejuízo do Exercício	113.044	-49.384	-127.635	-1.836.850	-15.912	177.187

Não se pode atribuir como causa direta e exclusiva da crise o processo de desregulação promovido desde o início de 1990. As mudanças conjunturais nacionais (desvalorização do real e aumento dos preços de combustíveis) e internacionais (ataque terrorista de 11 de setembro), que provocaram uma redução de demanda no mercado mundial de aviação, aliadas aos altos cus-

tos com que operam as empresas nacionais, essencialmente decorrentes da carga tributária, do custo de combustíveis, do custo de capital, do custo de manutenção e reposição de peças e aos custos de seguro em muito influenciaram o resultado financeiro negativo do setor.¹⁶ A própria ineficiência das companhias aéreas brasileiras, conforme destacado, deveria ser considerada no diagnóstico da crise.

A intervenção estatal¹⁷ também não levou em consideração a possibilidade de as guerras ocasionais de preços serem, ao longo do tempo, superadas por planos de racionalização e reestruturação empresarial, ou mesmo de as práticas anticompetitivas serem impedidas pelos órgãos de defesa da concorrência.

5. Considerações finais: o modelo de atuação da Agência Nacional de Aviação Civil

Recentemente, foi instalada em Brasília a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Criada pela Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005, a ANAC substituiu as atribuições do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), atuando agora sob o regime de autarquia especial, caracterizada pela independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

Administrativamente, o novo órgão regulador da aviação civil foi inserido no contexto da reforma administrativa, principalmente com o fortalecimento de suas atribuições básicas de planejamento e formulação de políticas públicas sob o paradigma do Estado-Regulador. Permanece, porém, aberta a questão de em que medida a ANAC fará uso de seus espaços de discricionariedade; o “quanto” os instrumentos de atuação conferidos pela lei, como a possibilidade de concessão, permissão e outorga de serviços aéreos, ou mesmo de estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária serão utilizados pelo regulador. Nesse ponto, louvável já foi

¹⁶ Cf. L. A. Franco, A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência, *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 2, 2005, p. 41-73.

¹⁷ Cf. E. A. Guimarães; L. H. Salgado, op. cit., p. 1-24. Segundo os autores, a substituição de um sistema de mercado por decisões oriundas de um órgão administrativo de competências amplas e genéricas teria como consequência a preservação de empresas ineficientes, mas que teriam compromissos históricos com atores políticos, e a permanência de uma estrutura oligopolizada do mercado.

a decisão de veto sobre o § 2.º do art. 49 do projeto que lei, que previa a possibilidade de a ANAC estabelecer tarifas máximas e mínimas para as rotas em que verificar aumento abusivo das tarifas ou práticas prejudiciais à competição. Como se procurou demonstrar, a incorreta mensuração da atuação do Estado pode induzir a comportamento pior do que a situação anterior, principalmente em termos de o incentivo ao agente se desenvolver em ambiente de competição.

O modelo estrutural de teoria dos jogos proposto objetivou justamente averiguar a eficácia da Política de Flexibilização da Aviação Civil Brasileira. Trabalhos influentes acerca do processo de desregulação haviam chegado à conclusão de que, se por um lado a política de flexibilização levou ao acirramento da competição no setor aéreo, simultaneamente teve como consequência a elevação do volume de oferta com a entrada de novos concorrentes e a superposição de linhas. Na medida em que essa evolução não teria sido nas mesmas proporções do que o crescimento da demanda, a consequência que se seguiu foi uma crise de superprodução e a guerra tarifária dela decorrente.

A partir da proposta metodológica desse trabalho, ao discutir e repensar o estado atual dos instrumentos jurídicos de regulação adotados no mercado de aviação civil nacional, a principal conclusão é a de que a Política de Flexibilização foi bem-sucedida em promover maior grau de rivalidade entre as companhias aéreas nacionais, tendo tido impactos positivos no que diz respeito à intensificação da conduta competitiva. Por outro lado, as medidas regulatórias posteriormente adotadas para o setor, principalmente a Portaria 731/GC5, estabeleceram uma relação de causa e efeito ao associarem a crise por que passava o setor à necessidade de combater práticas predatórias, provocando uma incorreta atribuição dos incentivos pelo Estado aos agentes econômicos. Ao se demonstrar, pelo modelo proposto, que não havia racionalidade para os agentes atuarem, naquele momento e sob tais condições, de forma predatória, a medida adotada foi responsável por distorções maiores do que o desequilíbrio que sofreu o mercado com a entrada de concorrência.

A intervenção regulatória aplicada ao setor nos últimos anos teve como característica principal a discricionariedade/arbitrariedade como paradigma regulatório. Como afirma Alessandro V. M. Oliveira,¹⁸ a regulação

¹⁸ Alessandro V. M. Oliveira, Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro, *Documento de Trabalho n. 7*, Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo (NECTAR), 2005.

do transporte aéreo brasileiro ficou marcada pela existência de “mecanismos de regulação esporádicos, contingenciais, apenas com o efeito de suavizar as pressões competitivas (...), quer seja ‘congelando’ a oferta, quer seja impondo restrições à mobilidade de ajuste das variáveis estratégicas de todas as companhias aéreas operadoras (...). Estes mecanismos prejudicam a estabilidade das regras e ao ambiente de negócios como um todo”. Tal atuação estatal é incapaz de conciliar os diferentes interesses envolvidos e levou ao desequilíbrio entre a oferta e a demanda pelo serviço. Esse reducionismo gerou um modelo incompleto e falho, não só quanto a objetivos econômicos, mas também com relação ao aspecto valorativo imposto pela ordem jurídica que disciplinam a prestação do serviço aéreo.

A atuação regulatória do Estado não se pode transformar em panacéia ideológica, sob pena de incorrer na mesma problemática da discricionariedade alertada. As limitações da capacidade estatal de imposição autoritária e unilateral de condutas têm como conseqüência a própria inefetividade da intervenção jurídica de controle e tipificadora do comportamento dos agentes econômicos.

Bibliografia

- ALGINGER, Karl. Competition, efficiency and welfare – essays in honor of Manfred Neumann. In: MUELLER, D. C.; HAID, A.; WEIGAND, J. (Ed.). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999. p. 253-277.
- AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, n. 88, p. 697-733, Febr. 1975.
- BAUMOL, William. Predation and the logic of the average variable cost test. *Journal of Law and Economics*, v. XXXIX, n. 1, p. 49-72, Apr. 1999.
- BNDES. Aspectos de competitividade do setor aéreo. *Informe Infra-Estrutura* n. 42, BNDES, março de 2001. Disponível em: www.bndes.gov.br/conhecimento/infra/g7242.pdf. Acesso em: 30 jun. 2004.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento. Disponível em: <http://www.edesp.edu.br/AppData/Publication/EntreEficienciaEquidadeDiogoCoutinho.pdf>.
- FRANCO, Leandro Alexi. A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 12, n. 2, p. 41-73, 2005.

- GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. A regulação do mercado de aviação civil no Brasil. *Notas Técnicas*. Rio de Janeiro, IPEA, n. 2, p. 1-24, out. 2003.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*, 2. ed. St. Paul: West Group, 1999.
- MATSMURA, Emílio H.; MELLO, Marina Figuera de. *Uso de métodos quantitativos na investigação de práticas anticompetitivas – Parte III: Preços Predatórios*, Convênio ANPEC, IPEA, SDE, PUC-Rio, Rio de Janeiro, mar. 2005.
- OLIVEIRA, Alessandro V. M. Performance dos regulados e eficácia do regulador: uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro, *Documento de Trabalho*, n. 7, Acervo Científico do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo (NECTAR), 2005.
- PORTER, R. H. The incidence and duration of price wars. *Journal of Industrial Economics*, v. 33, p. 415-426, 1985.
- RODRIGUES, Rodrigo Augusto. *O mercado da aviação doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.
- TAVARES, Márcia Prates; MOURA ROCHA, Bolívar. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: MOURA ROCHA, Bolívar (Org.). *A regulação da infra-estrutura no Brasil – balanço e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003. p. 273-304.

BREVE ABORDAGEM DAS DIFERENÇAS DOCTRINÁRIAS ENTRE A REGULAÇÃO DE CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA UNIÃO EUROPÉIA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO GE/HONEYWELL

Carolina Maria Lembo

Ao perquirir o estudo dos diferentes posicionamentos doutrinários da União Européia e dos Estados Unidos da América na análise de concentrações empresariais a partir da análise do caso GE/Honeywell, tratou-se de um tema interdisciplinar por excelência, o direito da concorrência, espécie do gênero direito econômico e, dessa forma, buscou-se salientar a importante interface do direito com a economia.

Na análise do caso em questão, indispensável mostrou-se o estudo do conceito econômico de fusão e suas espécies. E, mesmo na análise jurídica das legislações concorrenciais em matéria de concentração, a interface direito e economia encontrou-se predominante no momento em que, para entender o próprio enunciado da lei fez-se necessário compreender conceitos como o de posição dominante e poder econômico.

A principal preocupação deste trabalho talvez seja entender as diferentes decisões das autoridades concorrenciais européia e norte-americana, ao compreender que tais decisões estão embasadas em grandes doutrinas econômicas como a *range effects theory*, que, por sua vez, encontra-se justificada na legislação européia.

O presente trabalho não possui, assim, como objetivo exaurir as divergências doutrinárias existentes no tocante à concentração entre a União Européia e os Estados Unidos, mas tão-somente servir de fonte de reflexão sobre tais divergências.

Finalmente, procurou-se enfocar no estudo da importante missão que o direito da concorrência tem perante a sociedade, pois esse ordenamento jurídico-econômico deseja ser reflexo dos anseios de seus consumidores e empresas locais por uma livre concorrência com preços justos, acesso a inovações tecnológicas e variação de produtos.

1. Aspectos econômicos das fusões

Ao analisar o caso GE/Honeyweell, entendeu-se necessária a análise dos aspectos econômicos das fusões e suas espécies para uma melhor compreensão da análise jurídica realizada pela Comissão Européia¹ e pelo Departamento de Justiça norte-americano.²

Nas fusões,³ “a independência das firmas é totalmente abolida, e as antigas firmas desaparecem para dar surgimento a uma nova entidade comercial”.⁴ A fusão, como se pode observar, centraliza, unifica o capital das antigas firmas em uma só entidade e, dessa forma, ocorre uma maior oligopolização⁵ do mercado.

Em relação às fusões de empresas, estas podem ser divididas em: fusões horizontais, verticais e conglomeradas.

¹ Doravante simplesmente denominada Comissão.

² Doravante simplesmente denominado DOJ.

³ A empresa adquirente tem como razões, para a compra de outra empresa, motivos ou objetivos como:

– possibilidade de obter ou de ampliar as economias de escala quando se encontram em um tamanho abaixo do ótimo com relação aos custos. Nesse caso, as vantagens se mostram na diminuição da concorrência, nas economias de *marketing* e nos canais de distribuição;

– complementaridades que podem ocorrer entre as empresas, e no caso inicia-se um processo de integração vertical, que resulta na realização de várias fases do processo de produção e distribuição de um produto por diferentes unidades empresariais integradas;

– possibilidade de dominação do mercado, eliminando rivais e partindo para a monopolização da produção;

– quando fatores financeiros ou promocionais favorecem o preço das ações no mercado acionário, ao se reunirem capitais em uma única empresa (GEORGE, K. D.; JOLL, C. *Organização industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, cap. 6, apud KON, A. *Economia industrial*. São Paulo: Nobel, 1999, p. 56).

⁴ KON, A. op. cit., p. 56.

⁵ O oligopólio caracteriza-se por um mercado com poucas empresas, no qual a dificuldade de entrada de outras é elevada. Nesse mercado pode haver ou não produtos homogêneos, caracterizando-se o oligopólio pela maneira como as empresas interagem entre si, podendo ser altamente competitivo ou, ainda, chegar a casos extremos como a cartelização do mercado. Nesse sentido, ver: PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

1.1. Fusões horizontais

A análise econômica realizada no que concerne aos atos de concentração de natureza horizontal pode ser realizada pela observação dos seguintes elementos: “(i) estimativas das participações das empresas no mercado relevante; (ii) avaliação do nível das barreiras à entrada; e (iii) exame das eficiências econômicas geradas pela operação”.⁶

As estimativas das participações das empresas no mercado relevante podem ser mensuradas por intermédio do grau de concentração;⁷ assim, se este no mercado relevante em questão for elevado, em um contexto no qual a intensidade concorrencial é baixa, pode-se presumir, na maioria dos casos, que esta operação gera acréscimo de poder de mercado e efeitos anticompetitivos.⁸

No entanto, primeiramente deve-se definir qual é o mercado relevante em questão, ou seja, delimitar o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material.⁹

Por mercado relevante material pode-se entender “todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si em razão das suas características, preços e utilização”,¹⁰ e mercado relevante geográfico como a “área na qual os agentes econômicos ofertam e procuram produtos

⁶ FAGUNDES, J.; PONDE, J. L.; POSSAS, M. *Defesa da concorrência e regulação*. Agência Nacional de Saúde Suplementar, p. 5. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf#search=%22FAGUNDES%2C%20Jorge%2C%20PONDE%2C%20João%20L.%20e%20POSSAS%20Mário.%20Defesa%20da%20Concorrência%20e%20Regulação%22>. Acesso em: 10 abr. 2006.

⁷ O grau de concentração ou concorrência de um mercado pode ser medido por intermédio de índices de concentração, que permitem que se conheça o poder de mercado aparente de uma empresa em um determinado setor. Nesse sentido, ver: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial – fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

⁸ Conforme o depreendido do texto: FAGUNDES, J.; PONDE, J. L.; POSSAS M., op. cit.

⁹ Além dos critérios, materiais e geográficos, ainda há autores que na análise de um determinado mercado relevante definem também sua temporalidade, ou seja, “o período no qual as possibilidades de substituição devem ser consideradas” (BAGNOLI, V., op. cit., p. 141-142).

¹⁰ Ibid., p. 137.

ou serviços em condições concorrenciais equivalentes de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos ou serviços”.¹¹

O nível de barreiras à entrada é de importante valoração, pois é por intermédio deste que se pode valorar se determinada fusão irá inibir a concorrência potencial, ou seja, a entrada de novas empresas no mercado em questão. A análise pode ser realizada por intermédio de quatro fontes de barreiras à instalação de novos concorrentes, englobando “a diferenciação de produtos, as vantagens absolutas de custo, as economias de escala e os requerimentos de investimentos iniciais elevados”.¹²

O exame das eficiências geradas pela operação, tais como a criação de economias de escala e de escopo, considera-se de vital importância, pois essas eficiências podem contrabalancear os efeitos anticompetitivos ocasionados pelo elevado poder de mercado e, dependendo do caso em concreto, permitir a aprovação de uma fusão que não teria sido aceita se o único critério analisado fosse a participação das empresas no mercado relevante.

1.2. Fusões verticais

Em relação à integração vertical, ou seja, aquelas fusões e aquisições que ocorrem entre empresas de uma mesma cadeia produtiva, são analisados pelas autoridades concorrenciais, em linhas gerais, dois fatores econômicos na valoração sobre se a fusão em questão é concorrencial ou anticoncorrencial: (i) o aumento das barreiras à entrada; e (ii) o surgimento de situações nas quais uma empresa impede que outra tenha acesso ao mercado.¹³

Além disso, deve-se levar em consideração que, para uma concentração se caracterizar como anticompetitiva, faz-se necessário que pelo menos uma das empresas, seja no mercado a jusante seja a montante, possua poder de mercado.

O primeiro fator apontado – aumento das barreiras à entrada – pode ser caracterizado pela possibilidade de que:

¹¹ Ibid., p. 140.

¹² FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 7.

¹³ “Existem outros argumentos ligados aos efeitos anticompetitivos das integrações verticais, tais como o seu uso como mecanismo de viabilização da prática de discriminação de preços e do aumento da facilidade para controlar cartéis” (FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 8).

“ao limitar a capacidade de seus compradores/vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus, um fabricante ou prestador de serviços crie sérios obstáculos para a entrada de seus concorrentes no mercado, “bloqueando” os canais de distribuição disponíveis. Se esta possibilidade se concretizasse, o novo entrante seria obrigado a ser verticalmente integrado, produzindo e revendendo seus próprios produtos e serviços, fato que poderia gerar um aumento significativo de seus custos”.¹⁴

Quanto ao surgimento de situações nas quais uma empresa impede que outra tenha acesso ao mercado, a restrição vertical provoca o fechamento de um mercado para um conjunto de empresas, diferindo assim do primeiro argumento pelo fato de que, neste caso, se excluíram empresas que já estão presentes no mercado.

1.3. *Fusões conglomeradas*

As fusões conglomeradas, ou seja, que ocorrem em mercados relevantes distintos, podem ser consideradas anticompetitivas pelas duas vertentes da teoria da concorrência potencial: entrante potencial percebido e entrante potencial efetivo.¹⁵

Na primeira delas, os possíveis efeitos anticompetitivos de uma operação de aquisição, fusão ou associação entre uma empresa já instalada no mercado e uma entrante potencial resultam de uma redução de ameaça de entrada que estaria impedindo uma elevação de preços e margens. Já na segunda, supõe-se que um processo de entrada já estaria em vias de ser desencadeado pelo competidor potencial participante da operação, de modo que esta evita que uma estrutura de mercado mais desconcentrada – e supostamente mais competitiva – se configure no futuro próximo.¹⁶

Assim, após a exposição do conceito econômico das fusões, passa-se ao estudo da legislação concorrencial comunitária e norte-americana, imprescindíveis para o entendimento das decisões proferidas acerca da concentração GE/Honeywell.

¹⁴ FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 9.

¹⁵ No item 4 serão abordadas outras teorias de conglomerados, como, por exemplo, a *entrenchment theory* e a *range effects theory*.

¹⁶ FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 11.

2. Aspectos jurídicos a serem analisados para a compreensão do caso

2.1. A legislação comunitária concorrencial

O histórico da legislação concorrencial comunitária¹⁷ se perfaz no Tratado de Paris (1951), que constituiu a Comunidade do Carvão e do Aço.¹⁸ Em seus primeiros artigos, o Tratado constitutivo da CECA defendia que parte essencial da obrigação da Comunidade seria a de assegurar o estabelecimento, proteção e observância das condições normais de competitividade.

Em consonância com esse princípio, o Tratado de Paris legislou a matéria concorrencial em seus artigos 65 e seguintes, devendo-se ressaltar, em face do caso estudado neste trabalho, o artigo 66, que dispôs sobre atos de concentração. Da análise do referido artigo realizada por Maria Cecília Andrade, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- (i) abrangia qualquer operação de concentrações de empresas; (ii) não interessava o instrumento jurídico utilizado para a concentração, mas apenas que o resultado fosse uma concentração de empresas; (iii) era indispensável que houvesse a aquisição do controle da empresa.¹⁹

No entanto, somente com o advento do Tratado de Roma,²⁰ datado de 25 de março de 1957, pôde-se entender a política concorrencial tal como configurada na atualidade, já inserida no contexto comunitário. Dessa forma, cabe ressaltar o importante papel da Comissão que exerceu suas responsabilidades concorrenciais²¹ sobre três tópicos principais: dois conferidos pelo tratado,

¹⁷ Na elaboração do histórico da legislação concorrencial comunitária foram consultadas as seguintes obras: ARANCELI, M. M.; NOGUERAS, D. J. L. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004; GOYDER, D. G. *EC competition law*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2003.

¹⁸ A Comunidade do Carvão e do Aço, doravante simplesmente denominada CECA, teve seu término após 55 anos, em 23 de julho de 2002.

¹⁹ ANDRADE, Maria C. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002, p. 76.

²⁰ O Tratado de Roma (1957) foi o tratado que constituiu a Comunidade Européia; no entanto, este passou por mudanças significativas com a criação da Comunidade Econômica, e os Tratados de Maastricht (1992) e Nice (2002). Cabe ainda ressaltar que, apesar destas mudanças significativas, a parte que concerne à matéria de concorrência, artigos 81 a 89, não sofreu mudanças significativas.

²¹ As responsabilidades da Comissão na área da concorrência são exercidas pela Sra. Neelie Kroes, a Comissária Responsável pela política da concorrência, e pelo Sr.

(i) controle do contexto dos acordos de natureza vertical e horizontal; (ii) controle de abuso de posição dominante; e um terceiro tópico estabelecido por legislação extravagante, tal seja (iii) o controle de concentrações.

Dessa forma, pode-se dizer que a matéria concorrencial vem sendo regulada pelo Tratado constitutivo da Comunidade Européia, diversas vezes emendado, com principal destaque aos artigos 81 e 82, considerando-se como princípio norteador o disposto no artigo 3.º, que, ao enumerar os assuntos primordiais à Comunidade, consagra “a necessidade de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.²²

No entanto, a legislação específica relativa a concentrações encontra-se regulada em legislação esparsa, como era o caso do Regulamento 4.064/89 e do atual Regulamento 139/2004.

Considerando-se que o caso estudado refere-se à possível concentração requerida pela GE em 2001, passa-se ao estudo específico da legislação concorrencial concernente às concentrações vigente àquela época.

O Regulamento 4.064/89,²³ que entrou em vigor em 21 de setembro em 1990, previa em seu escopo jurisdicional as concentrações com um grande volume de negócios e que envolvessem mais de um Estado-membro. Sendo assim, não era normal no âmbito deste RCUE que empresas com pequena dimensão comunitária fossem investigadas pela Comissão, ainda que, se grandes empresas multinacionais, mesmo que suas atividades principais se encontrassem em outro país, possuíssem negócios em mais de um Estado-membro, suas aquisições ou *joint ventures*²⁴ poderiam ser da competência do RCUE.

Philip Lowe, que preside o Diretório da Concorrência, também conhecido como DGIV, responsável por estabelecer e implementar uma política concorrencial coerente na União Européia.

²² UNIÃO EUROPÉIA. (CE) 325. Versão Compilada do Tratado que institui a Comunidade Européia. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 24 dez. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html#anArt82>. Acesso em: 22 ago. 2006.

²³ Doravante simplesmente denominado RCUE. Cabe ressaltar que algumas mudanças substanciais foram realizadas pelo Regulamento 1310/97, e que entraram em vigor em março de 1998, sendo as referências ao RCUE realizadas ao texto já emendado, ao menos que o contexto evidencie de outra forma.

²⁴ As aquisições e *joint ventures* são espécie de combinações, também conhecidas como atos combinados, que, na opinião de Paul Sweezy, “estão deliberadamente

As alterações realizadas em 1997 ao RCUE aumentaram ainda mais a área de atuação da Comissão em matéria de concentrações. Dessa forma, uma concentração para ser considerada como sendo de dimensão comunitária necessitaria, segundo o artigo 1.º do RCUE, que:

- o volume total de negócios realizados em escala mundial pelo conjunto das empresas em causa fosse superior a 5 mil milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realizasse mais de dois terços do seu volume total de negócios realizados na Comunidade em um único Estado-membro.

Ainda, uma concentração que não preenchesse os requisitos supramencionados seria considerada de dimensão comunitária quando:

- o volume total de negócios realizados em escala mundial pelo conjunto das empresas em causa representasse um montante superior a 2 500 milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados pela totalidade das empresas em causa em cada um de pelo menos três Estados-membros fosse superior a 100 milhões de euros;
- em cada um de pelo menos três Estados-membros considerados para efeitos do disposto anteriormente, o volume total de negócios realizados individualmente por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 25 milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize em um único Estado-membro mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade.²⁵

destinadas a aumentar os ganhos por intermédio do controle monopolista do mercado A realização deste propósito implica a limitação ou anulação da liberdade de ação das empresas afetadas e sua coordenação sob uma política unificada precisa” (tradução livre) (SWEEZY, P. M. *Teoría del desarrollo capitalista*. 13. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 289).

²⁵ Ainda em relação ao âmbito de aplicação RCUE, deve ser considerado, subsidiariamente, o disposto em seu artigo 22 (UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CEE) N. 4064/89. Texto consolidado do Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 9 jul.

Uma correta análise de um caso concreto só pode ser elaborada após o prévio estabelecimento de conceitos como controle e concentração. Em linhas gerais, definia-se concentração, no âmbito comunitário, de acordo com o artigo 3(1) do RCUE quando: duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundiam; ou quando uma ou mais pessoas, que já detinham o controle de pelo menos uma empresa, ou uma ou mais empresas adquiriam direta ou indiretamente, por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controle do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

Já o conceito de controle podia ser encontrado, neste mesmo artigo, como sendo decorrente dos direitos, contratos ou outros meios que conferissem, isoladamente ou em conjunto, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa. O controle podia, assim, ser exercido por intermédio de direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa; e/ou direitos ou contratos que conferissem uma influência determinante na composição das deliberações ou das decisões dos órgãos de uma empresa.

Também em relação ao conceito de controle, cabe ressaltar que, para haver uma influência decisiva, não era necessário que o controlador exercesse o pleno controle legal da outra empresa.

O RCUE era administrado por uma divisão do Diretório Geral para a Concorrência da Comissão Europeia denominada Força Tarefa de Fusões.²⁶ A MFT era responsável tanto pelas notificações prévias, como por todo o restante do processo e assuntos concernentes a uma determinada concentração.

A notificação prévia,²⁷ prevista no artigo 4 do RCUE, estabelecia que as operações de concentração de dimensão comunitária, conforme explicitado anteriormente, deveriam ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca ou a aquisição de uma participação de controle. Além disso, abrangia este artigo que a Comissão deveria tornar pública a concentração imediatamente após a sua notificação, indicando os nomes dos interessados, a natureza da

1997. Disponível em: < <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/consolidated/pt.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2006.

²⁶ Doravante simplesmente denominada MTF.

²⁷ A notificação prévia está cada vez mais presente nas legislações concorrenciais, e teve sua origem no Japão.

operação de concentração, bem como os setores econômicos envolvidos, ressaltando-se os interesses legítimos das empresas em manterem em sigilo os seus segredos comerciais.

A definição comunitária de mercado relevante material e mercado relevante geográfico pode ser encontrada no Comunicado da Comissão sobre este assunto, publicado em 1997, que trazia a abordagem geral da Comissão sobre o tema:

“um mercado relevante material compreende todos os produtos ou serviços que são considerados possíveis de troca ou substituíveis pelo consumidor, pelas características dos produtos, seus preços e sua intenção de uso”²⁸ (tradução livre).

Ainda em relação à substituíbilidade, pode-se afirmar que é um conceito de vital importância na análise do exercício da dominância em um determinado mercado. Deve-se atentar para o real tamanho de um mercado de produtos, sob pena de prejudicar os consumidores finais pela oligopolização daquele setor ao classificar um mercado maior que seu real tamanho; ou pela perda de ganhos em competitividade ao classificar um mercado menor do que seu tamanho real.

A Comissão entendia o conceito de mercado geográfico relevante como

“a área na qual as empresas em consideração estão envolvidas no fornecimento e demanda de produtos ou serviços, na qual as condições de competitividade são suficientemente homogêneas e podem ser distinguidas das regiões vizinhas pela razão de que as condições de competitividade nestas áreas são apreciavelmente diferentes”²⁹ (tradução livre).

Uma vez proferido o julgamento em relação ao mercado material relevante e o mercado geográfico relevante, deve-se passar ao estudo daquele

²⁸ EUROPEAN UNION. Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal*, 9 dec. 1997. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_en.html>. Acesso em: 12 maio 2006.

²⁹ Ibid.

mercado preestabelecido a fim de verificar o grau de dominância que a concentração analisada trará àquele mercado.³⁰

Um dos principais fatores analisados em um caso de concentração para determinar a posição dominante em um determinado mercado é o valor de participação de mercado agregado que as empresas terão, desde que essa participação de mercado seja de natureza durável e não meramente temporária. Segundo a jurisprudência criada sobre RCUE, chegou-se à conclusão de que uma participação de mercado inferior a 25% não pode ser considerada capaz de exercer um poder econômico sobre um determinado mercado, mas passados os 40% a presunção aumenta gradativamente até que quando alcança em torno de 70% deve-se considerar difícil refutar o poder econômico sobre o mercado.

A posição dominante e o poder econômico são conceitos que merecem destaque, pois, como será analisado *a posteriori*, a Comissão manifestou-se contrária à concentração GE/Honeywell devido à alegação de que a futura “nova empresa” aumentaria a posição dominante no mercado e exerceria poder econômico pela sua capacidade de praticar o *bundling*.³¹ Aqui, o *bundling* ocorreria pelo desconto promovido pela GE na venda de seu produto – no caso motores à reação –, que estaria agora, por sua vez, condicionado à venda de aviônicos e não-aviônicos da Honeywell. Foi levado em consideração que o financiamento de aviões da GECAS³² poderia colocar uma política de “somente GE” para consumidores que desejassem buscar novos financiamentos.³³

³⁰ Em síntese, distingue-se posição dominante de poder econômico, pois pelo primeiro “entende-se a participação que determinada empresa tem num certo mercado [e o segundo] diz respeito à condição econômica da empresa e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado” (BAGNOLI, V. *Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, p. 148-149).

³¹ *Bundling*, habitualmente traduzido como empacotamento, é uma forma de vender produtos em “pacote”, mas sem obrigação para o consumidor, por meio de descontos ou de outras formas de benefícios.

³² GE Capital Aviation Services, empresa do grupo GE responsável por locação de aeronaves.

³³ O novo Regulamento 139/2004, que ainda não se encontrava vigente à época do caso GE/Honeywell, apresentou avanços significativos em relação à notificação prévia. Muitas vezes, as partes viam-se obrigadas a notificar diversos Estados Membros quando a concentração não apresentasse dimensão comunitária. No entanto, com o

2.2. O direito antitruste norte-americano

A necessidade de atos que regulassem contrariamente aos trustes surgiu na segunda metade do século 19, quando os pequenos comerciantes e agricultores norte-americanos viram seus ideais jeffersonianos³⁴ ameaçados pelas grandes empresas ferroviárias e petrolíferas que, entre outras atitudes, ameaçavam a sociedade americana com a fixação de preço e monopolização do mercado.

Dessa forma, para combater tais injustiças, foi concebido o Sherman Act, de 1890, que prevê duas seções principais: a primeira seção condena os contratos, combinações ou conspirações que restringem o comércio. Como um simples contrato de compra e venda pode ser analisado como uma restrição ao comércio, um dos grandes desafios dos tribunais norte-americanos é valorar o que deve ser considerado uma restrição comercial, pois, apesar de algumas atitudes serem classicamente anticoncorrencias, como um cartel que fixa preços, algumas práticas, como cooperação entre rivais que gera eficiência, são normalmente avaliadas caso a caso.

novo regulamento, as empresas podem por meio de um memorando fundamentado, quando tiverem que notificar a três ou mais estados, solicitar que a análise seja remetida à Comissão. E, completado o período de 15 dias úteis da solicitação pelas requerentes, se nenhum dos Estados Membros envolvidos se opuser, a concentração será diretamente remetida para a análise da Comissão. Nesse sentido ver: UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CEE) N. 139/2004. Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 21 jan. 2004. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129pt00010022.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2006.

Também deve-se mencionar, apesar da sua não aplicação ao caso concreto, a Rede Europeia de Concorrência. Criada pelo Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, possui como objetivo tornar compulsória a aplicação dos artigos 81 (acordos ou práticas concertadas que afetem o comércio dos Estados Membros), e 82 (quando aplicável lei nacional da concorrência para qualquer dos abusos dispostos neste artigo). Ainda, em seu escopo, estão inseridos mecanismos de cooperação entre autoridades concorrenciais dos Estados Membros e da União Europeia.

³⁴ O ideal jeffersoniano de que “todos os homens foram criados iguais” provém dos ensinamentos do Presidente norte-americano Thomas Jefferson, expostos na Declaração de Independência de 1776; portanto, tinha-se a equidade como princípio norteador, não devendo sequer o Estado ou uma grande empresa ditar regras opressoras em detrimento do poder difuso dos agricultores e pequenos comerciantes.

A segunda seção proíbe a monopolização ou a tentativa de monopolizar um determinando mercado. Por monopolização ou tentativa de monopolizar entende-se não a mera condenação do monopólio, mas sim a condenação do comportamento abusivo e anticompetitivo ligados à monopolização e a sua tentativa.

No entanto, devido à possibilidade de se interpretar o Sherman Act de forma extensiva, os tribunais americanos foram os grandes responsáveis por criar um direito antitruste. Um dos casos mais famosos do direito antitruste norte-americano é o Standard Oil, que marcou a decisão da Suprema Corte contrária ao cartel petrolífero criado por Rockefeller. O cartel, segundo a interpretação da Corte, havia transgredido as § 1³⁵ e § 2 do Sherman Act ao cometer uma série de práticas monopolísticas, como a do preço predatório.

Nesse contexto, houve a necessidade de criar uma base regulatória em matéria de fusões para evitar que empresas concorrentes se fundissem, com o intuito de escapar à legislação do Sherman Act que proibia, tão-somente, a fixação de preços. Em 1914, foi então aprovado pelo Congresso o Clayton Act, que emendou o Sherman Act, aumentando o escopo do direito antitruste, que passou a proibir também as fusões que reduzissem a concorrência em um determinado mercado.

À mesma data, foi criada a Federal Trade Commission,³⁶ uma agência independente, responsável por regular a prática do comércio desleal, que conjuntamente com o DOJ, tornou-se responsável por assegurar o cumprimento do direito antitruste norte-americano.

A FTC foi constituída pelo Federal Trade Commission Act e prevê “que todo método de concorrência desleal que afete o comércio e atos ou práticas desleais ou enganosas que afetem o comércio são, por meio deste, declarados ilegais”³⁷ (tradução livre).

O Primeiro ato federal que tratou em seu escopo a questão das concentrações foi o Clayton Act de 1914, mais especificamente em sua § 7, que proíbe “qualquer concentração (aquisição de ações ou a posse de uma outra

³⁵ No trabalho em questão, o símbolo § corresponde ao vocábulo Seção.

³⁶ Doravante simplesmente denominada FTC.

³⁷ Atualmente, o *Federal Trade Commission Act* encontra-se emendado no U.S. Code (UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Code*. Federal Trade Commission, Title 15, Chapter 2, Subchapter 1. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_2_20_1.html>. Acesso em: 20 jul. 2006).

empresa) que, em qualquer mercado em qualquer lugar do país, possa substancialmente diminuir a concorrência ou tentar criar um monopólio”.³⁸ Logo, para que uma concentração fosse considerada nociva não haveria necessidade de provar que, no futuro, esta infringiria o direito antitruste; somente o fato de que esta diminuísse a concorrência, em um determinado setor, seria suficiente para não ser concretizada tal concentração. À mesma época também o Federal Trade Commission Act, em sua § 5, previa a obstrução de concentrações nocivas à sociedade norte-americana.

Com o advento da § 7A do Clayton Act, emendado pelo Hart-Scott-Rodino Act de 1976, a legislação antitruste norte-americana começou a exigir, para concentrações substanciais, a notificação e análise prévia pelo FTC e pela Divisão Antitruste do DOJ.

O Clayton Act até hoje continua sendo a principal legislação na aplicação do direito antitruste. No entanto, para que o processo de análise de uma concentração não fosse discricionário, em 1968 o DOJ publicou o primeiro Guidelines em matéria de concentração. O objetivo era guiar advogados e seus clientes sobre como seriam desenvolvidas as análises das concentrações por parte da Divisão Antitruste do DOJ.

Atualmente as linhas gerais em matéria de concentração não horizontais, presentes no Guidelines de 1984, e horizontais, por sua vez presentes no Guidelines de 1992,³⁹ constituem parâmetro a ser seguido e, apesar das insistências do DOJ e da FTC de assegurarem que estes Guidelines são apenas um roteiro, portanto não vinculativo, a maioria das decisões dos tribunais aponta para o outro sentido. Dessa forma, ao estudar o mecanismo aplicado atualmente às concentrações americanas, deve-se imprescindivelmente estudar os Guidelines de 1984 e 1997.

A aplicação do direito antitruste norte-americano pode se dar por intermédio de três fontes: (i) agências federais, o DOJ ou a FTC; (ii) advogados gerais estatais; ou ainda, (iii) setor privado, normalmente empresas concorrentes.

No âmbito estadual, são os advogados gerais que possuem a competência para defender o direito antitruste. Estes podem questionar concentrações com base na legislação estadual e federal. No entanto, como as empresas não necessitam enviar-lhes informações relativas à concentração, contam com

³⁸ GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 513.

³⁹ O *Guidelines* de 1992 foi revisado em 1997.

a cooperação das agências federais, formalizada com o Protocolo Federal/Estatual de 1998, que prevê: (i) procedimentos para proteção das informações compartilhadas entre agência federal e estado; (ii) procedimentos nos quais a FTC e o DOJ provêem aos estados informações estratégicas; (iii) linhas gerais para investigações conjuntas e (iv) colaboração na propositura de ações.

Apesar de poderem aplicar o direito antitruste independentemente do envolvimento com uma agência federal, atualmente estados e agências federais estão reunindo esforços e até trabalhando juntos para mais eficazmente prevenirem concentrações com efeitos competitivos adversos.

Uma outra possibilidade no direito antitruste norte-americano para se impetrar contra uma determinada concentração são: as ações privadas. Uma empresa, com base na § 16 do Clayton Act, pode demandar contrariamente a uma concentração. As ações apresentadas por empresas possuem muitas vezes a facilidade de conhecerem bem o mercado, já que grande parte dos casos privados decorre de empresas concorrentes que disputam espaço no mesmo mercado. No entanto, a ação privada apresenta algumas dificuldades, pois, além de não terem essas empresas acesso aos documentos apresentados às agências federais e compartilhados com os advogados gerais estaduais, muitas vezes tomam conhecimento de uma concentração quando esta já ocorreu, sendo difícil persuadir o juiz de que uma concentração é anticoncorrencial quando as agências federais e o Estado decidiram não impedi-la.

As agências federais aplicam o direito antitruste por intermédio de Guidelines que ajudam as partes de uma determinada concentração a entenderem qual será o principal critério analisado pelas agências federais: “se a concentração pode criar ou aumentar o poder de mercado ou facilitar o exercício deste”.⁴⁰ Ao responder a tal indagação, as agências estarão observando a § 7 do Clayton Act, a § 1 do Sherman Act e a § 5 do Federal Trade Commission Act.

A notificação prévia permitiu às agências analisarem as concentrações antes que elas fossem concretizadas e, ao conservar a estrutura pré-concentração das empresas, evitaram-se problemas que eram normalmente ocasionados quando as agências federais decidiam *a posteriori* contra uma concentração.

⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Mar. 2006, p. 2. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Último acesso em: 31 jul. 2007.

Dessa forma, em todas as transações que excedam um tamanho específico deverão as empresas envolvidas reportar ao DOJ e à FTC. Uma vez entregues todas as informações devidas, as empresas deverão aguardar um prazo de 30 dias ou 15 dias, quando a oferta de aquisição é em dinheiro, antes de terminarem o processo de aquisição.

Segundo informações da FTC e do DOJ, 95% das transações que devem ser notificadas previamente são arquivadas nos 30 ou 15 dias subseqüentes. No entanto, nos outros casos, nos quais a concentração teria elevada participação nas vendas ou em que o mercado é altamente concentrado, normalmente as agências federais, durante o período de 30 ou 15 dias, requerem informação adicional para que em um período de tempo maior possam analisar mais calmamente a concentração em questão, bem como obter informações adicionais que sirvam de elementos a uma decisão.

O estudo das concentrações horizontais pode ser subdividido, seguindo o conteúdo do Guidelines de 1992, em: (i) definição de mercado e concentração; (ii) efeitos competitivos potenciais adversos; (iii) análise de entrada no mercado; e (iv) eficiências.

O propósito principal da análise da concentração horizontal, no contexto do Guidelines de 1992, é observar e identificar quando uma concentração irá aumentar ou criar poder de mercado, em qualquer mercado. Dessa forma, ao definir o mercado que será abrangido pela concentração em questão, a agência realiza um processo de busca do mercado que será afetado, também conhecido como teste do hipotético monopolista. Esse teste encontra-se definido no § 1.0 do Guidelines, que define o mercado com sendo:

“um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual é produzido ou vendido do mesmo modo que uma empresa, não sujeita à regulação de preço, que era o único atual ou futuro produtor ou vendedor daqueles produtos naquela área que provavelmente iria impor ao menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, assumindo-se que todos os termos de compra e venda de todos os produtos permanecessem constantes”⁴¹ (tradução livre).

Normalmente, para determinar esse aumento de preço “pequeno mas significativo e não transitório” as agências federais utilizam-se de

⁴¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 2 apr. 1992. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

uma alta no preço de 5%. O mercado de produto relevante é encontrado quando se encontra o menor grupo de produtos que satisfaçam o teste do monopolista hipotético.

A definição de mercado geográfico relevante também é encontrada quando se identifica o menor mercado possível e, depois, alarga-se-o adicionando os melhores e mais próximos substitutos.

O efeito potencial adverso à competitividade que as concentrações podem ocasionar são analisados sob os aspectos de efeitos unilaterais e de interação coordenada. Os efeitos unilaterais podem diminuir substancialmente a concorrência no mercado quando “criam uma predisposição de que a empresa concentrada, mesmo sem nenhuma coordenação com suas rivais, aumentaria seu preço ou de qualquer forma exerceria poder de mercado a um grau mais elevado que o anterior à concentração”.⁴²

A interação coordenada, segundo o entendimento do DOJ e da FTC, pode substancialmente diminuir a competitividade de uma concentração horizontal quando “cria uma predisposição de que, depois de efetivada a concentração, concorrentes coordenariam seu preços ou outras ações concorrenciais, ou se coordenariam de forma mais completa ou bem-sucedida do que antes da concentração”.⁴³

As agências também questionam se a nova concentração trará ao mercado a entrada de novas empresas comprometidas com suas entradas, uma “nova concorrência que requer gastos significativos com despesas irreversíveis”,⁴⁴ ou empresas não comprometidas com suas entradas, fornecimentos que não incorrem em gastos significativos com despesas irreversíveis.

Na quarta seção do Guidelines, as agências analisam as eficiências geradas pela concentração, que podem propiciar ganhos aos consumidores e aumentar a eficiência dos próprios concorrentes daquele mercado. Exemplos das eficiências que uma concentração pode ocasionar são: (i) aumento na

⁴² UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Mar. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

⁴³ Ibid., p. 17.

⁴⁴ Ibid., p. 17.

qualidade do produto; (ii) aumento nas inovações; e (iii) diminuição no preço do produto como resultado de uma economia de escala.

O Guidelines de 1984 da FTC e do DOJ delimita concentração vertical como sendo “toda a concentração que envolve empresas que não operam no mesmo mercado”.⁴⁵ Alguns dos efeitos anticompetitivos potenciais de uma integração vertical são: (i) facilitação da discriminação de preço; (ii) facilitação da colusão ou interação cooperada; e (iii) elevadas barreiras à entrada nos mercados.⁴⁶

Um dos principais resultados que uma concentração vertical pode gerar quando envolve uma empresa com poder de mercado a montante é uma maior habilidade de estimular a discriminação prejudicial de preços aos rivais do mercado à jusante. Nesse sentido, a FTC, ao consentir a aquisição da Turner Broadcasting pela Time Warner,⁴⁷ proibiu expressamente que a Time Warner incorresse em qualquer tipo de discriminação de preço ao vender programas de TV a cabo a outras empresas distribuidoras de TV a cabo rivais.

Uma concentração vertical também pode facilitar uma colusão de preços em detrimento dos outros concorrentes. Esta se perfaz quando a empresa a montante utiliza-se de seu poder de mercado para monitorar os preços das empresas concorrentes do mercado a jusante. Segundo os Guidelines de 1984, as agências federais podem considerar, caso a caso, a obstrução da concentração quando o índice HH da concentração no mercado a montante é superior a 1800 e se uma grande porcentagem do produto a jusante for vendida por intermédio de revendedores verticalmente integrados após a concentração.

Em relação às elevadas barreiras à entrada no mercado a jusante, o Guidelines de 1984 considera que três condições são necessárias, mas não suficientes, para que esse problema ocorra: (i) o grau de integração vertical entre os dois mercados é tão extenso que se faz necessário entrar simultaneamente no mercado a jusante e no mercado a montante; (ii) o requisito necessário para se entrar no mercado a jusante torne significativamente mais difícil a entrada no mercado a montante; e (iii) a estrutura e outras caracte-

⁴⁵ UNITED STATES OF AMERICA. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 14 jun. 1984. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

⁴⁶ Conforme o disposto na Seção 1.3.2.2.

⁴⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Federal Trade Commission. Time Warner, Inc., File No. 961-0004, □ Docket No. C-370961. 12 sep. 1996. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3709.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

rísticas do mercado a montante devem propiciar a não competitividade, de tal forma que o aumento na dificuldade de entrada possa afetar a própria atuação no mercado.

Em relação às fusões conglomeradas, as teorias do entrante potencial percebido e do entrante potencial efetivo encontram-se definidas no Guidelines de 1984 ao objetivar que a teoria da concorrência potencial pode levantar preocupações por quatro fatores:

(i) o grau de concentração no mercado da empresa adquirida (o departamento é mais propenso a desafiar uma concentração com HH superior a 1800; (ii) a facilidade de se entrar no mercado (a facilidade normalmente irá negar a necessidade de desafiar); (iii) a vantagem de entrada da firma adquirente (se três ou mais empresas possuem uma vantagem de entrada equivalente será improvável que a concentração seja desafiada); (iv) a participação de mercado da empresa adquirida (é improvável que o Departamento desafia uma concentração se a empresa adquirida tem uma participação de mercado de 5% ou menos, mas que desafia a concentração onde outras condições são preenchidas e a firma adquirida possui uma participação de mercado de 20% ou mais)⁴⁸ (tradução livre).

2.3. Direito concorrencial comparado: similitudes e diferenças entre os sistemas norte-americano e comunitário

É importante salientar os princípios ideológicos que norteiam o direito antitruste norte-americano e o direito concorrencial comunitário, para que melhor fiquem sedimentadas suas diferenças e similitudes.

A principal preocupação do direito americano é “a de evitar o abuso do poder de mercado que distorça as eficiências alocativas, produtivas e dinâmicas e transfira os recursos dos consumidores a empresas com elevado grau de poder”⁴⁹ (tradução livre). Desse modo, de forma generalizada pode-se afirmar que o direito antitruste norte-americano protege a concorrência do mercado e não os concorrentes.

A Comunidade Européia partilha a mesma “preocupação norte-americana de prevenir o abuso do poder de mercado que acarrete a queda na eficiência ou na inovação, ou, ainda, transfira a riqueza a empresas detentoras de grande

⁴⁸ GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 627.

⁴⁹ Ibid., p. 995.

poder”⁵⁰ (tradução livre). Todavia, o direito antitruste norte-americano não teria como compartilhar de uma das grandes preocupações concorrenciais comunitárias: a integração dos mercados dos Estados Membros. A política concorrencial comunitária está a serviço do principal objetivo político da comunidade, tal seja substituir o conflito comercial existente entre os Estados Membros por meio de um mercado altamente integrado.

Outra diferença que se aponta é o fato do direito antitruste norte-americano prever a atuação do setor privado como demandante em ações contrárias a uma concentração, o que não ocorre nas concentrações no âmbito da União Européia em que somente a Comissão e as autoridades concorrenciais nacionais de cada Estado membro, nos casos específicos, possuem a prerrogativa dessas questões.

Quanto à área de atuação do direito concorrencial nos dois sistemas, a Comunidade considera outra série de fatores, como política industrial e política comercial internacional, ao avaliar questões concorrenciais, diferentemente do sistema norte-americano, que pode ser considerado mais “puro”. Nesse sentido, não se deve erroneamente concluir que o direito comunitário é mais protecionista, conseqüentemente defendendo mais os interesses internos que o direito norte-americano. Ambos os sistemas utilizam-se do direito concorrencial como instrumento de proteção de seus mercados internos, uma prática que deve ser evitada.⁵¹

3. As diferenças de posicionamento dos Estados Unidos da América e da União Européia em relação ao caso

Em relação a restrições de concentrações verticais há uma posição doutrinária contrária dos Estados Unidos a respeito de algumas decisões que a União Européia tomou, entendendo-se oportuno analisar sinteticamente alguns casos que apresentaram posições conflitantes entre a Comissão e o DOJ/FTC.

Na concentração Coca-Cola/Carlsberg, de 1997, encontram-se presentes na decisão da Comissão preocupações em relação à venda casada e ao aumento de eficiências. A Comissão argumentou que a “inclusão de uma renomada cerveja e de marcas de águas, como as da Carlsberg, assegura no

⁵⁰ Ibid., p. 995.

⁵¹ Nesse sentido, aborda: GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 996-997.

mercado de bebidas a cada uma das marcas um maior poder de mercado do que se elas fossem vendidas sozinhas”.⁵²

A Comissão acrescentou sua preocupação de que tal concentração acarretaria em uma economia de escala no mercado de bebidas carbonatadas não alcoólicas e, conseqüentemente, ocasionaria, como o normal neste mercado, na diminuição do custo para o consumidor individual. Assim, a empresa com o maior portfólio de bebidas logrará o menor custo no seu sistema de produção e alcançará um maior número de consumidores, em detrimento da concorrência naquele mercado.

Outra decisão polêmica proferida pela Comissão em 1997 foi em relação à concentração Boeing/McDonnell Douglas, duas empresas americanas fabricantes de aviões em um mercado em que a única outra grande concorrente era a empresa européia Airbus.

Mesmo que essa concentração também tenha logrado pareceres favoráveis da FTC e da Comissão,⁵³ claramente se viram as diferenças doutrinárias existentes. Enquanto a FTC concluiu, após extensiva análise, que a McDonnell Douglas não mais representava um competidor viável e, portanto, a concentração não representava uma ameaça anticompetitiva ao mercado, a Comissão concordando com esta última variável, entendeu problemática a preexistente posição dominante da Boeing.

Ao adquirir a McDonnell Douglas, a Boeing teria acesso a 85 linhas aéreas em que ainda não operava e poderia utilizar-se, segundo a Comissão, do *know-how* técnico no ramo militar daquela empresa no setor civil.⁵⁴

A Comissão ainda observou que

⁵² Coca-Cola/Carlsberg, 1998 O.J (I 145) 41-62 (Case No. IV/M, 833, September 11, 1997) apud Antitrust Division Department of Justice In: Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 13. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁵³ UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Trade Commission*. Boeing/McDonnell Douglas v. Commission – Case IV/M.877. O.J. (L336), 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9710051.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 65-67.

“a combinação de uma gama maior de produtos, recursos financeiros e maior capacidade – e assim a habilidade de responder as necessidades de entregas das linhas aéreas em um tempo muito rápido – aumentaria significativamente a habilidade da Boeing de induzir as linhas aéreas a negócios exclusivos”⁵⁵ (tradução livre).

Assim, a Comissão só não vetou a concentração Boeing/McDonnell Douglas, ainda que a Boeing tenha concordado com um número significativo de condições, entre elas a manutenção da McDonnell Douglas como uma empresa independente por um período de dez anos, bem como em não entrar em nenhum acordo exclusivo adicional até 2007 e não exercer seus direitos exclusivos em acordos com linhas aéreas americanas.

Apesar de muitos acreditarem que a Comissão fosse bloquear a concentração Boeing/McDonnell Douglas tendo em vista a preocupação com a sobrevivência da única grande concorrente que restaria no mercado, a Comissão afastou-se do impacto político que essa decisão acarretaria naquele momento.⁵⁶

Em abril de 2000 a Comissão recebeu a notificação de uma proposta de concentração, na qual a AOL, servidor de Internet, se fundiria com a Time Warner Inc.,⁵⁷ gigante da mídia entre cujos produtos podem ser mencionados a CNN, a Warner Bros, a Warner Records e a Warner Channel. A AOL além de ser um provedor de serviços de Internet, também oferecia *softwares*, como o navegador Netscape, e possuía intensa relação com a gigante da mídia alemã Bertelsmann,⁵⁸ que proporcionava àquela um grande número de músicas e filmes.

⁵⁵ SCHMITZ, S. How dare they? European Merger Control and the European Commission's blocking of the General Electric/Honeywell merger. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 2, Summer 2002, p. 359.

⁵⁶ A pressão européia que a Comissão sofreu para não aprovar a concentração Boeing/McDonnell Douglas pode ser ilustrada pelo seguinte relato: “Em 4 de julho de 1997, os quinze membros do painel consultivo, dos presidentes das agências de defesa da concorrência dos países membros, por unanimidade recomendavam que a comissão impedisse a concentração” (Ibid., p. 359).

⁵⁷ Doravante simplesmente denominada Time Warner.

⁵⁸ Bertelsmann controlava 50% da AOL Europe, S.A. e havia um acordo de vontades com a AOL.

A preocupação da Comissão em relação à concentração⁵⁹ residia na integração vertical das duas companhias. A relação da AOL com a empresa alemã Bertelsmann proporcionaria à Time Warner/AOL a dominância nos mercados de músicas *online* e *softwares* de música.

Uma das soluções que as partes acordaram com a Comissão foi deixar as músicas da Bertelsmann disponíveis *online* para outros “tocadores de música”, evitando, assim, o uso exclusivo do Winamp na compra de músicas *online*.

Desse modo pode-se depreender deste breve estudo de casos a preocupação da Comissão com posição dominante, venda casada, *bundling* e aumento de eficiências; similar às razões que levaram ao impedimento da concentração GE/Honeywell.

3.1. A decisão GE/Honeywell

Como se verá a seguir, o conflito de decisões nos casos abordados anteriormente, como no polêmico caso GE/Honeywell, é fruto das diferenças doutrinárias existentes no que concerne à aplicação da *range effects theory*, também conhecida como *portfolio power* ou *conglomerate effect* por parte da União Européia.

A síntese da decisão européia em relação ao caso GE/Honeywell⁶⁰ diz respeito a três pontos principais expostos pela Comissão ao proferir sua posição contrária à concentração:

“Primeiramente, a Comissão alegou a posição dominante da GE no mercado de motores à reação para grandes aeronaves comerciais e a posição de liderança da Honeywell em aviônicos e não aviônicos. Segundo, alegou que a concentração proposta iria permitir à nova empresa o *bundling* de seus produtos complementares. A estratégia do *bundling* iria acarretar desconto nos preços que proporcionaria à empresa pós-concentração uma vantagem imbatível sobre seus competidores

⁵⁹ UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. AOL/Time Warner – Processo n. Comp/M.1845. 11. out. 2000. *Jornal Oficial da União Européia*, 24 out. 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1845_20001011_600_pt.pdf. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁶⁰ Nesse sentido ver: UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. General Electric/Honeywell – Processo n. Comp/M.2220. 3. jul. 2001. *Jornal Oficial da União Européia*, 18 fev. 2004. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_pt.pdf. Acesso em: 20 mar. 2006.

rivais. E, por último, que esta vantagem iria levar à saída dos competidores rivais e, conseqüentemente, aumentar a dominância da GE pós-concentração”⁶¹ (tradução livre).

A motivação da decisão européia nas palavras de Mario Monti, Comissário Europeu responsável pela concorrência à época, sustentou:

“que a concentração entre a GE e a Honeywell, tal como notificada, reduziria de forma significativa a concorrência na indústria aeroespacial e provocaria, em última instância, preços mais elevados para os clientes, em especial companhias aéreas. No entanto, existiam formas de eliminar estas preocupações, o que teria permitido autorizar a concentração (...). Lamento que as empresas não tivessem chegado a acordo sobre uma solução que permitisse dissipar as dúvidas da Comissão em matéria de concorrência”.⁶²

A posição americana em relação à decisão da Comissão pode ser encontrada no trabalho submetido em 12 de outubro de 2001 pela Divisão Antitruste do DOJ na mesa-redonda da OCDE acerca do tema *portfolio effects*. Nessa ocasião, os Estados Unidos posicionaram-se contrários à aplicação da *range effects theory*, mostrando que ao longo de sua evolução doutrinária utilizaram-se de teoria similar, denominada *entrenchment theory*. Em 1982, com o advento de um novo Guidelines, concluíram que ao utilizar a *entrenchment theory* estariam defendendo os interesses dos competidores em detrimento dos consumidores.

Entre o período de 1965 a 1975 as empresas americanas entraram em um processo de centralização de capitais, que gerou um grande número de fusões e aquisições. Assim, as agências federais, preocupadas com a diminuição do número de competidores no mercado, acabaram por confrontar um número grande de fusões sob os auspícios de diversas teorias, entre elas a teoria que se assemelha à *range effects theory*: a *entrenchment theory*. Esta, por sua vez, encontrava-se embasada em três preocupações principais:

⁶¹ KWOKA JR., J. E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 390.

⁶² A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. *EUROPA Rapid*, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

“(i) que a concentração iria criar uma companhia financeiramente mais forte ou *deep pocket* que iria desencorajar a entrada de outras empresas, (ii) que a empresa pós-concentração financeiramente mais forte iria praticar conduta predatória, e (iii) (quicá o mais preocupante) que a concentração possibilitaria à empresa alcançar eficiência não disponível nas outras empresas”⁶³ (tradução livre).

Nesse sentido, a Suprema Corte, no caso *FTC v. Procter & Gamble Co.*,⁶⁴ levou em consideração a *entrenchment theory*, decidindo que:

“a P&G possuía um orçamento maior que a Clorox e poderia utilizá-lo para eliminar a ameaça de entrada, a curto prazo, de uma nova empresa. Assim como também poderia utilizar seu volume de desconto em favor da Clorox. A Corte estava preocupada com o fato de que a aquisição poderia diminuir a concorrência porque novas entradas no mercado – seja de novas empresas seja de pequena empresas que desejassem expandir-se geograficamente – seriam muito mais relutantes em face da gigante P&G do que da pequena Clorox”⁶⁵ (tradução livre).

O DOJ, acompanhando a decisão da Suprema Corte no caso P&G, em 1968, elaborou o seu primeiro Guidelines, no qual se encontravam contidos os preceitos da *entrenchment theory*. Afirmou, nesse sentido, que “onde uma aquisição de uma empresa líder em um mercado relativamente concentrado

⁶³ MAJORAS, Deborah Platt. Merger enforcement at the Antitrust Division In: KPMG/*Chicago Graduate School Of Business Mergers and Acquisitions Forum*, 27 sep. 2002, p. 14. Department of Justice. Disponível em: < <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200285.pdf#search=%22MAJORAS%2C%20Deborah%20Platt.%20Merger%20enforcement%20at%20the%20antitrust%20division%20In%3A%20KPMG%2FCHICAGO%20GRADUATE%20SCHOOL%20OF%20BUSINESS%20MERGERS%20AND%20ACQUISITIONS%20FORUM%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁶⁴ Doravante simplesmente denominado P&G.

⁶⁵ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers, 12 oct. 2001, p. 5. *Department of Justice*. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Último acesso em: 20 ago. 2006.

ou rapidamente concentrável pode servir para *entrenchment* ou aumentar o poder de mercado daquela empresa ou elevar as barreiras à entrada neste mercado”,⁶⁶ o DOJ deveria propor uma ação contrária a tal concentração com base na § 7 do Clayton Act.

A *entrenchment theory* e sua aplicação por parte do governo norte-americano fora duramente criticadas pela doutrina da Escola de Chicago, na qual Robert Bork se destaca como nome proeminente, com o célebre livro *Antitrust Paradox*.⁶⁷

Ao analisar a forma como o direito antitruste norte-americano era aplicado, ou seja, levando-se em consideração eficiências futuras da empresa pós-concentração e as limitações que aquelas poderiam ocasionar às outras empresas que competiam em determinado mercado, Bork combatia com duras críticas a *entrenchment theory* ao afirmar que esta era contrária à eficiência no mercado.

No caso P&G, o autor afirmou que a decisão por parte da Corte:

“só faria sentido se o direito antitruste fosse visto como pró-pequeno negócios (...) e, que os efeitos que a Corte e a FTC atribuíram à concentração eram manifestações de eficiência, e fortes razões para aceitar a concentração e não condená-la”⁶⁸ (tradução livre).

Nesse sentido a teoria se encontraria

“fundamentada na errônea idéia de que é preferível para o consumidor ter menos eficiência do que mais, quando a diminuição da eficiência proporcionar empresas menores e não empresas maiores. Esta é uma preferência pela fragmentação da indústria em detrimento dos consumidores. Qualquer outra coisa que possa ser não é uma teoria antitruste válida”.⁶⁹

Após sofrer inúmeras críticas doutrinárias e perceber mudanças nas decisões da Suprema Corte, o DOJ concluiu que suas decisões baseadas na

⁶⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Merger Guidelines. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 1968. apud In: ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE, *ibid.*, p. 8.

⁶⁷ BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. (Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue). New York: Freedom Press, 1993.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 255.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 262.

entrenchment theory poderiam levar a equívocos. Como resultado, ao divulgar o novo Guidelines em 1982, o departamento não mais entendeu a *entrenchment theory* como uma fonte para se contestar uma concentração.

Com base na doutrina atual seria pouco provável que o DOJ ou a FTC contestassem a concentração de uma empresa pela *range effects theory*, de todo assemelhada à teoria de dano concorrencial *entrenchment*, abolida pela lei norte-americana.

Na evolução a Suprema Corte, esta passou a interpretar que a § 7 do Clayton Act proíbe somente aquelas concentrações que “apresentam a probabilidade de prejudicar os consumidores”, [concluindo-se] que uma concentração que prejudicasse seus rivais mas que beneficiasse os consumidores não violaria a § 7⁷⁰ (tradução livre), pois não predominava mais a teoria de que necessariamente “grande é ruim”, nem, conseqüentemente, a teoria do “pequeno é bonito”.

Ao analisar a *range effects theory*, a Divisão Antitruste concluiu que desta se poderiam presumir três teorias relacionadas de dano concorrencial:

“(i) que a concentração criaria economias de escala e escopo que outras firmas não conseguiriam alcançar;

(ii) que a empresa após a concentração ganharia uma vantagem decisiva em relação a seus competidores em virtude de seu tamanho maior e recursos financeiros; e

(iii) que a concentração facilitaria a venda casada ou o *bundling* de produtos complementares⁷¹ (tradução livre).

A posição doutrinária da União Européia contrasta com a atual posição americana de análise de concentrações não horizontais, por prever na *range*

⁷⁰ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 11. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁷¹ *Ibid.*, p. 3.

effects theory teorias de dano concorrencial como, por exemplo, “grande é ruim”.

Em relação à venda casada e ao *bundling*, os Estados Unidos vêm como equivocada a forma como a Comissão lida com tal situação em alguns casos, pois como explicita:

“O problema desta teoria, contudo, está no fato de que ela tem sido usada em alguns casos para bloquear fusões, não porque elas podem facilitar o tipo de venda casada que é ilegal de acordo com as leis de controle da concorrência – a saber, combinações forçadas de produtos, impostas por empresas com poder de mercado, com o intuito de excluir rivais do mercado, sem promover qualquer propósito comercial legítimo –, mas porque podem facilitar combinações eficientes de produtos – ou seja, combinações voluntárias por meio de descontos ou de outra forma que beneficie os clientes, oferecendo-lhes, conforme seu desejo, produtos melhores, preços mais baixos e custos menores de transação”⁷² (tradução livre).

Assim, a Divisão Antitruste do DOJ só entende plausível o impedimento de uma concentração sob a alegação de facilitar o *bundling* se atender a sete condições:

1. a empresa pós-concentração deve alcançar tais significantes eficiências e/ou efeitos de preços internos complementares (ou análogos) de uma concentração que considera lucrativo abaixar os preços menos que nos níveis pré-concentração em pelo menos um mercado;
2. nem rivais nem novos entrantes podem alcançar os novos custos (ou preços) da empresa pós-concentração;
3. rivais irão sair;
4. compradores não podem utilizar poder de compensação para segurar os preços a níveis pré-concentração ou níveis inferiores;
5. empresas não entrarão ou não re-entrarão no mercado em resposta ao aumento do preço superior aos níveis pré-concentração;

⁷² Ibid., p. 3.

6. a empresa pós-concentração considera lucrativo aumentar os preços acima dos níveis pré-concentração; e

7. o que os compradores inicialmente ganham por intermédio de preços impostos a níveis pré-concentração é menos que eles depois perderam pagando mais do que preços pré concentração”⁷³ (tradução livre).

Logo, uma vez que é improvável preencher tais requisitos em uma análise prévia, a Divisão Antitruste entende improvável que qualquer autoridade de defesa da concorrência consiga valorar com precisão suficiente todas essas condições, ainda que em um momento pré-concentração.

Nesse cenário, não deveria ser diferente o fato de que a Divisão Antitruste criticasse a decisão europeia em relação ao caso GE/Honeywell, uma vez que a comunidade utilizou-se das três teorias de dano concorrencial para impedir a concentração.

A análise realizada pela Divisão Antitruste acerca da decisão proferida pela União Europeia está dividida em quatro partes, tais sejam: (i) a alegação de dominância por parte da GE em grandes aeronaves comerciais, (ii) a *leverage theory*,⁷⁴ (iii) a alegação de efeitos anticompetitivos da GECAS e (iv) a probabilidade da saída das empresas rivais.

A alegação de dominância por parte da GE, embasada nas teorias de dano concorrencial, no setor de motores a reação para grandes aeronaves comerciais foi criticada pelo DOJ, uma vez que, sob a perspectiva norte-americana, para que uma empresa exerça poder econômico, ela necessita ter o “poder de controlar os preços ou excluir a concorrência”.⁷⁵

⁷³ Issues Paper by the Secretariat of the OECD Committee on Competition Law and Policy. *Discussion at roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 2 oct. 2001 apud Antitrust Division Department of Justice. In: *Ibid.*, p. 4.

⁷⁴ No direito antitruste *leverage* pode ser definida como “a possibilidade de se transferir um bem sob venda casada no mercado a montante, para um bem sob venda casada a jusante. (HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2. ed. Minnesota: West Group, 1999 apud PERU. Resolution n. 054-2003-INDECOPI/CLC. 10 dec. 2003, p. 36. Disponível em: <<http://www.indecopi.gob.pe/upload/clc/jurisprudence/009-R-054-2003-CLC.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2006.

⁷⁵ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate*

O DOJ acredita que apesar de a GE, à época, deter grande parcela do mercado no segmento de motores a reação para grandes aeronaves comerciais, não havia garantia de sucesso futuro. Assim, o mercado deveria ser considerado um *bid market*⁷⁶ com três grandes competidores: GE, Rolls Royce e Pratt & Whitney. Este dado também poderia se apoiar no fato de que os contratos recentes, à época, foram quase igualmente divididos pelas três empresas, com a GE representado 42%, a PW 32% e a Rolls Royce 27% (incluindo-se a CFMI na porcentagem da GE).⁷⁷

Dessa forma, o DOJ concluiu que não havia fundamentação na suposição de que a GE

“seria capaz de impor restrições a seus clientes de motores a reação (como, por exemplo, pelo *bundling* dos aviônicos da Honeywell com suas vendas de motores a reação) sem devastar-se a si própria em sua batalha contra a Pratt & Whitney e a Rolls Royce para ter seus motores a reação escolhidos em futuras plataformas. E, no caso dos motores a reação da CFMI, a habilidade da GE de impor tais restrições seria compelida pela sua parceira *joint venture*, SNECMA, que não iria ganhar nada dessas restrições”⁷⁸ (tradução livre).

O DOJ também não concorda com o fato de que a GE seria capaz de *leverage* sua forte posição no mercado de motores à reação para ganhar vantagem no mercado de aviônicos e não-aviônicos *por intermédio do mix bundling ou venda casada técnica*. A *mix bundling theory* utiliza o equilíbrio de Cournot⁷⁹ para prever que “a empresa pós-concentração iria

mergers, 12 oct. 2001, p. 20. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁷⁶ Um mercado no qual haja livre concorrência.

⁷⁷ Os dados foram baseados nos pedidos de informação para a primeira metade de 2001 contidos nos seguintes sítios: active.boeing.com/commercial/orders/customuery.cfm e www1.airbus.com. (Ibid., p. 20).

⁷⁸ Ibid., p. 21.

⁷⁹ O equilíbrio de Cournot é aquele no qual “cada empresa estima corretamente a quantidade que sua concorrente produzirá e determina adequadamente seu próprio nível de produção” (PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. op. cit., p. 431).

diminuir o preço dos bens complementares porque iria internalizar os efeitos externos de seu preço nas vendas dos bens complementares agora sob seu controle”.⁸⁰

As evidências analisadas pelo DOJ fizeram que este chegasse à conclusão de que, no mercado em questão, mesmo que táticas de *mix bundling* fossem utilizadas pela GE/Honeywell, não acarretariam vantagens concorrenciais significativas e tampouco ocasionariam ganhos significativos de parcela do mercado. Quanto à venda casada técnica, a Divisão Antitruste acreditava ser impossível valorar em um momento pré-concentração quais seriam os efeitos decorrentes da integração de motores à reação com aviônicos e não aviônicos e, ainda que pudesse ocasionar a exclusão do mercado, se esta seria em detrimento somente dos concorrentes, ou, eventualmente, se representaria perdas aos consumidores.

O DOJ acrescentou que mesmo na hipótese de o *bundling* ocasionar vantagens concorrenciais significativas,

“eles não conseguiram encontrar qualquer evidência sugerindo que outras firmas seriam incapazes de alcançar as ofertas da empresa pós-concentração por intermédio de convênios entre empresas, do tipo que é comum nesta indústria”.⁸¹

Concluindo tal argumentação, citou um caso⁸² que havia sido julgado pela União Européia no ano anterior, no qual esta havia concluído a possibilidade dos competidores de aumentar a gama de seus produtos por intermédio do convênio com os seus competidores.

⁸⁰ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 21. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸¹ Ibid., p. 21.

⁸² UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. Allied Signal/Honeywell – Processo n. COMP/M.1601. *Jornal Oficial da União Européia*, 7 jun. 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1601_pt.pdf. Acesso em: 12 fev. 2006.

Além disso, a União Européia alegou que a GECAS criaria efeitos anticompetitivos, uma vez que se utilizaria da sua financeira para condicionar o financiamento de aviões àqueles que possuísem motores à reação, aviônicos e não-aviônicos GE/Honeywell, caracterizando-se esta situação como exclusão de mercado vertical. Segundo o DOJ, a posição européia pode ser enquadrada na *range effects theory*, pois somente representa o receio de que a GE/Honeywell iria, eventualmente, se utilizar do *bundling*.

Assim, diferentemente da decisão comunitária, a Divisão Antitruste conclui que “a parcela do mercado da GECAS na compras de aviões – menos de 10% das vendas mundiais – era muito pequena para acarretar um efeito de exclusão de mercado significativo”.⁸³

Segundo o DOJ, todas as teorias de dano ao consumidor aplicadas ao caso pela União Européia estavam fundamentadas na probabilidade da saída dos competidores rivais do mercado. Contrariamente, a Divisão Antitruste alegou

“não ter encontrado evidência para sustentar a noção que competidores não seriam capazes de permanecer ou seriam forçados a sair como um resultado da concentração. As rivais da GE e da Honeywell são quase em sua totalidade empresas grandes e financeiramente saudáveis com grandes parcelas de mercado em muitos dos mercados relevantes”⁸⁴ (tradução livre).

No todo, o DOJ não encontrou evidências históricas no mercado de aeronaves que comprovassem as alegações por parte da União Européia, decidindo não contestar a concentração GE/Honeywell.

3.2. *A respeito da não obtenção de consenso*

A União Européia, por meio de sua Comissão de Concorrência, claramente divergiu neste caso em concreto da posição americana e, apesar dos

⁸³ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 22. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 23.

boatos de que tal decisão haveria ocorrido para atender interesses políticos do mercado comum europeu como os da Rolls Royce, defendeu que a não obtenção de consenso não estaria de forma alguma relacionada com questões políticas, e sim fundamentada em posições analíticas divergentes.

Mario Monti falou acerca do caso, insistindo, mais uma vez, que sempre entre as duas autoridades se buscava a cooperação:

“a Comissão e o DOJ trabalharam em estreita cooperação durante a investigação. É de lamentar que, no final, tivéssemos chegado a conclusões diferentes, mas cada autoridade tem que proceder a sua própria avaliação e o risco de posições diferentes, apesar de se lamentar, nunca pode ser completamente excluído. Isto não significa que uma autoridade esteja a efetuar uma análise técnica e que a outra persiga um objetivo político, tal como alguns pretendem, mas simplesmente que podemos interpretar os fatos de forma diferente e prever os efeitos de uma operação também de formas diferentes. A GE/Honeywell constitui um dos raros casos de desacordo entre as autoridades de concorrência transatlânticas. Estou determinado a reforçar a nossa cooperação bilateral no futuro”.⁸⁵

Os Estados Unidos da América, por sua vez, criticaram duramente a análise econômica realizada pela União Européia, afirmando que esta não se baseava em fatos, mas em meras suposições de danos concorrenciais. O DOJ enfaticamente concluiu acerca da decisão européia que:

“nós não encontramos sustentação fática para nenhum dos elementos principais da teoria do *range effects* de dano concorrencial em relação à concentração GE/Honeywell. Ao contrário, concluímos que a aplicação daquelas teorias foi baseada no argumento de que a empresa pós-concentração teria a habilidade e incentivos para oferecer a seus consumidores preços mais baixos e melhores produtos, significando que a empresa pós-concentração iria beneficiar seus consumidores diretamente – por intermédio de preços baixos e melhores produtos oferecidos pela empresa pós-concentração – e indiretamente – ao in-

⁸⁵ A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. EUROPARapid, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

duzir os competidores rivais à diminuição de seus próprios preços e melhorias em seus produtos”⁸⁶ (tradução livre).

O sistema europeu, ao realizar a análise econômica do caso, utilizou o critério determinante que embasa seu ordenamento jurídico na apreciação de concentrações:

“(…) a possibilidade de criarem ou reforçarem uma posição dominante. O controle europeu das concentrações não se destina a proteger as concorrentes mas a assegurar que os mercados permaneçam suficientemente competitivos a longo prazo para que os consumidores possam dispor de suficientes hipóteses de escolha, inovação e preços competitivos”.⁸⁷

Já o sistema norte-americano sustenta como seu alicerce o célebre julgado no qual se afirma que o direito antitruste norte-americano “protege a concorrência não os concorrentes”⁸⁸ (tradução livre).

Segundo os doutrinadores norte-americanos, a União Européia estaria claramente mais preocupada com a sustentabilidade do mercado em si,

⁸⁶ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD Roundtable On Portfolio Effects In Conglomerate Mergers*, 12 oct. 2001, p. 23. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸⁷ A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. EUROPA Rapid, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

⁸⁸ UNITED STATES. *Brown Shoe Co. v. United States*, 1962 apud Antitrust Division Department of Justice In: Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 10. Department of Justice Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ainda que em detrimento de ganhos aos seus consumidores, ao passo que a Comunidade defende que somente em um ambiente concorrencial saudável é possível ter preços justos e avanços tecnológicos: um mercado saudável para os consumidores.

Considerações finais

Pôde-se observar que o processo de fusão, por intermédio do movimento de concentração, acarreta em um maior grau de concentração, o que acaba por resultar na necessidade da regulação econômica pelo Estado. Essa regulação, por sua vez, utiliza-se do instrumental jurídico do direito da concorrência, sendo as divergências doutrinárias existentes frutos diretos da forma como cada Estado interpreta a sua atuação direta na economia.

Com o presente trabalho, pode-se concluir não somente a importância da fundamentação econômica das decisões em matéria de concentração por parte das agências concorrenciais, mas também, muitas vezes, o viés político de tais decisões.

O presente trabalho, ao estudar os preceitos econômicos e jurídicos utilizados na análise do caso GE/Honeywell, verificou que as teorias econômicas e o ordenamento jurídico são ferramentas que acarretam impacto direto na sociedade moderna em um de seus campos mais importantes: o ambiente saudável de fornecimento de bens e serviços.

Assim, devido a esse impacto direto, as preocupações na criação de uma legislação econômico-jurídica devem também se pautar em questões político-sociais, sob pena de ferir o próprio objetivo do direito da concorrência.

No caso analisado, percebeu-se que não cabe acusar tão-somente a decisão europeia de possuir um viés político, pois a americana, em grande medida, não foi somente fruto de um processo puramente analítico. Também esteve em questão o que representaria tal concentração para a sociedade americana, o que comporta efeitos políticos perceptíveis.

Difícil prever se a decisão americana não teria sido outra se as duas empresas envolvidas fossem europeias e a dominância futura ocasionasse danos a uma empresa americana.

O grande ganho à experiência internacional é a lição de que se faz imprescindível a cautela de não tornar as decisões concorrenciais meramente discricionárias, sob pena de todo o sistema regulatório-concorrencial perder seu crédito e valor perante a sociedade.

Talvez este seja, então, o maior desafio das autoridades concorrenciais ao valorar um caso concreto de concentração: conseguir proferir decisões analíticas não discricionárias, mas que também atentem para a função político-social do direito da concorrência.

Bibliografia

ANDRADE, M. C. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002.

ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. *Overview antitrust division*. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/overview.html>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

_____. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ARANCELI, M. M.; NOGUERAS, D. J. L. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

BAGNOLI, V. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Introdução ao direito da concorrência: Brasil, globalização, União Européia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.

BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. (Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue). New York: Freedom Press, 1993.

CHOI, J. P. A theory of mixed bundling applied to the GE/Honeywell merger. *Antitrust*, 16, Fall 2001.

EUROPEAN UNION. Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal*, 9 dec. 1997. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_en.html>. Acesso em: 12 maio 2006.

_____. 15435/02. *Joint Statement of the Council and the Comission on the functioning of the Network of Competition Authorities*. DGC II.

Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/joint_statement_en.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2006.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. *Defesa da concorrência e regulação*. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf#search=%22FAGUNDES%2C%20Jorge%2C%20PONDÉ%2C%20João%20L.%20e%20POSSAS%20Mário.%20Defesa%20da%20Concorrência%20e%20Regulação%22>. Acesso em: 10 abr. 2006.

FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALDUF, J. M. J. (Coord.). *Economía de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.

GIOTAKOS, D.; PETIT, L.; GARNIER, G.; DE LUYCK, P. General Electric/Honeywell – an insight into the Commission’s investigation and decision. *Competition Policy Newsletter*, 3, oct. 2001.

GOYDER, D. G. *EC competition law*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2003.

GRIMES, W. G.; SULLIVAN, L. A. *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

KON, A. *Economia industrial*. São Paulo: Nobel, 1999.

KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial – fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

KWOKA JR., J. E.; WHITE, L. J. *The antitrust revolution*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

MAJORAS, Deborah Platt. Merger enforcement at the antitrust division. In: *KPMG/Chicago Graduate School of Business Mergers and Acquisitions Forum*, 27 sept. 2002. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/aatr/public/speeches/200285.pdf#search=%22MAJORAS%2C%20Deborah%20Platt.%20Merger%20enforcement%20at%20the%20antitrust%20division%20In%3A%20KPMG%2FCHICAGO%20GRADUATE%20SCHOOL%20OF%20BUSINESS%20MERGERS%20AND%20ACQUISITIONS%20FORUM%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

MAYNARD, T. H. *Mergers and acquisitions: cases, materials, and problems*. New York: Aspen Publishers, 2005.

- MOTTA, M.; POLO M. *Antitrust – economia e política della concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- NUEVO REGLAMENTO SOBRE CONCENTRACIONES – Preguntas más frecuentes. *EUROPA Rapid*, Memo 04/9, ene. 2004. Disponível em: <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/9&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>>. Acesso em: 30 set. 2006.
- OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PATTERSON, D.; SHAPIRO, C. Transatlantic divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons. *Antitrust*, 16, Fall 2001.
- PERU. *Resolution N. 054-2003-INDECOPI/CLC*. 10 dec. 2003. Disponível em: <<http://www.indecopi.gob.pe/upload/clc/jurisprudence/009-R-054-2003-CLC.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2006.
- PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHMITZ, S. How dare they? European Merger Control and the European Commission's blocking of the General Electric/Honeywell merger. *Journal of International Economic Law*, University of Pennsylvania, v. 23, n. 2, Summer 2002.
- SIMÓN, J. L. M. *Principios de economía*. Madrid: Pearson Educación, 2003.
- SWEEZY, P. M. *Teoría del desarrollo capitalista*. 13. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. Allied Signal/Honeywell – Processo n. COMP/M.1601. *Jornal Oficial da União Européia*, 7 jun. 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1601_pt.pdf.
- _____. Comissão. AOL/Time Warner – Processo n. Comp/M.1845. 11. out. 2000. *Jornal Oficial da União Européia*, 24 out. 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1845_20001011_600_pt.pdf. Acesso em: 20 ago. 2006.

- _____. Comissão. General Electric/Honeywell – Processo n. Comp/M.2220. 3. jul. 2001. *Jornal Oficial da União Européia*, 18 fev. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_pt.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2006.
- _____. (CE) n. 325. Versão compilada do tratado que institui a Comunidade Européia. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 24 dez. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html#anArt82>. Acesso em: 22 ago. 2006.
- _____. Regulamento (CEE) N. 4064/89. Texto consolidado do regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 9 jul. 1997. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/consolidated/pt.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2006.
- _____. Regulamento (CEE) n. 139/2004. Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 21 jan. 2004. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129pt00010022.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2006.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, mar. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2007.
- _____. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 2 apr. 1992. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 31. jul. 2007.
- _____. Federal Trade Commission. Boeing/McDonnell Douglas v. Commission – Case IV/M.877. O.J. (L336), 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9710051.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.
- _____. Federal Trade Commission. Time Warner, Inc., File N. 961-0004, □Docket n. C-370961, 12 sept. 1996. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3709.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.
- _____. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 14 jun. 1984. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

_____. *U.S. Code*. Federal Trade Commission, Title 15, Chapter 2. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_2_20_I.html> Acesso em: 20 jul. 2006.

JUDICIALIZAÇÃO DAS LIDES CONCORRENCIAIS NO BRASIL: limites e possibilidades

Fabio Queiroz Pereira

1. Introdução

O Direito Concorrencial tem por finalidade a manutenção das adequadas condições de competição dentro de um determinado mercado, possibilitando a formação de um ambiente econômico sadio. Assentou-se, doutrinária e jurisprudencialmente, um padrão “eficientista” para a solução dos casos concretos, buscando-se sempre o sopesamento de potenciais ganhos econômicos de um ato, com os seus também virtuais malefícios à economia. Nessa perspectiva, a preservação da concorrência é um meio para a consecução de resultados específicos; sua índole é eminentemente instrumental.

A utilização do instrumental econômico pela Ciência Jurídica é elemento intrínseco ao Direito Concorrencial. Para se perquirir sobre a ocorrência de um ilícito na seara econômica, é de extrema relevância que o operador do direito se valha da linguagem econômica, marcada, em seu cerne, pelo emprego de conceitos específicos, permeados, muitas vezes, pela fluidez e indeterminação.

A Lei 8.884/94, principal instrumento normativo de defesa da concorrência, carrega em seu corpo diversos dispositivos associados ao uso dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. É utilizando-se desses conceitos que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no exercício de sua função judicante, efetiva o controle de estruturas e o controle de condutas no Brasil. A lei concorrencial vale-se, nessa linha, de muitos dispositivos com grande incerteza semântica, como: “prejudicar a livre concorrência”, “melhorar a qualidade de bens”, “motivo preponderante da economia nacional”, “resultar dominação de mercados”, entre outras aduções.

Pautando-se no fato de que as decisões proferidas pelo CADE possuem natureza administrativa, a indagação acerca da discricionariedade ou vinculação desses atos revela-se essencial para delimitar as possibilidades de revisão pelo Poder Judiciário. A discussão ganha impulso com a disseminação

de entendimentos jurisprudenciais que consolidam a insindicabilidade jurisdicional de atos discricionários. Nesses casos, ao Poder Judiciário caberia, apenas, averiguar a legalidade, não podendo adentrar o mérito das decisões proferidas pela Administração.

Indagação hodierna centra-se nos seguintes questionamentos: havendo a fluidez no enunciado legal, ter-se-ia, por conseguinte, uma indeterminação na aplicação? Ou se permitiria apenas uma única solução? A controvérsia tem por núcleo a relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: a utilização de tais conceitos teria o condão de ratificar a existência da discricção?

2. Lógica econômica e discurso concorrencial

O fenômeno da globalização tem influenciado uma crescente integração entre Direito e Economia.¹ A interface entre as duas ciências é cada vez mais intensa e demanda um estudo sistemático baseado nas distintas lógicas lingüísticas presentes em ambas as matérias.

Uma análise preliminar e superficial poderia encaminhar o leitor a concluir por um embate inconciliável entre Direito e Economia. O professor George Stigler, apresentando um panorama que contribui para essa primeira impressão, aduz que:

“enquanto a eficiência constitui-se no problema fundamental dos economistas, a justiça é a preocupação que norteia os homens do Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, todo o comportamento racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os

¹ Segundo o professor Armando Castelar Pinheiro, a globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns de seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos, contratos e regulamentações estes que envolvem essencialmente economistas e profissionais do Direito. Dentro de cada país, a busca de um modelo econômico capaz de produzir uma integração competitiva na economia mundial tem levado à crescente interação entre o Direito e a Economia (PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* 2003. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22. Acesso em: 9 out. 2006.

aspectos da conduta humana. Esta diferença significa, basicamente, que o economista e o jurista falam diferentes línguas”.²

Contudo, a interconexão das duas ciências é totalmente plausível, sendo até mesmo desejável. Apesar da diferença de estrato ideológico e lingüístico, Direito e Economia podem relacionar-se, denotando a identificação de um caráter de completude. Tal relação é usualmente perfilhada no estudo de temas relativos ao Direito Econômico. A apreensão da lei concorrencial, as questões envolvendo comércio internacional, a propriedade intelectual e os regulamentos econômicos são estudados por esse ramo do Direito que se apresenta pela utilização de um discurso próprio marcado por caráter aglutinador, incorporando normas e conceitos de natureza essencialmente econômica.

Assim preleciona o professor e justice da Suprema Corte Americana Stephen Breyer:

“I shall consider the older, unfashionable practical problem of bringing economic reasoning to bear in legal fields that undoubtedly call for it, for example, antitrust law, intellectual property law, and economic regulation. In these areas of law, I side with those who favor greater judicial use of economic reasoning. Economics will not necessarily determine the outcome of such cases, but if courts and agencies get the economics right, at the least they may more intelligently consider the role of non-economic ingredients of sound public policy”.³

A Economia, por conseguinte, apresenta-se suscetível de investigação pela Ciência do Direito, que, entretanto, emprega metodologia e corte metodológico próprios. Isso importa dizer que a Ciência do Direito possui as suas adequadas regras do jogo, utilizando-se da lógica econômica, mas tornando impossível confirmar ou explicar enunciados da Ciência Econômica em sentido estrito por enunciados jurídicos.

Reside aqui o estabelecimento pelo próprio sistema jurídico de um mecanismo de triagem, responsável pelo acolhimento de enunciados econômicos, até então exteriores ao seu corpo normativo. As questões envolvidas

² STIGLER, George. Law or economics?, *The Journal of Law and Economics*, Oct. 1992, v. 35, n. 22, 455-68. *Apud* PINHEIRO, Armando Castelar, op. cit.

³ BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*. p. 2. Disponível em: <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840>. Acesso em: 15 nov. 2005.

nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso desse poder, não podem ser resolvidas somente com base na legislação, por meio de critérios meramente jurídicos. Ao decidir por uma opção, o homem deve fazer uma escolha e deve fazê-la racionalmente. Para a viabilização dessa escolha não bastam os instrumentos jurídicos; deve intervir também a Economia como ciência da escolha racional.⁴

O direito da concorrência, portanto, deve ser analisado sob um prisma interdisciplinar. Verifica-se a necessidade de ponderações acerca dos aspectos econômicos na análise de um caso concreto, pois a norma jurídica em abstrato não é apta a levar à conclusão pela ocorrência de um ilícito concorrencial.

3. A estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A Constituição da República de 1988 positivou a livre concorrência e a livre-iniciativa como princípios informadores da Ordem Econômica. Procurou-se moldar um mercado dotado de equilíbrio, autorizando o Estado a intervir nos meandros econômicos para preservar a liberdade de concorrência e coibir abusos oriundos da atuação dos agentes.

Tem-se, por conseguinte, uma nova fase para o Direito da Concorrência. Não mais se busca, apenas, a defesa da economia popular. Busca-se, no atual cenário, a repressão ao abuso do poder econômico, com ênfase na prevenção dos delitos e na defesa do consumidor. São de relevo as palavras da professora Isabel Vaz acerca da modificação da ótica concorrencial:

Importa ressaltar a mudança de enfoque e a ampliação temática, podendo-se identificar uma gradual e relativa superação das técnicas abrangidas pelo Direito penal e administrativo em favor da constitucionalização dos preceitos nucleares da legislação antitruste, mediante a adoção de princípios informadores do Direito Econômico.⁵

O principal instrumento normativo a consolidar essa mudança de enfoque é a Lei 8.884/94. A referida norma transformou o CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia e independência. O Conselho, instituído

⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, 1997, p. 25.

⁵ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 250.

dessa maneira, obteve expansão de suas funções, e passou a atuar de forma mais concatenada e incisiva na defesa da concorrência.⁶

Tem-se, assim, estabelecida uma nova estrutura antitruste,⁷ convencionalmente chamada de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo já mencionado Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

Observa-se a seguinte divisão de funções entre os órgãos do SBDC: (i) CADE – profere decisões definitivas no campo administrativo, reprimindo práticas anticoncorrenciais e acompanhando os atos de concentração; (ii) SDE – instaura e instrui os processos administrativos concedendo pareceres e fiscaliza o cumprimento das decisões do CADE; (iii) SEAE – emite pareceres técnicos acerca dos aspectos econômicos envolvidos.

A evolução histórica no número de julgados da autarquia consubstancia o novo papel perfilhado pelo Direito da Concorrência no Brasil.⁸ Esse desempenho, por sua vez, possibilitou a disseminação da cultura da concor-

⁶ Destaca-se que desde a criação do CADE, em 1962, até a promulgação da Lei de Proteção da Concorrência, a atuação do Conselho demonstrou-se ausente de importância e de destaque. Com a Lei 8.884/94, o CADE passa a ser detentor de autonomia decorrente de sua natureza autárquica. Observa-se, assim, a *ausência* de subordinação a qualquer órgão da Administração, possibilitando uma atuação dotada de maior presteza e incisão.

⁷ A Professora Isabel Vaz destaca que, embora a expressão “legislação antitruste” não coincida exatamente com o tipo de institutos que a lei queira reprimir, ela pode ser usada em seu sentido mais amplo, para indicar o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência (*Direito econômico... cit.*, p. 243).

⁸ Tem havido um grande aumento no número de decisões após 1996 associadas ao novo ambiente criado com a estabilização da economia e a modernização do CADE. A média mensal, a partir daquele ano, ultrapassou em mais de dez vezes o pico do período anterior desde 1962. Os casos referentes à conduta têm prevalecido durante todo o período (77% de todos os casos antitruste), mas as decisões referentes a fusões chegaram a 51% no período de junho a dezembro de 1998. Isso reflete, em parte, a análise relativamente mais eficiente dos casos de fusão; à medida que a qualidade e a velocidade da investigação de práticas anticompetitivas melhoram, deve-se esperar uma porcentagem maior de casos referentes à conduta.

rência.⁹ Vislumram-se, inclusive, dispositivos que realçam a importância da promoção da concorrência por meio da instrução do público acerca das formas de infração da ordem econômica.¹⁰

4. A função administrativa do CADE

A Lei 8.884/94, instrumento normativo concorrencial brasileiro, dispõe em seu art. 3.º que o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta Lei”.

Do referido dispositivo é possível se extrair característica essencial vislumbrada na atuação do CADE. Trata-se de sua função administrativa. O caráter autárquico remete à personalidade jurídica pública e à natureza essencialmente administrativa do órgão concorrencial. Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, o controle relativo à ordem concorrencial reside, precipuamente, na esfera de atuação do Poder Executivo. Tem-se, assim, um sistema de índole administrativa, que, no entanto, não escapa ao controle jurisdicional dos atos lesivos à concorrência. Em alguns países esse controle se dá unicamente por meio do Poder Judiciário. Já em outros ordenamentos é possível identificar sistemas mistos, mas de índole essencialmente judiciária.

Pelo caráter administrativo do Direito da Concorrência, observa-se que o CADE detém capacidade para exercer função semelhante à do Poder Judiciário. Conseqüentemente, verifica-se sua maior especialização, em virtude das especificações técnicas encontradas no Direito Concorrencial. As decisões finais do Conselho produzem coisa julgada na esfera administrativa. Anteriormente, pela Lei 8.158/91, era possível um último recurso ao Ministro da Justiça. Hoje, apesar de estar vinculado ao Ministério da Justiça, o CADE é administrativamente soberano em suas decisões, não havendo possibilidades de revisão hierárquica no corpo da Administração. Nesse âmbito, só cabe a interposição de recurso interno para o próprio Conselho.

⁹ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

¹⁰ “Art. 7.º Compete ao Plenário do CADE: (...) XVIII – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; (...)”.

A doutrina não apresenta maiores discussões acerca da natureza administrativa das decisões proferidas pelo CADE. As controvérsias surgem no momento da caracterização desses atos em discricionários ou vinculados. É essa distinção que dará os alicerces para uma possível revisão fora da esfera da Administração. Se for identificado o caráter vinculado das decisões, ao Judiciário é lícito rever as decisões proferidas pelo Conselho. Contrariamente, reconhecendo-se a discricionariedade e utilizando-se o órgão de critérios de conveniência e oportunidade, não haveria que se falar em possibilidade de revisão jurisdicional.

5. Atos administrativos vinculados e discricionários

Os atos administrativos podem ser classificados como discricionários ou vinculados. Essa diferenciação é prerrogativa para analisar os possíveis limites da revisão jurisdicional. Celso Antônio Bandeira de Melo assevera que

“haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um ‘poder’ discricionário”.¹¹

Assim, a vinculação é identificada quando a lei define todos os pressupostos requeridos para a prática de um ato e o seu conteúdo obrigatório, no caso de incidência naquela hipótese legal. Em outras palavras: a lei não dá margem de liberdade para a Administração, pois, verificados os pressupostos, a norma determina qual será o único ato possível. A forma discricionária,

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 9.

por sua vez, consiste na definição legal de algumas condições do exercício do ato, mas inclui a possibilidade de estimativa subjetiva da Administração no restante das suas condições.

Nos atos administrativos vinculados não é dada ao aplicador nenhuma margem de opções de atuação. Há, na verdade, uma imposição legal para que, diante de uma determinada situação, aja de uma única e determinada maneira. Não existem espaços para juízos de oportunidade ou conveniência. A Administração é obrigada a atuar de uma única maneira.

A discricionariedade, por sua vez, justifica-se tendo em vista que ao legislador não é possível prever todas as possibilidades de aplicação da lei no âmbito da Administração. Observa-se que apesar do Direito Administrativo compor um ramo de viés extremamente legalista, é dada ao aplicador da norma uma determinada margem de liberdade, para que adapte seus procedimentos à realidade dos fatos. Ademais, vislumbra-se a necessidade de certa autonomia por parte do Poder Executivo, em virtude da dinâmica do interesse público, que exige muitas vezes um posicionamento rápido e flexível por parte do Administrador.

A discricionariedade levaria, por conseguinte, à imunidade judicial. O Poder Judiciário só estará legitimado a revisar atos administrativos nos casos em que se reconheça a vinculação do ato, restringindo-se, assim, ao exame da legalidade do ato. Se, contrariamente, identificar-se o caráter discricionário, deve-se afastar qualquer possibilidade de exame pelo Judiciário da matéria, uma vez que se trata de aplicação por parte do Administrador de critérios de conveniência e oportunidade. A justificativa encontra-se nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para a livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto”.¹²

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 202.

A conveniência e a oportunidade são os elementos principais adotados na caracterização da discricionariedade e que visam consubstanciar um interesse público específico contido no texto normativo. Desse modo, a discricionariedade define os aspectos que devem ser deixados ao arbítrio da Administração, não podendo o Poder Judiciário adentrar essa seara alterando os ditames proferidos pelo Poder Executivo.

6. Conceitos jurídicos indeterminados

Verifica-se no estudo da diferenciação entre os atos administrativos discricionários e os atos administrativos vinculados o surgimento de uma controvérsia que se materializa nos chamados “conceitos indeterminados”, “conceitos fluidos” ou, ainda, “conceitos imprecisos”. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dispõe que:

“a expressão conceito jurídico indeterminado, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros”.¹³

O sentido e o alcance dos conceitos empregados são construídos por meio de sua aplicação. Ocorre que se deve ponderar se ao aplicar a norma em face de um termo indeterminado, estará o intérprete utilizando-se da discricionariedade ou operando uma simples interpretação do texto legal.

Como já explanado, a Lei 8.884/94 carrega em seu corpo várias expressões de natureza indeterminada. O art. 54, a título de exemplo, utiliza-se de expressões com “prejudicar a livre concorrência”, “melhorar a qualidade de bens” ou “motivo preponderante da economia nacional”. A indeterminação e o economicismo permeiam a análise concorrencial. É necessário que se identifique se a fluidez do enunciado perfaz uma indeterminação na aplicação ou se permite apenas uma única solução.

¹³ DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 97.

Na visão da doutrina tradicional, identificados os conceitos jurídicos indeterminados nas disposições de um texto normativo, estar-se-ia diante de uma situação ensejadora de utilização de critérios de discricionariedade. Em outras palavras, o intérprete da norma, ao se deparar com um conceito fluido, poderia utilizar-se de margem de discricionariedade em sua aplicação diante de um fato concreto. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos doutrinadores que encampam a tese tradicional, assevera que

“casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, freqüentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como ‘situação urgente’, ‘notável saber’, ‘estado de pobreza’, ‘ordem pública’ (portanto suscetíveis de interpretações ou inteleções variadas) ou ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma certa margem de liberdade ao administrador. (...) Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe a interferência de um juízo subjetivo do administrador”.¹⁴

Denota-se, assim, o entendimento de que a discricção residiria na simples constatação dos conceitos indeterminados. A liberdade administrativa seria identificada ao longo da fluidez do conceito empregado.

Entretanto, mesmo admitindo essa possibilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta que a previsão de discricionariedade na norma não significa que haverá discricionariedade no caso concreto, já que este pode deixar margem apenas a uma solução capaz de atingir a finalidade da regra. Destarte, a discricção suposta na norma é condição necessária, mas não suficiente, para que haja discricção no caso concreto. Ainda segundo o autor, não basta que o agente alegue discricção para que seu ato seja regular e se livre das análises do Poder Judiciário. Uma vez provocado, e com base na argumentação da parte, o juiz poderá verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento adotado, além de figurar nas hipóteses legais, revelou-se, *in concreto*, adequado à finalidade da lei. Trazendo esse raciocínio para a esfera concorrencial brasileira, concluir-se-ia pela impossibilidade de revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE. A interseção entre os conceitos jurídicos indeterminados e os atos discricionários impede que

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* cit., p. 9.

Judiciário revise o mérito das decisões administrativas, mesmo que estas se operem por meio da função judicante exercida pelo CADE.

Em lado oposto, expõe-se doutrina marcada pela possibilidade de controle mais extenso dos atos praticados pela Administração. Tal teoria é identificada na inteligência dos juristas espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. Para essa corrente, a imprecisão existiria apenas de forma abstrata. Diante de uma situação concreta, haveria apenas uma solução correta aferida através de um juízo de intelecção.

Hoje vê-se que, justamente em tais casos, a discricionariedade está excluída e, mais que remeter a lei a uma decisão livre da Administração, em cujo exercício sairiam indiferentes jurídicos ou conteúdos igualmente justos, trata-se, pelo contrário, de delimitar uma única solução justa cuja procura regulada deve fazer a Administração quando a ela corresponde sua aplicação, e cujo controle último, por ser um controle de legalidade, é acessível ao juiz.¹⁵

Assim, discricionariedade é liberdade de escolher entre uma pluralidade de opções justas, que são juridicamente indiferentes, tendo como único critério o juízo de oportunidade e conveniência do administrador. Enquanto, no caso dos conceitos fluidos, a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma solução justa em cada caso. A prerrogativa da Administração será apenas a de aplicar previamente esses conceitos, mas isso não se confunde com o poder discricionário, pois essa aplicação se dará por meio de um processo intelectual e não volitivo.

Essa distinção repercute de modo importante na possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos: no caso de aplicação de conceitos indeterminados, a fiscalização jurisdicional é, mais do que possível, desejável, enquanto em relação a atos discricionários, não cabe apreciação do juiz quanto ao chamado “mérito” do ato, mas apenas quanto aos limites legais de sua aplicação.

Apesar de reconhecer que, em face desses conceitos, existe apenas uma solução justa, é preciso considerar que, a par de casos localizados em uma “zona de certeza”, existirão casos limítrofes, em que haverá dificuldade de determinar se houve ou não incidência do conceito. Entretanto, mesmo

¹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 395.

que o caso ora analisado esteja nessa “zona de imprecisão”, a definição da incidência do conceito também caberá ao Poder Judiciário, que tem como uma de suas funções precípua a solução definitiva de litígios suscitados na aplicação da lei. Assim, por meio da utilização do raciocínio intelectual seria possível encontrar o recurso adequado, consubstanciador do interesse público, fim último da Administração. Empregando-se esse raciocínio podemos observar a redução da atuação discricionária. Ter-se-ia, assim, reconhecida a vinculação em várias hipóteses que, por conterem conceitos indeterminados, poderiam ser taxadas de discricionárias.

Inserindo a discussão no cenário de atuação do CADE, verifica-se que, diante de um caso concorrencial concreto, o intérprete, por meio de um juízo de inteligência, pode precisar uma solução única. À guisa de exemplo, a expressão “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”, prevista no art. 54, § 2.º, da Lei 8.884/94, só admite uma singular aplicação do conceito à circunstância do fato. Conseqüentemente, estariam vinculadas as decisões do CADE, admitindo, por conseguinte, a revisão jurisdicional relativamente aos critérios adotados para interpretação do conceito fluido.

7. Discricionariedade técnica

Parte da doutrina administrativista concebe, ainda, a chamada discricionariedade técnica. Esta ocorre quando ao Executivo é exigida a apreciação de critérios de natureza técnica para que atue em um determinado cenário. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que “a idéia original de seu idealizador – Bernatzik – era a de que a discricionariedade técnica se referia a decisões que, por sua alta complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Trata-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada”.¹⁶

Verifica-se, assim, um atrelamento entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. Estando o intérprete diante de um conceito indeterminado, necessariamente estará frente a uma situação balizada pela discricionariedade. Dessa forma, impossibilitada está a revisão do ato pelo Judiciário. Afasta-se, pois, a vinculação.

Os conceitos técnicos ligar-se-iam aos critérios administrativos através de duas maneiras. Um primeiro cenário é desenhado por uma decisão admi-

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...* cit., p. 112.

nistrativa calcada necessariamente em critérios técnicos. Assim, à guisa de exemplo, um órgão técnico se manifesta acerca da ameaça de um prédio cair e a Administração opta ou não pelo seu desabamento. Já em um segundo plano, verificam-se aquelas decisões baseadas em critérios administrativos, mas que levam em conta aspectos técnicos. Como exemplo vislumbra-se a escolha de modalidade técnica na implementação de obra pública.¹⁷ Verificando-se a discricionariedade técnica, estaríamos diante de um ato que não enseje reapreciação na esfera judicial. Como conseqüência, poder-se-iam considerar as decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas como atos marcados pela discricionariedade técnica. Nesse compasso, seriam constatadas situações marcadas pela impossibilidade de revisão jurisdicional.

Em ponto análogo a essas considerações, vislumbra-se uma distinção de conceitos objetivando aclarar a matéria. O professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior insere uma nova discussão doutrinária, trazendo a diferenciação entre “discricionariedade técnica própria” e “discricionariedade técnica imprópria”. Demonstra-se de elevada importância a transcrição de suas palavras:

“Aqui, no entanto, é preciso distinguir entre a impropriamente chamada discricionariedade técnica e a discricionariedade técnica própria. A primeira ocorre quando a lei usa conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos, não cabendo ao administrador se não uma única solução juridicamente válida. Nesse caso o ato, embora com base em conceitos empíricos sujeitos à interpretação técnica, é vinculado. Por exemplo, o CADE, para constatar prejuízo à concorrência de um ato de concentração recorre a critérios técnicos, como o de barreira à entrada. ‘Prejuízo à concorrência’ é aí um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente. Já a discricionariedade técnica própria ocorre quando o administrador se louva em critérios técnicos, mas não se obriga por eles, podendo exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade. Por exemplo, os laudos técnicos recomendam o tombamento de determinado bem pelo seu valor cultural, mas em virtude de outros critérios (segurança, finanças etc.) a autoridade opta por não realizá-lo. O que guia a decisão são conceitos que tomam sentido, renovadamente, em cada caso”.¹⁸

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 113.

¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Discricionariedade das decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 4, 1997, p. 88.

Dentro dessa concepção, os critérios técnicos não estão atrelados aos critérios administrativos. O Poder Executivo deve decidir de acordo com as condições técnicas estabelecidas em lei. Assim, transportando essa assertiva para a esfera concorrencial, as decisões do CADE estariam vinculadas aos dispositivos legais, quais sejam os presentes na Lei 8.884/94. Não se percebe margem para aferir conveniência ou oportunidade. Tem-se verdadeira vinculação, permitindo, como consequência, a reapreciação no âmbito do Poder Judiciário.

8. Controle interno das decisões de cunho concorrencial

Pelo entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal,¹⁹ a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Tal asseveração vem contribuir para o entendimento de que, internamente, a Administração está apta a revisar seus atos.

No mesmo sentido, a Lei 9.784/99, que estabelece os ditames relativos aos processos administrativos no âmbito federal, dispõe que “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. Assim, é candente a conclusão de que, internamente, cabe à Administração revisar seus atos. Demonstra-se possível, pois, a recorribilidade das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas. Não anuindo com entendimento exarado pela entidade autárquica, os Requerentes em um ato de Concentração podem sempre se utilizar dos recursos internos, tentando a reforma da decisão.

Verifica-se, no atual ordenamento, que o CADE possui apenas vinculação ao Ministério da Justiça. Não se denota, portanto, a existência de órgão superior apto a analisar recursos referentes a decisões do Conselho. O art. 50 da Lei 8.884/94 estabelece que as decisões do Conselho não são passíveis de revisão no âmbito do Poder Executivo.²⁰ Dessa forma, não há

¹⁹ Súmula 473 do STF.

²⁰ “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

recurso hierárquico na esfera administrativa concorrencial, não se identificando, por conseguinte, instância administrativa superior com competência para reexaminar as decisões proferidas pelo CADE.

O ordenamento jurídico concorrencial anterior, tendo por escopo a Lei 8.158/91, admitia a possibilidade de tutela recursal pelo Ministro da Justiça. Isso significa dizer que as decisões do CADE podiam ser reformadas pelo Ministro da Justiça. A lei dispunha em seu art. 21: “As decisões administrativas previstas nesta Lei serão passíveis de recurso, voluntário ou de ofício, interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 10 dias”. Salienta-se que a referida disposição normativa encontra-se revogada, não produzindo mais efeitos no processo administrativo concorrencial.²¹

Tendo por objeto de análise os atos de concentração, observa-se o cabimento de dois recursos dentro da esfera administrativa, quais sejam os embargos de declaração e o pedido de reapreciação.

9. Vinculação e discricionariedade: limites à apreciação judicial

Como ressaltado, a análise dos atos de concentração é permeada pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados. O instrumento normativo concorrencial, supedâneo para o controle de estruturas, traz em seu corpo diversas expressões marcadas pela fluidez de seu conteúdo. Assim, tem-se: “livre concorrência”, “dominação de mercados”, “mercados relevantes”, “aumentar a produtividade”, “melhorar a qualidade”, “eficiência”, “desenvolvimento tecnológico”, “desenvolvimento econômico”, entre outras expressões.

A análise das questões antitruste é, ainda, marcada pela existência de diversas outras indeterminações intrínsecas à linguagem econômica presente no discurso da concorrência. A necessidade de ponderações acerca dos aspectos econômicos na análise de um caso concreto revela, por vezes, conceitos fluidos de difícil aceção em abstrato.

²¹ Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então ministro Nelson Jobim que modificasse a decisão do órgão antitruste que vetou a compra da siderúrgica Pains. O recurso foi interposto após duas negativas do CADE ao grupo Gerdau. Jobim interferiu no processo e pediu uma nova apreciação ao órgão antitruste. Os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. No caso, denota-se a ocorrência de um equívoco recursal e a utilização de um instrumento não previsto em lei. Tal ambigüidade é decorrência de um período em que o CADE não possuía estrutura adequada para sustentar sua autonomia, não estando fundado na cultura da concorrência.

Isto posto, tem-se que o CADE exerce o controle de estruturas dos atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência baseando-se na análise dos referidos conceitos imprecisos. É na indeterminação presente no art. 54 da Lei 8.884/94 que o controle de estruturas realiza-se.

Por se tratar de atos administrativos, deve-se analisar se as decisões exaradas pelo CADE possuem caráter discricionário ou vinculado. É exatamente nesse ponto que se encontra o cerne da discussão acerca da revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo Conselho. A distinção entre atos vinculados e discricionários, no Brasil, assume extrema relevância, na medida em que se formou na jurisprudência o entendimento de que ao Poder Judiciário não é dado apreciar o mérito do ato discricionário. Em outros termos, ao poder Judiciário não é dada a possibilidade de examinar os aspectos de conveniência e oportunidade que presidiram a prática do ato pelo administrador, vez que, se assim o fizesse, estaria invadindo a esfera de competência do Poder Executivo. Desse modo, o Poder Judiciário somente poderia examinar o mérito dos atos administrativos vinculados, pois então se estaria no âmbito da legalidade, portanto, na esfera de competência do Poder Judiciário.

Logo, existe consolidado entendimento de que os atos administrativos discricionários não comportam revisão no âmbito do Poder Judiciário. Contrariamente, estando-se diante de ato marcado pela vinculação, o juiz poderia adentrar o seu conteúdo. Dizer se essa margem fornecida pelo legislador está calcada em discricionariedade ou vinculação é o alicerce para o exame da questão.

Como outrora assinalado, para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello a discricção pode residir na simples identificação de um conceito indeterminado. Assim, estando o administrador diante de expressões de conteúdo fluido, a ele seria dada margem discricionária para atuar dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade.

Sendo impossível à norma legal – pela própria natureza das coisas – furtar-se ao manejo de conceito das duas ordens, a discricção resultaria de um imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dos conceitos possíveis. Vale dizer, a liberdade administrativa estender-se-ia ao longo do percurso da imprecisão do conceito utilizado.²²

²² Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 755.

Considerando a questão das autorizações proferidas pelo CADE no controle de estruturas sob essa fundamentação, resta claro que a autarquia estaria agindo dentro de sua margem discricionária, estando o mérito de suas decisões isento de apreciação pelo Poder Judiciário. A lei concorrencial oferecerá em seu corpo o supedâneo para a discricção e precariedade verificadas na atuação do Conselho. Ao falar em “livre concorrência”, “dominação de mercados” ou “aumento de produtividade”, a norma deixaria ao administrador margem de liberdade para que pudesse agir dentro de seus critérios de oportunidade e conveniência. Logo, visualiza-se um leque de variadas decisões que poderiam ser tomadas pelos conselheiros, sem que nenhuma delas estivesse, necessariamente, contrária ao Direito.

Se se reconhecer que o Direito Econômico cinge-se a consubstanciar políticas públicas, um novo argumento jurídico tende a fortalecer a linha doutrinária apresentada.

Baseando-se em políticas públicas, o CADE poderia aplicar ou, até mesmo, deixar de aplicar a legislação antitruste. O Conselho, como órgão inserido no corpo do Poder Executivo, estaria apto a atuar dentro de sua prerrogativa discricionária, implementando as políticas estabelecidas pelo governo. Esse posicionamento corroboraria com o entendimento exarado pela doutrina tradicional, pois, analisando o mérito das autorizações concedidas pelo CADE no controle de estruturas, o Poder Judiciário estaria, por conseguinte, atentando contra o princípio da separação de poderes. Nesse ponto, a professora Isabel Vaz destaca que:

“É uma questão extremamente delicada reconhecer ao Poder Judiciário, em tema de lei antitruste, a plenitude de jurisdição, pois, antes de sua apreciação, a matéria já terá também sido objeto de ação dos órgãos antitruste tendente a permitir ao Estado a implementação de uma política econômica julgada adequada ao cumprimento, por exemplo, do disposto no art. 3.º, incisos I a IV, da Constituição Federal. Assim sendo, a menos que as políticas públicas portem ofensa aos princípios constitucionais, o caminho mais adequado parece ser circunscrever a ação do Poder Judiciário ao controle de legalidade dos atos das autoridades antitruste”.²³

²³ VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313.

Há quem afirme que a atuação do Conselho deve sempre se operar de acordo com as políticas econômicas estabelecidas pelo Presidente da República. O CADE, portanto, estaria vinculado aos ditames do chefe do Poder Executivo, não podendo a sua atuação permanecer em descompasso com a política imposta pelo Presidente. A atuação da chefia do Poder Executivo consubstanciaria a vontade popular de ver realizado determinado plano de governo. O órgão concorrencial estaria obstado de tomar decisões não consentâneas com a atuação política do governo. O professor Fábio Ulhoa Coelho representa o pensamento exarado por essa linha doutrinária:

Considere-se a hipótese de Presidente da República eleito com programa fundado claramente na geração de empregos como forma de desenvolvimento regional. Configure-se, por outro lado, o estabelecimento de um grande complexo empresarial dedicado a setor não essencial da economia, como a lapidação de pedras preciosas, com enorme potencial para empregar expressivo número de trabalhadores em região não industrializada do País. Suponha-se, também, que esse complexo resulta de consórcio entre todas as empresas de maior porte atuantes no ramo, consórcio este, aliás, cuja constituição foi de pública voz motivada pelo próprio Presidente da República e sua equipe econômica no contexto de seu programa de governo. Nesse quadro hipotético, a atuação do CADE sancionando a concentração econômica estaria em flagrante descompasso com a vontade popular, expressa no resultado das eleições. Nesses casos, embora tipificada a infração contra a ordem econômica, deve o CADE discricionariamente deixar de aplicar qualquer tipo de sanção.²⁴

Percebe-se do posicionamento apresentado uma perigosa tendência de “manetear” a atuação do Conselho. Vincular a atuação do CADE aos ditames presidenciais revela entendimento controvertido que atenta, inclusive, contra a própria autonomia do órgão autárquico. O fato de estar inserido no seio do Poder Executivo não significa que suas decisões tenham que se dar de acordo com o que opta o Presidente da República. A função precípua do CADE é zelar por um adequado ambiente concorrencial. Não possui pertinência o brocardo que tende a compelir o Conselho a atuar sempre de maneira assente ao que prescreve a Administração Federal.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 25.

10. Princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

Apesar das decisões proferidas pelo CADE estarem pautadas pela implementação de políticas econômicas, elas não prescindem de um controle realizado pelo Poder Judiciário. Toda lesão, toda ameaça a direito e toda controvérsia podem e devem ser aduzidas em juízo.

Está-se diante de imperativo constitucional, verificado no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição da República: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, qualquer decisão do CADE que preencha o estabelecido na referida disposição poderá ser levada ao conhecimento do judiciário.

Ao assegurar o exame de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, o Poder Constituinte pretendia garantir que nenhuma lei ordinária ou complementar pudesse excluir liminarmente esse controle.²⁵ Assim, é garantida a amplitude de atuação do Poder Judiciário para rever as decisões de conteúdo econômico proferidas pelo CADE.²⁶ A possibilidade de revisão da decisão é preceito insculpido no texto constitucional, não podendo ser derogada por lei ou por viés interpretativo da matéria.

Demonstra relevo o posicionamento carreado por José Ignácio Gonzaga Franceschini:

²⁵ ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 309.

²⁶ O Direito europeu não trabalha com a amplitude de controle pelo Poder Judiciário. A atuação da Corte de Justiça limita-se ao exame da legalidade dos atos emanados pela Comissão Européia. A revisão judicial, portanto, restringe-se ao exame da regularidade formal do ato. A professora Isabel Vaz assim se manifesta acerca da jurisdição contida: “No Direito comparado, alguns autores dão notícias de hipóteses em que o Poder Judiciário é titular de jurisdição contida, tendo competência apenas para conhecer da adequação de um ato a normas processuais ou formais. Ou seja, o Poder Judiciário poderia examinar apenas se – no caso de uma instrução processual, por exemplo – os prazos para apresentação de defesa, documentos ou outras peças de interesse do representado foram observados. Ou, ainda, se a imputação de ofensa a determinada norma da legislação de regência foi observada, se a sanção foi adequada à infração cometida, se houve respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, se o despacho de instauração do processo administrativo foi motivado”. VAZ, Isabel. *O Poder Judiciário... cit.*, p. 308.

“Diga-se desde logo que o recurso ao Judiciário não poderia ser impedido pela legislação de defesa da concorrência, posto que a isto se opõe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no art. 5.º, inciso XXXV, cujo teor não deixa margem a dúvidas: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. À função jurisdicional do Estado cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico toda vez que seu cumprimento não se dê sem resistência. Tendo o Estado subtraído à parte a faculdade de exercer seus direitos pelas próprias mãos, compareceu esta perante a autoridade judiciária competente que lhe substituiria a vontade, para que esta dirimisse a lide. Agiu no lícito exercício de seu direito de ação e nos limites estritamente necessários para alcançar a prestação jurisdicional. Nada mais escorreito e legítimo”²⁷

Portanto, o referido ditame tem por cerne a proteção do cidadão. Ao obstar a realização de um ato de concentração, a Administração pode estar lesionando direito dos requerentes. Demonstra-se demasiado injusto afastar da instância judicial a apreciação de uma situação como a apresentada. Se a Constituição da República instituiu a proteção do cidadão, e a conseqüente proteção do requerente, não há por que se elocubrar buscando impossibilitar a análise da questão pelo Poder Judiciário.²⁸

11. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

O principal supedâneo doutrinário a alicerçar a revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE encontra-se na doutrina alemã, explicitada alhures, que tem por principal expoente o jurista Karl English. A referida linha de pensamento chegou até a Espanha e é identificada,

²⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

²⁸ O professor José Inácio Gonzaga Franceschini aduz, nesse ponto, a inexistência de litispendência no curso simultâneo do processo administrativo e do processo civil cominatório e/ou indenizatório eventualmente ajuizado pelo prejudicado direito do abuso do poder econômico ou por seu legitimado, como aliás expressamente admite o art. 29 da Lei n. 8.884/94. Todavia, o mesmo não se poderia dizer em relação a processos criminais. Para o autor, em face da natureza penal do Direito da Concorrência e especialmente diante da derrogação da Lei n. 8.137/90 pela Lei n. 8.884/94, no que tange aos crimes contra a ordem econômica, não se concebe a existência de duplo procedimento penal contra a mesma pessoa (op. cit., p. 27).

principalmente, nas palavras dos professores Eduardo García de Enterría e Tomás Ramon Fernández. De acordo com os últimos, “sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite”.²⁹

A indeterminação de um conceito, para essa teoria, permaneceria apenas em abstrato. Diante de uma situação em concreto seria sempre possível ao administrador encontrar uma única solução capaz de atender os preceitos do Direito. A concretude de um fato seria o supedâneo para que o administrador realizasse uma intelecção e verificasse a singular decisão a ser tomada.

Conceitos indeterminados, portanto, não se confundem com discricionariedade. A utilização da fluidez pelo texto legal não denota margem de atuação da Administração calcada em critérios de conveniência e oportunidade. Contrariamente, é possível aduzir uma única forma capaz de solucionar o problema de maneira ideal.

O professor Florivaldo Dutra de Araújo apresenta a adequada ilação que deve permear o tratamento da matéria:

“O que se quer, com a exata compreensão da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, não é que o juiz se substitua ao administrador, mas que exerça a função que é a sua própria razão de ser, ou seja: que verifique, nos casos concretos, se o suporte fático do ato dava margem à aplicação que deu a Administração ao conceito contido na regra de direito. E não o fará o juiz substituindo um critério puramente voluntarista do administrador, acaso aplicado, pelo seu próprio voluntarismo. Examinará, ao contrário, em procedimento contraditório amplo, os fatos levados ao seu conhecimento e o ato praticado, bem como sua motivação, para verificar se o conceito indeterminado da regra abstrata comportava o sentido que lhe foi dado na situação em exame. E não infirma o que se sustenta aqui o fato de poder o juiz, eventualmente, falhar no exame do ato administrativo e seu suporte fático, assim com ninguém proporá deixar de lado a teoria do Direito Penal pelo motivo de que possa haver erros no julgamento da culpabilidade do réu, em um ou outro caso”.³⁰

²⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Op. cit., p. 394.

³⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 74.

Transportando a inteligência da referida doutrina para o caso em análise, chegar-se-á a conclusão de que a atuação do CADE é, notadamente, uma atuação vinculada. As decisões administrativas proferidas pelo Conselho não se pautam em juízo de conveniência e oportunidade. Diante de uma situação fática, cabe ao intérprete buscar a melhor solução possível, seguindo as disposições da lei de proteção à concorrência. Só existe uma maneira de atender aos enunciados descritos na Lei 8.884/94, e aos conselheiros do CADE é dada a responsabilidade de perquirir a ideal aplicação dos preceitos transcritos no corpo do enunciado legal.

A vinculação, adotando o entendimento exarado pela jurisprudência pátria, tem por conseqüência direta a possibilidade de se rever os atos administrativos exarados pelo CADE no âmbito jurisdicional. A indeterminação presente na lei não gera a imunidade do Conselho, podendo seus atos serem revistos pelo Poder Judiciário.

O controle de estruturas, realizado principalmente com base no art. 54 da lei concorrencial, não foge a essa regra. A fluidez identificada nas expressões “dominação de mercado”, “aumento de produtividade” ou “melhora da qualidade”, quando identificada em um caso concreto, permite apenas uma deliberação pelo administrador, nesse caso pelo conselheiro. Assim, os requerentes que tiverem seu ato concentração obstado por uma decisão do CADE podem recorrer ao Poder Judiciário, que terá ampla possibilidade de reformar o veredicto proferido pela autarquia.

Argumento falacioso tendente a obstar o direito do requerente de ter sua questão analisada no âmbito do Poder Judiciário reside na relativa incapacidade do juiz comum para a apreciação das questões concorrenciais. Aduz-se que não se pode dele requerer preparação técnica suficiente para examinar a questão. Um magistrado comum não deteria necessários conhecimentos técnicos em economia para a aplicação do bom direito.

Contudo, o que se tem é um comportamento diferenciado do juiz quando diante de matéria concorrencial. O juiz tem a prerrogativa de modificar uma decisão de cunho econômico, mas sua atuação realizar-se-á dentro das especificidades da matéria.

Uma atitude diferenciada deve ser demandada do exercício dos juízes. Assim como o magistrado tem que se debruçar sobre questões de conteúdo complexo, pode atuar de forma tranqüila nas lides de conteúdo econômico. Apenas a forma como apreciará a matéria deverá realizar-se de maneira diferente, perquirindo sempre a teoria econômica e aplicando-a com o objetivo de oferecer a melhor solução para o caso concreto.

Nesse viés, reconhece-se ao Poder Judiciário chancela para atuar junto aos problemas de ordem concorrencial. Demonstra-se inadequado afastar a decisão de um ente administrativo de um possível reexame judicial. Ainda que se utilize dos critérios presentes na doutrina da discricionariedade técnica, consubstanciada no pensamento do jurista Tercio Sampaio Ferraz Júnior, outra não seria a solução:

“No caso dos atos de aprovação ou desaprovação de atos de concentração, entendo que se trata de atos impropriamente chamados de tecnicamente discricionários. Na verdade, o CADE, ouvida a SDE e a SEAE, com base no(s) laudo(s) técnico(s) expresso(s) pelo relator (ou pelo relator designado se o primeiro voto for vencido), toma uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade, mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre-iniciativa e da livre concorrência. Sua decisão, assim, não é ato político de governo conforme diretrizes ocasionais, mas ato que cumpre uma política do Estado, conforme diretrizes constitucionais legais. (...) Se tais atos são vinculados, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas os aspectos formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embasadores da decisão”.³¹

Tal entendimento é consentâneo com o espírito do atual Estado Democrático de Direito. Possibilitar o mais amplo controle por parte do Poder Judiciário significa, em última análise, proteger os interesses de todos os cidadãos. Não se está diante de usurpação de competência, mas sim de exercício regular de função de acordo com os ditames e princípios presentes no corpo da Constituição da República.

A jurisprudência brasileira já tem apresentado julgados que consubstanciam entendimento que aparta discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados. O Poder Judiciário avança sobre questões que, até há pouco tempo, eram consideradas imunes ao controle externo. As indeterminações passam a ser examinadas perquirindo-se a sua justa e correta aplicação no caso concreto.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento que coaduna com a possibilidade do Poder Judiciário adentrar o mérito quando a Administração está calcada em conceitos jurídicos indeterminados.

³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op. cit., p. 88.

O acórdão remete a expressão fluida “interesse público”. Para o eminente Ministro Félix Fischer, a indeterminação presente na assertiva não conduz à atuação discricionária da Administração. Vale transcrever trecho do excerto jurisprudencial:

“Resta saber se esta imprecisão do termo ‘relevante interesse público’ conduz à dita discricionariedade administrativa ou, ao contrário, à vinculação. Essa distinção torna-se imprescindível, pois há quem defenda que caso se refira a esta e não àquela, o Poder Judiciário poderá dizer se se adotou a decisão adequada. É que a peculiaridade da discricionariedade está, exatamente, na existência de opções que conduzem a indiferentes jurídicos, os quais, por serem de tal natureza, inviabilizam a intromissão do Poder Judiciário. (...) Veja que o fato de o conceito jurídico indeterminado resultar em uma modalidade de vinculação administrativa não engessa a atividade administrativa, vez que possibilita a adequação às peculiaridades de cada caso concreto”.³²

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Paulo Medina exarou entendimento consentâneo com a sistemática defendida pelo professor Eduardo García de Enterría. Por meio de Medida Cautelar tentava-se conferir efeito suspensivo ativo ao Recurso Especial interposto na origem. Buscava-se o restabelecimento de liminar suspensa sob o argumento de “lesão às ordens jurídica e econômica”. Refutada foi a tese de que a utilização desses conceitos indeterminados geraria discricionariedade para o Presidente do Tribunal e, conseqüentemente, impossibilitariam a interposição do Recurso Especial. Observa-se proficuidade nas palavras carreadas no acórdão:

“Tais conceitos são plurissignificativos, ressentindo-se de certa fluidez, de alguma incerteza. Por serem atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, não possuem, sempre e literalmente, significado objetivo ou unívoco, sendo, por isso, denominados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. No entanto, se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa certeza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, a hipótese

³² Recurso em Mandado de Segurança 19.590-RS, 5.^a Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 20.03.2006.

analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício da discricionariedade”.³³

Na esfera concorrencial, a atuação do Poder Judiciário como revisor de atos proferidos pela Administração ainda encontra dificuldades. Relativamente à revisão das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas, pode-se dizer que raros são os julgados. Percebe-se, assim, formação jurisprudencial de salutar tendência ao se revisar os atos administrativos quando informados pelos conceitos jurídicos indeterminados. Seguindo-se esse liame, será possível vislumbrar, em breve, a atuação dos magistrados reapreciando matéria econômica. O fato das decisões exaradas pelo CADE se pautarem em conceitos fluidos não mais justifica sua imunidade a um controle jurisdicional.

12. Sínteses conclusivas

Em síntese conclusiva, podem ser traçadas as seguintes assertivas:

1. A Ciência do Direito e a Ciência Econômica demonstram-se cada vez mais integradas, suscitando, de modo candente, a necessidade de um estudo sistemático que utilize os instrumentais e as lógicas pertinentes a ambas as matérias. O Direito Econômico parece despontar como a síntese da interface entre as duas matérias. Tal ramo da Ciência Jurídica trabalha com normas e conceitos de natureza essencialmente econômica.

2. A análise antitruste oferece ao intérprete uma série de conceitos jurídicos indeterminados. A Lei 8.884/94 traz em seu corpo diversas expressões dotadas de fluidez. O art. 54 desse instrumento normativo, supedâneo para o controle de estruturas, a título de exemplo, carrega expressões como “resultar dominação de mercados”, “prejudicar a livre concorrência”, “resultar na dominação de mercados”, “aumentar a produtividade”, entre outras tantas. Percebe-se, pois, que a análise dos atos de concentração é permeada pelo uso de indeterminações. Conceitos fluidos e imprecisos, além de serem encontrados na lei, estão intrínsecos à análise concorrencial, uma vez que esta se realiza com a utilização do instrumental econômico, muitas vezes pautado pela indeterminação.

³³ Agravo Regimental em Medida Cautelar 4053-RS, 2.^a Turma, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 12.11.2001.

3. O Direito Econômico possui em seu núcleo a concretização de políticas públicas. Há quem afirme que o CADE, por ser órgão que compõe o Poder Executivo, deveria manter sua atuação adstrita às políticas econômicas estabelecidas por determinado governo. O Chefe do Poder Executivo, atuando como representante do povo, fixaria atuações políticas às quais estaria vinculado o Conselho. É interpretação do sistema antitruste que não pode prosperar. Compelir os conselheiros a atuarem conforme os ditames do chefe do Executivo significa colocar em xeque a própria autonomia da entidade autárquica. Dizer que a atuação do CADE consubstancia implementação de políticas econômicas não significa dizer que a atuação do Conselho estará vinculada aos ditames do Presidente da República. O CADE deve estar adstrito, primordialmente, à formação de um saudável ambiente concorrencial.

4. Os atos exarados pela Administração ou são dotados de discricionariedade ou de vinculação. A discricionariedade ocorrerá quando ao administrador for oferecida margem de liberdade para atuar dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade. Contrariamente, a vinculação será identificada nas situações em que o ente administrativo encontrar-se vinculado a norma de direito positivo, devendo agir da maneira especificada pela disposição legal. A jurisprudência brasileira fixou entendimento de que ao Poder Judiciário não é dada a possibilidade de rever os atos administrativos dotados de discricção. Identificar se as decisões do CADE são atos vinculados ou discricionários revela extrema importância, uma vez que justifica, ou não, a atuação do Poder Judiciário na reapreciação da matéria concorrencial.

5. Os conceitos jurídicos indeterminados são expressões comumente encontradas nos textos legislativos e que não possuem um sentido preciso. São também chamados de conceitos fluidos ou imprecisos. A doutrina administrativista tradicional assevera que se identificados os conceitos jurídicos indeterminados nas disposições de um texto legal, estar-se-ia diante de situação pautada pela discricionariedade. Assim, deparando-se com conceitos fluidos, a Administração teria margem para atuar de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade.

6. As decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas são sempre pautadas pela fluidez. A indeterminação está presente nas disposições da Lei 8.884/94, e até mesmo na utilização do instrumental econômico intrínseco à análise concorrencial.

7. A teoria encampada pelos espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández vem acrescentar elementos a essa discussão. Para essa doutrina, a imprecisão existiria apenas em abstrato. Diante de uma situa-

ção concreta, cabe ao administrador optar pela única solução correta, aferida por meio de um juízo de inteligência. A indeterminação do enunciado não traduz indeterminação da aplicação do mesmo. Haverá apenas uma solução justa e apta a dirimir a situação concreta. Não há que se concluir pela existência de discricionariedade. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionários possuem acepções diversas, não podendo ser confundidos.

8. Transpondo a inteligência da doutrina administrativista para a seara concorrencial, conclui-se que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pela legislação pertinente não consubstancia hipótese de atuação discricionária do administrador. Quando um conselheiro depara-se com um caso concreto, só haverá uma única solução capaz de atender os desígnios da lei antitruste. O controle de estruturas não foge à regra. A fluidez presente na análise não possibilita ao ente administrativo atuar sob critérios de conveniência e oportunidade. Não se concebem as decisões proferidas pelo CADE em atos de concentração como dotadas de discricionário. Tem-se que uma única decisão se ajusta ao caso concreto, não podendo a Administração se furtrar do controle exercido pelo Poder Judiciário. Sendo lesionado, cabe ao requerente aduzir seu anseio de revisão em juízo.

9. Analisando-se a questão sob o prisma doutrinário explicitado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, outra não seria a conclusão. A atuação do CADE revelaria discricionariedade técnica imprópria. Caberia ao administrador uma única solução juridicamente válida quando a lei utiliza conceitos que dependem da manifestação de órgãos técnicos. Os conselheiros deveriam decidir sempre de acordo com as condições técnicas estabelecidas pela lei concorrencial. Não há margem para utilização de critérios de conveniência e oportunidade.

10. A Análise Econômica do Direito oferece substrato interpretativo para as normas jurídicas, notadamente para a Lei 8.884/94. Transpondo essa doutrina para a questão em análise, tem-se que a revisão jurisdicional das decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas consubstancia hipótese de eficiência alocativa. A possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário objetivando reformar decisão proferida pelo Conselho revela, do ponto de vista do mercado, um aumento no bem-estar social. A sociedade que se baseia na maximização de eficiências alocativas oferece mercado mais adequado e dotado de qualificação.

11. O art. 5.º do texto constitucional, em seu inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A referida assertiva é escopo de aplicação do princípio da “Inafastabilidade

do Poder Judiciário”. Assim, sendo identificada lesão ou ameaça de lesão, é garantido o recurso ao Judiciário, que terá amplitude para decidir acerca da demanda. As decisões do CADE não fogem a esse princípio. Se um requerente se sentir lesado, poderá utilizar as medidas judiciais cabíveis procurando se proteger. Não há que se afastar a apreciação do Poder Judiciário, sob pena de descumprir um preceito insculpido na Constituição da República.

12. Conclui-se, por conseguinte, que as decisões proferidas pelo CADE no controle de estruturas estão calcadas em conceitos jurídicos indeterminados, que, por sua vez, não conduzem à atuação discricionária do ente administrativo. Revelam-se, portanto, como decisões dotadas de vinculação aos ditames preceituados na lei concorrencial. Justifica-se, pois, a revisão no âmbito do Poder Judiciário dos atos proferidos pelo CADE no controle de estruturas. Reconhecendo-se a vinculação, abre-se margem para o juiz adentrar o mérito da questão e examinar os elementos que conduziram à aprovação ou desaprovação de um ato de concentração.

Bibliografia

- ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BREYER, Stephen. *Economic reasoning and judicial review*. Disponível em: <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=840>. Acesso em: 15 nov. 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Discricionariedade das decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 4, 1997.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, 1997.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* 2003. Disponível em: http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf#search=%22Armando%20Castelar%20Pinheiro%22. Acesso em: 9 out. 2006.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PÓS-GRADUAÇÃO

A LIBERALIZAÇÃO DO PREÇO DO COMBUSTÍVEL E A ESTRUTURA DE MERCADO DA GASOLINA NO BRASIL

Cristiane Alkmin Junqueira Shmidt

1. Introdução

A partir de 1990, observam-se movimentos mundiais de reestruturação em diversos setores da economia. O Brasil acompanhou, em grande parte, essas mudanças, e o setor de petróleo é um exemplo disso. Em 1997, por meio da Lei 9.478, criou-se a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e houve a quebra do monopólio da exploração da Petrobrás. A partir daí, várias alterações ocorreram no setor, destacando-se a liberalização dos preços na distribuição e no varejo da gasolina.

A indústria da gasolina no Brasil é composta pelos segmentos *upstream* (exploração e refino) e *downstream* (distribuição e varejo). Em particular, o varejo caracteriza-se por comportar muitas firmas, ter baixas barreiras à entrada, contar com a possibilidade de importação e comercializar produtos homogêneos. Do ponto de vista antitruste, essas características indicam que esse é um mercado pulverizado o suficiente, fazendo que cada firma não desfrute da possibilidade de exercício do poder de mercado. Isto é, a alta rivalidade entre as firmas (real e potencial) deveria produzir os resultados competitivos desejados.

Antes de 1997 existiam seis grandes grupos (Esso, Shell, Texaco, Petrobrás, Ipiranga e Atlantic)¹ verticalizados no *downstream* e, a partir dessa data, com a liberalização e desverticalização destes segmentos, o setor passou a ter outros participantes tanto na distribuição quanto no varejo. Seria, assim, de se esperar que, se antes o mercado tendia a ser competitivo, com o novo marco regulatório, o setor passaria a ser ainda mais competitivo.

Dois fatos, sem embargo, merecem ser explorados. O primeiro diz respeito ao período antes de 1997. O governo não era um monopolista “na

¹ Neste ano a empresa Ipiranga comprou a Atlantic.

sua forma pura de livro texto”, porque havia outras empresas no setor e não tão-somente a Petrobrás. Como os preços eram controlados por ele, todavia, como se houvesse um “planejador central”, as forças de mercado não podiam prevalecer de fato. Em outras palavras, o governo agia como um *price-maker*.² Por isso, surge uma pergunta interessante, sob o ponto de vista antitruste, e ainda inexplorada por qualquer trabalho na área de organização industrial no Brasil: será que o governo, que tinha a possibilidade de decidir sobre os preços do mercado (*price-maker*), exercia este “poder de monopólio”? Ou seja, deseja-se saber se os preços fixados pelo governo antes de 1997 eram próximos aos custos marginais das empresas do setor ou, de forma análoga, se a margem preço-custo marginal era baixa. Responder a esta pergunta é o primeiro objetivo deste artigo.

O segundo fato digno de ponderação, por outro lado, diz respeito ao período após 1997, quando houve o mencionado choque regulatório naquele mercado. Mesmo depois da liberalização dos preços, ao mesmo tempo em que se observava um grande número de novos entrantes no *downstream*, percebia-se, também, um elevado número de processos administrativos sendo abertos na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), para averiguar a existência de cartéis no setor. A grande maioria deles era concernente ao segmento do varejo.³ Corrobora esta observação o fato de que todos os seis processos administrativos, de oito, julgados pelo Conselho Administrativo de

² Os preços ao consumidor da gasolina eram determinados primeiro por Portarias do Ministério da Fazenda, depois pelo Departamento Nacional de Combustíveis DNC, e, ainda mais uma vez, pelo Ministério. A partir da Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), a política de preços dos derivados passou a ser conduzida conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e de Minas e Energia, por meio de Portarias Interministeriais. O histórico da liberação dos preços ao consumidor e das margens de distribuição (preço da distribuidora) pode ser resumido nas seguintes portarias: a) Portaria MF 59, de 29.03.1996, liberação dos preços nas unidades atacadistas e de varejo em quase todo o território nacional (não aplicada aos Estados do Acre, Amapá, Roraima, Rondônia, Amazonas, Pará, Tocantins e Mato Grosso, com exceção da base de distribuição de Barra do Garça – MT); b) Portaria MF 292, de 13.12.1996, liberação das margens de distribuição, revenda e dos fretes; c) Portaria Interministerial MF/MME 28, de 09.03.1999, liberação dos preços da gasolina ao consumidor em todo o território nacional.

³ Ver o *site* da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE – MJ): www.mj.gov.br. Clicar no link “estrutura”. Existem muitos processos administrativos abertos no setor de combustíveis, de uma forma geral, e, particularmente, em gasolina.

Defesa da Concorrência (CADE) até novembro de 2004 por formação de cartel no mercado de gasolina receberam sentença condenatória.⁴

Além disso, a partir de 1997, percebe-se a criação de sindicatos fortes com relação ao varejo, e, dependendo do grau de sindicalização das empresas (normalmente elevado),⁵ passa-se a observar uma forte possibilidade de exercerem poder de monopólio de forma coordenada. É o que, às vezes, se chama *soft cartel*.⁶ É verdade que quanto maior o número de firmas, menor a possibilidade de haver colusão, pelo fato de o poder fiscalizador do cartel diminuir. Não obstante, sindicatos bem articulados podem superar esse problema.

O segundo objetivo deste ensaio, destarte, é identificar se, apesar das inúmeras denúncias de formação de cartel, as características intrínsecas do mercado sobrepujam essas supostas acusações ou, de forma inversa, se a alocação dos recursos indica a existência de cartéis. A análise, mais uma vez, basear-se-á no índice de *mark-up* dos preços *vis-à-vis* o custo marginal. Vale ressaltar que também nesse caso há uma lacuna em relação a estudos empíricos como o aqui apresentado.

Os dois objetivos ora mencionados podem ser resumidos, portanto, em uma só pergunta: qual era a estrutura de mercado da gasolina antes da liberalização dos preços, quando houve o choque na oferta em 1997, e qual passou a ser depois dele? Para responder a tal questão, esta pesquisa testa algumas estruturas de mercado, antes e depois da mudança do marco regulatório. Consideram-se três possíveis estruturas: cartel, concorrência perfeita e oligopólio à la Cournot.

Este capítulo está estruturado da seguinte forma: no item 2, apresenta-se uma revisão da literatura; no item 3, o modelo; no item 4, os dados utilizados; no item 5, os resultados empíricos e no item 6, tem-se a conclusão.

⁴ Processos Administrativos 08012.002299/2000-18 (caso Florianópolis, j. em mar. 2002), 08012.004712/2000-89 (caso Goiânia, j. em abr. 2002), 08012.004036/2001-24 (caso Lages, j. em jul. 2003), 08012.007515/00-31 (caso Belo Horizonte, j. em set. 2003), 08000.024581/1994-77 (caso Brasília, j. em mar. 2004) e 08012.003208/1999-85 (caso Pernambuco, j. em jul. 2004).

⁵ Esta conclusão pode ser verificada em alguns pareceres da SEAE no setor, seja em resposta a processos administrativos (PA) abertos pela SDE, seja por pedidos de abertura de um procedimento administrativo na própria SEAE.

⁶ Em contraponto ao *Hard Core Cartel*, que inclui três formas de cartel: fixação de preços ou da produção, divisão de mercado e *bid rigging* (licitações públicas).

2. Revisão da literatura

O presente item baseia-se na metodologia utilizada no estudo de Coloma (2002), motivada por estudos em organização industrial (OI). Desde Bain (1951) e Harberger (1954), estudos na linha “estrutura – conduta – desempenho” e na corrente “perda do peso morto”, respectivamente, vêm sendo elaborados tanto em nível teórico quanto empírico. Ambos os tipos de estudo, vale dizer, são correlatos, uma vez que almejam derivar as conseqüências da existência de poder de monopólio em um determinado mercado.

De fato, em OI, nota-se que há diversas correntes importantes, que têm interseção entre si. É o caso, além das duas linhas acima mencionadas, de estudos sobre o comportamento das firmas sob oligopólios. Cournot (1838), Bertrand (1883), Stackelberg (1934), Kreps e Scheinkman (1983) são quatro de vários outros trabalhos sobre o assunto. Cubbin (1983) apresenta uma vasta literatura sobre concorrência via preço, à la Bertrand, assim como Geroski (1985), sobre este e outros tipos.

Paralelamente aos estudos em questão, outros, como os de Cowling e Waterson (1976), de Dickson (1981) e de Clarke e Davies (1982), apresentam modelagens teóricas que servem como base para as pesquisas empíricas de várias correntes em OI. O primeiro autor desenvolveu o conhecido índice de Lerner e os demais fizeram modelagens, que hoje são utilizadas em vários trabalhos empíricos, com respeito à variação conjectural. Dickson (1981) apresenta a elasticidade da variação conjectural⁷ como podendo ser diferente entre as firmas. Clarke e Davies (1982), por outro lado, usaram a idéia de Cowling e Waterson (1976) e elaboraram uma parametrização para a variação conjectural, uma variável não observável, que passaria a depender (negativamente) do *market share* da firma em questão $\lambda_i = \alpha \left(\frac{1 - S_i}{S_i} \right)$. Essa fórmula, como será visto mais adiante (modelo teórico), faz que o índice de Lerner de uma determinada firma, derivado de Cowling e Waterson (1976), tivesse uma relação positiva com o *market share*. Com essa idéia em mente, a variação conjectural poderia ser modelada para modelos tradicionais, como o de Cournot, conluio perfeito e concorrência perfeita.

⁷ Outros estudos sobre variação conjectural foram elaborados, como se pode encontrar em Iwata (1974), em Cubbin (1983), ou ainda em Gollop e Roberts (1983). Como este não é o tema principal do presente estudo, o assunto não será aqui explorado. Uma boa resenha, no entanto, pode ser encontrada em Fraser (1994), segundo Wyllie (2001), p. 27. Como coloca Wyllie (2001), p. 23, “os esforços teóricos buscavam avaliar empiricamente os parâmetros de conjecturas e explicar as relações entre estrutura e *performance* nas indústrias”.

Cysne (2001), Wyllie (2001) e Lima (2001) fazem uma resenha sobre esses autores. Mesmo com objetivos diferentes, esses três autores utilizaram o arcabouço teórico daqueles três teóricos, assim como fizeram Cysne e Issler (1997) e Issler e Resende (1999). Enquanto Lima (2001) estimou a relação estrutura-conduta-desempenho da indústria brasileira, os demais estimaram a perda do peso morto para o setor de cervejas no Brasil (em diferentes casos de atos de concentração econômica) à la Dixit e Stern (1982) e Daskin (1991). Percebe-se, assim, a importância contemporânea daqueles três pesquisadores teóricos.

Paralelamente, Bresnahan e Schmalensee (1987) mostram que é factível mensurar o poder de mercado das firmas quando os custos marginais não são conhecidos. Além disso, Baker e Bresnahan (1992) mostram a importância de técnicas econométricas para fins de quantificar o poder de mercado das firmas. É a força motivadora para a “nova organização industrial empírica”. A partir daí, trabalhos empíricos na linha de Baker e Bresnahan (1985, 1988), sobre a demanda marginal percebida de uma firma oligopolista, depois de observar as reações dos demais agentes, e firmas com custos não observáveis, passaram a ser elaborados.

Coloma (2002), assim como o presente ensaio, apresentou uma pesquisa nessa corrente, que faz uso de conceitos de Cowling e Waterson (1976), de Clarke e Davies (1982) e de Baker e Bresnahan (1985, 1988). Ele estima o equilíbrio parcial no mercado de gasolina na Argentina antes e depois de haver um choque de oferta nesse setor, com o ato de concentração econômica entre as empresas Repsol e YPF, em 1999. As estruturas escolhidas para o seu teste foram: concorrência perfeita, cartel, oligopólio à la Cournot e oligopólio à la Liderança de Preços. Além disso, ele utilizou dados mensais para as diferentes províncias da Argentina, entre 1998 e 2000. Concluiu que não se pode rejeitar a hipótese de que o mercado estudado era de oligopólio à la Cournot, antes da operação, e tornou-se de Liderança de Preço, depois dela.

Outro estudo que deve ser citado é o de Appelbaum (1979). Ele testa se a única firma é uma *price-taker* nos mercados de óleo cru e gás natural nos EUA, entre 1947 e 1971. Para tanto, ele estima uma equação de *mark-up*. Concluiu que o grau de monopólio é estatisticamente significativo, portanto, a firma não é uma *price-taker*.

3. O modelo

3.1. Descrição do modelo teórico

Considere que cada uma das N firmas de uma determinada indústria resolve independentemente o seu problema individual de maximização de

lucros, que tem a seguinte forma: $\Pi_i = RT_i(P(Q), q_i) - CT_i(q_i)$, onde Π_i é o lucro da firma i ; $RT_i = P(Q)q_i$ é a receita total da firma i e $CT_i(q_i)$ é o custo total da firma i . Por hipótese, o produto é homogêneo e o custo marginal, $c'(Q)$ é uma constante, podendo variar entre cada uma das firmas.

Além disso, a variação conjectural da firma i – que, no presente caso, expressa a crença da firma i acerca da reação sobre a quantidade ofertada pelos demais concorrentes quando ela varia em q_i unidades – é

$\lambda_i = \sum_{i \neq k=1}^N \frac{dq_k}{dq_i}$, onde cada membro desta soma segue a seguinte forma:

$$\frac{dq_k}{dq_i} = \alpha_i * \frac{q_k}{q_i}, \forall k \neq i, \lambda \in (0,1] \text{ e } \alpha \in (0,1],$$

parametrizada por Clarke e

Davies (1982).⁸ Isto porque se supõe que, para a firma i , a sua elasticidade (η_i) entre as quantidades vendidas de qualquer firma k , com relação à quantidade

ofertada da firma i , é constante e igual a α_i . Em outras palavras, supõe-se que:

$$\eta_i = \frac{\Delta \% q_k}{\Delta \% q_i} = \frac{dq_k}{dq_i} * \frac{q_i}{q_k} = \alpha_i, \forall k \neq i = 1, \dots, N.$$

No entanto, cada firma pode ter uma elasticidade relativa às demais diferente. Supondo que a função lucro seja côncava, a condição de primeira ordem (CPO) para cada firma i é:

⁸ O problema da fórmula com a variação conjectural λ é que ela é não observável. A idéia de Clarke e Davies (1982), portanto, foi aproximá-la envolvendo variáveis observáveis. Neste caso, a representação destes autores para a variação conjectural é $\lambda_i = \alpha_i \left[\frac{(1-S_i)}{S_i} \right]$, onde α representaria o grau de colusão implícita. Se não houver colusão ($\alpha_i=0$), a solução é não-cooperativa (equilíbrio de Cournot). Se houver colusão perfeita ($\alpha_i=1$), a solução é cooperativa (equilíbrio de cartel). Em outras palavras, a variação conjectural varia negativamente com o *market share* e incorpora diferentes formulações alternativas para os casos particulares. Se $\alpha_i = \lambda_i = 0$, o modelo é de Cournot. Se $\alpha_i = \frac{S_i}{(S_i-1)}$ ou $\lambda_i = -1$, o modelo é de concorrência perfeita. E se $\alpha_i = 1$ ou $\lambda_i = \frac{(1-S_i)}{S_i}$, o modelo é de cartel.

$$\begin{aligned} \frac{d\Pi}{dq_i} &= P(Q) + q_i \frac{dP(Q)}{dQ} \frac{dQ}{dq_i} - c'(Q)_i = 0 \rightarrow \\ \frac{d\Pi}{dq_i} &= P(Q) + q_i \frac{dP(Q)}{dQ} \left[1 + \sum_{i \neq k=1}^N \frac{dq_k}{dq_i} \right] - c'(Q)_i = 0 \\ P(Q) &\left\{ 1 + S_i * \left[-\frac{1}{|\varepsilon|} \right] * \left[1 + \sum_{i \neq k=1}^N \alpha_i * \frac{q_k}{Q} * \frac{Q}{q_i} \right] \right\} - c'(Q)_i = 0 \rightarrow \\ P(Q) &\left\{ 1 - \frac{S_i}{|\varepsilon|} * \left[1 + \frac{\alpha_i}{S_i} (1 - S_i) \right] \right\} - c'(Q)_i = 0 \end{aligned}$$

onde:

$S_i = \frac{q_i}{Q}$ é a participação de mercado da firma i, $|\varepsilon|$ é a elasticidade-preço da demanda agregada e: $S_i = \frac{q_i}{Q}$ representa a participação de mercado de todas as demais firmas (menos a firma i), ou seja, é igual a $(1 - S_i)$. Reescrevendo a equação acima, chega-se à seguinte expressão:

$$P(Q) \left\{ 1 - \frac{[S_i + \alpha_i (1 - S_i)]}{|\varepsilon|} \right\} - c'(Q)_i = 0 \quad (1)$$

A equação (1) representa a condição de otimalidade do problema em questão (condição de equilíbrio). A partir de (1), pretende-se obter a equação de oferta. Como os custos marginais não são diretamente observados, é necessária a determinação do índice de Lerner do mercado representado pela margem preço-custo marginal (*price-cost margin*).

Seja, então, o índice de Lerner da firma i representado por:

$$L_i = \frac{P(Q) - c'(Q)_i}{P(Q)} \quad (2)$$

Utilizando (1), a equação (2) pode ser reescrita da seguinte forma:

$$L_i = \frac{S_i + \alpha_i(1 - S_i)}{|\varepsilon|} \quad (3)^9$$

$\forall i = 1, \dots, N$. De forma geral, $\frac{\partial L_i}{\partial S_i} > 0$, $\frac{\partial L_i}{\partial |\varepsilon|} < 0$, $\frac{\partial L_i}{\partial \alpha_i} > 0$, isto é, o

índice de Lerner da firma i é uma função positiva do *market share* dessa firma e de sua variação conjectural, e negativa da elasticidade preço da demanda agregada. Em outras palavras, quanto maior for a participação da firma i em um determinado mercado, possivelmente maior será o seu poder de mercado, logo, maior deverá ser o seu lucro. Por outro lado, quanto mais elástica for a demanda de mercado com respeito a um determinado produto/serviço, com mais facilidade os consumidores mudarão as quantidades consumidas desse produto/serviço quando os preços variarem. Com isso, a firma i passa a não poder exercer totalmente o seu poder de mercado, refletindo em menores margens de lucro. Por fim, com relação à variação conjectural, λ_i , como ela está parametrizada por α_i , que representa o grau de colusão do mercado, $\alpha_i \in [0, 1]$, quanto maior ele for, mais cartelizado é o mercado, logo maior é o lucro. α_i pode ser entendida também como a elasticidade entre as quantidades vendidas de qualquer firma k com relação à quantidade ofertada pela firma i . Assim, quanto maior for a variação conjectural da firma i , isto é, quanto mais alta for a conjectura da firma i com relação a uma resposta da firma k em termos de quantidade vendida a uma variação da firma i na sua quantidade ofertada, maior será o lucro da firma i . No caso do equilíbrio de Cournot, por exemplo, a variação relativa da firma k é zero.

⁹ Esta é a parametrização final de Clarke e Davies (1982), que é análoga à

$$L_i = \frac{S_i(1 + \lambda_i)}{|\varepsilon|}, \text{ expressão do índice de Lerner derivado em Cowling e Waterson (1976).}$$

Para mensurar o poder de mercado da indústria em equilíbrio, tem-se de agregar os N índices de Lerner (um para cada firma). Uma forma de fazer isso¹⁰ é ponderar cada um deles pelo market share de cada empresa i , isto é:

$$L = \sum_{i=1}^N S_i L_i = \sum_{i=1}^N \frac{S_i^2 + S_i \alpha_i (1 - S_i)}{|\epsilon|} \quad \rightarrow \quad L = \frac{1}{|\epsilon|} \sum_{i=1}^N [S_i^2 + S_i \alpha_i (1 - S_i)]$$

Como: $\sum_{i=1}^N S_i^2$ é o HHI,¹¹ chega-se à seguinte expressão sobre o índice de Lerner na indústria:

$$L = \frac{HHI}{|\epsilon|} + \frac{1}{|\epsilon|} \sum_{i=1}^N [S_i \alpha_i (1 - S_i)] \quad (4)$$

Ou analogamente: $L = \frac{HHI}{|\epsilon|} + \frac{1}{|\epsilon|} \sum_{i=1}^N \lambda_i S_i^2$. Se $\lambda_i = \lambda \forall i$,

como apresentado no artigo de Clarke e Davies (1982), $L = \frac{(1 + \lambda)HHI}{|\epsilon|}$.

Este resultado indica que, quando se estuda dados da indústria (e não de firma), o importante é saber o grau de concentração do setor e não a participação de mercado das empresas.

De forma geral, portanto, pela equação (4), chega-se à conclusão de que a margem de lucro da indústria depende positivamente do nível de concentração de mercado – fato testado empiricamente desde Bain (1951) e modelado por Cowling e Waterson (1976) – e da variação conjectural; e

¹⁰ Esta agregação pode ser encontrada não só no artigo de Clarke e Davies (1982), mas também em Carlton e Perloff (1999), apêndice 8A, cap. 8.

¹¹ HHI é um índice de concentração, chamado índice de Herfindahl-Hirschman, definido, matematicamente, como a soma dos quadrados das participações de mercado de cada firma. Esta definição pode ser encontrada em diversos livros ou textos, como em Viscusi, Vernon e Harrington (1995); Mas-Colell *et al.* (1995); ou ainda em Schmidt e Lima (2002), em particular em Tirole (1995), capítulo 5, p. 221.

depende negativamente da elasticidade da demanda. Já a participação do mercado não apresenta uma relação monotônica.¹²

Se as firmas forem do mesmo tamanho, $HHI = 1/N$, $HHI \in (0,1)$. Se $HHI = 1/N$, sendo N razoavelmente grande, tem-se $HHI \rightarrow 0$. Assim, uma estrutura de mercado de concorrência perfeita pode ser traduzida com um HHI próximo de zero. Se $HHI = 1$, tem-se uma estrutura de cartel ou monopólio.¹³ Qualquer outra estrutura de mercado diferente destas mencionadas (em que N não seja razoavelmente grande), o valor do HHI se situa no interior do mencionado intervalo, entre concorrência perfeita e cartel. Quanto maior for o número de firmas (isto é, quanto mais desconcentrado for determinado mercado), mais o HHI se aproxima de zero. E quanto menor for N , mais o HHI se aproxima de um. Assim, particularizando os índices de Lerner individual e de mercado, chega-se às seguintes conclusões:

(1) *Concorrência perfeita*: Neste caso, a participação de mercado tende a zero ($S_i \rightarrow 0$), a variação conjectural é $\alpha_i = \frac{S_i}{S_i - 1}$ e o HHI é próximo de zero, pois N é razoavelmente grande. Assim, pelas equações (3) e (4), o índice de Lerner tanto das firmas quanto do mercado tende a zero: $L_i = L \rightarrow 0$.

¹²

$$\frac{dL}{dS_i} = \alpha_i(1 - 2S_i), \frac{dL}{dS_i} > 0 \Leftrightarrow S_i < \frac{1}{2}.$$

Como não há uma relação monotônica entre esta variável e o índice de lucro da indústria (muito embora haja para nível de firma), nos trabalhos empíricos, quando a base de dados diz respeito ao setor e não à firma, o *market share* é desconsiderado. Nesse caso, a variável relevante é o índice de concentração do mercado.

¹³ Por esta metodologia o cartel não é identificável, *vis-à-vis* o modelo de monopólio. Assim, quando $HHI \rightarrow 1$, pode-se ter duas interpretações. São elas: (1) monopólio, porque, de fato, o número de firmas no mercado é um, isto é, $N=1$. (2) cartel, porque, apesar de existirem $N > 1$ firmas, elas agem cooperativamente, como se houvesse um único planejador. Assim, tanto em monopólio quanto em cartel, o resultado ótimo (preço e quantidade) é o mesmo; logo, o índice de Lerner de mercado também tem de ser o mesmo. Isso reflete o total poder de mercado que um agente econômico, ou que um conjunto de agentes agindo de forma coordenada, pode ter.

(2) *Cartel ou Monopólio*: Neste caso, a participação de mercado do conjunto de firmas ou de uma firma somente é um ($S_i = 1$), a variação conjectual é um ($\alpha_i = 1$) e o HHI é um. Assim, pelas equações (3) e (4), o índice de Lerner tanto das firmas quanto do mercado é $L_i = L = \frac{1}{|\epsilon|}$.

(3) *Cournot*: Neste caso, a participação de mercado de cada firma é inversamente proporcional ao número de firmas $\left(S_i = \frac{1}{N}\right)$, em que N não é um número razoavelmente pequeno, a variação conjectual é zero ($\alpha_i = 0$) e o $HHI = \frac{1}{N^2}$. Assim, pela equação (3), o índice de Lerner de cada firma é: $L_i = \frac{S_i}{|\epsilon|} = \frac{1}{N|\epsilon|}$. E pela equação (4), o índice de Lerner do mercado é:

$$L = \frac{1}{N^2|\epsilon|} = \frac{HHI}{|\epsilon|}.$$

Parte-se, agora, para a definição da receita marginal. Utiliza-se para isso o conceito de receita marginal percebida pela firma.¹⁴ Este conceito considera um mercado com N firmas idênticas, que fabricam um produto homogêneo. A curva de demanda agregada é dada por $p(Q; Z)$, onde Q representa a quantidade demandada do produto e Z um conjunto de outros fatores que afetam a demanda, como renda e preço do bem substituto ou complementar. A receita da indústria é dada, então, por $Ri = p(Q; Z)q_p$, e a receita marginal percebida pela firma é postulada como:

$$Rmg_i(\mu) = P + \mu p_Q Q_i \quad (5)$$

onde: $p_Q = \partial p / \partial Q$, $Rmg_i(\mu)$ é a receita marginal percebida pela firma i e $\mu \in (0, 1]$ representa um parâmetro que mede o grau de competição existente no mercado, que serão determinados mais adiante. Se $\mu = 0$, tem-se que $Rmg_i(\mu)$ é igual ao preço, e a estrutura de mercado vigente é a de concor-

¹⁴ A derivação exposta a seguir é apresentada em Carlton e Perloff (1999). Além disso, pode-se encontrar um resumo de alguns estudos nessa linha em Bresnahan (1989).

rência perfeita. Se $\mu = 1$, tem-se que o mercado é um monopólio/cartel. As demais estruturas de mercado são representadas por um valor de μ no interior do intervalo, que inclui oligopólio à la Cournot.

Fazendo uso das equações (2) e (5) e da condição de maximização de lucro [$Rmg_i(\mu) = Cmg_i$], obtém-se o seguinte índice de Lerner:

$$L_i = \frac{P(Q) - c'(Q)}{P(Q)} = -\frac{\mu p_Q Q_i}{P(Q)} = \frac{\mu}{|\varepsilon|}, \text{ ou de forma análoga:}$$

$$L = \sum_{i=1}^N S_i L_i = \frac{\mu}{|\varepsilon|} \sum_{i=1}^N S_i = \frac{\mu}{|\varepsilon|} \quad (6)$$

onde $|\varepsilon|$ é o valor absoluto da elasticidade-preço da demanda agregada e $\sum_{i=1}^N S_i = 1$.

Comparando a equação (6) com cada um dos três índices de Lerner de mercado derivados, pode-se ter cada valor de μ , que representa uma estrutura de mercado distinta. Isto é: Se $\mu = 0 \Rightarrow$ Concorrência Perfeita, se $\mu = 1 \Rightarrow$ Cartel / Monopólio e se $\mu = HHI \Rightarrow$ Cournot.

Dessa forma, utilizando estes valores de μ , a receita marginal percebida da firma descrita em (5) pode ser reescrita para cada uma das estruturas de mercado propostas, da seguinte forma:

$$\begin{array}{ll} Rmg_{it} = P_{it} & \text{Concorrência Perfeita} \\ Rmg_{it} = P_{it} + \beta_1 Q_{it} & \text{Cartel} \\ Rmg_{it} = P_{it} + \beta_1 (HHI_{it}) Q_{it} & \text{Cournot} \end{array} \quad (7)$$

3.2. Especificação usada

Especificando, assim, as equações (7), a Rmg_{it} representa a receita marginal percebida do estado i no tempo t no mercado de gasolina, $p_Q = \partial p / \partial Q = \beta_1$ é o parâmetro a ser estimado, e P_{it} e Q_{it} são o preço e a quantidade consumida *per capita* de gasolina do estado i no tempo t (isto é, a quantidade consumida no estado i no tempo t dividido pela população deste

estado i no tempo t). Os valores para λ iguais a zero, um e HHI_t são aqueles anteriormente derivados.

Considera-se, ainda, que o custo marginal da firma é uma função de variáveis exógenas ao modelo, dado por:

$$Cmg_{it} = c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it}^{15} \quad (8)$$

WTI representa o preço internacional do óleo cru e Oil é a quantidade de petróleo processada em refinarias no Brasil, ambos variando apenas no tempo, e NP_{it} , o número de postos de gasolina do estado i no tempo t . Os parâmetros a serem estimados são c , γ_1 , γ_2 e γ_3 .

Vale aqui fazer uma ressalva quanto à importação de gasolina. Esta variável foi analisada para saber se deveria fazer parte da especificação da equação de oferta. Conclui-se que não seria correto. A explicação é apresentada a seguir.

A atual legislação sobre importação e exportação de petróleo e seus derivados é recente, tendo entrado em vigor em outubro de 1998, com a portaria ANP 147, a qual estabelece a regulamentação para o exercício da atividade de importação de petróleo. A regulamentação da atividade de exportação do produto só foi ocorrer em 12/01/1999, com a portaria ANP 7. Somente em 2001 houve a regulamentação das atividades de importação e exportação de gasolina, com as Portarias 63, de 18/04/2001 (exportação), e 314, de 27/12/2001 (importação). Até se estabelecerem esses marcos legais, a única empresa que comercializava com o exterior era a Petrobrás, na ocasião monopolista de toda cadeia produtiva. Mesmo a partir desses diplomas legais, estas atividades não ganharam grande representatividade, principalmente para o mercado da gasolina, como se pode observar nos números da tabela do anexo. Conseqüentemente, como o período da amostra deste ensaio diz respeito aos anos compreendidos entre 1995 e 2001, quando as importações de gasolina representavam de 0 a 1% do volume ofertado no mercado brasileiro, a variável foi considerada irrelevante. No entanto, vale lembrar que esta é uma atividade possível de ser realizada, mesmo não sendo praticada atualmente. É um

¹⁵ O custo marginal foi especificado de duas formas. Uma, com o número de postos (NP), como aparece na expressão 8. Uma outra, com a densidade de postos (NP/km²).

ponto importante, pois mantém o produto a um preço, pelo menos, igual ao vendido no exterior, grosso modo.

Feito este comentário, retorna-se à derivação da especificação modelo. Igualando as receitas marginais (equações 7) ao custo marginal (equação 8), têm-se as equações de equilíbrio (CPO) de cada uma das estruturas de mercado, que invertidas representam as respectivas equações de oferta. São elas:

$$\begin{aligned}
 P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} && \text{Concorrência Perfeita} \\
 P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 Q_{it} && \text{Cartel} \\
 P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 (HHI_{it}) Q_{it} && \text{Cournot}
 \end{aligned} \tag{9}$$

De acordo com as hipóteses iniciais, considerou-se um conjunto de sete especificações para a curva de oferta, antes e depois de 1997, quando houve o choque regulatório: três alternativas relacionadas à não alteração de estrutura (abrangendo a possibilidade de o choque não ter surtido efeito na alocação de recursos); duas concernentes à hipótese de haver monopólio antes de 1997; e, por fim, mais duas referentes à hipótese de o mercado ser de concorrência perfeita antes de 1997.

Estas três equações de oferta são adaptadas para que se incorporem os sete possíveis casos supramencionados com respeito à estrutura de mercado, antes e depois da liberalização dos preços da gasolina em 1997. Para isso, utiliza-se uma variável *dummy* (Lib), que assumirá valor zero para os períodos anteriores à liberalização e um para os períodos em que o preço já estava liberado (que inclui o ano de 1997). As possíveis mudanças de estrutura de mercado consideradas são sete e estão apresentadas a seguir: 1) de Concorrência Perfeita para Concorrência Perfeita (CP – CP); 2) de Cartel para Cartel (CA – CA); 3) de Cournot para Cournot (CO – CO); 4) de Cartel para Concorrência Perfeita (CA – CP); 5) de Cartel para Cournot (CA – CO); 6) de Concorrência Perfeita para Cartel (CP – CA); e 7) de Concorrência Perfeita para Cournot (CP – CO). Assim, as equações de oferta equivalentes a essas alterações nas estruturas são:¹⁶

¹⁶ Vale fazer uma observação. A variável *dummy* Lib serve para diferenciar a equação de oferta antes e depois de 1997. Ela vai incorporar ao modelo o choque de oferta ocorrido em 1997. Portanto, como essa variável não aparece sozinha, mas acompanhada de uma variável endógena, não tem um coeficiente a ser estimado.

$$\begin{aligned}
 (1) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} \\
 (2) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 Q_{it} \\
 (3) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 (HHI_{it}) Q_{it} \\
 (4) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 (1 - Lib) Q_{it} \\
 (5) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 [(Lib) HHI_{it} + (1 - Lib)] Q_{it} \\
 (6) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 [Lib] Q_{it} \\
 (7) P_{it} &= c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - \beta_1 [(Lib) (HHI_{it})] Q_{it}
 \end{aligned} \tag{10}$$

A equação de demanda agregada utilizada, para que se possa estimar o modelo simultâneo de oferta e demanda, será a mesma para todos os casos e assumirá o seguinte formato:

$$P_{it} = a + \beta_1 Q_{it} + \beta_2 Den_{it} + \beta_3 PIB_{it} + \beta_4 Alc_{it} \tag{11}$$

PIB_{it} é o Produto Interno Bruto *per capita* para o estado i no tempo t , $Dens_{it}$ é a densidade demográfica de cada estado i no tempo t , e Alc_{it} é a quantidade de álcool hidratado consumida *per capita* em cada estado i no tempo t . $a, \beta_1, \beta_2, \beta_3$ e β_4 são parâmetros a serem estimados. As demais variáveis já foram definidas anteriormente.¹⁷

Os sistemas de oferta e demanda, de forma genérica, permitem coeficientes distintos entre as duas equações. No entanto, pelo tipo de modelagem seguido neste capítulo (receita marginal percebida), a curva de oferta (*supply price function*) é obtida a partir da relação de equilíbrio $Rmg_i = Cmg_i$, em que esta receita marginal, por sua vez, é obtida a partir da equação de demanda. Logo, nos resultados das estimações serão considerados um valor para o coeficiente da variável Q (β_1), igual nas duas equações.¹⁸

Como citado na introdução deste ensaio, o objetivo é averiguar as estruturas do mercado de gasolina no Brasil antes e depois de 1997. Para tal se consideraram três tipos de estruturas: concorrência perfeita, cartel/monopólio e Cournot. Os dados são anuais, referem-se ao período de 1995 a 2001

¹⁷ Não foi possível adicionar a variável relativa ao consumo de diesel, pois desta só havia dados do consumo aparente agregado. Por estado não havia para o período todo, apenas de 1999 a 2001.

¹⁸ Por esta razão, nos resultados das estimações só será considerado um valor para β_1 , que é igual nas duas equações.

e a 11 estados do Brasil. Não foi possível abarcar todos os estados do país, por falta de dados, como será visto no item 4 (dados utilizados). Assim, a amostra tem 77 observações.

Haverá três critérios de análise. O primeiro parte de uma comparação entre as sete estimações de demanda-oferta, combinando cada uma das equações de oferta (equações 10) com a única equação de demanda (equação 11). Os resultados obtidos serão comparados pela soma total dos quadrados dos resíduos (STQR) das duas equações em conjunto, expostos no item 5, sempre quando o coeficiente concernente à quantidade de consumo de gasolina for o esperado e estatisticamente significativo. Além disso, será feita uma análise sobre os sinais e a significância estatística das demais variáveis. De forma geral, o modelo que tiver a menor STQR, será escolhido como aquele que melhor representa as estruturas de mercado antes e depois de 1997.

Os outros dois critérios dizem respeito ao modelo *nested*. A equação de demanda permanece a mesma. A alteração diz respeito à equação de oferta. Foi elaborado um único modelo, que abarca as sete possíveis estruturas (equações 10). A variável *dummy* Lib, como antes, vale zero para antes de 1997 e 1 para depois desta data (que, como antes, inclui o ano de 1997).¹⁹ Esta equação tem a seguinte forma:

$$P_{it} = c + \gamma_1 WTI_t + \gamma_2 Oil_t + \gamma_3 NP_{it} - C_1 \beta_1 (1 - Lib) Q_{it} - C_2 \beta_1 (Lib) Q_{it} \quad (12)$$

Os coeficientes a serem estimados são: c , $\gamma_1, \gamma_2, \gamma_3, C_1 \beta_1$ e $C_2 \beta_1$. O coeficiente que indica o índice de Lerner associado ao exercício de poder do mercado no período pré-liberalização (até 1997) é C_1 , e C_2 representa o mesmo coeficiente para o período posterior (a partir de 1997, inclusive). Como já mencionado, quando Lib = 0, está-se fazendo referência ao período antes de 1997, portanto C_2 desaparece da equação (12). O inverso ocorre quando Lib = 1. Assim, ao estimar (11) e (12) obtêm-se as estimativas, pela equação de oferta, de $C_1 \beta_1$ e $C_2 \beta_1$ e, pela equação de demanda, β_j . De posse desses valores, podem-se calcular os parâmetros C_1 e C_2 e, daí, verificar a significância estatística individual de C_1 e C_2 . Este é o segundo critério de avaliação.

¹⁹ Esta idéia, como menciona Coloma (2002), surgiu em Porter (1983).

Já o terceiro critério é realizar um teste de significância estatística conjunto dos coeficientes estimados C_1 e C_2 . Este é chamado teste de Wald.²⁰ Como é de conhecimento, os valores dos “verdadeiros” coeficientes de Lerner, obtidos a partir dos dados, serão as hipóteses iniciais (H_0).

Com respeito às hipóteses H_0 , os valores de C_1 e C_2 para concorrência perfeita e para cartel são zero e um, respectivamente. Já os valores de Cournot, que variam entre os estados e no tempo, para que se tornassem uma constante (uma vez que se deseja estimar $C_1\beta_1$ e $C_2\beta_1$, que são parâmetros e, portanto, constantes), foi feita uma média entre os anos e estados desses valores. No caso de C_1 , foi feita uma média entre os estados nos anos de 1995 e 1996, para o índice HHI. Obteve-se, assim, $HHI = 0,235$. No caso de C_2 , foi feita uma média entre os estados nos anos de 1997 e 1998, 1999, 2000 e 2001 e o valor usado foi de $HHI = 0,223$.

Em resumo, foram formulados sete diferentes sistemas de equações de demanda e oferta, referentes a cada possibilidade supracitada. Além disso, foi construído um modelo “nested”. No total, haverá três formas de avaliá-los: a comparação entre as sete estimações, pela menor soma total dos quadrados dos resíduos (STQR); a análise da significância estatística individual dos valores de C_1 e C_2 , atente ao modelo nested; e a análise do teste estatístico de significância conjunta (Wald), também concernente ao modelo nested.

4. Método de estimação²¹

Os modelos de equilíbrio parcial, isto é, que dizem respeito a um determinado produto, como propõe este ensaio, são compostos ao menos por três equações: a de demanda, a de oferta e a de equilíbrio entre demanda e oferta. Nestes, o preço e a quantidade são determinados simultaneamente. Como as variáveis endógenas e exógenas estão misturadas nas equações, o

²⁰ Maiores detalhes, ver Greene (1997), capítulo 4. A estatística do teste segue uma distribuição qui-quadrada com o número de graus de liberdade igual ao número de restrições. No presente ensaio, os graus de liberdade são sempre iguais a 2.

²¹ Esta subseção apresenta um breve resumo sobre a literatura de equações simultâneas. Para uma melhor compreensão sobre estimações nessas circunstâncias, ver, por exemplo: Vasconcellos e Alves (2000), Greene (1997), Maddala (1992), Johnston (1991), Kmenta (1990), Judge *et al.* (1998).

método de mínimos quadrados ordinários conduz, normalmente, à inconsistência dos estimadores. Isso advém do fato de que o erro associado a uma das equações encontra-se correlacionado com as demais variáveis endógenas, violando, assim, a hipótese de independência dos erros com relação às variáveis explicativas.

Há vários métodos de estimação usados desde 1950. Todos, em resumo, tentam contornar o problema da identificação, que consiste, basicamente, em determinar se é possível encontrar os parâmetros da forma estrutural, com base nas estimativas dos parâmetros da forma reduzida. Daí dizer que uma equação é “subidentificada”, “exatamente identificada” ou “sobre ou superidentificada”.

Uma equação é “subidentificada” quando não é possível, a partir das estimativas dos parâmetros da forma reduzida, derivar estimativas para os coeficientes da forma estrutural. Por outro lado, se uma equação é “exatamente identificada”, há como estimar de forma única os parâmetros na forma estrutural. Por fim, se uma equação for “superidentificada”, há como estimar os parâmetros na forma estrutural, mas não de modo único. Exceto no primeiro caso, essas equações (ou o sistema como um todo) podem ser estimadas consistentemente.

Basicamente, há dois tipos de método de estimação: os métodos de uma única equação, que são aplicados a uma equação do sistema por vez, e os métodos de sistema, que se utilizam de todas as equações do sistema de forma simultânea. Na primeira categoria, encontram-se os métodos de mínimos quadrados indiretos (ILS), das variáveis instrumentais (VI), de classe k , de mínimos quadrados em dois estágios (2SLS) e de máxima verossimilhança com informação limitada. Já na segunda categoria, os mais conhecidos são os métodos dos mínimos quadrados em três estágios (3SLS) e de máxima verossimilhança com informação plena.

De forma resumida, a família dos estimadores de classe k engloba outros. Quando $k = 0$, a família resulta no método dos mínimos quadrados ordinários. Quando $k = 1$, ela coincide com o 2SLS. E quando $k = l$, tem-se o caso do método de máxima verossimilhança com informação limitada. Esse último método, por sua vez, deixou de ser usado, dando vez ao método 2SLS.

Quando se tem, assim, um sistema, no que tange à primeira categoria mencionada, as opções “mais recentes e mais usadas” são os métodos ILS

e 2SLS. Grosso modo, pode-se dizer que o ILS estima consistentemente os modelos quando cada uma das equações é “exatamente identificada”, enquanto o segundo, quando cada uma dessas é “sobreidentificada”. Vale dizer que ambos geram estimadores viesados. Se as equações forem “exatamente identificadas”, o estimador 2SLS é idêntico ao ISL. Isto é, o segundo gera estimadores tão ou mais eficientes do que o primeiro. Por esta razão, normalmente, usa-se o método 2SLS. Vale dizer que os estimadores 2SLS são iguais aos gerados pelo método das VI.

Já no concernente à segunda categoria, o método de máxima verossimilhança com informação plena, por ser computacionalmente complexo, acabou sendo preterido em favor de abordagens menos trabalhosas, como os estimadores 2SLS e 3SLS. Assim, se a opção é estimar o sistema como um todo, o método “mais recente e mais utilizado” é o 3SLS. Este último, vale dizer, é usado quando cada equação apresenta “sobreidentificação”.

Por fim, basta apresentar a diferença entre os métodos 2SLS e 3SLS. O uso de 3SLS é mais freqüente para estimar sistemas. Ambos geram estimadores viesados mas consistentes; contudo, os gerados por 3SLS são, ao menos, mais eficientes do que os gerados por 2SLS. Isso decorre porque o estimador por 3SLS utiliza-se de mais informação que o por 2SLS, uma vez que considera a matriz de covariância do sistema (isto é, entre os erros das duas equações) quando gera seu estimador. Por essa razão, o método aqui escolhido foi o 3SLS. Vale dizer, também, que o estimador foi corrigido para a presença de heterocedasticidade.

Quanto às condições necessária (ordem) e suficiente (posto), vale dizer que nenhuma é “subidentificada”. Há sobreidentificação em todas as equações de oferta e demanda das estruturas, logo o método 3SLS pode ser utilizado. Para todas as equações, as variáveis endógenas são preço da gasolina (P) e quantidade consumida da gasolina (Q). Em particular, quando a equação de oferta é *à la* Cournot, a quantidade é ponderada pelo HHI. As variáveis exógenas, por outro lado, são apresentadas por equação. Na de demanda, estas são: PIB e densidade demográfica (Dens); e na equação de oferta, aquelas variáveis são: preço internacional do óleo cru (WTI), quantidade refinada de petróleo no Brasil (Oil) e o número de postos em cada estado (NP) ou o número de postos por km² (DP).

5. Dados utilizados

5.1. Fonte

Para a estimação do modelo empírico foram coletados dados de 11 estados brasileiros: Pará, Minas Gerais, Brasília, Paraná, Ceará, Goiás, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro, Bahia e São Paulo, para os anos de 1995 a 2001 (isto é, sete anos). Com isso, obteve-se 77 (11 x 7) observações. Não foi possível encontrar dados sobre os preços para 16 estados.²² O período iniciou-se em 1995 porque a ANP só tinha disponíveis os dados de quantidades vendidas estaduais a partir dessa data.

As variáveis população, densidade demográfica estaduais (população/km²), PIB, deflator (IPCA) e o preço da gasolina tipo C ao consumidor (regiões metropolitanas) foram obtidas junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Como as densidades demográficas só estavam disponíveis para 1991 e 2000, foram estimados os valores para os demais anos utilizando uma tendência linear para o crescimento da densidade demográfica entre esses anos.

As quantidades vendidas de gasolina tipo C²³ e de álcool hidratado, ambas por estado, foram obtidas junto à Agência Nacional do Petróleo (ANP), assim como as quantidades de petróleo processadas nas refinarias brasileiras (Oil). O preço internacional do óleo cru (WTI, que significa West Texas Intermediate) foi obtido no *site* do Departamento de Energia dos Estados Unidos.²⁴ Esta variável é dada em US\$/barril e foi convertida para R\$/litro ao câmbio médio dos anos de 1995 a 2001, divulgado pelo Banco Central do Brasil, e pela taxa 1:159 (1 barril equivale a 159 litros).

²² A representatividade dos 11 estados que fazem parte da amostra com relação ao consumo Brasil é alta. Como pode ser visto no Anexo B, se o total de gasolina tipo C consumida pelos 11 estados nos anos 2000 e 2001 (18.572 e 18.114 milhões de litros, respectivamente) for comparado com o consumo de gasolina tipo C no Brasil, nesses mesmos anos (22.628 e 22.178 milhões de litros, divulgados pela ANP ou 21.301 e 20.950 de acordo com o “consumo teórico”), pode-se notar que a representatividade média é de 82%.

²³ A gasolina tipo C é uma mistura de aproximadamente 78% de gasolina e 22% de álcool anidro. Essa é uma peculiaridade do mercado brasileiro. Assim, quando se comercializa internacionalmente a gasolina, esta não contém álcool e é chamada no mercado nacional de gasolina tipo A.

²⁴ Cf. www.eia.doe.gov – *Energy Information Administration*.

Para o cálculo das participações de mercado estaduais de cada uma das bandeiras foram utilizados dados referentes ao número de postos de combustíveis de cada bandeira para cada estado e para os anos de 1995 a 2001, os quais foram comparados com o número total de postos em cada estado (fornecidos pela ANP). Com base nesses valores, foi calculado o índice de *Herfindahl-Hirschman* (HHI). Esses dados foram fornecidos pelas empresas distribuidoras de combustíveis responsáveis pelas bandeiras dos postos de revenda de combustíveis.

De acordo com a literatura *antitruste*, mais especificamente concernente ao teste do monopolista hipotético,²⁵ o mercado relevante dimensão geográfica deveria ser entendido como localidades compreendidas dentro de um determinado raio²⁶ e não exatamente por estado. Para isso, seria necessária a obtenção de dados empresa a empresa por raios predeterminados, que não estão disponíveis. Tal fato não invalida a proposta deste trabalho, que é a de inferir para o Brasil como um todo a estrutura de mercado que prevalece. Sugere-se esse levantamento para um futuro trabalho em nível de 1 estado, no máximo, de alguma cidade pequena ou de alguns bairros. A escolha dependerá dos dados disponíveis e da extensão territorial do local em questão.

5.2. Estatísticas descritivas

São apresentadas, a seguir, algumas estatísticas descritivas básicas para as variáveis utilizadas neste trabalho, separadamente para cada ano, assim como alguns gráficos com a sua média anual.

²⁵ Ver Viscusi, Vernon e Harrington (1995), ou *Horizontal Merger Guidelines* do DOJ/FTC ou *Guia para análises de atos de concentração SEAE/SDE*, ou Willing (1991).

²⁶ Para uma boa definição de mercado relevante, dimensão geográfica no mercado de gasolina, ver Pareceres 06091/2002, COGSI/SEAE/MF, de 23/12/2002, e 21/2003, COGDC-DF/SEAE/MF, de 05/03/2003.

Tabela 1 – Estatística descritiva

ANO	P	WTI	PIB	Q	QPC	A	OII	DENS	MISL	HHI
1995	0,79	0,11	4.077	1.347	108	780	69.294	91,70	30,63%	23,60%
Mediana	0,79	N/A	3.813	578	103	321	N/A	44,53	29,70%	23,30%
Mínimo	0,71	N/A	1.856	217	39	101	N/A	4,31	16,40%	19,32%
Máximo	0,83	N/A	7.416	6.250	210	4.101	N/A	305,35	45,70%	30,79%
Desvio Padrão	0,03	N/A	2.007	1.734	59	1.136	N/A	110,79	9,08%	3,25%
1996	0,80	0,14	4.757	1.574	126	766	78.521	93,09	29,60%	23,45%
Mediana	0,81	N/A	4.600	758	123	300	N/A	45,08	27,50%	23,42%
Mínimo	0,72	N/A	2.224	256	45	91	N/A	4,40	14,50%	18,88%
Máximo	0,88	N/A	8.792	7.146	240	4.078	N/A	312,94	44,20%	29,59%
Desvio Padrão	0,05	N/A	2.318	1.971	65	1.131	N/A	112,72	9,47%	3,10%
1997	0,93	0,14	5.282	1.682	134	632	82.874	94,49	29,06%	22,95%
Mediana	0,94	N/A	5.042	854	134	243	N/A	45,64	29,80%	22,43%
Mínimo	0,87	N/A	2.465	288	49	71	N/A	4,49	14,10%	18,56%
Máximo	1,00	N/A	10.350	7.469	251	3.356	N/A	320,52	44,30%	28,99%
Desvio Padrão	0,04	N/A	2.708	2.054	67	932	N/A	114,66	9,43%	3,14%
1998	0,96	0,11	5.650	1.800	142	491	88.155	95,88	28,30%	22,44%
Mediana	0,95	N/A	5.113	923	137	201	N/A	46,19	28,70%	21,96%
Mínimo	0,91	N/A	2.602	348	58	58	N/A	4,58	14,60%	17,90%
Máximo	1,03	N/A	12.768	8.056	261	2.617	N/A	328,11	43,50%	27,64%
Desvio Padrão	0,05	N/A	3.197	2.206	68	727	N/A	116,62	10,15%	3,54%
1999	1,22	0,22	5.690	1.802	143	488	93.696	97,28	28,40%	22,21%
Mediana	1,21	N/A	5.239	930	142	215	N/A	46,75	25,90%	21,80%
Mínimo	1,12	N/A	2.631	347	57	39	N/A	4,67	13,00%	17,83%
Máximo	1,32	N/A	10.935	8.083	281	2.786	N/A	335,70	43,50%	27,44%
Desvio Padrão	0,06	N/A	2.885	2.202	71	784	N/A	118,58	10,36%	3,60%
2000	1,47	0,35	5.927	1.688	136	362	94.348	98,67	27,18%	21,98%
Mediana	1,46	N/A	5.457	927	129	190	N/A	47,30	26,20%	20,77%
Mínimo	1,42	N/A	2.740	358	58	30	N/A	4,76	12,30%	17,36%
Máximo	1,53	N/A	11.390	7.368	289	1.916	N/A	343,29	44,70%	28,43%
Desvio Padrão	0,04	N/A	3.005	1.996	71	539	N/A	120,54	11,59%	4,22%
2001	1,66	0,38	6.016	1.647	131	271	96.757	100,07	27,11%	22,00%
Mediana	1,65	N/A	5.539	881	123	152	N/A	47,86	25,60%	20,99%
Mínimo	1,59	N/A	2.782	315	50	15	N/A	4,85	12,70%	17,17%
Máximo	1,82	N/A	11.562	7.296	291	1.386	N/A	350,87	43,80%	28,93%
Desvio Padrão	0,06	N/A	3.051	1.982	72	393	N/A	122,52	10,92%	4,24%

P – Preço da gasolina por litro (R\$/litro)

WTI – Preço internacional do petróleo cru (R\$/litro)

PIB – Produto interno bruto *per capita* (R\$)

Q – Quantidade consumida de gasolina entre os 11 estados (10⁶ de litros)

QPC – Quantidade média consumida de gasolina entre os 11 estados *per capita* (litros)

A – Quantidade consumida de álcool hidratado entre os 11 estados (10⁶ de litros)

OII – Quantidade Refinada de petróleo no Brasil (10⁶ de litros)

DENS – Densidade demográfica (população/km²)

MIS – *Market Share* da firma líder (BR)

HHI – Índice de concentração econômica Herfindahl-Hirschman

NOTAS:
per capita – por estado
 N/A – Não se aplica
 Observações – 77

Para que se possa ter uma visualização mais clara do comportamento das variáveis ao longo do tempo, a seguir se encontram seis gráficos que representam a média dos estados ao longo dos sete anos de análise.

Gráfico 1 – Consumo de gasolina dos 11 estados e refino de petróleo (106 litros)

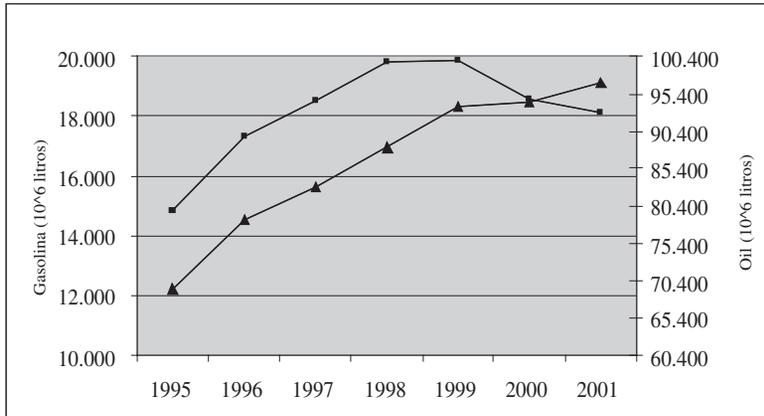


Gráfico 2 – Gasolina: Consumo médio entre os estados e consumo per capita médio

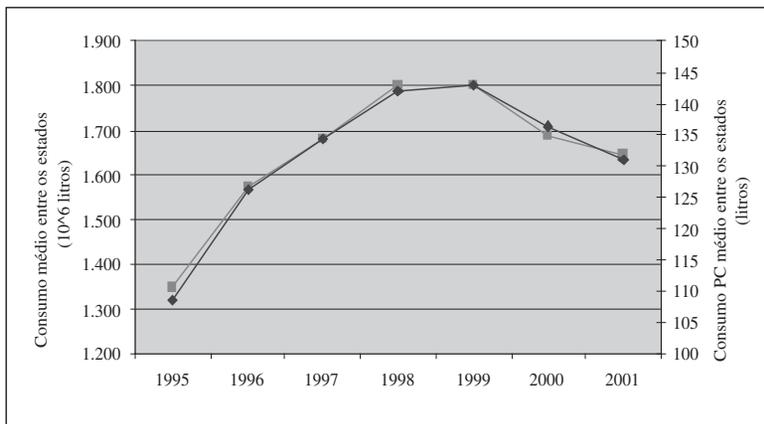


Gráfico 3 – PIB Nominal e PIB Defl. (R\$)

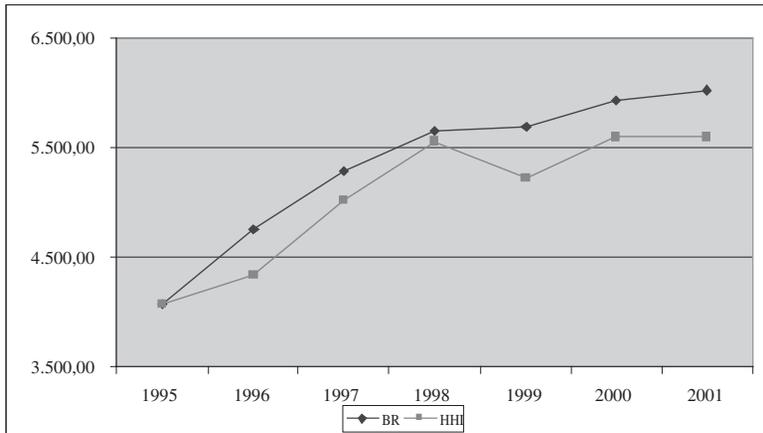


Gráfico 4 – Preços Deflacionados (R\$/litro)

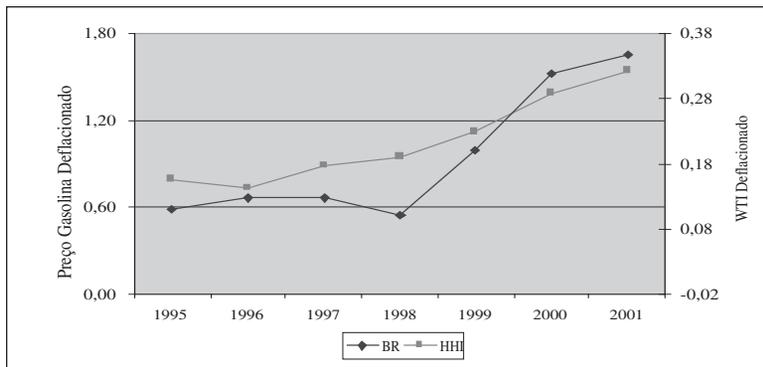


Gráfico 5 – Market share líder e HHI

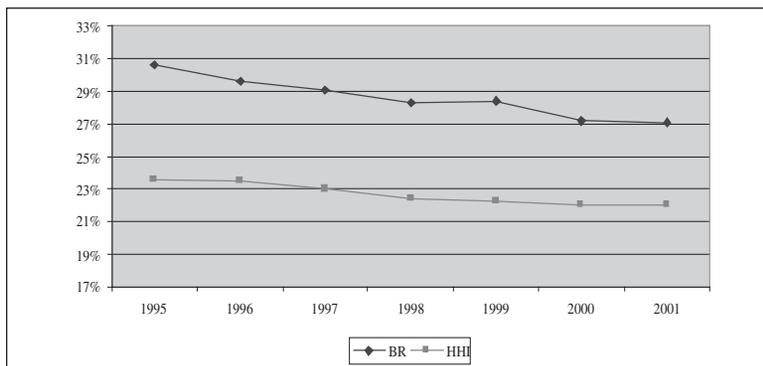
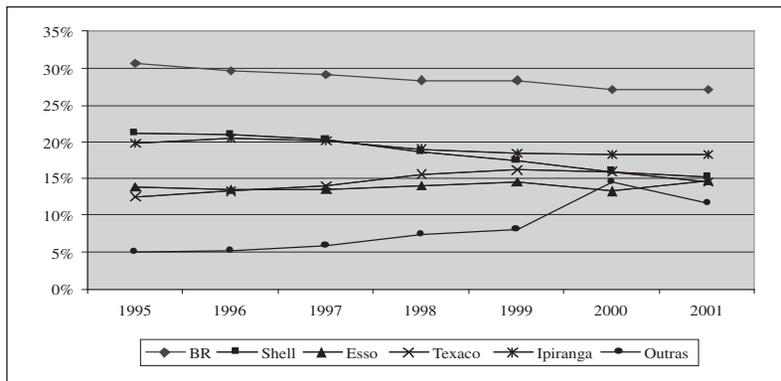


Gráfico 6 – Market share



Depreendem-se, dos dados acima, algumas conclusões. Primeiramente, com relação aos Gráficos 5 e 6, nota-se que a média entre os estados do *market share* da empresa líder em cada ano (que, no presente estudo, corresponde, na grande maioria dos estados, à BR Distribuidora) é relativamente baixa e, embora não varie muito, vai diminuindo ao longo do período amostral de forma quase monotônica. Sai de aproximadamente 31% em 1995 e atinge o valor de 27% em 2001. De todos os anos, comparando estado a estado (e que não está exposto no gráfico, portanto), o valor máximo ocorre em 1995, com o índice de 45,70% e, nos demais anos, cai para algo ao redor de 44%. Já o mínimo é de aproximadamente 12%.

O HHI, por sua vez, apresenta as mesmas características qualitativas que o *market share*. A diferença é que a trajetória da média está em um nível menor, indo de 24% em 1995 a 22% em 2001.

Ainda sobre o *market share*, nota-se, pelo Gráfico 6, que a BR Distribuidora é a líder no Brasil (levando em consideração os 11 estados da amostra). De forma geral, ela não é líder nem no Sul, onde a Ipiranga apresenta uma maior participação (cujo nome da empresa é DPPI), nem em São Paulo, onde a Shell lidera. Nos demais estados, mesmo perdendo mercado ao longo dos anos, a BR continua sendo a líder. Sua queda, quase monotônica ao longo do período da amostra, assim como ocorre com algumas outras quatro empresas, foi sendo absorvida pelas empresas entrantes (chamadas “outras” no Gráfico 6). No Brasil, além das cinco líderes, existem mais de 150 pequenas empresas.

Nesse período da amostra, como pode ser visto no Gráfico 6, percebe-se a entrada crescente de novas empresas no mercado. A queda observada

em 2001 decorreu devido a liminares concedidas pelo Poder Judiciário para suspender a entrada ou permanência de firmas que não estavam pagando os impostos concernentes ao mercado. A lógica por trás dessas liminares não era inibir ou coibir a competição no mercado, dificultando a entrada de novas empresas ou expulsando as que haviam acabado de entrar, mas criar uma competição leal entre as entrantes e as incumbentes, uma vez que as entrantes supostamente pagavam devidamente todos os impostos. As liminares acabaram sendo “caçadas” em 2002,²⁷ e a participação das firmas entrantes voltou a crescer de forma avassaladora (fato não observável no Gráfico 6).²⁸ O episódio de idas e vindas de liminares começou em 2001, mas continua até os dias de hoje.

Nesse sentido, como argumentam Pinheiro e Moura (2002) ou Rashid (1988), às vezes, quando há graves assimetrias de informação, ter a presença de alguma barreira à entrada, gerando algum grau de concentração, logo algum *rent* para os *players* desse mercado, pode ser desejável do ponto de vista da maximização do bem-estar. Isso porque a presença desse *rent* aumenta o custo para a empresa de ser “pega” com um comportamento ilegal e expulsa do mercado pelo regulador. Isso reduz o incentivo à adoção de estratégias arriscadas. Quando essas barreiras não existem, torna-se mais racional correr riscos, pois é mais fácil voltar ao mercado depois. No caso em questão, se distribuidoras pequenas (normalmente sem marca) têm baixo custo de

²⁷ Dentre uma infinidade de documentos que dizem respeito a esse tema, pode-se citar a reportagem publicada pelo *Jornal do Brasil*, em 26 de setembro de 2002, cujo título é: “Gasolina: volta a guerra de liminares”. Na matéria é possível ler a seguinte expressão do senhor Delcídes dos Santos Jr., gerente da área de administração tributária da Petrobrás à época: “as decisões judiciais são uma ameaça à competitividade”.

²⁸ Esta questão, assim como a adulteração do produto, faz do mercado brasileiro um caso peculiar. No longo prazo, a falta de fiscalização sobre a qualidade do produto, responsabilidade da ANP, e a possibilidade de permanência de firmas que não pagam impostos, respaldada pelo Judiciário brasileiro, podem gerar conseqüências nocivas ao consumidor final. Primeiro, porque o consumidor não sabe ao certo a qualidade do produto que está comprando, que pode trazer danos ao seu veículo. Além disso, se as demais incumbentes que realizam investimentos no Brasil passarem a ter problemas de concorrência, levando-as a apresentar constantes prejuízos em seus balanços, poderão “fechar as suas portas” para o mercado brasileiro. Não tão-somente haveria desemprego, como também uma total desorganização na estrutura desse mercado. Em suma, não seria salutar para a economia do Brasil, de forma geral, ter um mercado constituído por empresas não pagadoras de impostos e vendendo um produto adulterado.

entrada, a estratégia de entrar no mercado, adulterar o produto ou não pagar impostos e, se pegas, fechar e depois voltar com outra personalidade jurídica, pode ser superior à de manter um bom comportamento. Dessa forma, essas distribuidoras são capazes de impor uma concorrência desleal que torna mais punitivo para seus concorrentes adotar uma estratégia de “bom comportamento”. Nesse sentido, o incentivo à preservação do *rent* funciona como um fator disciplinador da concorrência que protege o consumidor.

Esses indicadores de concentração de mercado, individual e em conjunto, são relevantes. Não tão-somente porque sugerem relativa desconcentração no mercado, mas porque indicam baixo poder de monopólio da firma líder para manipular preços unilateralmente. Em outras palavras, esses fatos refletem que as características do mercado (isto é, a sua estrutura), mencionadas na introdução deste item, devem levar a um resultado de concorrência perfeita, a menos que haja cartel entre as firmas.

No entanto, mesmo que haja uma ação coordenada entre elas (fiscalizada provavelmente pelos sindicatos), em mercados pulverizados, esta coordenação pode acabar sendo desviada com facilidade, não refletindo grandes perdas do bem-estar para a sociedade brasileira. Este, aliás, é um tema interessante para uma futura pesquisa: calcular a “perda do peso morto”, se é que há.²⁹

Quanto à média do preço da gasolina deflacionada e à média do preço do petróleo cru (WTI), apresentam uma elevação no período total em torno de 100 e 250%, respectivamente, como se pode observar no Gráfico 4. De 1995 a 1996 o preço médio da gasolina deflacionado teve uma queda de 7%, mas de 1996 em diante cresceu. De 1996 a 1998 aumentou 30% e de 1998 a 2001, 62%. Já o preço do petróleo cru manteve-se relativamente estável de 1996 a 1998, quando teve um crescimento explosivo. De 1998 a 1999 o preço dobrou, seguido de um novo aumento de mais de 60%.

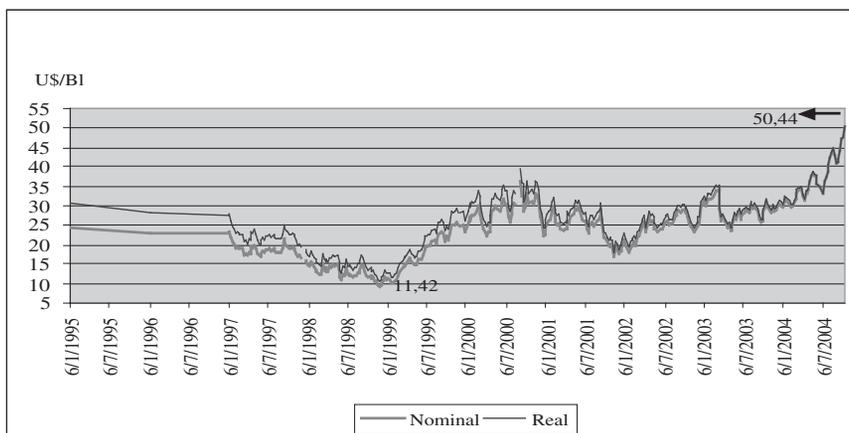
Quanto à média da quantidade consumida de gasolina nos onze estados e a média da quantidade processada (ou refinada) do petróleo no Brasil, Gráficos 1 e 2, as variáveis apresentaram variações positivas ao longo dos sete anos. Elas aumentaram, respectivamente, 22 e 40%, assim como o PIB deflacionado, apresentado no Gráfico 3.

²⁹ Existem poucos trabalhos sobre perda do bem-estar para setores da economia brasileira na linha de Harberger (1954) e Daskin (1991). Em particular, nenhum para o mercado brasileiro da gasolina. Podem ser citadas algumas referências para o Brasil: Cysne e Issler (1997), Issler e Resende (1999), Wyllie (2001), Cysne *et al.* (2001), estimaram a perda para o setor de cerveja e Schmidt e Lima (2005), para o mercado de aço.

A quantidade da gasolina, em particular, cresceu 17% de 1995 a 1996, quando a taxa de crescimento dos anos consecutivos caiu para 7%, mantendo-se estável de 1998 a 1999 e apresentando uma ligeira queda nos dois anos seguintes, de 6 e 2%, respectivamente. Assim, o crescimento de 22% no período deve-se basicamente ao crescimento observado de 1995 a 1998.

O crescimento módico de 1997 a 1998, acompanhado por uma estagnação de 1998 a 1999, e seguido de um decréscimo nos dois últimos anos, pode ser atribuído, entre outros fatores, à elevação do preço da gasolina, acompanhando uma elevação no preço internacional do petróleo cru. Esperar-se-ia um aumento bem maior na quantidade consumida de gasolina para o período 1998-2001, se o preço do petróleo (e conseqüentemente da gasolina) não tivesse aumentado tanto. Para ilustrar esse fato, apresenta-se o Gráfico 7, concernente a um outro preço internacional do petróleo (Brent), que está em US\$/barril, deflacionado pelo índice de preços dos EUA (Consumer Index Price).

**Gráfico 7 – Preço internacional do petróleo tipo Brent
(out 2004 = 100)**



Fonte: EIA, DOE

Já a média da quantidade processada teve também um forte aumento no período 1995 a 1996, de 13%, diminuindo a taxa de crescimento anual nos três anos seguintes, para o patamar de 6%, seguindo um decréscimo drástico no crescimento para menos de 1% de 1999 a 2000 e voltando a aumentar um pouco no ano seguinte, a uma taxa de 3%. No período como um todo houve um aumento de quase 40%.

Aqui, vale fazer uma inferência sobre as quantidades de equilíbrio do mercado de gasolina. Como se pode perceber, de 1995 a 1999, tanto a quantidade quanto o preço, ao longo do tempo, aumentaram. Isso quer dizer que a curva de demanda, relativamente à da oferta, variou mais. Essa, indubitavelmente aumentou. Já em 1999, como pode ser visto com nitidez no Gráfico 7, houve um choque na oferta do petróleo, cujos preços aumentaram drasticamente. Este fato afetou a oferta de gasolina, que parece ter tido um deslocamento para trás, resultando em preços maiores, mas em quantidades menores. De qualquer forma, no período como um todo, os preços e quantidades aumentaram.

Não obstante as movimentações apresentadas, vale recordar que a idéia deste ensaio é tentar captar, ao longo dos anos, como se deu a diferença entre o preço e seu custo marginal. As estruturas de monopólios ou de concorrência perfeita, por exemplo, são compatíveis para qualquer ponto de equilíbrio entre a oferta e demanda. Em outras palavras, busca-se compreender o comportamento da estrutura do mercado e não de suas reações diante da conjuntura.

Por último, porém não menos importante, falta analisar a quantidade consumida de álcool no Brasil, que despencou no período em tela, apresentando uma queda, para o período 1995-2001, de 65%. O álcool escolhido foi o hidratado, pois não entra na composição da gasolina tipo C. O tipo de álcool utilizado para mesclar com a gasolina tipo A chama-se anidro.

A escolha do tipo de álcool foi feita de forma a captar uma possível substituição entre os produtos (álcool e gasolina). Para isso era necessário excluir o efeito do álcool utilizado na composição da gasolina, pois, nesse caso, poder-se-ia observar uma complementação entre os produtos.

Mesmo esperando que haja uma substituição quando das estimações, vale esclarecer que esse resultado pode não ocorrer, dependendo do tipo de demandante e da extensão do período da amostra que se está avaliando. No caso do presente ensaio, os demandantes são, majoritariamente, os condutores de veículos automotivos. Assim, se está analisando um combustível que, além de servir como insumo de um bem durável, tem preço relativamente alto quando comparado a outros bens dessa categoria (como por exemplo, geladeira ou fogão). Ele não é, assim, facilmente substituível, pelo menos no curto prazo.³⁰ Em outras palavras, é pouco provável, na hipótese de a

³⁰ Tirole (1995) faz uma comparação interessante entre bens duráveis e não duráveis.

gasolina ficar mais cara, *vis-à-vis* o álcool, em um determinado mês, que o consumidor venda o seu veículo à gasolina e compre um a álcool.

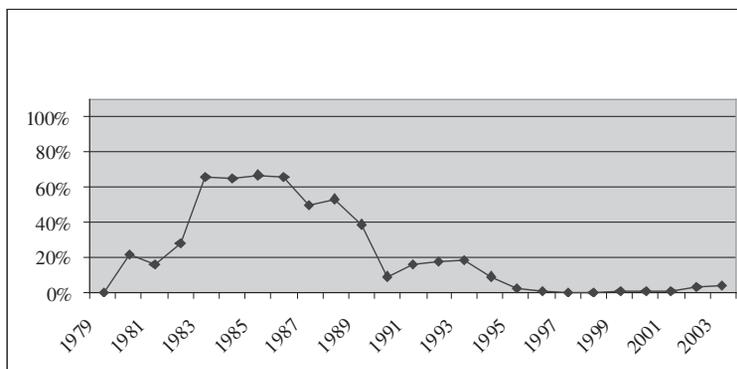
Não obstante, se essa suposição ocorrer sistematicamente por um período maior, por exemplo, um ou dois anos, a probabilidade de o consumidor mudar o seu veículo por um a álcool é maior. Assim, a substituição entre os combustíveis deve ser vista mais por uma ótica de longo prazo do que de curto. Uma amostra de extensão pequena provavelmente não captará esse efeito.

Pode-se dizer, inclusive, que no curto prazo os efeitos podem sugerir que haja complementação, uma vez que a demanda de ambos oscila com as movimentações da economia, de forma geral. Isto é, o consumo por ambos os produtos aumenta quando a economia se aquece e diminui quando a economia desaquece.

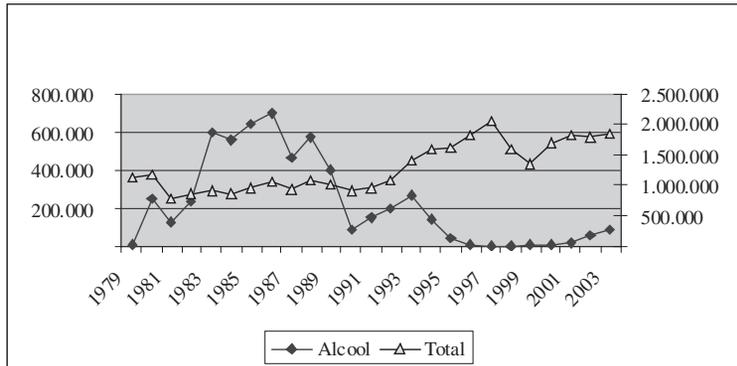
Para efeitos desse trabalho, contudo, vale fazer a seguinte ponderação: seria válido dizer que a queda observada no Gráfico 1 pode ser atribuída à elevação do preço da gasolina, sugerindo que haja complementação entre gasolina e álcool? De forma análoga, seria válido incorporar a variável álcool nas estimações desse trabalho?

Para responder a estas perguntas, vale analisar o que ocorreu com a produção de carros a álcool no Brasil. Seguem abaixo dois gráficos: um deles apresenta o percentual da produção de carros a álcool sobre o total de carros produzidos no Brasil. O outro compara os valores absolutos da produção total de carros e o da produção de carros a álcool.

Gráfico 8 – Percentual da produção de carro a álcool



Fonte: ANFAVEA (Associação Nacional de Fabricantes de Veículos).

Gráfico 9 – Produção de carros

Como se pode observar pelos Gráficos 1, 8 e 9, a quantidade de álcool, drasticamente reduzida no período da amostra (1995-2001), acompanha a queda na produção de carros a álcool, que praticamente zerou no período. Segundo relatado em um seminário sobre desabastecimento de álcool (Sociedade Brasileira de Planejamento Energético, 1990), quando faltou álcool no Brasil, entre 1989 e 1990, houve uma crise da credibilidade da população brasileira em relação ao programa do Pro-álcool, realizado pelo governo brasileiro. Houve um crescimento desarticulado da frota de carros a álcool produzidos pelas montadoras, sem levar em conta a possibilidade de garantir o suprimento de álcool necessário. A falta de combustível ocasionou uma descrença no programa, que, por sua vez, teve como conseqüência uma redução na demanda por esse tipo de veículo e forçou as montadoras a reduzir a produção de carros com esse tipo de combustível.

O programa havia sido concebido para estimular os consumidores a trocar seus veículos a gasolina para um a álcool, não tão-somente por ser o álcool um combustível mais barato do que a gasolina, mas, principalmente, por ser uma alternativa a um combustível derivado do petróleo. Infelizmente, na época, o programa teve que passar por uma revisão e medidas de longo prazo foram tomadas, segundo relato do seminário sobre desabastecimento de álcool e o risco do metanol, realizado pela COPPE/UFRJ, em 1989.³¹

³¹ Para maiores detalhes sobre essas medidas e sobre o mercado de álcool de forma geral, consulte o *site* www.pick-upau.com.br/mundo/alcool/alcool.htm. Pode-se encontrar aí uma série de informações interessantes sobre esse mercado, que inclui: “a discussão sobre o álcool como uma alternativa viável, álcool como combustível e usinas de álcool que viram fonte de energia elétrica”.

Assim, o que o fato sugere é que, com o choque da demanda, o preço do álcool caiu.

É claro, por outro lado, a título de recordação, que o álcool tem uma relação muito forte com o mercado de açúcar e com as políticas atinentes à cana. Na época, houve um decréscimo da produção de cana nas últimas safras, devido à prática de preços comprimidos para a cana colhida, e um aumento da exportação de açúcar oriundo da cana que poderia ter sido destinada ao álcool no Nordeste. Corrobora-se, portanto, o fato de que a queda da produção de álcool não teve nada a ver com o mercado da gasolina.

A resposta, por conseguinte, para ambas as perguntas anteriormente feitas, é não.³² Isto é, a queda da quantidade de álcool, pelo menos nesse período, não parece ter relação com o preço da gasolina e, portanto, não deve ser introduzida na especificação do modelo.³³

6. Resultados

Neste item são apresentados os resultados das estimações do modelo especificado neste ensaio. Foram feitos dois tipos de modelagem e utilizados três critérios comparativos.

A primeira modelagem concerne à estimação de sete sistemas de equações simultâneas, representados pela combinação da equação de demanda (11) e com cada uma das sete equações de oferta (10). Estes serão chamados na tabela de modelos “não *nested*”. Já a segunda modelagem refere-se a uma única estimação realizada, considerando a equação de demanda (11) e aquela de oferta *nested* (12). Na tabela o título está como “geral”. Vale comentar que foi usado o *software* TSP, que permite estimar modelos com parâmetros não lineares, como é o caso do modelo *nested*.

O critério inicial de avaliação diz respeito ao primeiro tipo de modelagem. Primeiramente, foram desconsideradas as estimações em que o sinal do coeficiente relativo à quantidade do consumo de gasolina foi positivo. Isso porque a quantidade (cujo coeficiente é β_1) é apresentada na equação

³² De fato, por curiosidade, uma tentativa foi feita, e os resultados das estimações não foram os esperados, de forma geral. O coeficiente do álcool, por exemplo, sugeriu complementação e os sinais das demais variáveis, como quantidade da gasolina, não se comportaram de forma esperada.

³³ Coloma (2002) não incluiu essa variável em seu modelo porque na Argentina não há consumo de álcool como alternativa à gasolina.

de demanda com o sinal positivo e na de oferta com o sinal negativo. Além disso, foram excluídos os modelos cujos coeficientes relativos à quantidade foram não estatisticamente significativos. Nos modelos que restaram, foi feita uma análise dos sinais das demais variáveis e do valor da soma total dos quadrados dos resíduos (STQR). Procurou-se escolher o menor STQR entre os modelos e aquele que tivesse o maior número de variáveis com os coeficientes esperados.

Já os outros dois critérios dizem respeito à modelagem *nested*. Primeiramente, verificou-se que os coeficientes relativos à C_1 e à C_2 (que medem o índice de Lerner nos períodos antes e após 1997) são, individualmente, estatisticamente significativos. Se o coeficiente não for estatisticamente significativo, a conclusão é de que todas as estruturas de mercado são rejeitadas para o período referente, exceto a de concorrência perfeita. Se o coeficiente for significativo, quer dizer que se rejeita a estrutura de concorrência perfeita, mas não se pode chegar a uma conclusão sobre qual estrutura prevalece.

O terceiro critério é mais conclusivo do que o segundo, na hipótese de aquele gerar coeficientes estatisticamente significativos. É feito um teste de significância estatística conjunto de C_1 e C_2 . Chega-se, assim, a uma conclusão de como as estruturas são, tanto para o período antes de 1997, como para o posterior a essa data. Esse teste chama-se Wald, apresentado no final da item 3.2.

Todas as oito equações (sete mais uma, relativa ao *nested*) foram especificadas de seis formas: três delas usando o número de postos (NP) como uma das variáveis explicativas, e as outras três, o número de postos sobre a área do estado, uma espécie de densidade de postos no estado (DP). A diferença entre as três especificações (tanto para o grupo NP quanto para o DP) diz respeito ao uso das *dummies* estaduais. Na primeira especificação, estas variáveis binárias são inseridas tanto na equação de oferta quanto na de demanda. Na segunda, são incluídas apenas na equação de demanda, pois, de forma geral, foram estatisticamente não significativas na equação de oferta. E, por fim, na terceira especificação, são usadas como variáveis instrumentais, como, aliás, sugere Cameron (1999) e como fez Coloma (2002) em seu artigo.

De acordo com a teoria, espera-se que, pela equação de demanda (inversa),³⁴ *ceteris paribus* e dada uma determinada oferta, quanto maiores

³⁴ O preço está em função da quantidade, entre outras variáveis. Isto é, o preço é a variável dependente neste caso.

forem as variáveis PIB e a densidade demográfica³⁵ e menor for a quantidade consumida de gasolina, maior deverá ser o preço da gasolina. As duas primeiras variáveis, quando afetadas positivamente, causam um deslocamento da curva de demanda para a direita, provocando um aumento nos preços. A quantidade, como é também uma variável endógena, acarreta uma alteração ao longo da curva de demanda, que é negativamente inclinada.

Já pela equação de oferta (inversa), quanto maior for o preço internacional do óleo cru (WTI) e menor for o número de postos (ou a densidade de postos), *ceteris paribus*, maior deverá ser o preço da gasolina no Brasil. No primeiro caso, porque, se uma quantidade maior de óleo cru for ofertada no mundo, seu preço mundialmente deverá diminuir, o que resulta em um menor preço da gasolina no Brasil. No segundo caso, porque quanto mais postos tiver um estado, maior deverá ser a oferta pelo produto, logo menor o preço. Com relação à quantidade de petróleo refinado no Brasil (Oil), há três possibilidades de análise quanto ao sinal esperado.

A primeira possibilidade pode ser explicada da seguinte forma: a quantidade de petróleo refinada tem como objetivo produzir seus derivados, como a gasolina, o óleo diesel, o GLP, o óleo combustível, o querosene de aviação, entre outros. Se o modelo energético brasileiro for apoiado no transporte de cargas em motores a diesel, por via rodoviária, em detrimento do transporte ferroviário, fluvial ou cabotagem,³⁶ o óleo diesel seria o derivado propulsor do refino no Brasil. Ele, atualmente, corresponde a 34% do volume do barril de petróleo. Por essa lógica, para atender o suprimento do mercado nacional de derivados, portanto, a Petrobrás, detentora de aproximadamente 95% do refino, deveria operar suas refinarias priorizando a produção de diesel. Dessa forma, quando a demanda de diesel aumentar, a quantidade de refino acompanhará essa demanda, que resulta em uma produção adicional dos demais derivados, como a gasolina. Dada uma curva de demanda negativamente inclinada, imagina-se que o preço de equilíbrio deva diminuir. Em outras palavras, a relação entre o preço da gasolina e da quantidade refinada é inversa (o Brasil é exportador líquido de gasolina, como se pode ver no Anexo B).

³⁵ Seria possível usar a variável população para incorporar a idéia de quanto mais gente, maior deve ser a procura. No entanto, optou-se pela variável densidade demográfica, por ela relativizar o número de pessoas pela área do estado (pessoas por km²).

³⁶ Para maiores detalhes sobre esse assunto, consulte o *site* www.br.com.br/portaibr/calandra.nsf.

Na maioria dos outros países do mundo, a demanda de óleo diesel situa-se entre 15 e 25% do volume do barril, sendo a gasolina o produto que comanda o refino. Espera-se, dessa forma, que haja uma relação positiva entre a quantidade refinada e a quantidade ofertada de gasolina, mas uma relação neutra com relação ao preço, pois a demanda também deve se deslocar nesse caso. Aliás, nessa situação, o deslocamento da oferta é motivado pelo deslocamento da demanda. Como uma segunda possibilidade para o Brasil, portanto, se a política da Petrobras for a de suprir o mercado brasileiro de gasolina adequadamente, exportando os excedentes de outros derivados (como pode ser visto no Anexo B, esta interpretação é possível), poder-se-ia esperar uma relação quase neutra entre a quantidade refinada e o preço da gasolina. O coeficiente (ajustado para a ordem de grandeza da variável), portanto, seria próximo de zero.

Por fim, uma última interpretação poderia ser feita sobre a relação “quantidade refinada e preço da gasolina”. Embora pouco plausível e sem respaldo de dados, seria o caso de a Petrobras não ter uma política dirigida para o mercado interno, mas para o mercado externo, exportando mais do que “deveria”, sempre que fosse atrativo. Daí se poderia esperar um sinal positivo entre a quantidade refinada e o preço de equilíbrio, uma vez que a curva de oferta no mercado interno poderia se deslocar para a esquerda, dada uma curva de demanda. Das três possíveis análises, as que parecem ser as mais realistas são as duas primeiras.

Para avaliar os resultados dos seis modelos seguem, a seguir, seis Tabelas (3.2 a 3.7). De forma geral, nestas podem ser observadas informações sobre os coeficientes estimados, os valores p (ou probabilidade de cauda), os R^2 e as STQR. Elas dizem respeito às equações (11) e (10) – “modelo não *nested*” – e às equações (11) e (12) – “modelo *nested*”. Por fim, a última Tabela (3.8) apresenta os resultados do teste de Wald com relação ao “modelo *nested*”.

Apenas para efeitos didáticos, duas ações foram tomadas: a primeira é que foram introduzidas cores. A vermelha significa que o sinal não ocorreu como esperado e a cor azul, que o coeficiente é estatisticamente não significativo. Além disso, optou-se por colocar as seguintes abreviações com referência aos seis modelos. 2D, DD e DI significam, respectivamente, que a *dummy* está presente nas equações de demanda e oferta; na equação de demanda; e somente como instrumentos. De forma análoga, NP e DP significam, respectivamente, número de postos e densidade de postos.

Tabela 2 – Modelos Não-Nested e Nested – Dummy nas duas equações e densidade de postos

2D+DP	EQUAÇÃO DE DEMANDA									
	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested		
Cte	-12,8445	-12,3962	-9,8719	-10,6539	-12,2029	-9,7666	-10,8193	-13,3125		
PIB	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000		
	-0,0001	0,0000	0,0001	0,0001	0,0000	0,0001	0,0001	0,0000		
Densidade Demográfica	<i>0,7090</i>	<i>0,7330</i>	<i>0,2020</i>	<i>0,3600</i>	<i>0,8620</i>	<i>0,2070</i>	<i>0,4170</i>	<i>0,8170</i>		
	0,0822	0,0822	0,0704	0,0738	0,0807	0,0700	0,0746	0,0853		
	0,0020	0,0020	0,0010	0,0010	0,0030	0,0020	0,0010	0,0020		
Qte Consumida de Gasolina	0,0120	0,0060	-0,0010	0,0016	0,0068	-0,0017	0,0022	0,0113		
	0,0960	<i>0,2500</i>	0,0050	0,0000	<i>0,3320</i>	0,2900	0,0010	<i>0,1170</i>		
DD1	11,2887	10,9645	8,9562	9,5753	10,8016	8,8750	9,7060	11,6745		
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000		
DD2	9,2735	8,9474	7,2199	7,7569	8,8206	7,1464	7,8705	9,5858		
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000		
DD3	-15,7781	-15,6165	-13,1603	-13,8957	-15,3512	-13,0796	-14,0497	-16,3472		
	0,0020	0,0010	0,0000	0,0000	0,0020	0,0010	0,0000	0,0010		
DD4	11,2067	11,2463	9,5741	10,0608	11,0236	9,5310	10,1619	11,6561		
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000		
DD5	10,1118	9,9625	8,3047	8,8048	9,7947	8,2470	8,9097	10,4793		
	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000		
DD6	12,9093	12,5322	10,2359	10,9444	12,3477	10,1425	11,0941	13,3478		
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000		
DD7	8,4285	8,3631	7,0401	7,4342	8,2141	6,9983	7,5166	8,7440		
	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0000	0,0000		
DD8	6,7801	6,5029	5,1885	5,5998	6,4146	5,1302	5,6870	7,0057		
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000		
DD9	-13,1294	-13,3801	-11,7232	-12,1858	-13,0999	-11,6972	-12,2807	-13,6622		
	0,0040	0,0030	0,0010	0,0010	0,0040	0,0020	0,0010	0,0030		
DD10	9,0343	9,0507	7,7270	8,1137	8,8786	7,6917	8,1941	9,3838		
	0,0010	0,0010	0,0000	0,0000	0,0010	0,0010	0,0000	0,0010		
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	15,0655	13,3919	9,6762	10,6249	13,1645	9,5802	10,8547	15,6796		

R-Quadrado (D)	0,2571	0,3032	0,3376	0,3250	0,2957	0,3407	0,3219	0,2676
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,7155	0,0247	-0,1309	0,4971	-0,4967	-0,5922	0,6777	-0,5279
Preço Internacional do Petróleo	0,0020	0,9770	0,6820	0,2240	0,1780	0,0890	0,1820	0,1330
Qte Refinada de Petróleo	2,2131	1,9939	2,5115	2,5358	2,1855	2,3495	2,5584	2,7289
Número de Postos/Km ²	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0030	0,0830	0,2380	0,0000	0,0010	0,2620	0,7760
	-0,5247	-8,6563	-3,5497	-9,1499	-3,8200	-0,2226	-12,0694	
	0,9220	0,4060	0,5240	0,1490	0,5870	0,9740	0,1060	
DO1	0,0187	-1,1264	0,0134	-0,3626	-0,2490	0,0568	-0,5265	0,7042
	0,9270	0,2850	0,9480	0,1440	0,5110	0,8260	0,0820	0,0640
DO2	0,0096	-1,1578	0,0179	-0,3521	-0,2554	0,0481	-0,5110	0,7282
	0,9600	0,2780	0,9250	0,1300	0,4860	0,8420	0,0730	0,0680
DO3	0,0455	0,3804	0,0031	0,0707	0,2940	0,0003	0,1371	-0,2172
	0,2810	0,2010	0,9450	0,1390	0,2590	0,9960	0,0200	0,1560
DO4	0,0035	-0,7210	-0,0480	-0,3330	-0,1892	0,0289	-0,4657	0,3677
	0,9850	0,3030	0,8070	0,1510	0,5390	0,9060	0,0940	0,0680
DO5	-0,0201	-0,7792	-0,0591	-0,3436	-0,2204	0,0079	-0,4758	0,3829
	0,9130	0,2810	0,7520	0,1210	0,4730	0,9730	0,0750	0,0850
DO6	0,0068	-1,2331	0,0091	-0,3905	-0,2945	0,0511	-0,5673	0,7605
	0,9740	0,2780	0,9660	0,1280	0,4760	0,8480	0,0720	0,0680
DO7	0,0053	-0,5029	-0,0244	-0,2183	-0,0987	0,0182	-0,3013	0,2703
	0,9670	0,3030	0,8550	0,1640	0,5990	0,9130	0,1070	0,0720
DO8	0,0105	-1,0021	0,0243	-0,2904	-0,2360	0,0487	-0,4303	0,6434
	0,9470	0,2770	0,8780	0,1330	0,4720	0,8090	0,0710	0,0680
DO9	0,0277	-0,3375	0,0840	0,0176	-0,0336	0,0424	-0,0044	0,3290
	0,5110	0,2980	0,0750	0,7100	0,6560	0,4460	0,9320	0,0570
DO10	-0,0174	-0,4107	-0,0933	-0,2958	-0,0485	-0,0219	-0,3720	0,1106
	0,9190	0,3370	0,5990	0,1480	0,7930	0,9210	0,1170	0,1540
C1								-0,3391
C2								0,1990
								-0,4453
								0,1490
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4718	0,6097	0,4887	0,5227	0,4573	0,4461	0,5211	0,8375
R-Quadrado (O)	0,9519	0,9410	0,9501	0,9468	0,9533	0,9547	0,9469	0,9151
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	15,5373	14,0016	10,1649	11,1476	13,6218	10,0263	11,3758	16,5171

Tabela 3 – Modelos Não-nested e Nested – Dummy nas duas equações e número de postos

2D+NP	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested
EQUAÇÃO DE DEMANDA								
Cte	-6,5027	-6,0954	-9,8213	-6,5413	-6,5263	-5,8886	-6,6032	-6,6889
PIB	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0001	0,0002	0,0001	0,0002	0,0001	0,0002	0,0002	0,0002
	0,0720	0,0110	0,1950	0,0110	0,0660	0,0020	0,0130	0,0400
Densidade Demográfica	0,0385	0,0400	0,0698	0,0401	0,0388	0,0402	0,0401	0,0400
	0,0030	0,0020	0,0010	0,0020	0,0030	0,0020	0,0020	0,0020
Qte Consumida de Gasolina	0,0036	-0,0016	-0,0010	0,0014	0,0034	-0,0035	0,0019	0,0027
	0,3980	0,6880	0,0070	0,0000	0,4230	0,0060	0,0000	0,5360
DD1	5,9311	5,6737	8,9087	5,9865	5,9516	5,5340	6,0290	6,0875
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD2	5,0406	4,7344	7,1879	5,0551	5,0557	4,5832	5,1001	5,1624
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD3	-7,5603	-7,6358	-13,0628	-7,7853	-7,5981	-7,6063	-7,7990	-7,8164
	0,0010	0,0010	0,0000	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010
DD4	5,9435	6,0258	9,5160	6,1451	5,9768	6,0063	6,1552	6,1680
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD5	5,1561	5,0924	8,2532	5,2696	5,1793	5,0286	5,2909	5,3198
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD6	6,7124	6,4257	10,1799	6,7758	6,7356	6,2696	6,8233	6,8888
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD7	4,2873	4,2953	6,9947	4,4066	4,3087	4,2643	4,4184	4,4340
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD8	3,8081	3,5202	5,1700	3,7981	3,8180	3,3849	3,8379	3,8931
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD9	-6,0503	-6,5402	-11,6216	-6,4051	-6,0948	-6,6715	-6,3740	-6,3287
	0,0090	0,0040	0,0010	0,0050	0,0080	0,0030	0,0050	0,0060
DD10	4,4466	4,5693	7,6713	4,6156	4,4723	4,5787	4,6165	4,6166
	0,0010	0,0010	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0010	0,0010
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	6,8336	6,4238	9,6137	6,7075	6,8291	6,3887	6,7679	6,8618

R-Quadrado (D)	0,3669	0,3949	0,3387	0,3836	0,3688	0,3970	0,3808	0,3764
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,6027	-0,9537	-0,2929	0,4286	-0,4716	-0,3492	0,6010	-0,3692
	0,0190	0,2100	0,1490	0,2030	0,1330	0,2090	0,1040	0,2480
Preço Internacional do Petróleo	2,1789	2,3326	2,4583	2,3940	2,1514	2,3751	2,4009	2,6168
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Qte Refinada de Petróleo	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0850	0,0520	0,0420	0,0000	0,0040	0,0310	0,7830
Número de Postos	0,0000	0,0000	0,1382	0,0000	0,0000	0,0000	-0,0001	
	0,5070	0,8860	0,0140	0,0790	0,3760	0,9500	0,0280	
DO1	-0,0977	0,3228	0,1331	-0,3691	-0,2413	0,0785	-0,5216	0,6062
	0,6430	0,7300	0,0200	0,0770	0,4110	0,7190	0,0190	0,0790
DO2	-0,1140	0,3264	0,0033	-0,3970	-0,2636	0,0699	-0,5561	0,6253
	0,6030	0,7390	0,9420	0,0680	0,3890	0,7580	0,0160	0,0840
DO3	-0,1031	0,0211	0,0731	-0,3230	-0,0553	-0,0615	-0,3783	-0,1814
	0,6520	0,9390	0,1140	0,1470	0,8070	0,7880	0,0940	0,1990
DO4	-0,1091	0,1962	0,0556	-0,3484	-0,2158	0,0381	-0,4748	0,3159
	0,5920	0,7670	0,2400	0,0820	0,4010	0,8550	0,0240	0,0850
DO5	-0,1033	0,1717	0,1376	-0,2957	-0,2010	0,0228	-0,4030	0,3258
	0,5160	0,7770	0,0190	0,0600	0,3440	0,8890	0,0150	0,1070
DO6	-0,1147	0,3368	0,0551	-0,4003	-0,2764	0,0784	-0,5654	0,6529
	0,6010	0,7380	0,2150	0,0660	0,3830	0,7310	0,0150	0,0850
DO7	-0,0843	0,1475	0,1185	-0,2689	-0,1511	0,0185	-0,3601	0,2321
	0,5990	0,7690	0,0290	0,0890	0,4260	0,9100	0,0290	0,0900
DO8	-0,1099	0,2933	0,0773	-0,3760	-0,2572	0,0711	-0,5295	0,5525
	0,6000	0,7430	0,0930	0,0700	0,3850	0,7440	0,0170	0,0840
DO9	-0,0969	0,1808	0,0162	-0,3109	-0,1936	0,0445	-0,4273	0,2860
	0,6160	0,7630	0,7040	0,1010	0,4210	0,8230	0,0310	0,0680
DO10	-0,1179	0,0871	-0,1179	-0,3132	-0,1422	-0,0417	-0,3887	0,0934
	0,5180	0,8410	0,5180	0,0800	0,4490	0,8210	0,0350	0,1910
C1								-1,1385
C2								0,5450
								-1,6553
								0,5340
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4724	0,5268	0,4882	0,5111	0,4569	0,4691	0,5024	0,8291
R-Quadrado (O)	0,9522	0,9462	0,9502	0,9485	0,9537	0,0781	0,9493	0,9154
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	7,3061	6,9506	10,1019	7,2186	7,2859	6,8578	7,2703	7,6909

Tabela 4 – Modelos Não-nested e Nested – Dummy na equação de demanda e dens. de postos

DD+DP	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested
EQUAÇÃO DE DEMANDA								
Cte	-12,8416 0,0000 0,0000	-9,8974 0,0000 0,0001	-9,9224 0,0000 0,0001	-9,6399 0,0000 0,0001	-9,9273 0,0000 0,0001	-9,9993 0,0000 0,0001	-9,5539 0,0000 0,0001	-11,8487 0,0010 0,0000
PIB	<i>0,7270</i>	<i>0,2890</i>	<i>0,2550</i>	<i>0,2370</i>	<i>0,3110</i>	<i>0,2330</i>	<i>0,3020</i>	<i>0,8870</i>
Densidade Demográfica	0,0823 0,0020 0,0118	0,0701 0,0010 0,0001	0,0704 0,0010 -0,0003	0,0662 0,0010 0,0012	0,0703 0,0010 0,0002	0,0710 0,0010 -0,0007	0,0670 0,0010 0,0008	0,0759 0,0010 0,0087
Qte Consumida de Gasolina	0,0990	<i>0,5700</i>	<i>0,2540</i>	0,0000	<i>0,8140</i>	<i>0,3930</i>	0,0150	<i>0,2160</i>
DD1	11,2663 0,0000	8,9600 0,0000	8,9820 0,0000	8,6798 0,0000	8,9838 0,0000	9,0588 0,0000	8,6435 0,0000	10,4136 0,0010
DD2	9,2574 0,0000	7,2365 0,0000	7,2481 0,0000	7,0859 0,0000	7,2550 0,0000	7,3079 0,0000	7,0148 0,0000	8,5861 0,0000
DD3	-15,8428 0,0010	-13,1619 0,0000	-13,1988 0,0000	-12,5871 0,0010	-13,1964 0,0010	-13,2823 0,0010	-12,6844 0,0010	-14,6449 0,0030
DD4	11,2109 0,0000	9,5104 0,0000	9,5640 0,0000	9,1099 0,0000	9,5356 0,0000	9,6602 0,0000	9,1179 0,0000	10,4854 0,0010
DD5	10,1283 0,0000	8,2959 0,0000	8,3274 0,0000	7,9780 0,0000	8,3186 0,0000	8,3879 0,0000	7,9811 0,0000	9,3955 0,0010
DD6	12,8982 0,0000	10,2503 0,0000	10,2724 0,0000	9,9361 0,0000	10,2774 0,0000	10,3523 0,0000	9,8993 0,0000	11,9207 0,0010
DD7	8,4268 0,0010	7,0122 0,0000	7,0443 0,0000	6,7014 0,0000	7,0310 0,0000	7,1076 0,0000	6,7192 0,0000	7,8131 0,0010
DD8	6,7631 0,0000	5,2057 0,0000	5,2107 0,0000	5,1421 0,0000	5,2188 0,0000	5,2558 0,0000	5,0669 0,0000	6,2877 0,0000
DD9	-13,1847 0,0040	-11,6391 0,0010	-11,7115 0,0010	-10,9118 0,0020	-11,6704 0,0020	-11,8059 0,0010	-11,0814 0,0020	-12,2285 0,0070

DD10	9,0515	7,6869	7,7319	7,2809	7,7083	7,7933	7,3273	8,3916
	0,0010	0,0000	0,0000	0,0010	0,0000	0,0000	0,0010	0,0020
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	15,0301	9,6863	9,7203	9,4265	9,7214	9,8184	9,3285	12,9462
R-Quadrado (D)	0,2586	0,3308	0,3331	0,3367	0,3305	0,3363	0,3312	0,2898
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,7122	-0,7032	-0,5676	-0,0447	-0,6996	-0,6455	-0,3602	-0,1383
	0,0000	0,0000	0,0010	0,8280	0,0000	0,0000	0,0390	0,5190
Preço Internacional do Petróleo	2,2126	2,2161	2,3001	2,3539	2,2249	2,2868	2,2732	2,3754
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Qte Refinada de Petróleo	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0260	0,0000	0,0000	0,0000	0,0180
Número de Postos/Km ²	0,0762	0,4551	-0,5020	1,0138	0,2071	-0,2747	1,0952	0,2949
	0,8970	0,6010	0,5250	0,1310	0,7960	0,7280	0,1300	0,7270
C1								0,1030
								0,2840
C2								-0,0234
								0,4640
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4887	0,4840	0,4792	0,5091	0,4879	0,4747	0,4670	0,4902
R-Quadrado (O)	0,9502	0,9507	0,9511	0,9485	0,9503	0,9516	0,9528	0,9500
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	15,5188	10,1702	10,1995	9,9356	10,2093	10,2931	9,7955	13,4364

**Tabela 5 – Modelos Não-nested e Nested – Dummy
na equação de demanda e núm. de postos**

DD+NP	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested
EQUAÇÃO DE DEMANDA								
Cte	-6,3931	-6,0488	-5,9982	-5,8675	-6,0382	-6,0090	-5,9351	-6,0444
PIB	0,0001	0,0002	0,0002	0,0002	0,0002	0,0002	0,0002	0,0002
Densidade Demográfica	0,0600	0,0080	0,0070	0,0060	0,0090	0,0060	0,0080	0,0140
	0,0377	0,0385	0,0383	0,0354	0,0384	0,0390	0,0370	0,0352
	0,0040	0,0030	0,0030	0,0050	0,0030	0,0020	0,0040	0,0060
Qte Consumida de Gasolina	0,0034	0,0000	-0,0003	0,0009	-0,0001	-0,0009	0,0004	0,0017
	0,4200	0,8190	0,0720	0,0020	0,9100	0,1280	0,1040	0,6830
DD1	5,8303	5,6060	5,5582	5,4241	5,5981	5,5838	5,5035	5,5213
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD2	4,9703	4,7136	4,6706	4,6275	4,7071	4,6769	4,6541	4,7391
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD3	-7,4022	-7,4095	-7,3497	-6,9323	-7,4000	-7,4522	-7,1882	-6,8946
	0,0020	0,0010	0,0010	0,0020	0,0010	0,0010	0,0020	0,0020
DD4	5,8548	5,8572	5,8369	5,729	5,8495	5,8981	5,7060	5,6341
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD5	5,0818	4,9961	4,9693	4,7708	4,9891	5,0077	4,8786	4,8297
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD6	6,6036	6,3533	6,3002	6,1410	6,3443	6,3288	6,2360	6,2464
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD7	4,2156	4,1881	4,1701	3,9656	4,1822	4,2113	4,0737	4,0072
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD8	3,7625	3,5262	3,4925	3,5033	3,5212	3,4854	3,4989	3,6084
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
DD9	-5,9054	-6,2125	-6,1966	-5,6240	-6,2050	-6,3390	-5,9395	-5,5265
	0,0100	0,0050	0,0050	0,0100	0,0050	0,0040	0,0070	0,0130

DD10	4,3798	4,4312	4,4250	4,1391	4,4251	4,4826	4,2842	4,1652
	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010	0,0010
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	6,7588	6,4008	6,3786	6,3585	6,3951	6,3773	6,3629	6,4652
R-Quadrado (D)	0,3696	0,3899	0,3910	0,3912	0,3900	0,3928	0,3897	0,3905
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,7234	-0,7144	-0,5446	-0,2466	-0,7148	-0,6053	-0,5408	-0,0307
	0,0000	0,0000	0,0000	0,1810	0,0000	0,0000	0,0000	0,8860
Preço Internacional do Petróleo	2,1532	2,1779	2,2408	2,2456	2,1747	2,2290	2,1903	2,3262
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Qte Refinada de Petróleo	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0490
Número de Postos	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,2160	0,2230	0,0760	0,5050	0,2220	0,1780	0,3740	0,1720
C1								0,5388
								0,6910
C2								-0,2252
								0,6910
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4847	0,4834	0,4733	0,4862	0,4831	0,4695	0,4689	0,5382
R-Quadrado (O)	0,9509	0,9510	0,9521	0,9512	0,9510	0,9524	0,9527	0,9456
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	7,2435	6,8842	6,8519	6,8447	6,8782	6,8468	6,8317	7,0034

Tabela 6 – Modelos Não-nested e Nested – Dummy nos instrumentos e densidade de postos

DI+DP	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested
EQUAÇÃO DE DEMANDA								
Cte	0,7893	0,7581	0,7458	0,7579	0,7566	0,7549	0,7605	0,7885
PIB	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0002	0,0000	0,0001	0,0000	0,0001	0,0001	0,0000	0,0002
	0,0010	0,0630	0,0170	0,1810	0,0200	0,0020	0,1310	0,0000
Densidade Demográfica	-0,0010	-0,0006	-0,0007	-0,0006	-0,0007	-0,0008	-0,0006	-0,0011
	0,0490	0,2080	0,1450	0,2500	0,1490	0,0980	0,2410	0,0360
Qte Consumida de Gasolina	-0,0046	-0,0001	-0,0004	0,0003	-0,0009	-0,0018	0,0001	-0,0051
	0,0060	0,7800	0,1310	0,4480	0,1980	0,0170	0,7200	0,0030
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	8,4400	9,3192	9,1965	9,4786	9,0275	8,7835	9,4034	8,4498
R-Quadrado (D)	0,1385	0,0488	0,0615	0,0331	0,0819	0,1084	0,0402	0,1382
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,6708	-0,6285	-0,4278	-0,4697	-0,6638	-0,4658	-0,5771	-0,1851
Preço Internacional do Petróleo	0,0000	0,0000	0,0360	0,0940	0,0000	0,0040	0,0130	0,3870
	2,1577	2,0946	2,2102	2,1510	2,1596	2,2483	2,1113	2,3136
Qte Refinada de Petróleo	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Número de Postos/Km2	0,1698	0,0027	-0,7243	0,4517	-0,4519	-0,7309	0,3863	0,4912
	0,7720	0,9980	0,4420	0,6160	0,5960	0,3420	0,6870	0,5590
C1								-0,1594
C2								0,0400
								0,0269
								0,5520
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4991	0,5295	0,5144	0,4854	0,5207	0,4980	0,5065	0,4789
R-Quadrado (O)	0,9502	0,9497	0,9501	0,9536	0,9483	0,9502	0,9517	0,9519
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	8,9391	9,8486	9,7109	9,9640	9,5482	9,2815	9,9099	8,9286

Tabela 7 – Modelos Não-nested e Nested – Dummy nos instrumentos e número de postos

DI+NP	CP-CP	CA-CA	CP-CA	CA-CP	CO-CO	CP-CO	CA-CO	Nested
EQUAÇÃO DE DEMANDA								
Cte	0,7940	0,7608	0,7480	0,7633	0,7570	0,7529	0,7662	0,7872
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
PIB	0,0002	0,0000	0,0001	0,0000	0,0001	0,0001	0,0000	0,0002
	0,0010	0,0550	0,0220	0,1570	0,0240	0,0040	0,1050	0,0010
Densidade Demográfica	-0,0010	-0,0006	-0,0006	-0,0006	-0,0007	-0,0007	-0,0006	-0,1062
	0,0530	0,2290	0,2060	0,2400	0,1820	0,1360	0,2320	0,0400
Qte Consumida de Gasolina	-0,0046	-0,0001	-0,0003	0,0002	-0,0007	-0,0015	0,0001	-0,0049
	0,0060	0,5040	0,0920	0,5520	0,2110	0,0250	0,8800	0,0040
Soma do Quadrado do Resíduo (D)	8,4412	9,3018	9,2163	9,4429	9,0822	8,8597	9,3672	8,4441
R-Quadrado (D)	0,1384	0,0509	0,0596	0,0362	0,0760	0,1007	0,0439	0,1383
EQUAÇÃO DE OFERTA								
Cte	-0,6880	-0,6496	-0,4797	-0,5314	-0,6694	-0,5040	-0,6293	-0,2020
	0,0000	0,0000	0,0050	0,0450	0,0000	0,0010	0,0020	0,3460
Preço Internacional do Petróleo	2,1699	2,1165	2,2029	2,1504	2,1411	2,2229	2,1093	2,3419
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
Qte Refinada de Petróleo	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0080
Número de Postos	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000	0,0000
	0,3410	0,3280	0,2010	0,6090	0,3920	0,3390	0,5340	0,3300
C1								-0,1346
								0,0640
C2								0,0552
								0,1710
Soma do Quadrado do Resíduo (O)	0,4863	0,5100	0,4912	0,4796	0,5100	0,4885	0,5022	0,4704
R-Quadrado (O)	0,9510	0,9506	0,9519	0,9535	0,9496	0,9513	0,9515	0,9524
Soma Total dos Quadrados dos Resíduos	8,9275	9,8118	9,7074	9,9225	9,5922	9,3482	9,8694	8,9145

Tabela 8 – Testes de Wald referentes aos seis modelos Nested

2D + DP				DD + DP				DI + DP			
Teste de Wald				Teste de Wald				Teste de Wald			
Modelo	C1	C2	Valor - P	Modelo	C1	C2	Valor - P	Modelo	C1	C2	Valor - P
CP-CP	0,000	0,000	0,70	CP-CP	0,000	0,000	0,26	CP-CP	0,000	0,000	0,25
CA-CA	1,000	1,000	0,40	CA-CA	1,000	1,000	0,00	CA-CA	1,000	1,000	0,00
CP-CA	0,000	1,000	0,04	CP-CA	0,000	1,000	0,00	CP-CA	0,000	1,000	0,00
CA-CP	1,000	0,000	0,05	CA-CP	1,000	0,000	0,00	CA-CP	1,000	0,000	0,00
CO-CO	0,235	0,223	0,65	CO-CO	0,235	0,223	0,00	CO-CO	0,235	0,223	0,00
CP-CO	0,000	0,223	0,52	CP-CO	0,000	0,223	0,00	CP-CO	0,000	0,223	0,00
CA-CO	1,000	0,223	0,12	CA-CO	1,000	0,223	0,00	CA-CO	1,000	0,223	0,00
2D + NP				DD + NP				DI + NP			
Teste de Wald				Teste de Wald				Teste de Wald			
Modelo	C1	C2	Valor - P	Modelo	C1	C2	Valor - P	Modelo	C1	C2	Valor - P
CP-CP	0,000	0,000	0,10	CP-CP	0,000	0,000	0,86	CP-CP	0,000	0,000	0,25
CA-CA	1,000	1,000	0,00	CA-CA	1,000	1,000	0,00	CA-CA	1,000	1,000	0,00
CP-CA	0,000	1,000	0,00	CP-CA	0,000	1,000	0,00	CP-CA	0,000	1,000	0,00
CA-CP	1,000	0,000	0,00	CA-CP	1,000	0,000	0,00	CA-CP	1,000	0,000	0,00
CO-CO	0,235	0,223	0,02	CO-CO	0,235	0,223	0,02	CO-CO	0,235	0,223	0,00
CP-CO	0,000	0,223	0,00	CP-CO	0,000	0,223	0,12	CP-CO	0,000	0,223	0,00
CA-CO	1,000	0,223	0,00	CA-CO	1,000	0,223	0,00	CA-CO	1,000	0,223	0,00
Valor Tabela (5%) - 5,992				2D = Dummies nas equações de oferta e de demanda				DP = Densidade de postos			
Não Rejeito a 10%				DD = Dummies na equação de demanda				NP = Número de postos			
				DI = Dummies somente como instrumentos							

Analisando os doze modelos (seis não-*nested* e seis *nested*, estes últimos chamados de “geral” nas tabelas acima), cujos resultados foram reportados nas Tabelas 2 a 7, pode-se dizer, em primeiro lugar, que a modelagem com número de postos (NP) parece ser mais apropriada do que a com densidade de postos (DP), de forma geral. Isso pode ser visto basicamente por dois fatos. Primeiro, porque a STQR foi menor em todos os modelos em que se usou NP. Tanto nos modelos não-*nested* como nos modelos *nested*. Segundo, porque mais coeficientes mostraram-se estatisticamente significativos e com os sinais esperados.

Uma possível explicação para tal evidência poderia ser o fato de que, como se trata da especificação da curva de oferta, o valor absoluto do número de postos é uma variável que se enquadra melhor na equação do que um valor relativo, como a densidade de postos. O volume ofertado a um estado, e conseqüentemente seu preço, depende de quantos postos existem na área e quanto cada posto consome. A densidade de postos talvez fosse apropriada caso se desejasse captar o grau de competitividade da região, podendo ser especificada na equação de demanda, o que não é o caso.

Quanto à equação de oferta, em particular, em todos os modelos, DP e NP, *nested* e não-*nested*, de forma geral, o preço internacional tem o sinal esperado e é estatisticamente significativo. Já com relação à quantidade refinada de petróleo, esta apresenta coeficiente próximo a zero (aproximadamente na décima segunda casa decimal), na maioria dos casos. Este fato indica que a interpretação mais adequada para esta variável, no caso do Brasil, é que a Petrobras tem uma política, entre outras, de atender adequadamente o mercado interno de gasolina, exportando, quando há um excesso de oferta com relação à demanda, e importando, quando há uma escassez da oferta, *vis-à-vis* a demanda. O número de postos ou densidade de postos é que se mostrou, em sua maioria, estatisticamente não significativo. Além disso, as *dummies*, quando foram incluídas tanto na equação de oferta quanto na de demanda, se mostraram estatisticamente não significativas na de oferta.

Fazendo uma análise geral, em cada uma das 6 tabelas, com relação aos modelos expostos no caso “não-*nested* 2D+DP” (Tabela 2), a variável PIB é estatisticamente não significativa em todos os modelos, embora tenha quase sempre o sinal esperado. Além disso, pode-se notar que as *dummies* estaduais são todas significativas na demanda, mas, de forma geral, não são na equação de oferta. Ademais, a densidade de postos tem o sinal esperado, mas também é estatisticamente não significativa. O único modelo que teve o sinal da quantidade consumida de gasolina esperado e teve o coeficiente

estatisticamente significativo foi o CP-CA, que apresentou a segunda menor STQR, seguido de CP-CO.

Já com respeito ao grupo de modelos “*não-nested* DD+DP” (Tabela 4), de forma geral, não houve uma alteração grande com relação ao modelo anterior, exceto pelo fato da SQTR ter sido um pouco menor. Como, no entanto, a variável quantidade consumida de gasolina é não significativa ou o sinal não é o esperado, não se pode concluir por um “melhor modelo”.

Com respeito ao grupo “*não-nested* DI+DP” (Tabela 6), dois dos modelos apresentam o sinal do coeficiente relativo à quantidade consumida de gasolina negativo, e seus coeficientes são estatisticamente significativos (CP-CP e CP-CO), além do modelo *nested*. CP-CP é o que apresenta a menor STQR. Além disso, todas as variáveis desse modelo têm o sinal esperado, exceto a densidade demográfica. Ademais, em CP-CP todos os coeficientes são estatisticamente significativos, exceto a densidade de postos.

De forma semelhante, a mesma análise pode ser feita com os modelos relativos aos três grupos “*não-nested* com NP”. Com relação ao grupo de modelos 2D+NP (Tabela 3), o CP-CO apresenta a menor STQR, entre CP-CO e CP-CA, apesar de ambos serem semelhantes em termos de sinais esperados e significância estatística. Houve um bom comportamento das variáveis, exceto pela não significância estatística do PIB em CP-CA.

No concernente ao grupo DD+NP (Tabela 5), CP-CA foi o único modelo que apresentou o sinal esperado para a variável quantidade de gasolina, que, também, teve seu coeficiente estatisticamente significativo. Por último, quanto ao grupo DI+NP (Tabela 7), dos três modelos que tiveram sinais esperados e significância estatística na quantidade da gasolina (CP-CP, CP-CA, CP-CO), CP-CP, assim como em DI+DP, foi o escolhido, por ter a menor STQR.

Com relação aos demais critérios, segue uma análise mais objetiva. Resumidamente, quanto ao segundo critério, em todos os seis modelos *nested*, não se pode rejeitar o modelo CP-CP a 1%. E, por fim, quanto ao terceiro critério (Tabela 8), também não se pode rejeitar, em nenhum dos modelos, a hipótese conjunta CP-CP (teste de Wald).

A idéia é que um critério sirva para corroborar a conclusão encontrada por um outro e não para conflitar com seus resultados. Se, por exemplo, um dos modelos, pelo teste de Wald (terceiro critério), é rejeitado, não se deve estar escolhendo ele por algum outro critério. Fazendo, portanto, uma análise conjunta de cada modelo, considerando os três critérios, às vezes não foi possível chegar a uma conclusão, às vezes sim. Em 2D+NP, não se pode

optar por um modelo diretamente, pois somente nos dois últimos critérios houve coincidência: CP-CP. Pelo primeiro critério, o resultado foi CP-CO. Em 2D+DP e DD+NP, apesar de, pelos dois últimos critérios, o modelo escolhido ser CP-CP, pelo primeiro, foi CP-CA. Em DD+DP, DI+DP e DI+NP, no entanto, optou-se por escolher CP-CP, por ter havido uma coincidência entre todos os nove resultados. O modelo CP-CP, portanto, é o que parece ser o mais aderente e é o escolhido como sendo o resultado deste estudo.

Vale, porém, fazer uma ressalva. Como os dados de preços referem-se aos da gasolina tipo C na “bomba” e os de custo marginal refletem mais proximamente esse custo para a distribuidora do que para o varejista, o resultado de concorrência perfeita diz respeito a esses dois segmentos em conjunto e não tão-somente ao varejo. A conclusão que se deriva dessa interpretação é que a evidência aponta para uma estrutura de mercado em que ambos os segmentos funcionam com margens de lucro de concorrência perfeita.

Destarte, resumindo todos os resultados referentes aos doze modelos, pode-se afirmar que: 1) o modelo com NP parece estar melhor especificado do que o com DP; 2) pelo segundo critério, não se pode rejeitar separadamente o modelo CP-CP, no que diz respeito a todos os seis conjuntos de especificações; 3) pelo terceiro critério, isto é, pelo teste de Wald, não se pode rejeitar o modelo CP-CP e rejeitam-se os demais, em quatro dos seis modelos. Mesmo nos dois outros, em que alguns outros modelos não podem ser rejeitados, CP-CP não pode ser rejeitado; 4) pelo primeiro critério, o resultado CP, para o período antes de 1997, foi unânime (nos 6 modelos). Já para o período após 1997, não houve unanimidade nos resultados, embora o resultado CP tenha sido condizente com os resultados (CP) atinentes aos demais critérios; 5) dos modelos considerados, os coeficientes da quantidade consumida de gasolina, do PIB, do WTI e da quantidade refinada foram todos esperados e estatisticamente significativos. A densidade demográfica também apresentou essas características na maioria das vezes. Por fim, o número de postos ou densidade de postos foi estatisticamente não significativo na maior parte dos casos.

Como se pode notar, portanto, o resultado que prevaleceu foi o modelo CP-CP. Para o período antes de 1997, como já mencionado, CP foi um resultado unânime. Os preços nessa época eram fixados pelo governo, mas de forma diferente entre os estados. Este estudo sugere que, mesmo controlados e fixados, os preços refletiam o custo marginal de venda de cada estado. Dessa forma, este ensaio sugere que governo não usava seu poder de monopólio, mesmo tendo uma de suas empresas como líder (BR Distribuidora, que

também atua no varejo). Uma possível explicação diz respeito às políticas públicas que os governos traçam e seguem. Por algum tempo, o governo brasileiro regulava e decidia sobre os patamares tarifários (energia elétrica e telecomunicação, por exemplo) e sobre alguns preços da economia, como é o caso da gasolina. Como observam Pinheiro e Giambiagi (BNDES, 2000), essas atitudes eram componentes habituais da política econômica, inicialmente com o intuito de aumentar a competitividade dos produtores domésticos e, a partir de 1985, na tentativa de combater a inflação.

Já para o período depois de 1997, o resultado CP, embora não tenha sido unânime, foi aquele encontrado na maioria dos doze modelos, considerando-se os três critérios. Assim, este estudo sugere que, se há casos de cartéis no mercado de gasolina – como demonstrado pelo elevado número de processos administrativos com respeito à conduta anticompetitiva (cartel) neste mercado e de acordo com os casos condenados pelo CADE – em média anual o equilíbrio “preço-quantidade”, ou a margem “preço-custo marginal”, é próximo ao equilíbrio e à margem de um mercado competitivo.

7. Conclusão

Em 1997, por meio da Lei 9.478, criou-se a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e houve a quebra do monopólio da exploração pela Petrobrás. A partir daí, várias alterações ocorreram no setor, destacando-se a liberalização dos preços na distribuição e no varejo da gasolina. O objetivo deste ensaio foi a investigação de dois fatos. O primeiro deles diz respeito ao período antes de 1997. O governo controlava os preços desse mercado, agindo como um *price maker*. Será, no entanto, que ele, tendo a possibilidade de decidir sobre os preços do mercado, exercia este “poder de monopólio”? O segundo diz respeito ao período após 1997. Ao mesmo tempo em que se observava um grande número de novos entrantes no *downstream*, percebia-se, também, um elevado número de processos administrativos sendo abertos na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), para averiguar a existência de cartéis no setor, e notava-se que os processos referentes a essa infração recebiam a condenação pelo CADE. Será, portanto, a estrutura competitiva ou colusiva?

Muito embora o tipo de arcabouço teórico aqui utilizado não seja recente nos estudos empíricos em organização industrial, este é o primeiro trabalho que identifica a estrutura de mercado de gasolina no Brasil antes da liberalização de preços, em 1997, e como passou a ser depois dessa época. A

inspiração metodológica partiu da pesquisa elaborada por Coloma (2002), que realizou uma análise semelhante para o mercado de gasolina na Argentina, após a fusão Repsol e YPF.

A amostra do presente trabalho contém 77 observações e corresponde a sete anos (1995 a 2001) e a 11 estados do Brasil. Os demais estados não puderam ser contemplados por falta de dados relativos aos preços. As estimações dos modelos de demanda-oferta foram feitas pelo método dos mínimos quadrados em três estágios, sendo utilizado o *software* TSP.

O resultado que prevaleceu foi o modelo concorrência perfeita – concorrência perfeita (CP-CP). Para o período antes de 1997, CP foi o resultado que preponderou em todas as especificações testadas. Para o período pós-1997, o resultado CP, embora não tenha tido uma concordância geral, foi aquele encontrado na maioria dos 12 modelos, considerando-se os três critérios. Dessa forma, o governo parece não ter “abusado do seu poder de monopólio” antes de 1997, e as características competitivas do mercado parecem ter predominado no período após essa data.

Talvez por razões de política pública, para manter a inflação em patamar baixo, o governo controlava os preços, antes de 1997, em níveis compatíveis com os resultados de concorrência perfeita. Além disso, ademais de o mercado do varejo da gasolina caracterizar-se por comportar muitas firmas, há baixas barreiras à entrada, fazendo que haja suficiente rivalidade. Como visto na subseção estatística descritiva, o *market share* e o HHI, além de serem baixos, foram diminuindo ao longo do tempo relativo à amostra. Estes fatos, por si só, já indicam um mercado competitivo.

A conclusão de que o equilíbrio vigente é o de concorrência perfeita, depois de 1997, não significa, necessariamente, que não haja formação de cartéis no varejo da gasolina, mas que as margens de lucro são próximas a zero, quando se toma uma média anual dos preços e das quantidades. Em outras palavras, se há colusão entre as firmas, evidenciada pelos inúmeros processos administrativos abertos na SDE e pelos casos julgados e condenados pelo CADE, esta constituição não deve ter conseqüências significativas para a sociedade brasileira em termos quantitativos (“perda do peso morto”). Provavelmente se trata de conluíus instáveis, em que, mesmo formados, seus participantes tendem a desviar-se com facilidade dos acordos estabelecidos entre eles. Caso contrário, o *mark-up* entre preço e custo marginal seria alto.

Dependendo da estrutura do mercado, dessa forma, um cartel pode ser mais prejudicial para a sociedade do que outros. Mensurar a “perda do

peso morto”, portanto, pode ser um critério objetivo na “escolha”, por parte do SBDC, de em quais casos devem ser postos mais empenhos para serem encontrados (se houver mais cartéis “a serem caçados” do que possibilidades físicas disponíveis do Sistema). Mesmo os processos administrativos abertos por denúncias deveriam passar por uma triagem. Mercados como o do cimento ou do aço, por exemplo, provavelmente possuem características estruturais que os devem levar a perdas expressivas para a sociedade, se formado um cartel.

Não se defende aqui, contudo, o não combate ao cartel de mercados como o da gasolina. Esta conduta anticompetitiva, de forma geral, deveria, inclusive, ser entendida pela lei da concorrência (artigo 20 e 21 da Lei no 8.884/94) como *per se* e ser punida com mais rigor, como ocorre nos EUA, em que seus participantes podem ir para a cadeia, se a colusão for provada, pois se trata de processo criminal e não administrativo.³⁷ Manifesta-se a favor, por outro lado, que, considerando que os órgãos vinculados ao SBDC têm recursos escassos, tanto em nível de capital humano, como físico, seria mais razoável que os empreendimentos desses órgãos se direcionassem, com mais vigor, para setores em que haja alta probabilidade de formação de cartéis e que, ao mesmo tempo, gerem “elevadas perdas sociais”. O Sistema deveria se organizar entre si e entre as agências reguladoras para atuar de forma mais pró-ativa, planejada e estratégica, e menos reativa sobre determinados mercados.

Tampouco está sendo defendida aqui a tese de que cartel deva continuar sob a égide da “regra da razão” (como indicada pela Lei 8.884/94), tendo como um critério a mensuração da “perda do peso morto”. Se um caso dessa conduta for comprovado, deveria ser condenado, não só de forma *per se*, mas também no âmbito criminal (no Brasil, pela Lei 8.137/90,³⁸ artigo 4.º, cartel é crime, e as penas estão previstas no próprio artigo 4.º, no final³⁹). Esta, aliás,

³⁷ Uma resenha sobre os procedimentos dos órgãos da concorrência do Brasil e dos EUA com relação à conduta anticompetitiva colusiva pode ser encontrada em Schmidt (2002a e 2002b).

³⁸ Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências – Capítulo II (dos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo), artigo 4.º, itens II (formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando a, b e c e V).

³⁹ Nos artigos 9.º (o inciso I faz referência ao 4.º) e 10 dessa mesma Lei estão presentes os critérios que o juiz deve utilizar para a imposição da pena.

é uma questão subjetiva, não sendo o foco deste ensaio. Especialistas na área, sejam economistas sejam advogados, estão longe de obter conformidade entre as discussões acerca de que se deva ou não tratar o cartel na esfera criminal ou administrativa ou de forma *per se* ou sob a “regra da razão”. A mensuração da “perda” está sendo evocada aqui “apenas” como um critério para a priorização dos casos a serem perquiridos. Afinal, é muito custoso “buscar” cartéis e ser bem-sucedido.

A mensagem que o resultado deste ensaio traz consigo é de alertar que uma avaliação quantitativa, objetiva e tangível (como mensurar a margem de lucro ou a perda do peso morto de determinados mercados) deveria, também, ser levada a cabo no momento da decisão sobre o grau de esforço empreendido pelo Sistema na busca de cartéis (decisão esta que deve ser feita, caso não esteja sendo cogitada). Se a atenção fosse canalizada para os casos mais custosos para a sociedade, o Brasil sairia ganhando se o Sistema lograsse condená-los. Afinal, qual é função básica, de forma geral, dos órgãos antitruste, senão, grosso modo, de defender os “bolsos” dos consumidores? Será que mercados, mesmo cartelizados, caracterizados por terem seus *outputs* próximos aos de uma estrutura de concorrência perfeita, provocando um baixo custo para a sociedade, merecem uma dedicação grande por parte de tais órgãos?

Deste trabalho é possível que se retirem idéias para futuras pesquisas. Uma sugestão seria calcular a perda do peso morto no setor de gasolina no varejo após 1997, na linha de Hargerber (1954) e Daskin (1991). Outra proposta seria refazer este estudo reduzindo-se a dimensão geográfica. Assim, em vez de Brasil, a delimitação seria um estado, uma cidade ou um bairro, dependendo da extensão territorial e da disponibilidade de dados. Uma terceira sugestão seria refazer a pesquisa com a base de dados em uma periodicidade mensal. Por último, na mesma linha deste estudo, avaliar o impacto para o Brasil da fusão entre as empresas Esso Brasileira de Petróleo e Móbil ou de mensurar as perdas para o Brasil se houver uma saída de uma das empresas citadas neste artigo do mercado brasileiro (como a Shell vem anunciando que pretende fazer).

Anexo

Tabela A – Dados do mercado de combustíveis no Brasil

Petróleo – Brasil (10 ⁶ litros)							
C	P	M	X	%M/C	% (P-X)/C	% (M-X)/C	%P/C
2001	114.571	96.757	24.243	6.428	21,2%	78,8%	15,5%
2002	101.700	93.254	22.081	13.635	21,7%	78,3%	8,3%
2003	99.044	92.690	20.384	14.030	20,6%	79,4%	6,4%
2004	84.313	73.862	21.164	10.714	25,1%	74,9%	12,4%

Derivados Petróleo – Brasil (10 ⁶ litros)							
C	P	M	X	%M/C	% (P-X)/C	% (M-X)/C	%P/C
2001	105.363	97.227	18.224	10.088	17,3%	82,7%	7,7%
2002	102.404	95.003	16.801	9.399	16,4%	83,6%	7,2%
2003	97.585	94.708	12.714	9.836	13,0%	87,0%	2,9%
2004	74.403	74.523	7.178	7.298	9,6%	90,4%	-0,2%

Gasolina tipo A – Brasil (10 ⁶ litros)							
C	P	M	X	%M/C	% (P-X)/C	% (M-X)/C	%P/C
2001	16.942	19.307	0	2.965	0,0%	100,0%	-18,1%
2002	15.543	18.769	164	3.390	1,1%	98,9%	-20,8%
2003	15.158	17.655	182	2.679	1,2%	98,8%	-16,5%
2004	11.511	12.934	55	1.478	0,5%	99,5%	-12,4%

Fonte: ANP

Obs1: Os dados referentes a 2004 dizem respeito aos meses de janeiro a setembro.

Obs2: C = consumo, P = produção = refino = processamento, M = importação e X = exportação.

Obs3: O consumo foi encontrado usando a seguinte aproximação: C = P + M - X.

Obs4: Consumo ANP (C ANP) = vendas distribuidoras que declaram o formulário DCP (Declaração de Controle de Produtos). Gasolina C.

Obs5: A gasolina tipo C é composta aproximadamente de 78% de gasolina tipo A e 22% de álcool anidro.

Obs6: O consumo ANP ajustado (C ANP a) leva em consideração que gasolina C = 78% gasolina A.

Obs7: Possível explicação para a diferença entre o consumo teórico e o divulgado pela ANP: (1) M e X clandestina de derivados e gasolina, respectivamente.

Bibliografia

- APPELBAUM, E. (1979) Testing price taking. *Journal of Econometrics*, v. 9, p. 283-294.
- BAIN, J. (1951) Relation of profit rate to industry concentration: American manufacturing, 1936-40. *Quarterly Journal of Economics*, v. 65, n. 3, p. 293-324.
- BAKER, J. B.; BRESNAHAN, T. F. (1985) The gains from mergers or collusion in product-differentiated industries. *Journal of Industrial Economics*, v. 33, n. 4, p. 427-444.
- _____. (1988) Estimating the residual demand curve facing a single firm. *International Journal of Industrial Organization*, v. 6, p. 283-300.
- _____. (1992) Empirical methods of identifying and measuring market power. *Antitrust Law Journal*, v. 61, n. 1.
- BERTRAND, J. (1883) Review of théorie mathématique de la richesse sociale and recherches sur les principales mathématique de la théorie des richesses. *Journal des Savants*, p. 499-509.
- BRESNAHAN, T. F.; SCHMALANSEE, R. C. (1987) The empirical renaissance in industrial economics: an overview. *Journal of Industrial Economics*, v. 35, n. 4, p. 371-378.
- CARLTON, D.; PERLOFF, M. (1999) *Modern industrial organization*. 3. ed. Addison-Wesley Longman, Inc.
- CLARKE, R.; DAVIES, S. (1982) *Market structure and price-cost margins*. *Económica*, v. 49, p. 227-287.
- COLLINS, N. R.; PRESTON, L. E. (1969) Price-cost margins and industry structure. *Review of Economics and Statistics*, v. 51, p. 226-242.
- COLOMA, G. (2002) The effect of the Repsol-YPF merger on the Argentine gasoline market. *Review of Industrial Organization*, v. 21, n. 4, p. 399-418.
- COURNOT, A. (1838) *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses* [Edição inglesa: *Researches into the mathematical principles of the theory of wealth*. New York: MacMillan, 1897].
- COWLING, K.; WATERSON, M. (1976) Price-cost margins and market structure. *Económica*, v. 43, p. 267-274.

- CUBBIN, J. (1983) Apparent collusion and conjectural variations in differentiated oligopoly. *International Journal of Industrial Organization*, p. 155-163.
- CYSNE, R. P.; ISSLER, J. V. (1997) Parecer sobre a *joint venture* Brahma-Miller, mimeo.
- CYSNE, R. P.; RESENDE, M.; ISSLER, J. V. (2001) Demanda por cerveja no Brasil: um estudo econométrico. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 31.
- DASKIN, A. J. (1991) Deadweight loss in oligopoly: a new approach. *Southern Economic Journal*, v. 58, n. 1, p. 171-185.
- DICKSON, V. A. (1981) Conjectural variation elasticities and concentration. *Economic Letters*, p. 281-285.
- DIXIT, A.; STERN, N. (1982) Oligopoly and welfare: a unified presentation with applications to trade and development. *European Economic Review*, v. 19, p. 123-143.
- FRASER, C. D. (1994) Conjectural variations, In: CABLE, J. (ed.) *Current issues in industrial economics*. London: MacMillan, p. 55-80.
- GEROSKI, P. A.; PHILIPS, L.; ULPH, A. (1985) Oligopoly, competition and welfare: some recent developments. *Journal of Industrial Economics*, v. 33, p. 369-386.
- GOLLOP, F.; ROBERTS, M. J. (1979) Firm interdependence in oligopolistic markets. *Journal of Econometrics*, v. 10, p. 323-331.
- GREENE, W. H. (1997) *Econometric analysis*. 3. ed. Estados Unidos: Prentice Hall Inc.
- HARBERGER, A. C. (1954) Monopoly and resource allocation. *American Economic Review*, Maio, p. 77-87.
- ISSLER, J. V.; RESENDE, M. (1999) *Estimativas econométricas da demanda por cerveja no Brasil*, mimeo.
- IWATA, G. (1974) Measurement of conjectural variation in oligopoly. *Econometrica*, v. 42, p. 947-966.
- JOHNSTON, J. (1991) *Econometric methods*. 3. ed. McGraw-Hill International Editions.
- JUDGE, G. G.; GRIFFITHS, W. E.; HILL, R. C. et al. (1988) *Introduction to the theory and practice of econometrics*. 2. ed. New York: John Wiley & Sons.

- KMENTA, J. (1990) *Elements of econometrics*. 2. ed. New York: MacMillan.
- KREPS, D.; SCHEINKMAN, J. (1983) Quantity precommitments and Bertrand competition yield Cournot outcomes. *The Bell Journal of Economics*, 14, p. 326-337.
- LIMA, M. A. M. (2001) *Margens de lucro e ciclos econômicos no Brasil: um estudo econométrico*. Porto Alegre/RS, PPGE/UFRGS, Dissertação de Mestrado.
- LIMA, M.; RESENDE (2001) A evolução da densidade sindical no Brasil – 1992/99. *Estudos econômicos*, v. 31, n. 4, 2001.
- MADDALA, G. S. (1992) *Introduction to econometrics*. 2. ed. Estados Unidos: Prentice Hall.
- MAS-COLELL, A.; WHINSTON, M.; GREEN, J. (1995) *Microeconomic Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA DO BRASIL E MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO BRASIL (2001) Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal anexo a Portaria conjunta Secretaria de Acompanhamento Econômico (www.fazenda.gov.br/seae) e Secretaria de Direito Econômico (www.mj.gov.br/sde) n. 50, de 1.º de agosto de 1999.
- PINHEIRO A. C.; MOURA, A. (2002) Segmentation and the use of information in Brazilian credit markets. In: MILLER, Margaret (Ed.). *Credit reporting systems and the international economy*. Cambridge: MIT Press.
- RASHID, S. (1988) Quality in contestable markets: a historical problem? *Quarterly Journal of Economics*, February.
- SCHMIDT, C. A. J. (2002a) *Some lessons on the antitrust procedures in the USA for the Brazilian Competition Defense System*. Documento de Trabalho, Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF, n. 25.
- _____. (2002b) Antitruste: como funciona no Brasil nos EUA?, *Conjuntura Econômica*, novembro.
- SCHMIDT, C. A. J.; LIMA, M. A. M. (2002) *Índices de concentração*. Documento de Trabalho, Brasília: Secretaria de Acompanhamento Econômico/MF, n. 13.

- _____. (2005) A demanda por aço e a perda do peso morto. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 127-147, jan.-mar. 2006.
- SOCIEDADE BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO ENERGÉTICO/ COPPE/UFRJ (1990), Seminário sobre o desabastecimento do álcool e o risco do metanol. *Revista Brasileira de Energia*, v. 1, n. 2, p. 49.
- STACKELBERG, H. (1934) *Markform und Gleichgewicht*. Vienna and Berlin: Springer Verlag.
- TIROLE, J. (1995) *The theory of industrial organization*. 8. ed. Cambridge: MIT Press.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE (www.usdoj.gov); FEDERAL TRADE COMMISSION (www.ftc.gov) (1992) *Horizontal Merger Guidelines*, revisto em 1997, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) P13104.
- VASCONCELLOS, M. A. S.; ALVES, D. (Coord.) (2000) *Manual de econometria: nível intermediário*. Equipe de Professores da USP. 1. ed. São Paulo: Atlas.
- VISCUSI, W.; VERNON, J.; HARRINGTON, J. (1995) *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Chicago: MIT Press.
- WILLIG, R. D. (1991) Merger analysis, industrial organization theory and merger guidelines. *Brookings Papers on Economic Activity Microeconomics*, v. 1991, p. 281-312.
- WYLLIE, Ricardo L. (2001) *Mercado de cerveja no Brasil: um estudo econométrico*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: EPGE/FGV.

UMA ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO COLUSIVO NO MERCADO BRASILEIRO DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP)

Demétrio Matos Tomázio

1. Introdução

É consensual que o exercício indiscriminado de poder de monopólio geralmente resulta em alocação ineficiente de recursos e que o estudo das estruturas de mercado oligopolizadas pode permitir a identificação de condutas anticompetitivas e dessa forma viabilizar a prevenção da monopolização desses mercados, seja por meio de uma intervenção, da política antitruste, ou do aperfeiçoamento do arcabouço regulatório. Esse problema adquire importância ainda maior quando se analisa a realidade da economia brasileira, marcada pela existência de um grande número de setores onde predomina a concorrência oligopolística, agravada pelo pequeno grau de abertura de nossa economia.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma análise do mercado brasileiro de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP), nos Estados brasileiros, utilizando um instrumento teórico da Nova Economia Industrial¹ (que se caracteriza por utilizar uma série de modelos de interação estratégica), com o intuito de tentar identificar se os resultados observados nesse mercado estão de acordo com um modelo de oligopólio formal. A metodologia utilizada para a análise adota o modelo proposto por Lambson (1987), que lida com a sustentabilidade de colusões mediante ameaças críveis. Ao analisar se as previsões do modelo realmente se materializaram no mercado em estudo, podemos avaliar se o comportamento das firmas pode ser realmente assumido como colusivo e dessa forma subsidiar decisões dos órgãos antitruste.

¹ Mais detalhes em Tirole (1993).

2. Capacidade produtiva e colusão

Alguns autores como Benoit e Krishna (1987) reconhecem que decisões relacionadas a quantidades são geralmente decisões de médio a longo prazos, sendo relativamente inflexíveis no curto prazo. Decisões a respeito de preços, por outro lado, são decisões de curto prazo. Nesse contexto, os autores apresentam um modelo dinâmico onde as firmas escolhem uma escala de operação e depois se engajam em um jogo competitivo de repetições infinitas onde a variável de escolha é o preço. As decisões de quantidade estão sujeitas a um substancial custo de ajustamento e são relativamente inflexíveis no curto prazo. Preços, por outro lado, são completamente flexíveis. A colusão em quantidades é alcançada ao permitir retaliações contra desvios por meio da instalação de capacidade produtiva ociosa. O principal objetivo do artigo de Benoit e Krishna é encontrar propriedades que possam ser compartilhadas por todos os equilíbrios de seu modelo. Nesse sentido eles demonstram que todos os equilíbrios (exceto aqueles onde firmas imitam a produção de Cournot-Nash) envolvem firmas que escolhem excesso de capacidade produtiva, além do que seria necessário. Este excesso de capacidade permite que as firmas consigam manter os preços acima do nível de equilíbrio de Cournot-Nash. Osborne e Pitchik (1987) também chegaram a conclusões similares ao constatar que se as firmas carregarem excesso de capacidade produtiva, enquanto o custo dessa capacidade não for muito alto, para que a quantidade produzida na colusão seja suportada, esse excesso de capacidade produtiva acaba servindo como ameaça de punição a potenciais desvios.

Posteriormente Davidson e Deneckere (1990) analisaram uma classe de equilíbrio no modelo dinâmico de Benoit e Krishna (1987) no qual as firmas escolhem sua escala de operação antes de se engajarem em um jogo de repetição infinita com competição de preços. O interesse principal desses dois autores está na relação entre o nível de excesso de capacidade e o grau de colusão em preço que pode ser sustentando nesse mercado. Para isso, eles examinam o equilíbrio no qual as firmas participam de colusões tácitas em preços, mas não em decisões de investimento (capacidade). Posteriormente a atenção é concentrada em equilíbrios que não são Pareto² dominantes dentro

² Já que as firmas incorrem em custos extras para manter excesso de capacidade produtiva de forma a sustentar uma produção colusiva. Esse custo extra não seria carregado por um monopolista.

dessa classe de equilíbrio de “semicolusão”. Em seu trabalho, Davidson e Deneckere demonstram que a capacidade produtiva e colusão aumentam se houver diminuição na taxa de juros ou queda no custo de instalação de capacidade. Aumentos na taxa de juros reduzem o valor capitalizado de perdas futuras acarretadas por retaliação, tornando dessa forma mais difícil a sustentação da colusão. Uma vez que o excesso de capacidade produtiva pode ser usado para suportar uma produção de colusão, então menos capacidade produtiva será necessária se houver um menor grau de colusão num determinado mercado.

Uma outra resposta formal é dada por Lambson (1987) ao apresentar uma aplicação ao problema da credibilidade em ameaças de punição numa colusão, da teoria de *simple penal codes* de Abreu (1986) para o caso de um oligopólio que tenha preços como a variável de escolha e onde existam restrições na capacidade produtiva das firmas participantes. Suponha que firmas concordem, de maneira tácita ou explícita, na adoção de um preço determinado e na quantidade a ser produzida em cada período. Elas também concordam na adoção de uma trajetória temporal de punição, na forma de preços, a ser seguida caso alguma firma se desvie do preço que foi acordado. Uma trajetória de punição será crível se está no interesse de cada firma não se desviar da punição caso ela tenha que ser imposta. A punição terá o seguinte formato: no primeiro estágio, o preço é reduzido para acarretar uma perda de lucros, posteriormente, no segundo estágio da punição, existe uma reversão para uma alocação mais lucrativa. Desse modo, será vantajoso para a firma desviante aceitar a punição, uma vez que, caso não se comporte dessa maneira, resultará na reimposição da fase punitiva do jogo, e o retorno à fase cooperativa e mais lucrativa do jogo acontecerá apenas num período posterior. Caso uma firma que não tenha desviado originalmente se recuse a participar da punição da firma desviante, ela se tornaria uma firma desviante e seria punida pelas outras firmas.

Em seu modelo, Lambson agrega formalmente o requerimento da credibilidade ao conceito de equilíbrio perfeito em subjogos (SGPE). É demonstrado que a estratégia de aderir ao preço e à alocação produtiva acordados, enquanto nenhuma firma se desvie, e de aderir imediatamente à trajetória de punição, caso alguma firma se desvie, resulta num equilíbrio de Nash para todos os subjogos possíveis do jogo de repetições infinitas. Qualquer alocação particular de preços e produção pode ou não

ser suportada pela teoria de *simple penal codes* de Abreu. Isto dependerá do fator de desconto, da capacidade ociosa das firmas e da estrutura de mercado – demanda e as funções de custo com que as firmas se deparam. Esses fatores irão determinar a extensão dos ganhos imediatos do desvio e o valor presente das perdas futuras de lucro acarretadas pela imposição de uma punição.

2.1. O modelo de Códigos Penais ótimos proposto por Lambson

A metodologia utilizada para avaliar o mercado brasileiro de GLP adota o modelo de Optimal Penal Codes proposto por Lambson (1987). Segundo o autor, os Códigos Penais ótimos são modelados para uma classe de jogos de repetição infinita com desconto. Esses jogos podem ser interpretados como jogos de concorrência oligopolística de Bertrand com restrições de capacidade.

Para entender o modelo, considere N firmas idênticas que existem por um número infinito de períodos. As firmas fabricam um produto homogêneo a um custo marginal constante $c > 0$ sujeitos a uma restrição de capacidade k . No início de cada período as firmas escolhem os preços simultaneamente. Os consumidores primeiro tentam comprar das firmas com os preços menores. Qualquer consumidor que não tenha sido satisfeito, tenta então comprar das firmas que cobram o próximo preço mais baixo. O processo continua até que ou nenhum consumidor deseje comprar de uma firma com capacidade não usada ou que tal firma não exista. Se a firma com menor preço não tem capacidade ociosa suficiente para suprir a quantidade demandada ao seu preço, sua produção é alocada para os consumidores de acordo com uma regra de racionalização. O autor não especificou nenhuma regra específica de racionalização. Em vez disso decidiu colocar condições moderadas nas funções individuais de venda das firmas que permitem uma grande classe de jogos de Bertrand.

Seja $s_i : R^N \rightarrow [0, k]$ a função de vendas que a firma i se depara, ela mapeia os preços das N firmas em vendas não negativas. Considere que p_i denote o i -ésimo preço da firma, seja P denotando o vetor de preços das firmas e que P_i seja P com o i -ésimo elemento removido. As funções de preços das firmas são dadas por $\pi_i(P) \equiv (p_i - c)s_i(P)$. É sempre conveniente escrever $s_i(P)$ na forma $s_i(p_i; P_i)$, e similarmente para $\pi_i(P)$. O valor antes do ponto-e-vírgula é o próprio preço, enquanto os valores após o ponto-e-vírgula denotam os preços das outras firmas. É assumido que

$s_i(c; c, \dots, c) > 0$. As outras restrições nas funções de venda das firmas são dadas pelas premissas H1 a H9:

Premissa H1: Para todo i e para todo P , se $p_j \neq p_i$ para todo $j \neq i$, então $s_i(P)$ é contínuo em P .

Premissa H2: $\sum_i s_i(P)$ é contínua em todos os pontos.

Premissa H3: $\lim_{p \rightarrow \infty} p \sum_i s_i(p; p, \dots, p) = 0$.

Premissa H4: Para cada intervalo compacto $M \subset R$ existe um preço, b_m , tal que se $x \in M$ e $p > b_m$, então $\pi_i(p_i; x, \dots, x) \geq \pi_i(p; x, \dots, x)$ para algum $p_i \in (x, b_m)$.

Premissa H5: Para todo P e para todo P'_i , se $P'_i < p_i$, então $s_i(P'_i; P_i)$.

Premissa H6: Para todo P , todas as permutações σ , e todo i , $s_i(P) = s_{\sigma(i)}(P_\sigma)$, onde $P_\sigma \in R^N$ é o vetor do qual a $\sigma(i)$ -ésima coordenada iguala a i -ésima coordenada de P .

Premissa H7: Para todo P , todo i e todo j , se $p_j < p_i$ e $s_i(P) < k$, então $s_i(P) = 0$.

Premissa H8: Para todo P , todo P' e todo i , se $p_j = p'_i$ e se para $j \neq i$ então $p_j = p'_i$ ou se ambos p_j e p'_j excederem p_i , então $s_i(P) = s_i(P')$.

Premissa H9: Para todo P , todo P' e todo i , se $p_j = p'_i$ e se para $j \neq i$, então $p_j = p'_i$ ou $p_i > p_j > p'_j$, então $s_i(P) \leq s_i(P')$.

H1 permite que uma firma aumente suas vendas descontinuamente ao diminuir seu preço, em relação ao de outra firma, infinitesimalmente, mas H2 impõe a condição de que as vendas totais da indústria mudem de maneira contínua. H3 e H4 são condições naturais de fronteira. H5 estipula que as vendas de uma firma não aumentam com o seu próprio preço. H6 impõe simetria nas funções de venda das firmas. Consistente com a premissa usual de que consumidores compram primeiro das firmas com os menores preços, H7 diz que, se as vendas de uma firma forem menores que a sua capacidade, então as firmas com preços mais altos não vendem nada. H8 diz que, se as firmas com preços mais altos que a firma i mudam seus preços (mas ainda assim cobram mais que P_i), então as vendas da firma i não diminuem. Por fim, H9 diz que se as firmas com preços menores do que a firma i reduzem o preço, então as vendas da firma i não diminuem.

Lambson descreve uma punição (para uma firma i) como uma seqüência infinita de vetores de preço $\tau_i = \{P(T, i)\}_{T=1}^{\infty}$. O valor da punição para a j -ésima firma é $V_j(\tau_i) \equiv \sum_{T=1}^{\infty} \delta^{T-1} \pi_j[P(T, i)]$, onde $\delta \in (0, 1)$ é o valor do taxa de desconto. Um “Código Penal simples” (*simple penal code*) é um vetor de punições, $\tau = (\tau_1, \dots, \tau_N)$. Um Código Penal simples é um Código Penal crível se para qualquer valor de i , qualquer J e qualquer T ,

$$\pi_j^*[P_j(T, i)] - \pi_j[P_j(T, i)] \leq \sum_{t=T+1}^{\infty} \delta^{1-t} \pi_j[P(t, i)] - \delta V_i(\tau_j)$$

onde $\pi_j^*(P_j) \equiv \sup_p \pi_j(p; P_j)$. Em outras palavras, a expressão acima diz que para cada τ_i e em cada período, cada firma prefere receber o fluxo de lucros descontados associado à continuação da punição em vez de se desviar de maneira ótima da punição e acabar como resultado sendo punida. Então, nenhuma firma se desviará da trajetória de punição uma vez que, como mostrado por Abreu (1984), se um único desvio não aumentar os lucros descontados da firma, então nenhum número de desvios o fará.

Um preço P é sustentável pelo vetor de punições τ se, para todo i ,

$$\pi_i^*(p, \dots, p) - \pi_i(p; p, \dots, p) \leq [\delta / (1 - \delta)] \pi_i(p; p, \dots, p) - \delta V_i(\tau_i).$$

Intuitivamente, a expressão acima diz que cada firma prefere que todas as firmas cobrem p em cada período do que desviar de maneira ótima e ser punida.

Considere P_i minimizando $\pi_i^*(P)$. Se τ é crível, então, para todo i ,

$$V_i(\tau_i) \geq \pi_i^*(P_i) / (1 - \delta) \equiv V$$

Caso a inequação acima não fosse verdadeira a credibilidade de τ seria contrariada, uma vez que firmas punidas poderiam simplesmente desviar otimamente em cada período e ganhar pelo menos V . V – que é chamado de “nível de segurança”. Uma punição τ_i que satisfaz $V_i(\tau_i) = V$ será chamada de “nível de segurança de punição”. Um Código Penal ao nível de segurança é um vetor τ ao nível de segurança de punição. Um Código Penal ótimo é um Código Penal simples que minimiza $V_i(\tau_i)$ para cada i sujeito à restrição de que ele deva ser crível.

Seja ϕ um conjunto de preços sustentável por τ sendo $p \in \phi$ se e somente se

$$\pi_i^*(p, \dots, p) - \pi_i(p; p, \dots, p) \leq [\delta / (1 - \delta)] \pi_i(p; p, \dots, p) - \delta \bar{V}.$$

Uma vez que p é sustentável por qualquer τ , também é sustentável por $\tilde{\tau}$, então preços em ϕ também serão sustentáveis. Note-se que ϕ depende de δ , mas o argumento é suprimido. Se existe um preço de Bertrand (um preço p^B satisfazendo $\pi_i^*(p^B, \dots, p^B) = \pi_i(p^B; p^B, \dots, p^B)$) então $p^B \in \phi$. Se não, ϕ ainda é não-vazio, enquanto δ não é muito próximo de zero. A necessidade de que ϕ seja não-vazio está a seguir.

Premissa J1: ϕ é não-vazio.

3. Colusão no mercado brasileiro de distribuição de GLP: teste da teoria

Nesta seção utilizaremos alguns dados do mercado brasileiro de GLP para tentar identificar se o resultado desse mercado é consistente com a teoria econômica mais formal apresentada na seção anterior. Iremos testar a validade do modelo proposto por Lambson (1987), de forma a compreender melhor o comportamento competitivo das firmas no mercado brasileiro de distribuição de GLP.

Estamos interessados mais precisamente em determinar se existem indícios de que as empresas brasileiras distribuidoras de GLP se comportaram de maneira colusiva (tácita ou explícita) de acordo com o modelo de Lambson (1987), apresentado na seção anterior. A conclusão seria que sim, caso a alocação atual se mostrasse sustentável por uma estratégia de punição do tipo da proposta por Abreu (1986). Entretanto, caso a alocação atual não se mostrasse sustentável (a uma taxa de desconto razoável), teríamos que rejeitar essa teoria e buscar uma alternativa para explicar o funcionamento desse mercado.

Devido aos motivos apresentados no item 2 consideramos que cada um dos Estados brasileiros corresponde a um mercado relevante diferente. Os dados utilizados nos testes são originários da ANP – Agência Nacional de Petróleo e trazem informações mensais relativas à evolução das quantidades comercializadas por cada distribuidora de GLP e às margens de comercialização do GLP praticadas pelas distribuidoras de GLP em cada um dos 26 Estados brasileiros mais o Distrito Federal.

Os dados da ANP possibilitaram estimar a capacidade ociosa e o lucro de cada uma das empresas distribuidoras para o período entre janeiro de 2002

e junho de 2003.³ A capacidade ociosa de cada empresa foi estimada como sendo a razão entre a produção mensal média de cada empresa durante o período de análise e a produção mensal máxima que foi atingida pela mesma empresa durante o mesmo período.

O lucro mensal de cada empresa foi estimado a partir da margem bruta de distribuição por botijão P13 de cada empresa. A Tabela 3.1 mostra a margem bruta de distribuição, que corresponde ao preço médio de venda de cada botijão P13 menos o valor dos impostos pagos e o que foi gasto pelas Distribuidoras para comprar o GLP do Produtor. Dessa forma, para chegar ao lucro de cada empresa é necessário multiplicar a margem bruta de distribuição pela quantidade de botijões P13 vendidos por cada empresa e subtrair deste valor os demais custos da empresa. Os demais custos das empresas se referem a alguns gastos como energia elétrica, salários, manutenção de equipamentos etc. Vale ressaltar que o preço de venda do produtor já inclui o frete da Petrobrás até a base engarrafadora de cada empresa, uma vez que o mesmo é feito na maioria das vezes via dutos. O revendedor, por sua vez, paga o frete de entrega da distribuidora até as suas instalações.

³ Não foi utilizado um período maior, uma vez que a ANP não quis fornecer dados mais atuais. Fica como sugestão para um trabalho futuro a atualização dos dados para um período mais abrangente, caso seja possível a obtenção de dados mais atuais junto à ANP.

Tabela 3.1: Margens Brutas de Distribuição do GLP (em R\$)

	jan/02	fev/02	mar/02	abr/02	mai/02	jun/02	jul/02	ago/02	set/02	out/02	nov/02	dez/02	jan/03	fev/03	mar/03	abr/03	mai/03	jun/03	média
AC	7,75	8,51	9,41	9,47	11,02	11,09	11,53	12,24	13,25	13,45	12,62	11,55	12,85	13,00	12,97	13,00	13,01	13,01	11,85
AL	6,88	8,39	8,77	9,53	9,34	9,29	9,99	10,05	9,22	8,00	6,67	7,61	6,96	7,45	7,36	7,52	7,94	7,64	8,26
AP	6,48	7,83	8,07	8,09	8,82	8,74	8,58	9,12	10,56	10,03	9,09	11,26	10,37	9,33	11,22	11,84	11,56	11,33	9,57
AM	5,23	5,56	5,90	5,45	6,40	6,50	6,83	7,28	7,46	7,19	5,95	7,18	8,06	8,35	8,33	8,36	8,38	8,38	7,04
BA	8,00	8,14	7,93	7,35	7,31	8,16	8,38	8,98	8,06	7,21	6,60	6,41	6,92	6,36	6,08	7,69	7,18	7,77	7,47
CE	4,63	6,09	5,95	5,73	6,90	7,84	7,59	7,89	9,09	7,58	7,44	6,99	7,14	4,74	4,76	7,81	7,50	7,73	6,86
DF	7,13	8,23	8,10	8,28	8,89	9,46	10,17	10,35	9,74	9,74	8,95	10,14	10,43	10,82	10,05	11,51	11,62	11,72	9,74
ES	6,18	6,11	5,99	5,28	4,61	4,12	4,42	4,43	4,90	4,07	3,02	4,01	5,21	5,57	5,85	5,43	5,95	6,48	5,09
GO	6,38	6,80	6,43	5,84	5,35	6,29	6,65	5,94	6,38	5,32	4,42	5,69	5,85	5,83	5,98	7,54	7,66	7,65	6,22
MA	5,04	5,42	5,76	6,51	6,08	6,35	6,81	6,69	6,90	6,63	6,21	6,11	6,27	5,55	6,33	7,66	7,84	7,80	6,44
MT	8,40	9,31	8,81	9,02	9,72	9,34	9,77	9,95	9,38	7,62	6,45	8,52	9,29	10,36	9,37	9,34	10,25	11,22	9,23
MS	7,31	6,67	7,60	11,10	10,42	11,09	10,63	10,83	9,29	7,46	6,57	7,36	9,12	9,06	8,05	9,69	8,80	8,15	8,84
MG	5,85	6,50	6,42	5,88	4,68	4,87	5,11	5,02	5,26	3,95	3,07	4,03	5,10	5,06	4,86	5,44	5,42	5,38	5,11
PA	4,60	5,42	5,45	5,13	5,55	5,74	5,85	5,42	6,14	6,06	5,80	6,05	5,50	5,76	6,23	7,14	6,85	6,59	5,85
PB	6,75	7,01	6,64	4,82	3,47	5,90	7,34	6,93	6,19	6,18	6,48	4,21	4,13	4,41	4,28	7,30	6,78	6,80	5,87
PR	7,53	8,66	8,46	8,47	7,69	7,73	8,17	8,04	6,64	5,27	4,02	5,47	6,52	6,31	6,49	7,44	7,79	7,32	7,11
PE	6,29	6,70	6,85	6,48	7,59	8,61	8,69	8,40	8,09	8,45	7,51	7,69	7,81	8,28	6,94	7,53	8,04	8,92	7,71
PI	4,41	5,06	4,98	5,48	5,08	5,06	5,62	5,01	5,38	5,34	6,07	6,65	6,48	5,54	6,82	8,16	7,69	8,36	5,96
RJ	6,37	6,88	6,27	6,07	5,70	5,72	6,30	6,31	6,50	5,30	3,67	4,24	5,17	5,19	5,51	5,68	5,92	6,12	5,72
RN	6,17	5,87	5,82	5,98	4,97	4,23	5,51	5,20	4,99	5,00	3,62	3,75	3,57	3,52	3,06	4,92	5,24	5,48	4,83
RS	6,46	7,29	7,15	7,24	7,47	7,45	7,98	8,28	7,11	6,14	5,13	6,03	7,19	7,30	7,13	8,31	7,98	7,72	7,19
RO	7,01	7,69	8,45	8,48	9,29	9,12	9,57	9,93	9,89	9,62	8,48	9,60	10,86	11,37	12,10	12,11	12,11	11,86	9,86
RR	7,36	8,03	8,88	9,57	9,89	10,03	10,62	10,26	10,73	10,44	9,79	10,80	11,94	11,72	12,14	12,10	12,08	12,07	10,47
SC	8,03	9,12	9,17	8,71	9,03	9,55	8,99	9,96	8,35	7,09	6,17	7,64	8,47	8,40	8,64	8,58	8,72	8,74	8,52
SP	6,02	6,84	6,91	6,47	6,41	6,34	6,47	6,68	5,82	4,31	2,66	3,60	6,15	6,72	6,42	6,97	7,16	7,05	6,06
SE	8,23	8,72	8,39	8,34	8,96	8,20	8,75	8,27	8,38	7,08	6,20	5,42	6,34	7,09	7,76	7,16	7,38	7,10	7,65
TO	6,34	6,59	6,35	6,64	6,77	7,11	6,60	6,72	7,57	7,06	5,41	6,95	8,12	8,02	7,86	7,81	8,04	8,16	7,12

Fonte: ANP

REVISTA DO IBRAC

Uma vez que existem dificuldades para obter os demais custos das empresas, já que as distribuidoras tratam suas planilhas de custos como informações estratégicas, e portanto sigilosas, utilizaremos uma estimativa para esse valor a partir dos dados que possuímos. De modo a estimar o lucro das empresas, primeiramente procuramos identificar qual era o Estado brasileiro onde as empresa distribuidoras de GLP praticaram a menor margem bruta média de distribuição durante o período da análise. De posse desse dado assumimos que este seria o nível de lucro zero.

Após estimar as margens brutas médias durante o período de análise, a preços constantes de setembro de 2003, encontramos que o Estado do Rio Grande do Norte (RN) foi o local onde as distribuidoras de GLP atuaram durante todo o período de análise com a menor margem bruta média. Com isso assumimos que com essa margem foi possível remunerar a empresa de maneira satisfatória durante o período de análise e que qualquer margem acima desta significa que a distribuidora estará auferindo um lucro no montante da diferença. Desse modo, consideraremos que a margem auferida no RN será igual aos custos econômicos das empresas e o lucro será tudo aquilo que estiver acima deste valor.

3.1. Teste dos dados

Tomando-se os dados do mercado de distribuição de GLP para todos os estados brasileiros, assumiu-se a hipótese de que os preços praticados e os lucros auferidos nesses mercados corresponderam a alocações colusivas e por meio do modelo abaixo tentaremos determinar se essas alocações puderam ser sustentadas por ameaças críveis durante o período de análise. Seguindo o modelo proposto por Lambson (1987), temos as seguintes condições:

(i) Sustentabilidade: Assumindo-se que π_i^C denote o lucro de um período que a firma $I = 1, 2$ ganhe sob o acordo, π_i^R o lucro máximo que ele pode ganhar ao renegar o acordo, π_i uma trajetória de punição que será imposta no período seguinte a uma violação do acordo pela firma i , $V_i(\tau_i)$, o valor presente na data em que a punição começa dos lucros da firma i ao longo desta trajetória, seja $r > 0$ a taxa de juros por período e $\delta = (1 + r)^{-1}$ o fator de desconto. Então a alocação acordada é sustentável se em cada tempo t

$$\pi_i^R - \pi_i^C \leq \pi_i^C / r - \delta V_i(\tau_i), \text{ para } i = 1, 2, \dots, N. \quad (1)$$

A expressão acima diz que o ganho do desvio de um período no tempo t é menor que o valor presente em t das perdas futuras de lucro de ter a

trajetória de punição submetida no período seguinte em vez de aproveitar os lucros de conluio para sempre. Assegurando que a trajetória de punição é crível, a satisfação de (1) garante que a ameaça de punição futura deterá uma violação do acordo.

(ii) Credibilidade: Assumindo-se que π_i^P denote o lucro em algum período t que a firma i irá ter em uma trajetória de punição prescrita, π_i^{RP} , o lucro máximo que ela poderia ter em t se ela renegasse a trajetória de punição naquele período e V_i^L o valor presente em $t+1$ do lucro que a firma teria ao aderir à trajetória de punição prescrita de $t+1$ em diante. Então a trajetória de punição será crível se

$$\pi_i^{RR} - \pi_i^P \leq \delta [V_i^L - V_i(\tau_i)], \text{ para } i = 1, 2, \dots, N. \quad (2)$$

Esta inequação diz que o valor presente em t da diferença em lucros entre continuar na trajetória de punição especificada de $t+1$ em diante, e se sujeitar a uma trajetória de punição imposta em $t+1$ desde o início deve ser maior que os ganhos de um desvio da trajetória de punição especificada. Se esta inequação for satisfeita, então não compensa para a firma i se desviar da trajetória de punição prescrita, e dessa forma a ameaça de imposição da trajetória é crível.

Para testar se essas condições foram satisfeitas no mercado em análise, precisamos inicialmente especificar um período de tempo e a taxa de juros que serão considerados. O período considerado na análise foi o compreendido entre janeiro de 2002 e junho de 2003, e a taxa de desconto usada foi de 1% ao mês.⁴ Precisamos também especificar a natureza exata da trajetória dos preços durante a punição. Uma vez que, em geral, uma trajetória de preços que possa satisfazer (1) e (2) para um conjunto de taxas de juros não é única, assumiremos que se alguma das firmas se desviar, nos três períodos seguintes todas as firmas irão para o nível de lucro zero nos quatro períodos seguintes, e então retornarão à alocação inicial.

A estratégia de punição corresponde a uma “guerra de preços” na qual os preços são empurrados para o nível de lucro zero. Consideraremos como lucro zero a margem de comercialização do Estado do Rio Grande do Norte, uma vez que dentre todos os Estados Brasileiros, este foi o que apresentou a menor média de margem bruta de distribuição no período analisado. Dessa forma, consideramos que se foi possível praticar o nível de preços observado

⁴ Valor estimado considerando-se uma taxa Selic de 17% ao ano e uma inflação anual de 5%.

no Estado do Rio Grande do Norte durante o período observado, seria possível também fazê-lo nos outros Estados.

Para quantificar os efeitos da punição no lucro das firmas, tal como os ganhos do desvio da punição, assumiram-se algumas hipóteses a respeito do comportamento da demanda desse mercado. Em primeiro lugar, assumimos que a elasticidade de demanda é igual a zero a qualquer preço abaixo do preço acordado. Assumimos também que durante a punição o mercado será dividido entre as empresas produtoras, da mesma maneira que antes do desvio. Desse modo, considera-se que durante a punição as firmas continuarão produzindo a mesma quantidade produzida anteriormente, no entanto a um preço mais baixo.

A próxima etapa é calcular os ganhos e as perdas associadas às condições (1) e (2) para o período de 18 meses entre dezembro de 2001 e setembro de 2003, dada a estratégia de punição descrita. Para facilitar a análise dos dados, dividiremos o período de análise em três subperíodos de seis meses – T1, T2 e T3 –, sendo que T1 vai de janeiro a junho de 2002, T2 vai de julho a dezembro de 2002 e T3 vai de janeiro a junho de 2003. Para cada um desses subperíodos foram calculados os valores estimados para cada uma das variáveis das condições (1) e (2), dadas as estratégias de punição descritas. Considerando-se o prazo de seis meses, assumiu-se que, caso uma das firmas corte o seu preço no primeiro mês, as outras firmas irão reagir ao corte no terceiro mês, e a punição durará um total de quatro meses, de tal forma que no sétimo mês as firmas retornarão à alocação inicial colusiva. Os resultados da análise são apresentados nas tabelas a seguir, que mostram estimativas para as condições (1) e (2) em Reais (R\$) para cada um dos Estados brasileiros agrupados em sua região geográfica em valores constantes de dezembro de 2003. O primeiro valor percentual abaixo do nome de cada empresa distribuidora corresponde à participação de mercado da empresa correspondente, em cada Estado, no ano de 2002. O segundo valor corresponde à capacidade ociosa média de cada empresa, que se mostrou relativamente alta em todos os Estados e que acaba por favorecer a sustentação de resultados colusivos. Nas tabelas abaixo utilizaremos as seguintes letras para representar as condições (1) e (2) A: $\pi_i^R - \pi_i^C$, B: $\pi_i^C / r - \delta V_i(\tau_i)$, C: $\pi_i^{RR} - \pi_i^P$ e D: $\delta[V_i^L - V_i(\tau_i)]$.

Tabela 3.2: Ganhos e Perdas do Desvio e da Punição na Região Norte

		Sustentabilidade		Credibilidade	
		A	B	C	D
AM					
AMAZONGAS	T1	107.299	795.700	-7.700	332.619
part.: 34,06%	T2	288.703	1.034.471	8.521	270.220
ocios.: 33%	T3	456.803	1.184.104	10.481	295.092
FOGAS	T1	139.143	1.497.271	-13.390	646.414
part.: 65,42%	T2	213.396	2.015.575	5.102	598.730
ocios.: 25%	T3	585.199	2.187.694	7.492	587.194
RR					
AMAZONGAS	T1	14.396	144.268	482	22.392
part.: 14,91%	T2	24.424	156.731	869	22.297
ocios.: 27%	T3	41.001	154.564	719	22.268
FOGAS	T1	31.956	845.000	459	117.442
part.: 85,09%	T2	36.378	839.822	-313	133.393
ocios.: 17%	T3	114.356	787.377	3.707	111.003
RO					
AMAZONGAS	T1	98.893	907.409	-406	179.417
part.: 31,83%	T2	272.475	1.044.501	-18.162	603.502
ocios.: 29%	T3	329.488	1.380.197	2.877	351.287
FOGAS	T1	93.735	1.820.012	-6.160	2.637
part.: 68,02%	T2	269.302	2.204.032	993	218.177
ocios.: 24%	T3	478.086	2.648.320	4.963	559.865
AC					
AMAZONGAS	T1	19.223	237.625	-9.294	115.873
part.: 24,97%	T2	132.781	440.372	-8.777	33.310
ocios.: 38%	T3	173.763	302.503	-6.612	111.840
FOGAS	T1	81.572	806.211	824	31.554
part.: 75,03%	T2	223.756	1.469.815	1.341	143.460
ocios.: 30%	T3	278.310	858.641	3.506	170.840
AP					
PARAGAS	T1	46.507	661.439	-1.129	130.441
part.: 63,26%	T2	32.916	986.631	-878	150.873
ocios.: 12%	T3	33.664	972.769	-1.276	132.644
AGIP	T1	45.222	424.081	-1.425	78.279
part.: 36,47%	T2	103.011	539.597	-689	206.762
ocios.: 34%	T3	148.059	402.972	1.933	47.604
PA					
PARAGAS	T1	100.446	1.843.392	-27.748	1.089.554
part.: 53,35%	T2	174.989	2.084.122	-6.604	1.057.692
ocios.: 16%	T3	133.283	1.874.336	3.192	1.039.828
AGIP	T1	52.447	1.103.961	-11.756	659.142
part.: 33,11%	T2	112.328	1.318.810	-5.462	791.781
ocios.: 15%	T3	67.253	1.237.170	-2.072	717.289
MINASGAS					
	T1	33.948	421.336	-6.811	239.163
part.: 12,11%	T2	57.414	454.614	209	286.731
ocios.: 23%	T3	23.875	384.232	10.735	252.867
TO					
PARAGAS	T1	87.037	811.046	-1.344	208.532
part.: 33,56%	T2	131.731	672.383	1.295	221.381
ocios.: 29%	T3	238.774	663.858	5.361	192.814
ULTRAGAZ	T1	52.660	53.271	2.136	20.418
part.: 2,31%	T2	45.523	70.734	1.581	29.114
ocios.: 46%	T3	47.147	113.363	518	45.589
COPAGAZ	T1	24.078	76.357	-626	19.495
part.: 2,26%	T2	16.506	42.166	1.776	30.246
ocios.: 49%	T3	20.605	68.185	702	20.356
AGIP	T1	526.604	887.555	-3.155	242.243
part.: 38,46%	T2	85.156	819.835	-2.220	286.596
ocios.: 18%	T3	133.347	845.468	-490	282.856
SUPER+MINASGAS	T1	-80.041	484.757	11.420	135.333
part.: 20,61%	T2	40.906	431.634	11.704	140.541
ocios.: 19%	T3	77.046	381.069	11.183	120.563
PETROGAZ	T1	36.105	47.848	452	11.987
part.: 2,31%	T2	24.303	59.919	735	18.845
ocios.: 39%	T3	23.947	71.772	214	21.906

Fonte: ANP

A Tabela 3.2 mostra que a trajetória de punição especificada foi crível em todos os períodos para todos os mercados analisados, uma vez que as condições (1) e (2) foram satisfeitas e, desse modo, puderam sustentar a alocação original e os lucros auferidos. Tomando-se, por exemplo, o Estado do Amazonas (AM), se em T1 a empresa Amazongás (Fogás) tivesse reduzido o preço acordado em 5% durante os dois primeiros meses e produzido

a plena capacidade, teria ganhado apenas R\$ 107.299 (R\$ 139.143) em lucro adicional naqueles dois períodos, mas teria deixado de ganhar R\$ 795.700 (R\$ 1.497.271) em valor presente de lucros futuros, uma vez que entraria numa guerra de preços que duraria os quatro meses seguintes.

No que se refere à credibilidade da punição, ainda considerando o Estado do Amazonas em T1, se a Amazongás (Fogás) renegasse a punição, colocando seus preços um pouco abaixo do preço de punição e produzisse a plena capacidade, então teria um prejuízo de aproximadamente R\$ 7.700 (R\$ 13.390) e teria deixado de ganhar R\$ 332.619 (R\$ 646.414) em valor presente de lucros futuros uma vez que a volta para a alocação de conluio seria atrasada em um mês. Percebe-se que nesse período a demanda estava tão fraca que o desvio da punição geraria um ganho menor do que a permanência na alocação de punição.

Tabela 3.3: Ganhos e Perdas do Desvio e da Punição na Região Nordeste

		Sustentabilidade		Credibilidade		
		A	B	C	D	
MA						
BAHIANA		T1	26.584	107.094	2.304	56.622
part.: 3,12%		T2	4.666	156.092	-643	67.665
ocios.: 24%		T3	3.584	151.517	-657	56.748
PARAGAS + NACIONAL GAS		T1	124.001	2.592.686	-22.179	743.445
part.: 46,02%		T2	362.354	2.250.127	-3.491	819.113
ocios.: 21%		T3	208.178	2.136.074	2.976	873.707
AGIP		T1	75.347	1.611.546	-12.011	557.055
part.: 36,55%		T2	185.615	1.417.942	-4.513	594.708
ocios.: 19%		T3	99.457	1.381.468	984	644.226
SUPER+MINASGAS		T1	45.854	80.553	3.891	33.520
part.: 2,15%		T2	70.104	102.479	2.944	69.093
ocios.: 47%		T3	13.028	145.698	2.021	75.360
PI						
BAHIANA		T1	7.761	158.755	-3.399	146.253
part.: 16,03%		T2	14.474	217.852	-1.311	166.341
ocios.: 14%		T3	18.732	501.691	700	151.860
AGIP		T1	27.158	384.995	-4.861	369.783
part.: 39,18%		T2	18.227	590.388	-3.635	473.516
ocios.: 10%		T3	22.533	1.369.648	-4.765	471.433
SUPER+MINASGAS		T1	2.322	11.770	449	369.783
part.: 1,26%		T2	3.843	20.281	348	473.516
ocios.: 43%		T3	7.217	32.358	1.148	471.433
NACIONAL GAS		T1	168.702	417.609	41.865	357.652
part.: 43,15%		T2	343.479	630.905	41.764	405.392
ocios.: 21%		T3	354.812	1.194.214	42.564	395.003
CE						
BAHIANA		T1	169.381	1.817.708	-1.114	551.137
part.: 16,65%		T2	67.882	2.675.752	-11.645	588.257
ocios.: 15%		T3	15.443	1.040.479	-1.322	589.737
COPAGAZ LTDA		T1	32.732	147.776	1.509	38.036
part.: 1,27%		T2	70.766	195.775	1.310	42.881
ocios.: 38%		T3	18.866	111.396	1.332	57.431
AGIP		T1	127.301	3.397.000	-18.022	866.276
part.: 30,46%		T2	458.064	4.481.372	-5.053	997.670
ocios.: 18%		T3	94.729	1.755.613	5.118	1.009.232
NACIONAL		T1	294.105	5.829.938	-30.402	1.255.868
part.: 51,44%		T2	1.220.393	7.557.566	2.835	1.479.612
ocios.: 32%		T3	390.888	2.780.999	20.352	1.492.611
RN						
BAHIANA		T1	77.897	107.526	-20	92.252
part.: 5,95%		T2	16.293	-117.547	1.595	140.152
ocios.: 24%		T3	6.022	-143.860	-320	107.652
SUPER+MINASGAS		T1	103.721	107.994	2.662	96.060
part.: 6,92%		T2	35.087	-128.209	1.132	90.242
ocios.: 30%		T3	-74.592	-168.908	1.701	168.895
AGIP		T1	95.457	630.463	-12.841	533.239
part.: 36,3%		T2	29.132	-544.369	-6.174	517.601
ocios.: 19%		T3	-259.988	-594.631	8.292	564.480
NACIONAL		T1	176.997	887.860	-17.759	671.035
part.: 48,34%		T2	67.267	-752.051	-855	653.141
ocios.: 31%		T3	-297.916	-797.863	11.608	657.774
PB						
BAHIANA		T1	197.383	92.347	3.242	128.108
part.: 7,74%		T2	88.048	172.962	831	116.030
ocios.: 29%		T3	-30.109	155.621	1.042	150.546
COPAGAZ		T1	22.784	73.015	-1.739	59.689
part.: 7,74%		T2	35.422	87.532	542	64.386
ocios.: 27%		T3	-19.632	60.229	2.146	56.894
AGIP		T1	280.075	185.595	1.382	137.910
part.: 16,44%		T2	176.187	504.567	-15.147	314.609
ocios.: 17%		T3	-38.369	341.939	263	357.561
NACIONAL		T1	363.317	1.056.701	76.306	790.080
part.: 61,65%		T2	400.982	1.115.309	74.594	821.341
ocios.: 21%		T3	-186.153	875.920	75.502	947.215
SUPER+MINASGAS		T1	53.501	129.125	-1.594	141.703
part.: 9,54%		T2	8.000	209.222	-3.306	119.511
ocios.: 13%		T3	-22.619	136.711	-2.397	158.141
PE						
BAHIANA		T1	259.110	2.702.180	-12.076	583.602
part.: 14,52%		T2	164.228	2.730.102	-3.312	443.850
ocios.: 19%		T3	374.598	1.617.855	6.291	499.223
COPAGAZ		T1	24.647	1.369.320	-6.621	266.219
part.: 7,67%		T2	441.682	5.044.815	155	229.055
ocios.: 19%		T3	256.029	786.426	7.117	292.768
AGIP		T1	448.898	4.470.145	-12.366	847.610
part.: 25,3%		T2	518.309	2.996.916	-10.885	973.972
ocios.: 19%		T3	518.309	2.996.916	6.431	847.770
SUPER+MINASGAS		T1	920.909	2.390.814	-93.382	472.945
part.: 13,41%		T2	1.487.487	2.500.009	-62.096	442.550
ocios.: 51%		T3	1.219.028	1.537.751	-33.692	542.772
NACIONAL		T1	511.487	7.273.666	-34.804	1.321.275
part.: 39,09%		T2	639.186	7.295.563	-3.518	1.238.763
ocios.: 19%		T3	1.039.104	4.209.690	24.886	1.487.649
AL						
ULTRAGAZ		T1	134.417	1.852.679	-2.515	260.706
part.: 20,54%		T2	227.921	1.236.635	-2.159	281.997
ocios.: 28%		T3	147.776	534.627	5.240	171.556
COPAGAZ		T1	45.404	603.382	-2.075	67.752
part.: 6,54%		T2	81.273	369.448	228	67.263
ocios.: 29%		T3	62.356	178.001	2.579	74.088
AGIP		T1	104.530	1.229.708	-1.920	171.430
part.: 14,03%		T2	105.683	887.938	-2.026	217.577
ocios.: 18%		T3	16.961	413.101	1.495	177.373
SUPER+MINASGAS		T1	222.521	4.315.368	34.182	461.252
part.: 13,89%		T2	377.499	2.567.350	34.215	497.881
ocios.: 17%		T3	268.357	1.368.356	35.124	561.919
NACIONAL		T1	84.349	1.268.771	-1.966	154.656
part.: 44,86%		T2	36.087	846.598	-1.933	170.421
ocios.: 11%		T3	38.725	458.489	-1.024	181.521
SE						
BAHIANA		T1	98.728	883.989	-3.575	262.130
part.: 32,22%		T2	78.211	688.582	779	209.622
ocios.: 26%		T3	212.593	645.426	6.920	219.957
AGIP		T1	100.439	376.662	-214	106.886
part.: 14,21%		T2	38.293	346.926	-712	123.851
ocios.: 20%		T3	57.937	392.611	1.623	135.099
SUPER+MINASGAS		T1	19.360	133.994	-679	33.769
part.: 4,16%		T2	17.007	77.516	332	24.929
ocios.: 38%		T3	45.085	76.871	1.623	23.838
NACIONAL		T1	79.430	1.093.375	24.849	291.281
part.: 39,27%		T2	42.094	829.937	22.510	322.194
ocios.: 16%		T3	107.688	861.538	22.613	317.236
PETROGAZ		T1	86.466	167.563	2.920	54.521
part.: 7,36%		T2	55.558	200.418	581	80.462
ocios.: 32%		T3	53.394	230.826	683	97.485
BA						
BAHIANA		T1	1.660.096	12.622.811	-29.944	2.393.212
part.: 38,76%		T2	1.122.263	8.293.149	-11.178	2.095.546
ocios.: 21%		T3	950.227	4.814.591	36.864	2.228.243
AGIP		T1	546.269	4.896.653	-4.113	921.252
part.: 15,93%		T2	170.575	3.607.666	-14.367	1.036.781
ocios.: 11%		T3	175.059	2.203.537	-9.884	1.128.208
SUPER+MINASGAS		T1	258.464	3.602.287	-12.343	629.502
part.: 11,38%		T2	238.323	3.479.311	-1.981	762.018
ocios.: 13%		T3	116.193	1.459.866	-740	717.474
NACIONAL		T1	813.774	8.311.709	110.754	1.385.294
part.: 25,87%		T2	796.762	5.530.319	112.292	1.492.910
ocios.: 18%		T3	586.634	3.251.173	117.051	1.675.406
PETROGAZ		T1	206.264	2.042.300	-7.925	370.886
part.: 6,32%		T2	67.562	1.410.637	-6.388	443.430
ocios.: 11%		T3	50.424	814.731	-1.628	436.516

Fonte: ANP

A Tabela 3.3 mostra os resultados obtidos para os Estados da região Nordeste. Constata-se que, de uma maneira geral, a trajetória de punição especificada foi crível em todos os períodos analisados. A única exceção diz respeito ao critério de sustentabilidade no Estado do Rio Grande do Norte (RN), que não foi satisfeito para todos os períodos. Isto não é uma surpresa, já que o Estado do RN foi tomado como uma espécie de *benchmark* na análise dos custos, uma vez que se assumiu que os preços praticados no mercado do Rio Grande do Norte seriam os de lucro zero. No que se refere à credibilidade da punição, os dados mostram que em nenhum Estado e para nenhum período valeria a pena renegar a punição.

Tabela 3.4: Ganhos e Perdas do Desvio e da Punição na Região Centro-Oeste

		Sustentabilidade		Credibilidade		
		A	B	C	D	
MT						
CIA. ULTRAGAZ S/A	T1	184.339	374.351	1.961	64.712	
	part.: 3,56%	T2	93.007	308.074	158	46.976
	ocios.: 32%	T3	83.485	367.510	570	76.888
COPAGAZ	T1	282.631	3.652.937	-5.610	394.869	
	part.: 33,23%	T2	253.524	2.354.568	-4.009	485.103
	ocios.: 14%	T3	370.519	2.852.884	-2.133	455.168
AGIP	T1	420.480	2.349.448	-7.757	265.440	
	part.: 20,54%	T2	376.038	1.411.132	2.985	271.913
	ocios.: 28%	T3	414.007	1.746.059	2.617	310.403
SUPER+MINASGAS	T1	222.878	2.852.513	-8.162	323.030	
	part.: 24,48%	T2	230.506	1.601.967	-1.085	308.911
	ocios.: 20%	T3	395.631	2.040.023	1.968	315.907
MS						
ULTRAGAZ	T1	67.297	1.498.461	-1.425	168.219	
	part.: 12,56%	T2	480.246	458.648	14.678	183.791
	ocios.: 18%	T3	51.735	823.447	-3.744	172.731
SERVGAS	T1	19.744	186.969	651	19.209	
	part.: 1,82%	T2	30.077	98.846	-454	15.076
	ocios.: 41%	T3	19.746	60.880	680	15.483
COPAGAZ	T1	1.272.587	3.447.939	-9.230	17.947	
	part.: 45,53%	T2	2.953.508	1.671.304	-2.664	34.328
	ocios.: 17%	T3	1.064.382	2.059.436	-1.001	544.300
AGIP	T1	-883.346	1.168.055	417	115.234	
	part.: 12,53%	T2	306.089	718.038	-612	169.140
	ocios.: 24%	T3	136.926	766.001	-4.019	151.439
SUPER+MINASGAS	T1	256.872	2.259.758	16.612	215.458	
	part.: 21,49%	T2	374.108	992.842	16.375	238.907
	ocios.: 19%	T3	238.435	1.071.461	17.161	284.377
NACIONAL	T1	76.011	521.736	137	66.956	
	part.: 6,05%	T2	119.837	338.365	-101	68.251
	ocios.: 29%	T3	105.956	313.220	686	81.738
GO						
ULTRAGAZ	T1	112.374	376.842	-95	196.995	
	part.: 4,78%	T2	21.493	110.211	2.915	209.888
	ocios.: 18%	T3	11.124	393.965	-2.767	183.274
COPAGAZ	T1	166.475	936.737	4.963	412.511	
	part.: 12,15%	T2	173.563	312.772	1.741	456.898
	ocios.: 25%	T3	74.716	876.261	1.623	382.289
AGIP	T1	1.391.388	1.907.888	-25.414	384.414	
	part.: 27,6%	T2	1.109.422	640.513	768	510.106
	ocios.: 15%	T3	277.528	2.393.586	-7.946	1.159.860
SUPER+MINASGAS	T1	803.578	2.798.020	-30.494	1.267.466	
	part.: 34,22%	T2	132.940	920.326	-5.087	1.428.854
	ocios.: 14%	T3	102.949	2.760.387	11.962	1.524.954
NACIONAL	T1	-802.986	997.839	5.146	393.251	
	part.: 11,7%	T2	109.517	335.785	14.714	501.709
	ocios.: 16%	T3	33.183	989.186	3.996	416.288
PETROGAZ	T1	34.591	669.867	-6.584	300.738	
	part.: 8,31%	T2	42.838	193.108	2.984	394.796
	ocios.: 14%	T3	13.373	779.159	-7.734	304.068
DF						
ULTRAGAZ	T1	84.615	511.479	2.026	80.477	
	part.: 2,41%	T2	30.748	374.626	811	27.065
	ocios.: 50%	T3	280.463	124.869	5.612	19.832
COPAGAZ	T1	51.267	398.741	58	28.603	
	part.: 4,37%	T2	155.486	311.067	187	29.783
	ocios.: 35%	T3	205.644	535.515	2.808	35.199
AGIP	T1	142.416	1.197.354	-3.473	163.380	
	part.: 17,06%	T2	52.816	1.626.828	-1.240	229.912
	ocios.: 14%	T3	72.998	1.537.668	-1.759	213.709
SUPER+MINASGAS	T1	393.226	4.363.830	41.660	574.915	
	part.: 56,4%	T2	490.799	4.895.634	47.267	681.855
	ocios.: 17%	T3	458.693	4.998.020	52.016	685.820
NACIONAL	T1	2.214	1.098.775	-4.057	120.314	
	part.: 13,72%	T2	265.719	1.033.500	1.550	118.747
	ocios.: 39%	T3	427.898	636.039	6.299	78.441

Os dados para os Estados da Região Centro-Oeste apresentados na Tabela 3.4 mostram que a trajetória de punição especificada foi crível e poderia manter o nível observado de lucros. No que se refere à credibilidade da punição, constata-se que para os períodos analisados, em nenhum dos Estados da Região Centro-Oeste seria lucrativo renegar a punição, já que caso uma das empresas decidisse se desviar da trajetória de punição, seus lucros seriam muito menores. Quanto à credibilidade da punição, em nenhum Estado e para nenhum período valeria a pena renegar a punição.

Tabela 3.5: Ganhos e Perdas do Desvio e da Punição na Região Sudeste

		Sustentabilidade		Credibilidade	
		A	B	C	D
MG					
ULTRAGAZ	T1	630.320	497.014	28.369	614.495
part.: 6,19%	T2	56.191	-1.235.484	18.109	751.835
ocios.: 26%	T3	-5.336	-400.597	982	657.656
COPAGAZ	T1	611.591	733.160	17.447	703.203
part.: 7,42%	T2	60.287	-1.082.589	10.418	742.418
ocios.: 27%	T3	-10.554	-399.356	7.687	819.766
AGIP	T1	2.247.733	2.419.088	-41.950	661.292
part.: 19,21%	T2	477.548	-2.360.426	12.330	828.040
ocios.: 16%	T3	-13.581	-970.281	7.942	1.753.526
MINAS-SUPERGAS	T1	3.362.117	4.600.865	-77.399	3.373.646
part.: 38,41%	T2	57.723	-5.144.145	-34.677	3.462.036
ocios.: %	T3	-41.840	-1.788.633	3.462	3.635.896
NACIONAL	T1	-690.103	2.331.714	58.237	1.592.426
part.: 19,04%	T2	79.306	-2.654.734	89.474	1.752.540
ocios.: %	T3	-21.689	-850.530	88.853	1.743.725
PETROGAZ	T1	-33.217	1.160.338	-35.159	845.879
part.: 8,97%	T2	-18.972	-1.048.434	-3.922	741.907
ocios.: %	T3	-14.510	-433.963	-4.542	870.518
ES					
ULTRAGAZ	T1	100.370	24.553	5.679	122.820
part.: 4%	T2	-1.395	-176.626	1.378	93.505
ocios.: 43%	T3	8.494	17.191	3.316	39.774
COPAGAZ	T1	57.809	16.744	3.239	21.588
part.: 2,55%	T2	-8.155	-118.377	2.149	62.119
ocios.: 49%	T3	4.363	14.902	3.797	54.996
NUTRIGAS	T1	293.215	135.241	-785	19.630
part.: 12,6%	T2	-33.473	-286.815	-1.522	71.661
ocios.: 25%	T3	14.420	46.851	5.750	116.021
AGIP	T1	22.138	123.181	-4.833	173.418
part.: 9,87%	T2	-4.843	-191.570	1.042	165.954
ocios.: 27%	T3	21.013	66.455	4.418	145.197
SUPER+MINASGAS	T1	688.949	451.014	31.982	717.539
part.: 44,38%	T2	-21.032	-1.188.213	36.720	807.194
ocios.: 18%	T3	35.725	275.770	38.291	933.762
NACIONAL	T1	220.337	181.503	-1.612	384.577
part.: 24,68%	T2	-11.628	-737.633	3.126	416.442
ocios.: 19%	T3	28.006	167.392	4.697	535.339
RJ					
ULTRAGAZ	T1	706.582	1.095.090	15.677	752.257
part.: 8,23%	T2	13.504	-163.335	-2.893	620.995
ocios.: 22%	T3	4.927	142.585	5.435	800.869
COPAGAZ	T1	324.731	1.288.189	-2.316	575.741
part.: 7,69%	T2	241.512	35.172	11.179	338.848
ocios.: 35%	T3	11.675	102.084	19.693	524.316
AGIP	T1	-350.793	798.245	-3.312	540.137
part.: 5,17%	T2	-268.712	-66.284	-1.496	367.586
ocios.: 15%	T3	3.724	82.317	-6.026	403.842
SUPER+MINASGAS	T1	7.982.287	7.994.876	-50.135	4.072.964
part.: 51,46%	T2	64.786	-429.044	-46.979	4.031.254
ocios.: 13%	T3	21.894	831.852	-6.343	4.882.588
NACIONAL	T1	-1.208.211	3.587.277	120.680	1.714.768
part.: 22,37%	T2	51.908	-153.019	114.983	1.738.634
ocios.: 15%	T3	6.223	324.722	114.073	1.765.845
PETROGAZ	T1	189.789	702.649	-954	388.243
part.: 4,77%	T2	13.700	18.320	-6.651	399.620
ocios.: 17%	T3	899	71.300	-7.561	447.982
SP					
ULTRAGAZ	T1	2.718.406	16.558.274	-16.421	6.266.271
part.: 28,79%	T2	411.097	-8.723.700	25.146	4.772.858
ocios.: 18%	T3	1.783.050	10.244.454	12.849	6.141.228
COPAGAZ	T1	626.777	7.844.443	-25.478	2.571.715
part.: 13,53%	T2	224.097	-4.059.833	58	2.726.452
ocios.: 14%	T3	345.703	4.252.564	150	2.724.576
AGIP	T1	3.426.914	9.608.017	20.556	2.421.008
part.: 19,22%	T2	2.919.506	-6.012.010	-45.761	2.953.344
ocios.: 16%	T3	1.213.890	7.416.408	-7.965	4.660.933
SUPER+MINASGAS	T1	-83.738	8.183.020	-62.245	2.470.744
part.: 13,6%	T2	340.556	-3.412.081	-36.261	2.380.487
ocios.: 22%	T3	762.159	3.730.477	33.883	2.468.490
NACIONAL	T1	1.454.276	8.348.166	178.286	2.791.546
part.: 14,43%	T2	564.769	-4.123.657	189.816	2.870.894
ocios.: 18%	T3	598.297	4.909.161	186.688	3.398.491
PETROGAZ	T1	267.461	2.564.576	-15.925	836.795
part.: 4,33%	T2	86.218	-1.186.410	-4.395	850.980
ocios.: 14%	T3	254.539	1.584.061	-7.523	979.884

Fonte: ANP

A Tabela 3.5 apresenta os resultados para a Região Sudeste. Analisando os dados percebe-se que a condição de sustentabilidade não foi satisfeita para nenhum dos Estados em T2, já que nesse período, como pode ser observado na Tabela 3.1, as margens desses estados estavam em alguns meses abaixo da média do Estado do RN. Adicionalmente ela também não foi satisfeita em T2 no Estado de Minas Gerais (MG) e em T1 no Estado do Espírito Santo (ES). Para os outros períodos, a trajetória de punição especificada foi crível e sustentável. Alguns motivos podem ser levados em conta para tentar explicar os motivos pelos quais a condição de sustentabilidade não foi satisfeita para todos os períodos. O primeiro diz respeito ao tamanho do mercado da Região Sudeste, que é o maior do Brasil, com aproximadamente 45,6% do consumo nacional em 2002, e desse modo traz maiores oportunidades de vendas, resultando em um ambiente mais competitivo. Outro fator que poderia explicar esse resultado diz respeito ao comportamento das Margens Brutas de Distribuição, uma vez que nos mercados dos Estados de MG e ES elas ficaram bastante próximas àqueles observados no Estado do RN. No que se refere à credibilidade da punição, os dados mostram que em nenhum Estado e para nenhum período valeria a pena renegar a punição.

Tabela 3.6: Ganhos e Perdas do Desvio e da Punição na Região Sul

		Sustentabilidade		Credibilidade	
		A	B	C	D
PR					
ULTRAGAZ	T1	805.608	4.146.388	-6.921	747.300
part.: 14,75%	T2	151.160	391.948	1.850	655.455
ocios.: 18%	T3	153.150	1.630.640	-4.843	741.372
SERVGAS	T1	191.209	1.333.102	854	263.006
part.: 4,27%	T2	-16.690	178.041	-2.839	72.769
ocios.: 45%	T3	186.408	215.861	7.306	30.965
COPAGAZ	T1	570.043	1.594.468	2.139	248.863
part.: 6,81%	T2	335.231	199.388	-6.687	91.102
ocios.: 26%	T3	244.847	556.514	10.494	257.923
AGIP	T1	3.269.155	5.014.988	5.487	908.495
part.: 20,95%	T2	638.530	669.301	-9.034	1.119.192
ocios.: 21%	T3	288.865	2.797.150	-18.354	1.457.408
SUPER+MINASGAS	T1	2.192.582	9.162.359	69.784	1.566.159
part.: 17,99%	T2	422.988	991.345	73.840	1.666.220
ocios.: 16%	T3	298.700	3.696.388	82.094	1.878.705
NACIONAL	T1	829.571	5.065.018	939	803.005
part.: 17,09%	T2	559.735	501.013	4.995	827.669
ocios.: 22%	T3	312.901	2.037.139	13.248	1.082.143
SC					
ULTRAGAZ	T1	282.522	2.105.411	-4.990	274.596
part.: 11,79%	T2	183.308	1.146.212	1.692	191.609
ocios.: 19%	T3	303.533	1.219.224	1.323	291.036
COPAGAZ	T1	198.973	703.047	1.208	99.095
part.: 4,17%	T2	175.278	415.942	2.918	137.143
ocios.: 24%	T3	60.277	572.664	-1.580	144.925
AGIP	T1	2.884.392	3.802.156	1.940	93.861
part.: 29,77%	T2	3.241.126	2.611.566	-16.805	173.687
ocios.: 17%	T3	1.155.028	3.310.946	26	885.797
RS					
ULTRAGAZ	T1	144.037	1.020.875	-5.642	289.809
part.: 5,91%	T2	47.241	855.178	429	171.878
ocios.: 17%	T3	309.505	1.025.066	-1.039	309.753
COPAGAZ	T1	425.652	917.201	8.985	301.123
part.: 5,7%	T2	229.067	946.556	6.155	342.452
ocios.: 27%	T3	284.048	1.396.339	-1.769	470.294
AGIP	T1	4.213.618	4.182.076	53.834	285.302
part.: 39,04%	T2	4.074.706	5.244.181	-53.834	444.408
ocios.: 22%	T3	3.557.776	7.383.348	-6.424	2.615.456
SUPER+MINASGAS	T1	519.010	5.612.759	-20.670	1.632.087
part.: 31,57%	T2	49.242	4.673.064	-17.966	1.376.315
ocios.: 17%	T3	1.180.733	4.850.648	5.994	1.826.381
NACIONAL	T1	-557.097	2.121.628	23.961	568.445
part.: 12%	T2	63.407	1.831.455	23.763	550.633
ocios.: 15%	T3	400.407	1.919.243	30.589	637.991
PETROGAZ	T1	86.928	984.842	-6.925	290.778
part.: 5,79%	T2	-31.144	905.371	-7.123	286.855
ocios.: 14%	T3	123.766	949.089	-297	322.694

Fonte: ANP

Por fim a Tabela 3.6 mostra que, para os Estados da Região Sul, de uma maneira geral a trajetória de punição especificada seria sustentável e poderia manter a alocação original e os lucros auferidos nos mercados analisados. No que se refere à credibilidade, a trajetória de punição também se mostrou crível, de tal modo que a melhor forma de as firmas agirem em caso de desvio seria aceitando a punição.

A análise dos dados mostra que, de modo geral, em nenhum dos períodos analisados compensaria financeiramente para as empresas se desviar da quantidade de conluio. A taxa de desconto utilizada foi de 1% ao mês; no entanto, simulações mostraram que mesmo a taxas mais altas, como por

exemplo 20% ao mês, as condições ainda seriam satisfeitas. Desse modo, a conclusão é de que as condições (1) e (2) foram satisfeitas e a cooperação nesse mercado é consistente com a teoria proposta por Abreu-Lambson. Um outro fato importante a ser notado diz respeito aos preços médios praticados no Estado do RN, que foi tomado como *benchmark*, que se mostraram razoavelmente abaixo dos preços dos outros Estados analisados. Isso acabou tornando-se um fator determinante para a configuração de preços de conluio nos outros Estados, já que se esses preços foram praticados no RN durante todo este período, também poderiam ser praticados em outros estados. Uma pergunta que pode surgir diz respeito às razões pelas quais os distribuidores praticaram um nível de preços mais baixo nesse mercado. Isso pode ser explicado por razões como natureza da demanda ou pela prática de preços menores devido à menor renda da população desse Estado. Vale ressaltar que os outros dois Estados que tiveram as menores médias de preços são os Estados de MG e ES, onde o fator competição entre as empresas pode ter atuado de maneira mais intensa.

4. Comentários finais

Este trabalho teve como principal objetivo apresentar uma análise competitiva do mercado brasileiro de distribuição de GLP e ao mesmo tempo tentar encontrar uma explicação na teoria econômica para o comportamento das empresas nesse mercado.

No decorrer deste trabalho fez-se uma avaliação do comportamento colusivo das empresas distribuidoras de GLP nos diversos Estados brasileiros. A partir de dados a respeito da quantidade vendida por cada distribuidor e das margens auferidas nos diferentes mercados, foi possível fazer uma análise do comportamento colusivo das empresas utilizando a moderna teoria econômica de oligopólios. Uma das principais conclusões está na idéia de que o desvio dos preços vigentes no mercado brasileiro de distribuição de GLP durante o período analisado não seria vantajoso para as empresas na maioria dos casos. Desse modo, tomando-se um período de tempo de 18 meses e uma taxa de juros de 1% ao mês ou até mesmo a taxas de juros maiores, foi demonstrado que os ganhos de um desvio dos preços correntes seriam facilmente contrabalanceados pelas perdas acarretadas por punições críveis e de duração relativamente curta que se seguiriam. Desse modo, constata-se que existiram condições para a existência de comportamento colusivo, mesmo que de natureza tácita, entre os participantes do mercado de distribuição de GLP.

Os resultados encontrados estão de acordo com as expectativas, dado o elevado grau de concentração existente no mercado brasileiro de distribuição de GLP⁵ e acabaram resultando num grande número de denúncias de condutas anticompetitivas analisadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos últimos anos. A origem desses problemas de natureza concorrencial pode ser creditada a diversos fatores presentes nesse mercado que desestimulam a competição, tal como a existência de barreiras à entrada de novas empresas, dados os elevados custos para a instalação de uma planta envasadora de GLP e para a constituição de uma rede de distribuição. Outra importante barreira à entrada diz respeito à obrigatoriedade de as distribuidoras de GLP utilizarem somente botijões com a sua marca, o que faz que a quantidade de botijões disponível no mercado seja maior que o ideal. Esse problema poderia ser facilmente resolvido com a constituição de uma empresa, independente das distribuidoras, que seria a responsável pela manutenção de todos os botijões. Existem também outras condutas de natureza regulatória ou governamental que acabam por gerar assimetrias entre os competidores. Um exemplo disso está na discriminação de preços patrocinada pela Petrobrás e que acaba por onerar entrantes ou competidores de menor e que desejem aumentar suas vendas. Isso acontece pois a Petrobrás, ao cobrar preços diferenciados nas vendas destinadas ao mercado P13 e a granel,⁶ acaba dando uma vantagem às empresas que já dominam o mercado e que acabam pagando um preço menor para adquirir GLP destinado à revenda, diferentemente de um entrante ou um competidor menor, que pagaria um preço mais alto por não ter um histórico de compras.

Bibliografia

- ABREU, D. (1984) *Infinitely repeated games with discounting: a general theory*. Harvard Institute of Economic Research, *Discussion Paper*, n. 1083.
- _____. (1986) “Extremal equilibria of oligopolistic supergames”, *Journal of Economic Theory*, v. 39, p. 191-233.
- AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP. Planilhas Disponíveis em: www.anp.gov.br.

⁵ Em 2005 as quatro maiores distribuidoras de GLP do país possuíam 84,7% do mercado nacional. Para mais detalhes, ver Araújo Jr. (2006).

⁶ Para mais detalhes, ver Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE (2005), Nota Informativa 025/2004/COGDC-DF/SEAE/MF.

- _____ (2004) *Perspectivas de Suprimento de GLP no Brasil*. Relatório Consolidado 2002/2007.
- ARAÚJO JR., J. T. (2006) A regulação do setor de GLP no Brasil. Artigo Ecostrat Consultores.
- BAGWELL, K.; WOLINSKY, A. (2000) Game theory and industrial organization. Columbia University Department of Economics, *Discussion Paper*, n. 9900-03.
- BENOIT, J. P.; KRISHNA, V. (1987) Dynamic duopoly: prices and quantities. *Review of Economic Studies*, v. 54, p. 23-35.
- DAVIDSON, C.; DENECKERE, R. (1985) Incentives to form coalitions with Bertrand competition. *Rand Journal of Economics*, v. 16, p. 473-486.
- _____; _____ (1986) Long run competition in capacity, short run competition in price, and the cournot model. *The Rand Journal of Economics*, v. 17, p. 404-415.
- _____; _____ (1990) Excess capacity and collusion. *International Economic Review*, v. 31, p. 521-541.
- DENECKERE, R.; KOVENOCK, D. (1992) Price leadership. *Review of Economic Studies*, v. 59, p. 143-162.
- DIXIT, A. (1980) The role of investment in entry deterrence. *Economic Journal*, v. 90, p. 95-106.
- FRIEDMAN, J. W., (1971) A non-cooperative equilibrium for supergames. *Review of Economic Studies*, v. 38, p. 1-12.
- KREPS, D.; SCHEINKMAN, J. (1983) Cournot precommitment and Bertrand competition yield cournot outcomes. *Bell Journal of Economics*, v. 14, p. 326-337.
- LAMBSON, V. E. (1987) Optimal penal codes in price-setting supergames with capacity constraints. *The Review of Economic Studies*, v. 54, p. 385-397.
- ONO, Y. (1982) Price leadership: a theoretical analysis. *Economica*, New Series, v. 49, p. 11-20.
- OSBORNE, M. J.; PITCHIK, C. (1987) Cartels, profits and excess of capacity. *International Economic Review*, v. 28, p. 413-428.
- PHILIPS, L. (Org.) (1998) *Applied industrial economics*. Cambridge: Cambridge University Press.

- REES, R. (1998) Collusive equilibrium in the great salt duopoly. *Economic Journal*, v. 103, p. 833-848. In: PHILIPS, L. (Org.). *Applied industrial economics*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 249-265.
- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE (2005a) Ato de Concentração n. 08012.006534/2003-73 entre as empresas Cia Ultragaz S.A. e Shell Gás (LPG) Brasil S.A. Ministério da Fazenda, SEAE.
- SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE (2005b) Nota Informativa n. 025/2004/COGDC-DF/SEAE/MF, Análise de denúncia realizada pela empresa Cia Ultragaz S/A contra a empresa Petrobrás S/A., Ministério da Fazenda, SEAE.
- SPENCE, A. M. (1977) Entry, capacity, investment and oligopolistic pricing. *Bell Journal of Economics*, v. 8, p. 534-544.
- SUTTON, J. (1998) Game theory and industry studies. In: PHILIPS, L. (Org.) *Applied industrial economics*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 33-51.
- TIROLE, J. (1993) *The theory of industrial organization*. Cambridge: The MIT Press.
- VARIAN, H. R. (1992) *Microeconomics analysis*. New York: Norton & Company.

REFORMAS REGULAMENTARES E CONCORRÊNCIA: o caso da indústria bancária brasileira

Marcios Mario Murta Filho

1. Introdução

No estudo em questão fixamos o foco na indústria bancária durante o período de julho de 1988 a dezembro de 2002. Dois motivos nos levaram a delimitar esse período. Há claramente uma mudança de direção quanto à concentração estrutural do setor quando do início da vigência do Plano Real (período pós-94) e quando do início da exposição do sistema bancário nacional à concorrência do capital estrangeiro (a partir do segundo semestre de 1995), o que nos permite analisar as influências da mudança institucional sobre as condições concorrenciais. O outro motivo, de ordem técnica, é devido ao fato de as informações a serem utilizadas no trabalho estarem disponíveis no Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, o qual só foi implementado em junho de 1988. Poderemos assim analisar, por meio de um teste econométrico adequado, como foi a evolução na competição entre os bancos no cenário nacional ao longo de mais de uma década. Se por um lado o processo de crescente concentração estrutural que vem ocorrendo no sistema bancário nacional poderia ensejar uma menor competição entre os participantes, por outro as alterações ocorridas na regulamentação produziriam efeitos pró-competitivos. Descobrir qual o verdadeiro sinal no tocante à competição na indústria, este é o objetivo principal do presente trabalho.

Embora existam diversos estudos na literatura que abordam a concentração e a concorrência no sistema financeiro, com exceção de Nakane (2001) e de Petterini e Jorge Neto (2003), cujos trabalhos abrangeram o período pós-Plano Real (1994 em diante), poucas pesquisas empíricas e acadêmicas sobre o tema foram realizadas no País.

A relevância do presente trabalho vem do fato de trabalharmos com informações disponíveis para o período de 1988 a 2002 (período não abordado em trabalhos anteriores), e de incorporarmos choques exógenos (conjunto de alterações regulamentares que propiciaram o chamado “Plano Real” e a queda de barreiras à entrada de competidores estrangeiros) que podem ter afetado a concorrência no setor bancário.

Além disso, cabe destacar a importância do tema concorrência no âmbito da Teoria Econômica, que se dá pela correlação direta que existe entre concorrência e bem-estar social: quanto maior a concorrência, maior será o bem-estar social. Isso ocorre, de acordo com a teoria, pela menor existência da chamada “perda de peso morto” em uma situação competitiva em face de situações não-concorrenciais.

O trabalho é dividido em quatro partes. Na primeira são explicitadas quais foram as alterações regulamentares mais importantes a partir da implantação do Plano Real. Na segunda etapa do trabalho é realizada uma revisão da literatura sobre métodos de aferição da concorrência em uma dada indústria. Na terceira etapa é apresentada a estruturação teórica do trabalho, sendo definida a metodologia a ser utilizada. E, por fim, na quarta parte do trabalho, são conduzidos exercícios econométricos em painel de dados com o objetivo de identificar a importância das alterações regulamentares sobre a concorrência das instituições bancárias entre si.

2. Reformas regulamentares

A configuração do Sistema Financeiro Nacional (SFN), desenhada em função das reformas financeiras a partir de 1964 (com destaque para a Lei da Reforma Bancária e a Lei do Mercado de Capitais), assentou-se na visão de um sistema financeiro formado por instituições especializadas, condicionadas pela regulamentação a praticarem uma faixa restrita de operações, inspirado no modelo norte-americano.

Entretanto, conforme a experiência pós-64 comprova, este modelo foi bem menos segmentado do que a legislação indicava, ocorrendo casos em que diferentes instituições pertencentes a um mesmo conglomerado operavam em um mesmo espaço físico, mas com contabilidade em separado, de modo a se enquadrar na legislação (Carneiro et alii, 1993).

Essa situação foi modificada a partir da edição da Resolução do CMN 1524, de 21.09.1988, quando se passou a permitir a constituição das chamados “bancos múltiplos”, que poderiam concentrar duas ou mais atividades das antigas instituições singulares, podendo oferecer todos os serviços financeiros.

Em 25.10.1989, com a edição da Resolução do CMN 1649, passou-se a permitir a abertura de novas instituições bancárias, o que representou uma mudança de direção no tocante aos aspectos regulamentares até então vigentes, que vedavam a constituição de novas instituições.

Assim, após essas alterações regulamentares, houve uma alteração da estrutura do sistema financeiro brasileiro, o que causou uma grande expansão do sistema bancário, fazendo que o número de bancos mais que dobrasse, alcançando 244 bancos em dez/94 (ante 104 bancos comerciais em dez/88).¹ No entanto, a partir do início de vigência do “Plano Real”, implantado no segundo semestre de 1994, mudou-se radicalmente o cenário de atuação dos bancos no Brasil, levando o sistema a uma tendência de redução no número de instituições.

Com a implantação do Plano Real e a estabilização da economia, importante fonte de receita para os bancos – o *floating* – foi perdida, sendo necessárias reformas na área financeira com o objetivo de fortalecer e reestruturar o sistema financeiro nacional. Temos assim que, de acordo com Puga (1999), diversas alterações na legislação ocorreram, sendo que vários normativos foram emitidos (alguns visando a aumentar os poderes do Banco Central, outros visando garantir a liquidez e a confiança no sistema), cabendo destaque para: o estabelecimento de limites mínimos de capitais para a constituição de um banco, além de limites adicionais que: variavam de acordo com o grau de risco dos ativos (em consonância com o Acordo da Basiléia); a criação de incentivos fiscais para a incorporação de instituições financeiras; a ampliação dos poderes do Banco Central, de maneira que realizasse ações preventivas para sanear o sistema financeiro; a criação do PROER, com o propósito de assegurar a liquidez e a solvência do sistema; a regulamentação do Fundo Garantidor de Crédito (FGC); a instituição de responsabilidade das empresas de auditoria contábil ou dos auditores independentes em casos de irregularidades na instituição financeira; a permissão para que as instituições aumentassem a receita via cobrança de serviços prestados que até então eram gratuitos; a criação do Sistema Central de Risco de Crédito; a obrigação de implementação de sistemas de controle interno; e o PROES, com o objetivo de sanear o sistema financeiro público estadual.

Outra grande mudança de comportamento (ou de atitude) das autoridades quanto ao papel exercido pelas instituições no sistema bancário nacional foi com relação à participação do capital estrangeiro. Em agosto de 1995, a Exposição de Motivos 311, encaminhada pelo ministro da Fazenda e aprovada pelo presidente da República, estabelecia que eram de interesse do País a entrada e/ou o aumento da participação de instituições estrangeiras no sistema financeiro.

¹ Informação disponível no *site* do Banco Central do Brasil – Relatórios Anuais.

Conforme informações do Banco Central, no período compreendido entre dez/93 e dez/2002 ocorreram significativas alterações na estrutura do SFN, tanto sob o aspecto organizacional quanto operacional. Tiveram lugar transferências de controle, incorporações, cancelamentos e liquidações fazendo que o número de instituições financeiras bancárias, excetuando-se as cooperativas de crédito, diminuísse no período. Ao mesmo tempo, o capital estrangeiro se fez mais presente em termos quantitativos e qualitativos, o que pode ser aferido tanto pela evolução da quantidade de bancos existente nos últimos 10 anos quanto pela de sua rede de agências. Em 1988, existiam 26 bancos com controle estrangeiro no SFN. Ao final de 2002, esse número era de 65 bancos.

Em 31.12.1993, o segmento bancário do SFN possuía 206 bancos múltiplos e 35 bancos comerciais (Tabela 1). No período compreendido entre jun/94 e dez/2002, o processo de ajuste do SFN alcançou um total superior aos mais de 75 bancos que saíram do mercado. Isto devido ao fato de somente no período entre jun/94 e dez/98 terem obtido autorização para funcionar outras 28 instituições.² Dessa forma, o ajuste entre 31.12.1993 e 31.12.2002 apresentou uma redução de mais de 30% do total.

Tabela 1

TIPO	dez/93	dez/94	dez/95	dez/96	dez/97	dez/98	dez/99	dez/00	dez/01	dez/02
Bancos Múltiplos	206	210	205	191	179	173	168	163	153	143
Bancos Comerciais	35	34	35	38	36	28	25	28	28	23
TOTAL	241	244	240	229	215	201	193	191	181	166

Fonte: Banco Central do Brasil

3. Métodos de aferição da concorrência em uma indústria

Um número razoável de trabalhos tem investigado as condições de competição em sistemas bancários. No entanto, o foco desses trabalhos tem variado consideravelmente. Alguns se fixam somente no grau de competição, outros procuram identificar fatores estruturais e institucionais que poderiam ajudar a explicar variações na concorrência efetiva entre bancos, países ou ao longo do tempo. Outros ainda procuram determinar o impacto da competição sobre a eficiência bancária, acesso a financiamento, estabilidade e crescimento.

² Informações disponíveis no *site* do Banco Central do Brasil – Relatório de 1998.

Entretanto, a abordagem que possivelmente tenha mais adeptos e é a mais utilizada para analisar a competição em uma dada indústria é baseada no *structure-conduct-performance paradigm* – SCP (hipótese de estrutura-conduta-*performance*), que postula que há uma correlação direta entre concentração e *performance*: ou seja, a estrutura afeta a conduta das firmas, que determina suas *performances*. A concentração do mercado, assim, facilitaria a adoção de condutas de conluio por parte das firmas, e o resultado seria o deslocamento dos preços de competição perfeita.

Para os adeptos do *structure-conduct-performance paradigm*, há uma aproximação quase intuitiva da parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado. Presume-se que, quando um agente econômico detém parcela substancial do mercado (*market share*), possui poder econômico tal que lhe permite uma atuação independente e indiferente, ou, na terminologia norte-americana, possui *market power* (poder de mercado). Ao revés, a participação diminuta da empresa faz presumir que esta não é capaz de afetar o mercado com seu comportamento.

Dessa forma, ao se predizer que há uma relação crescente entre o nível de concentração do mercado e o poder de mercado, sugere-se a utilização de medidas de concentração para inferir condições de competição.

O método mais utilizado de aferir o nível de concentração do mercado é o chamado Herfindahl-Hirschmann Index (HHI). O HHI é calculado somando-se os quadrados dos percentuais de cada participante de determinado mercado. O índice, assim, varia de 10.000 pontos, caso de um monopólio puro, e um número próximo ao zero, caso de um mercado em concorrência perfeita em que inúmeros agentes econômicos competem. Na utilização desse índice, considera-se mercado desconcentrado quando se obtém o índice de até 1.000, moderadamente concentrado quando se obtém um índice entre 1.000 e 1.800, e altamente concentrado quando o índice é superior a 1.800.

Além do “HHI”, existem outros índices que também são utilizados, mas em menor escala (por exemplo, a razão de concentração e o índice de dominância³). Entretanto, qualquer que seja o índice utilizado constata-se que o mercado concentrado é aquele no qual um pequeno número de empresas é responsável por uma alta proporção do faturamento da indústria. A concentração, portanto, diz respeito ao número de empresas que participam do mercado e às respectivas participações relativas.

³ Ver Schmidt e Lima (2002) para maiores detalhes.

Alguns estudos empíricos apontam realmente para uma relação positiva entre concentração e poder de mercado – por exemplo: Berger e Hannan (1989); Hannan e Berger (1991); e Neumark e Sharpe (1992); Okeahalam (1998); Prager e Hannan (1998) –, confirmando/suportando a abordagem estrutura-conduta-*performance*.

Entretanto, outras pesquisas e estudos empíricos mais recentes, como por exemplo: Shaffer (1989); Jackson (1992 e 1997); Rhoades (1995); Hannan (1997) e Angelini e Cetorelli (2000); vêm colocando em dúvida a abordagem SCP.

Klein (1971) e Baumol, Panzar e Willig (1982) foram os primeiros a desenvolver uma teoria formal de mercados contestáveis. Eles dão atenção ao fato de que existem vários conjuntos de condições que produzem resultados concorrenciais, mesmo em sistemas concentrados. Por outro lado, mostraram que ações colusivas poderiam ser sustentadas mesmo na presença de várias firmas. Mais recentemente, pesquisas teóricas e empíricas, desenvolvidas a partir da teoria por eles desenvolvida, têm se focado em pontos tais como *sunk costs*, custos e barreiras à entrada, externalidades etc.⁴

Nem sempre o elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Primeiramente, o percentual de participação no mercado só adquire algum valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes.

Ademais, é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-o a salvo de pressões concorrenciais. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para mensurar seu poder, ou seja, seu *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegure a posição dominante.

Existe, portanto, a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é apto a lhe assegurar a posição dominante.

⁴ Ver Claessens et al. (2003) para maiores detalhes.

Uma abordagem alternativa para analisar as condições de competição, baseada em fundamentos microeconômicos, é a inferência por meio de estimação dos parâmetros da equação comportamental das firmas. Mais precisamente, assume-se que uma firma (em nosso caso, um banco) estabelece preços e quantidades com o objetivo de maximizar lucros. Tal decisão é baseada considerando os custos e o grau de competição do mercado (este dependente das características da interação entre as firmas e das condições da demanda).

O modelo de Bresnahan (1982) e Lau (1982), como expandido em Bresnahan (1989), utiliza a abordagem de equilíbrio geral de mercado para mensurar a concorrência. A idéia básica é que firmas com o objetivo de maximizar lucros no equilíbrio vão escolher preços e quantidades tais que igualem custos marginais com suas (percebidas) receitas marginais, o que coincide com o preço da demanda sob concorrência perfeita ou com a receita marginal da indústria sob colusão perfeita. Esse modelo permite uma identificação direta da medida de concorrência. Mais especificamente, um parâmetro λ pode ser estimado, que produz uma medida do grau de concorrência imperfeita, variando entre concorrência perfeita ($\lambda = 0$) ou poder de mercado ($\lambda = 1$).

A vantagem da metodologia da literatura da *new empirical industrial organization* – definida por Bresnahan (1989) – é que esta analisa a conduta das firmas diretamente, em vez de focar em observações da estrutura do mercado. Essa metodologia, utilizada para identificar e empiricamente mensurar o grau de poder de mercado em uma indústria – com abordagem desenvolvida por Bresnahan (1982) e Lau (1982) –, já foi utilizada para os seguintes países: Uruguai (Spiller e Favaro, 1984), Colômbia (Barajas et alii, 1999), Canadá (Shaffer, 1993), Estados Unidos (Shaffer, 1989), Finlândia (Vesala, 1995), Itália (Angelini e Cetorelli, 2000), um grupo de países europeus (Neven e Roller, 1999) e Brasil (Nakane, 2001).

À exceção de Nakane (2001) e Petterini e Jorge Neto (2003), cujos trabalhos abrangeram o período pós-Plano Real (1994 em diante), poucas pesquisas empíricas e acadêmicas sobre o tema já foram realizadas no País. O trabalho de Nakane (2001), que adota uma versão dinâmica, teve como objetivo específico testar o nível de competição na indústria bancária brasileira utilizando a metodologia Bresnahan-Lau. Seu trabalho aponta que no Brasil a competição entre os bancos não se enquadra em nenhuma das estruturas polares de competição perfeita ou cartel. Todavia, o autor conclui que a indústria bancária brasileira é altamente competitiva e sugere que futuras

pesquisas busquem identificar possíveis formas de concorrência imperfeita. Já Petterini e Jorge Neto (2003), adotam a abordagem jogo-teórica, como a utilizada por Jaumandreu e Lorenses (2002) para estudar o caso da Espanha. Dessa forma, é utilizado o modelo teórico de Monti-Klein⁵ para a descrição do comportamento bancário, e são derivados equilíbrios teóricos para jogos Bertrand, Bertrand em grupos e, em um caso extremo, Conluio. Os autores encontram evidências de que os bancos privados que operam no sistema financeiro nacional não atuam em conluio no mercado nacional de operações de crédito, o que confirma os resultados encontrados por Nakane (2001).

O efeito de reformas regulatórias sobre a competição bancária tem sido analisado com similar metodologia. Gelfand e Spiller (1987) e Spiller e Favaro (1984) investigaram o impacto na concorrência de um relaxamento das restrições à entrada na indústria bancária uruguaia, concluindo que interações estratégicas entre bancos e entre diferentes mercados decresceram depois da reforma regulatória. Shaffer (1993) estudou a indústria bancária canadense, encontrando uma conduta de concorrência perfeita antes da reforma e evidências de margens negativas após. Ribon e Yosha (1999) encontraram evidências de um incremento na concorrência na indústria bancária israelense nos anos seguintes à liberalização financeira. Já Angelini e Cetorelli (2000), encontraram evidências de um substancial incremento nas condições concorrenciais no mercado bancário italiano depois da introdução da *European Single Banking License*.

No presente trabalho optamos por trabalhar com a abordagem desenvolvida por Bresnahan e Lau, adaptada para captar possíveis alterações na concorrência entre as instituições bancárias em face das modificações regulamentares ocorridas no País que propiciaram a implementação do Plano Real e abriram o mercado à concorrência do capital estrangeiro.

4. Metodologia

De acordo com abordagem desenvolvida, considere que uma indústria produza a quantidade Q ao preço p . Seja q_j a quantidade produzida pela firma j , $j = 1, 2, \dots, m$, e $Q = \sum q_j$. Seja a função demanda inversa $p = p(Q, z)$, onde z é um vetor de variáveis exógenas que afetam a demanda (por exemplo: PIB e taxa Selic). Finalmente, seja $C(q_j, w_j)$ a função custo para a firma j , onde w_j

⁵ Ver Freitas e Rochet (1997) para maiores detalhes.

é um vetor de preços dos fatores de produção empregado pela firma j . Assim, a firma se depara com o seguinte problema de maximização de lucro:

$$\text{Max}_{q_j} p(Q, z)q_j - C(q_j, w_j)$$

onde, pela condição de primeira ordem temos que:

$$p + \frac{\partial p}{\partial Q} \frac{\partial Q}{\partial q_j} q_j - CMg(q_j, w_j) = 0$$

reordenando, podemos reescrever a condição de equilíbrio como:

$$(1) \quad p = CMg(q_j, w_j) - \frac{\theta_j}{\varepsilon}$$

onde θ_j é usualmente definido como a elasticidade conjectural do produto total da indústria em relação ao produto da j -ésima firma,

$$(2) \quad \theta_j \equiv \frac{\partial Q / \partial q_j}{Q / q_j}$$

e ε é a semi-elasticidade da demanda de mercado em relação ao preço

$$(3) \quad \varepsilon \equiv \frac{\partial Q / \partial p}{Q}, \quad \varepsilon < 0$$

Assim, em uma situação de concorrência perfeita, o parâmetro θ_j (de interação dos bancos, no presente caso) é igual a zero para todas as j firmas, enquanto em um monopólio puro θ_j deve ser igual a 1, assumindo valores intermediários (entre 0 e 1) para os outros casos.

Se tomássemos apenas a condição de equilíbrio (1) e, por meio de exercícios econométricos, resolvessemos identificar o grau de poder de mercado de uma dada indústria, poderíamos encontrar alguns problemas. Dado que as variáveis p e q são endógenas, não saberíamos se estamos lidando com uma equação de oferta ou de demanda. Assim, adicionalmente à equação (1) é colocada no sistema, como pré-requisito para identificação correta dos parâmetros do modelo, uma equação de demanda. Mas será que isso é suficiente para identificar o sistema?

De acordo com Bresnahan (1982), a solução para se determinar/identificar se há algum poder de mercado sendo exercido em uma dada indústria dá-se com a inclusão de variáveis exógenas que façam que a função demanda seja rotacionada.

Conforme seu trabalho, seja a função demanda do seguinte tipo:

$$(4) \quad Q = D(P, Y, \alpha) + \eta,$$

onde Q é a quantidade, P é o preço, Y uma variável exógena, e α os parâmetros do sistema de demanda a serem estimados.

Quando as firmas não são tomadoras de preços, elas, com o objetivo de maximizar lucros, procuram igualar a receita marginal percebida ao custo marginal, o que em geral toma a seguinte forma:

$$(5) \quad P = CMg(Q, W, \beta) - \theta \cdot h(Q, Y, \alpha) + \eta,$$

onde $CMg(\cdot)$ é o custo marginal, W são variáveis exógenas do lado da oferta, β os parâmetros da função oferta. Temos que $P + h(\cdot)$ é a receita marginal,

onde $h(\cdot) = \frac{\partial p}{\partial Q} \frac{\partial Q}{\partial q_j} q_j$, $P + \theta h(\cdot)$ é a receita marginal como percebida pela

firma e θ é um novo parâmetro que mensura o grau de poder de mercado: $\theta = 0$ é competição perfeita, $\theta = 1$ é um cartel perfeito, sendo que valores intermediários correspondem a outras soluções de oligopólio.

Supondo que a demanda e o custo marginal sejam lineares, temos:

$$(6) \quad Q = \alpha_0 + \alpha_1 P + \alpha_2 Y + \eta, \text{ e}$$

$$(7) \quad CMg = \beta_0 + \beta_1 Q + \beta_2 W$$

A relação de oferta da firma, dado que $RMg = P + Q/\alpha_1$,⁶ é então:

⁶ De (6) temos que $P = -\alpha_0 + \frac{Q}{\alpha_1} - \alpha_2 Y - \eta$ (*);

$$RT = PQ = \left(-\alpha_0 + \frac{Q}{\alpha_1} - \alpha_2 Y - \eta\right) Q, \text{ onde } RT = \text{Receita Total};$$

$$RMg = -\alpha_0 + 2\frac{Q}{\alpha_1} - \alpha_2 Y - \eta, \text{ onde } RMg = \text{Receita Marginal};$$

$$RMg = -\alpha_0 + \frac{Q}{\alpha_1} - \alpha_2 Y - \eta + \frac{Q}{\alpha},$$

De (*) temos finalmente que

$$RMg = P + \frac{Q}{\alpha_1}$$

$$(8) \quad P = \theta(-Q/\alpha_1) + \beta_0 + \beta_1 Q + \beta_2 W + \eta$$

Claramente a equação de demanda (6) é identificada. Ela possui apenas uma variável endógena incluída (P), e há uma variável exógena excluída (W). Já em relação à equação (8), temos que enquanto a relação de oferta é identificada, o grau de poder de mercado não é. Para ver isso, reescrevemos (8) como

$$(9) \quad P = \beta_0 + \gamma Q + \beta_2 W + \eta,$$

onde $\gamma = \beta_1 - \theta / \alpha_1$.

Claramente (9) é identificável. Somente Q é endógena, enquanto Y é excluída. Mas γ depende tanto de θ quanto de β_1 , de modo que não podemos saber ao certo se estamos lidando com uma especificação do tipo $P = CMg$ ou do tipo $RM = CMg$.

A figura (1) abaixo procura deixar mais claro a afirmação.

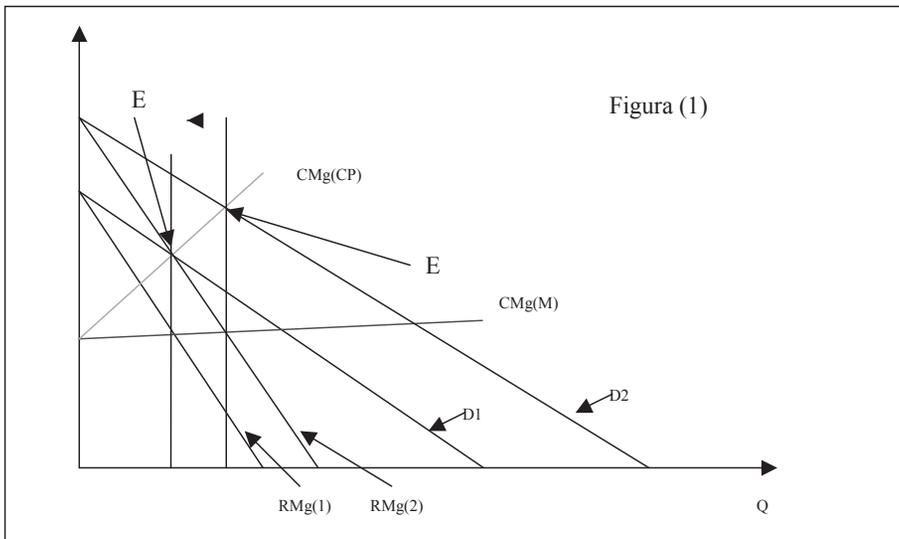


Figura (1)

Dado que a demanda D1 é linear, a receita marginal RMg(1) também o é e possui o dobro da sua inclinação. Nota-se que o ponto E1 tanto pode ser um equilíbrio em uma indústria que possui concorrência perfeita (neste caso $P = CMg$, sendo o $CMg = CMg(CP)$) como pode ser em uma indústria monopolística (neste caso $RMg = CMg$, sendo o $CMg = CMg(M)$). Se aumentarmos Y de forma a deslocar a curva de demanda de D1 para D2, temos que a nova receita marginal será RMg(2), e o equilíbrio tanto do monopólio quanto da

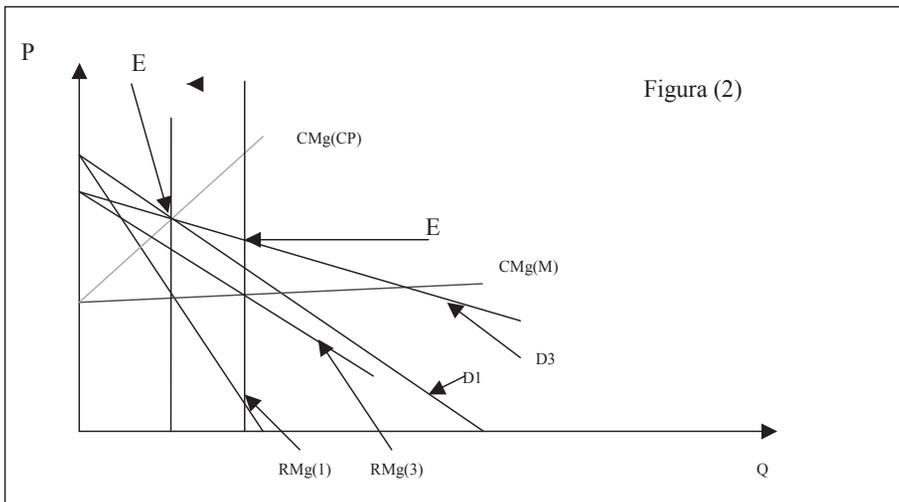
concorrência perfeita se deslocam para E2. Dessa forma, a menos que saibamos de antemão quais os custos marginais, para o exemplo acima não há observação visível que distinga as hipóteses de concorrência e monopólio.

Bresnahan resolve o problema generalizando a função demanda de modo que movimentos nas variáveis exógenas fazem mais do que deslocar o intercepto da demanda para cima ou para baixo. Algumas variáveis exógenas são também capazes de alterar a inclinação da demanda.

Incluimos uma nova variável exógena Z na equação de demanda de modo que:

$$(10) \quad Q = \alpha_0 + \alpha_1 P + \alpha_2 Y + \alpha_3 PZ + \alpha_4 Z + \eta,$$

O ponto chave é que Z atua interativamente com P, de modo que mudanças em Y e Z combinam elementos tanto de rotação quanto de deslocamentos verticais na demanda. A Figura (2) torna mais claro o entendimento.



Dada a situação original (D1, RMg(1), CMg(CP) e CMg(M)), temos agora uma rotação da demanda em torno de E1, de modo que encontramos D3 e RMg(3). Se estivermos em uma situação de concorrência perfeita, não teremos nenhum efeito no equilíbrio, permanecendo o ponto E1 como tal. Entretanto, se a situação for qualquer outra, por exemplo a de monopólio, temos que o equilíbrio se altera para o ponto E3. Então, se rotacionarmos bem como deslocarmos a função demanda, as hipóteses de concorrência perfeita e de monopólio podem ser distinguidas. Formalmente, temos que a relação de oferta pode agora ser alterada para

$$(11) \quad P = \frac{-\theta}{\alpha_1 + \alpha_3 Z} Q + \beta_0 + \beta_1 Q + \beta_2 W + \eta,$$

onde agora θ é identificado. Temos que a demanda é identificada, assim, tomando α_1, α_3 como conhecidos e fazendo $Q^* = -Q/(\alpha_1 + \alpha_3 Z)$, temos agora duas variáveis endógenas, Q^* e Q , e como há duas variáveis exógenas (Z e Y), então θ é identificado como coeficiente de Q^* .

Entretanto, fica claro de (11) que para um dado valor θ_j a capacidade real de uma firma exercer poder de mercado é inversamente proporcional à magnitude de ε (definida pela equação (3)).

A identificação em separado de θ_j e ε requer estimação simultânea de uma equação de oferta tal qual (11) e uma equação de demanda, das quais os parâmetros necessários para a identificação de ε podem ser recuperados. Entretanto, como apontado por Appelbaum (1982, p. 297), se o objetivo da investigação é avaliar o grau total de poder de mercado da indústria (isto é, a capacidade de as firmas estabelecerem preços acima do custo marginal), é suficiente identificar e estimar a razão $\lambda \equiv -\theta_j / \varepsilon$, sem identificar θ_j e ε separadamente.

Assim, assumindo que a função custo pode ser representada por:⁷

$$(12) \quad \ln(C_j) = c_0 + s_0 \ln q_j + \frac{s_1}{2} (\ln q_j)^2 + \sum_{i=1}^2 c_i \ln \omega_{ij} + \ln q_j \sum_{i=1}^2 s_{i+1} \ln \omega_{ij} \\ + c_3 \ln \omega_{1j} \ln \omega_{2j} + \sum_{i=1}^2 c_{i+3} (\ln \omega_{ij})^2$$

onde C é o custo total e ω são os preços dos insumos da firma j , temos uma função custo marginal da forma:

$$(13) \quad CMg_j = (C_j / q_j)(s_0 + s_1 \ln q_j + s_2 \ln \omega_1 + s_3 \ln \omega_2)$$

Em relação à equação de demanda, adotamos a especificação utilizada por Shaffer (1993) em seu estudo do sistema bancário canadense, de forma que a equação (10) se modifica ligeiramente, adotando a seguinte forma:

⁷ Função empregada em vários estudos: Mester (1987), Berger, Hanweck e Humphrey (1987), e Shaffer (1993).

$$(14) \quad Q = \alpha_0 + \alpha_1 P + \alpha_2 Y + \alpha_3 PZ + \alpha_4 Z + \alpha_5 PY + \alpha_6 ZY + \eta$$

Assim, ao estimarmos a equação (14) simultaneamente com a equação (11) – e escrita como a equação (15) abaixo –, podemos fazer inferências sobre o valor de λ e, assim, aceitar ou rejeitar as hipóteses de concorrência perfeita, de cartelização, ou mesmo da existência de atuação de uma firma líder e seguidoras, por exemplo.

$$(15) \quad p = \frac{C_j}{q_j} (s_0 + s_1 \ln q_j + s_2 \ln \omega_1 + s_3 \ln \omega_2) + \lambda + \eta$$

onde o primeiro termo do lado direito é o custo marginal derivado de (13).

Como queremos testar se ocorreu um aumento na concorrência no sistema bancário brasileiro com a implementação do Plano Real e com a abertura do mercado à entrada de estrangeiros, iremos introduzir duas variáveis *dummies*, de modo que a equação (15) passe a ser escrita como:

$$(16) \quad p = \frac{C_j}{q_j} (s_0 + s_1 \ln q_j + s_2 \ln \omega_1 + s_3 \ln \omega_2) + \lambda + d1 + d2 + \eta$$

esclarecido que a *dummy* *d1* é introduzida a partir de julho de 1994 e a *dummy* *d2* a partir de janeiro de 1996.

5. Análise empírica do caso brasileiro

O principal banco de dados usado em nosso trabalho foi o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF (implementado em junho de 1988), compreendendo balancetes mensais das instituições financeiras autorizadas a receber depósitos à vista (exceção feita às cooperativas de crédito): bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas, no período de julho de 1988 a dezembro de 2002.

A estimação do sistema de equações envolve a escolha de variáveis-chaves que aparecem nas equações. Adotamos que o produto oferecido pelas instituições bancárias (q) é o total de empréstimos, expresso em reais (R\$). O preço (p) é definido como uma razão entre rendas auferidas de empréstimos e o total de empréstimos.⁸ Embora atualmente existam informações disponíveis

⁸ Não obstante o fato de serem utilizados dados do COSIF desmembrados até o quinto nível (subtítulos contábeis), não foi possível a utilização discriminada de informações

que fazem que se possa adotar uma *proxie* mais adequada para se definir p , o presente trabalho, ao adotar o período 1988-2002 como base para as informações, teve que se restringir a informações que estivessem disponíveis desde o início da coleta de dados. O custo (C_j) é definido como o custo total, ω_{1j} é definido como a soma das despesas realizadas com proventos, encargos e benefícios pagos a funcionários, e ω_{2j} o custo de captação de cada instituição. Temos assim então que as variáveis utilizadas no trabalho que remetem a um nível individual de cada instituição são apresentadas na Tabela 2.

Tabela 2

Variáveis a Nível Individual por Instituição Usadas nas Estimções	
Variável	Definição
P	Rendas de empréstimos / Total de empréstimos
Q	Total de empréstimos
C_j	Custo total
ω_{1j}	Despesas com proventos + Encargos + Benefícios pagos a funcionários
ω_{2j}	Custo de captação

Duas variáveis *dummies* são utilizadas no trabalho: $d1$ e $d2$, adicionadas à equação de oferta, com o intuito de mensurar se o grau de concorrência foi diferente, na média, depois das mudanças regulamentares ocorridas em 1994 e no final de 1995. Assim, $d1$ assume os valores de 0 (zero) até jun/94, e de 1 (um) de jul/94 a dez/2002, de forma a captar a mudança na concorrência entre as instituições bancárias após o Plano Real. Já $d2$ assume o valor igual a 0 (zero) do início da amostra até dez/95, passando a ser igual a 1 (um) a partir de jan/96, de forma a captar a mudança de concorrência bancária após a abertura do mercado bancário para as instituições estrangeiras.

Do lado da equação de demanda, temos ainda as variáveis Y , definida como o PIB deflacionado, e Z , a taxa Selic mensal, cuja base de dados refere-se ao IPEADATA. Todas as variáveis, com exceção de P , Y e Z , foram deflacionadas pelo IGP-DI e divididas por 1.000.000.

atinentes a cada modalidade de operação de empréstimo, uma vez que essa opção não é contemplada pelo referido Plano Contábil.

A partir de tais bases de dados buscou-se estimar o sistema de equações (14) e (16), ou seja, as equações de oferta e demanda do setor bancário para o período jul/88 a dez/2002, sob periodicidade mensal, a partir de um painel que contém as 303 instituições que vieram a funcionar pelo menos em algum momento do período. Entretanto, um problema enfrentado foi a existência de descontinuidades temporais dos dados para alguns bancos. Tal problema ocorreu por duas causas básicas: a primeira advém do simples fato de que nem todos os bancos mantiveram-se em funcionamento durante todo o período, dado que diversos bancos entraram e/ou saíram do mercado no meio do período. A segunda causa surge da simples ausência de informação de alguns bancos em alguns períodos.

Dadas tais descontinuidades nos dados, o exercício de estimação foi repetido para três amostras alternativas com o objetivo de aliar o balanceamento do painel ao ganho de eficiência advindo de se incluir o maior número possível de informações no estudo: uma amostra com 17 bancos, que se mantiveram no mercado durante todo o período e cujas informações estavam disponíveis para todos os meses; uma segunda amostra com os 42 bancos que se mantiveram no mercado durante todo o período, e cujas eventuais descontinuidades temporais foram cobertas a partir de interpolações; e, por fim, a amostra completa com todos os 303 bancos que vieram a funcionar ao longo do período, e cujas descontinuidades não foram remediadas de qualquer forma.

Após a determinação das amostras o passo seguinte perseguido pela análise empírica foi a busca pelo melhor método de estimação do sistema de equações considerado. A esse respeito, uma vez que há a necessidade de evitar o problema imediato de simultaneidade inerente às estimações de sistemas de oferta e demanda, como o estimado aqui, foi escolhido o método de estimação de mínimos quadrados de dois estágios para estimar o sistema relacionado.

Uma outra questão a ser abordada é a escolha apropriada do método de estimação a ser aplicado para o painel, a fim de garantir resultados eficientes e consistentes. Nesse ínterim, torna-se necessário realizar um teste para confrontar a especificação de efeitos fixos com a especificação de efeitos aleatórios. Para tanto, o teste de Hausman foi aplicado às equações do sistema a partir dos resultados de mínimos quadrados de dois estágios obtidos, onde a hipótese nula remete à especificação de efeitos aleatórios contra a hipótese alternativa da especificação de efeitos fixos. Os resultados do teste são reportados na Tabela 3.

Tabela 3

Teste de Hausman: Efeitos Aleatórios versus Efeitos Fixos		
Ho: efeitos aleatórios		
Amostra / Equação	Valor da estatística (χ^2)	Prob.
17 bancos:		
Equação de Demanda	0.3109	0.99
Equação de Oferta	290.8674	0.00
42 bancos:		
Equação de Demanda	9.5498	0.15
Equação de Oferta	14.7224	0.00
303 bancos:		
Equação de Demanda	158.9812	0.00
Equação de Oferta	65.3373	0.00

Os resultados apresentados na Tabela 3 deixam claro que a especificação de efeitos aleatórios para as equações de oferta é rejeitada mesmo a níveis de significância de 1% para todas as amostras consideradas, enquanto para a equação de demanda a especificação de efeitos aleatórios só é rejeitada para a amostra com 303 bancos. Nesse tocante vale lembrar que sob a especificação de efeitos fixos considera-se que o efeito individual das unidades seccionais é correlacionado com os regressores, o que não ocorre com a especificação de efeitos aleatórios. Assim, como uma boa parte dos regressores da equação de demanda são comuns a todas as unidades seccionais (as instituições), como a taxa SELIC e o PIB, os resultados dos testes confirmam a expectativa apriorística de que uma especificação de efeitos aleatórios tende a ser mais eficiente para a equação de demanda. Tal tendência não se confirma apenas para a amostra com os 303 bancos, deixando claro que o problema da falta de balanceamento intrínseca a tal amostra afeta a caracterização dos regressores.

Com base em tais considerações o modelo empírico foi construído a partir do método de mínimos quadrados de dois estágios sob as especificações de efeitos fixo e aleatório para cada equação, cujos resultados são apresentados nas Tabelas 4 e 5.

Tabela 4

Estimação da Equação de Demanda a Partir de Cada Amostra						
Coeficientes	Amostras					
	17 bancos		42 bancos		303 bancos	
	Ef. aleatórios	Ef. fixos	Ef. aleatórios	Ef. fixos	Ef. aleatórios	Ef. fixos
$\tilde{\alpha}$	-60054.16 (-1.02)	-57542.5**	767555.2* (33.79)	769031.1**	133134.4* (26.90)	119313.1**
α_1	-2519459* (-4.03)	-2494187* (-4.00)	-2687930* (-16.64)	-2694291* (-16.69)	-495869.6* (-29.95)	-486039.0* (-29.32)
α_2	1104.91* (2.70)	1087.10* (2.66)	4335.62* (33.84)	4345.79* (33.94)	696.63* (19.90)	659.02* (18.76)
α_3	-41.70 (-0.04)	-47.62 (-0.05)	-1845.51* (-7.23)	-1840.98* (-7.22)	-523.01* (-6.70)	-536.39* (-6.88)
α_4	17550.45* (4.07)	17455.33* (4.07)	4302.89* (3.77)	4306.20* (3.78)	5196.10* (23.65)	5189.28* (23.62)
α_5	-24292.66* (-4.49)	-24151.14* (-4.49)	-7158.33* (-5.37)	-7152.54* (-5.37)	2381.14* (18.09)	2353.58* (17.88)
α_6	191.66* (4.61)	191.35* (4.62)	249.90* (23.25)	250.24* (23.30)	-27.76* (-14.55)	-28.04* (-14.70)
R2	0.67	0.67	0.92	0.92	0.79	0.79
R2 ajustado	0.67	0.67	0.92	0.92	0.79	0.79
N. observações	2958		7308		28676	
(#) Equação de Demanda: $Q = \alpha_0 + \alpha_1 P + \alpha_2 Y + \alpha_3 PZ + \alpha_4 Z + \alpha_5 PY + \alpha_6 ZY + \varepsilon$ (*) simboliza significância estatística a pelo menos 1%. (**) média dos efeitos fixos estimados. Os valores entre parênteses representam as estatísticas t respectivas.						

Tabela 5

Estimação da Equação de Oferta a Partir de Cada Amostra						
Coeficientes	Amostras					
	17 bancos		42 bancos		303 bancos	
	Ef. aleatórios	Ef. fixos	Ef. aleatórios	Ef. fixos	Ef. aleatórios	Ef. fixos
λ	0.1849* (88.69)	0.1813**	0.2333* (177.96)	0.2342**	0.3147* (76.29)	0.3354**
D1	-0.1239* (-37.01)	-0.1217* (-36.54)	-0.1570* (-66,4)	-0.1567* (-66.04)	-0.2100* (-136.91)	-0.2098* (-136.41)
d2	-0.0241* (-7.63)	-0.0236* (-7.58)	-0.0314* (-13.49)	-0.0315* (-13.55)	-0.0599* (-40.18)	-0.0598* (-39.99)
s0	-0.0301* (-18.39)	-0.0332* (-19.53)	-0.0048* (-12.36)	-0.0051* (-12.53)	0.0001 (0.28)	4.89E-05 (0.08)
s1	0.0049* (20.04)	0.0053* (20.89)	-0.0002* (-6.86)	-0.0002* (-6.86)	0.0009* (10.26)	0.0009* (10.19)
s2	-0.0012* (-7.07)	-0.0014* (-7.97)	0.0007* (14.17)	0.0007* (14.25)	9.12E-05 (0.93)	0.0001 (1.25)
s3	0.0012* (4.36)	0.0013* (4.85)	0.0002* (6.66)	0.0002* (6.74)	-0.0003* (-3.89)	-0.0003* (-3.79)
R2	0.80	0.80	0.76	0.76	0.82	0.82
R2 ajustado	0.80	0.80	0.76	0.76	0.82	0.82
N. observações	2711		6457		21415	
(#) Equação de Oferta: $p = \frac{C_j}{q_j} (s_0 + s_1 \ln q_j + s_2 \ln \omega_1 + s_3 \ln \omega_2) + \lambda + d1 + d2$ (*) simboliza significância estatística a pelo menos 1%. (**) média dos efeitos fixos estimados. Os valores entre parênteses representam as estatísticas t respectivas.						

Os resultados das equações de demanda apresentados na Tabela 4 corroboram com as expectativas a respeito dos sinais dos coeficientes das regressões. Nesse contexto, o sinal de α_2 deixa claro que empréstimos bancários são um bem normal, uma vez que acréscimos na renda significam aumentos de demanda. Como consequência, é de se esperar que a curva de demanda apresente inclinação negativa, o que é evidenciado pelo sinal negativo de α_1 . Por fim, considerando-se que a taxa de juros Selic

representa o preço de um bem substituto, o sinal positivo de α_4 deixa claro que o aumento no preço de bens substitutos significa aumento na demanda por empréstimos. Nesse sentido, os sinais mais significativos do ponto de vista teórico apresentam coerência e independem da amostra utilizada. Nesse sentido, os demais sinais variarem de acordo com a amostra significa que a não-linearidade intrínseca à curva de demanda varia de acordo com a amostra, o que seria de se esperar uma vez que a curva de demanda de mercado é a soma das demandas individuais, e estas devem apresentar inclinações assimétricas, ou seja, a elasticidade-preço da demanda do crédito de um consumidor cliente de um grande banco deve ser diferente da de um cliente de um banco de porte menor, dada a diferenciação do produto. Ademais, é de se esperar que a inclinação da demanda variou ao longo do tempo, uma vez que a inflação variou drasticamente ao longo da amostra, de forma que isso pode ter sido captado pelo não-balanceamento da amostra com 303 bancos.

Os resultados obtidos a partir da equação de oferta são apresentados na Tabela 5. Em tais estimações os coeficientes de maior relevância para a análise são λ , d_1 e d_2 , uma vez que apresentam as medidas de concorrência no setor bancário e os choques sofridos por esta no Plano Real e por ocasião da abertura do mercado bancário para o setor externo. Assim, uma vez que o painel foi estimado sob a hipótese de efeitos fixos, o valor de λ não é estimado diretamente. Nesse sentido, para obter uma estimativa de λ , optou-se por calcular uma média dos efeitos fixos estimados, obtendo os resultados apresentados na tabela. Entretanto, torna-se necessário verificar se tais valores são estatisticamente diferentes de zero, de forma que, ao compararmos os resultados de efeitos fixos quando o modelo foi estimado considerando-se efeitos aleatórios, apresentam-se valores muito próximos aos das médias apresentadas na Tabela 5, e significativamente diferentes de zero, reforçando a confiabilidade das médias calculadas para medir a concorrência do setor bancário. Tal proximidade das estimações entre os efeitos fixos e aleatórios é esperada, dada a consistência dos estimadores aliada ao elevado número de observações utilizado.

Dessa forma, uma vez que λ é significativamente diferente de zero, é possível argüir que o setor bancário no Brasil não se comportou como um mercado em concorrência perfeita durante o período analisado. Entretanto, dadas as mudanças estruturais observadas no setor ao longo dos últimos anos, como descrito nas seções anteriores, torna-se necessário observar

se a concorrência do setor mudou significativamente nesse período. Tal análise é realizada ao observar o comportamento das *dummies* d1 e d2. Nesse caso, uma vez que tais *dummies* apresentam coeficiente negativo e significativamente diferente de zero podemos concluir que tanto as alterações regulamentares que implementaram o Plano Real quanto a abertura do mercado doméstico para bancos estrangeiros aumentaram a concorrência do sistema bancário nacional.

Esses resultados mostram que, apesar da concentração estrutural ocorrida no âmbito do setor bancário nacional, caracterizado por inúmeras transferências de controles, liquidações, mudanças do objeto social e cancelamentos da autorização para funcionamento, as alterações introduzidas pelos novos regulamentos fizeram que as instituições aumentassem a concorrência entre si.

Como já citado, a implementação do Plano Real fez que as instituições, além de perderem importante fonte de receita (o *floating*), iniciaram uma corrida para adquirir outras instituições com o intuito de manter/ampliar suas participações no mercado. Os resultados empíricos apresentados indicam que devido a isso elas passaram a atuar mais agressivamente no mercado, aumentando assim a concorrência.

Quando analisamos as concessões do governo brasileiro para o aumento de participação estrangeira no Sistema Financeiro Nacional, verificamos que 95% das autorizações ocorreram após dez/95 (conforme informações constantes da Tabela 6. Isto mostra o resultado prático da nova postura do governo brasileiro em relação ao capital estrangeiro com a aprovação da Exposição de Motivos 311, o que fez que as instituições atuantes no mercado interno aumentassem a concorrência em resposta à abertura do mercado, fato este que, além de ser confirmado pelos resultados empíricos apresentados, vai ao encontro de estudos já efetuados para outros países.

Corroborando nossos resultados, Rocha (2001) entende que “a abertura do setor bancário brasileiro ao capital externo, após o Plano Real, ampliou a contestabilidade do mercado, anteriormente fechado e com concorrentes bem definidos. A partir desse momento, colocou-se para os grandes bancos privados nacionais, varejistas, a necessidade da defesa de sua liderança e de sua parcela de mercado”.

Tabela 6

Número de Decretos Autorizando o Aumento de Participação Estrangeira no Sistema Financeiro Nacional – Art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	
Período	Número de Autorizações
Até 30.06.1994	3
01.07.1994 a 31.12.1995	4
01.01.1996 a 31.12.1996	8
01.01.1997 a 31.12.1997	23
01.01.1998 a 31.12.1998	29
01.01.1999 a 31.12.1999	21
01.01.2000 a 31.12.2000	23
01.01.2001 a 31.12.2001	10
01.01.2002 a 31.12.2002	15
Total	136

Fonte: Banco Central do Brasil

Apesar dos resultados empíricos obtidos indicarem que as alterações regulamentares aumentaram a concorrência do setor bancário, com base nas informações disponíveis e nas técnicas utilizadas no presente trabalho não podemos mensurar o quanto se aproximou da concorrência perfeita. Podemos, entretanto, analisar se tais aumentos da competitividade do setor bancário foram suficientes para levar o setor a um nível de concorrência perfeita. Para tanto, deve-se analisar se o efeito ocorrido, representado pela *dummy*, somado ao valor de λ igualou-se a 0, caracterizando uma situação de concorrência perfeita. Ao realizar tal análise por meio de testes de hipótese de Wald (Tabela 7) foi possível demonstrar que, mesmo com os avanços no sentido de aumento de competitividade, a hipótese de concorrência perfeita é rejeitada mesmo a um nível de significância de 1%. Corroborando esse resultado, temos que Nakane (2001), ao analisar a concorrência bancária no País no período de ago/94 a ago/2000, por meio de um teste dinâmico (baseado na mesma metodologia desenvolvida por Bresnahan e Lau), encontrou resultados da existência de algum poder de mercado sendo exercido no mercado bancário brasileiro, rejeitando, assim, a hipótese de concorrência perfeita.

Tabela 7

Testes de Wald para as Mudanças de Concorrência Bancária no Brasil		
Amostra / Hipótese Nula	Valor da Estatística (F)	Prob.
17 bancos		
$\lambda + d1 = 0$	320.00	0.00
$\lambda + d1 + d2 = 0$	271.39	0.00
42 bancos		
$\lambda + d1 = 0$	1063.54	0.00
$\lambda + d1 + d2 = 0$	1036.31	0.00
303 bancos		
$\lambda + d1 = 0$	4644.86	0.00
$\lambda + d1 + d2 = 0$	1485.87	0.00

6. Conclusão

Após a implementação do Plano Real e com as alterações legais e regulamentares que passaram a ter vigência a partir de jul/94, ocorreu, no âmbito do sistema financeiro nacional, um processo de intensa concentração estrutural bancária.

Grandes mudanças ocorreram no âmbito do setor estatal e na participação detida por instituições nacionais e estrangeiras. Enquanto as instituições estatais, via privatizações, mudanças do objeto social ou cancelamento da autorização para funcionamento, diminuíram sensivelmente a participação que detinham na área bancária, as instituições estrangeiras aumentaram a sua participação em face das nacionais.

Temos assim que, aliada a uma diminuição do número de instituições que atuam no setor, ocorreu uma alteração das condições de concorrência entre as instituições do sistema via reformas regulamentares.

Os resultados empíricos obtidos neste trabalho indicam que, com base na análise da amostra utilizada, as alterações regulamentares que tiveram início em jul/94 incrementaram a concorrência entre as instituições que operam no sistema financeiro nacional. Uma das justificativas para o ocorrido foi a perda de importante receita das instituições bancárias com a estabilização da economia: o *floating*. Com essa perda, as instituições tiveram que aumentar a concorrência entre si no mercado de crédito com o objetivo de alavancar suas receitas.

Da mesma forma, os resultados apresentados indicam que com a introdução da possibilidade (e sua efetivação) de entrada de concorrentes estrangeiros, os bancos instalados no País aumentaram ainda mais a concorrência entre si.

O trabalho aponta ainda que, apesar do aumento da concorrência entre as instituições do setor bancário ter ocorrido no período, a hipótese de concorrência perfeita é rejeitada, o que vai ao encontro de outros trabalhos já publicados. Esses resultados servem de alerta para as autoridades governamentais que atuam na área de defesa da concorrência e pressupõe a busca de políticas adequadas para o setor.

Um trabalho posterior e que seria de grande valor seria a simulação de possíveis fusões/incorporações de instituições já atuantes no mercado, inclusive considerando a possibilidade de contemplar a atuação dos conglomerados financeiros no mercado.

Bibliografia

- ANGELINI, P.; CETORELLI, N. Bank competition and regulatory reform: the case of the Italian banking industry. *Economic Perspectives*. Chicago: Federal Reserve Bank of Chicago, primeiro trimestre, p. 2-28, 2000.
- APPELBAUM, E. The estimation of the degree of oligopoly. *Journal of Econometrics*, 19, p. 287-299, 1982.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Normativos editados pelo Banco Central, boletins e relatórios. Vários números.
- BARAJAS, A.; STEINER, R.; SALAZAR, N. Interest spreads in banking in Colômbia, 1974-96, *IMF Staff Papers*, 46, p. 196-224, 1999.
- BAUMOL, W. J.; PANZAR, J. C.; WILLIG R. D. *Contestable markets and the theory of industry structure*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- BERGER, A.; HANNAN, T. The price-concentration relationship in banking. *Review of Economics and Statistics*, 71, p. 291-299, 1989.
- BERGER, A.; HANWECK, G.; HUMPHREY, D. Competitive viability in banking: scale, scope and product mix economies. *Journal of Monetary Economics*, 20, p. 501-520, 1987.
- BRESNAHAN, Timothy F. Empirical studies of industries with market power. *Handbook of Industrial Organization*, v. II, p. 1011-1057, 1989.

- _____. The oligopoly solution is identified. *Economic Letters*, 10, p. 87-92, 1982.
- CARNEIRO, D. D.; WERNECK, R. L. F.; GARCÍA, M. G. P. *Strengthening the financial sector in the Brazilian economy*. Rio de Janeiro: Departamento de Economia da PUC, Texto p. Discussão 307, ago. 1993.
- CAVICCHIOLI, Mário Sérgio. *A influência do Comitê da Basileia na supervisão prudencial do sistema financeiro brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo/PIPECAFI/CEFIN, 1999.
- CLAESSENS, S.; DOBOS, G.; KLINGEBIEL, D.; LAEVEN, L. *The growing importance of networks in finance and its effects on competition*, mimeo. University of Amsterdam/World Bank, Jan. 2003.
- FREITAS, X.; ROCHET, J. *Microeconomics of banking*. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.
- GELFAND, M.; SPILLER, P. Entry barriers and multiproduct oligopolies *International Journal of Industrial Organization*, 5, p. 101-113, 1987.
- HANNAN, T. Market share inequality, the number of competitors and the HHI: an examination of bank pricing. *Review of Industrial Organization*, 12, p. 23-35, 1997.
- HANNAN, T.; BERGER, A. The rigidity of prices: Evidence from the banking industry. *American Economic Review*, 81, p. 928-945, 1991.
- JACKSON, W. Market structure and the speed of adjustment: evidence of non-monotonicity. *Review of Industrial Organization*, 12, p. 37-57, 1997.
- _____. The price-concentration relationship in banking: a comment. *Review of Economics and Statistics*, 74, p. 373-376, 1992.
- JAUMANDREU, J.; LORENCES, J. Modelling price competition across many markets (an application to the Spanish loans market). *European Economic Review*, 46, p. 93-115, 2002.
- KLEIN, M. A theory of the banking firm. *Journal of Money, Credit and Banking*, 7, p. 205-218, 1971.
- LAU, L. On identifying the degree of competitiveness from industry price and output data. *Economic Letters*, 10, p. 93-99, 1982.
- MESTER, L. A multiproduct cost study of savings and loans. *The Journal of Finance*, 42, p. 423-445, 1987.

- NAKANE, Márcio I. A test of competition in Brazilian banking. *Working Paper Series*, n 12. Brasília: Bacen, março 2001. 23 p. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br>.
- NEUMARK, D.; SHARPE, S. Market structure and the nature of price rigidity: evidence from the market for consumer deposits. *Quartely Journal of Economics*, 107, p. 656-680, 1992.
- NEVEN, D.; ROLLER, L. An aggregate structural model of competition in the European banking industry. *International Journal of Industrial Organization*, 17, p. 1059-1074, 1999.
- OKEAHALAM, C. C. An Analysis of the price-concentration relationship in the Botswana commercial banking industry. *Journal of African Finance and Economic Development*, 3, p. 65-84, 1998.
- PETTERINI, F. C; JORGE NETO, P. M. *Competição bancária no Brasil após o Plano Real*. mimeo. 2003.
- PRAGER, R. S.; HANNAN, T. H. Do substantial horizontal mergers generate significant price effects? Evidence from the banking industry. *Journal of Industrial Economics*, p. 443-452. 1998.
- PUGA, F. P. Sistema financeiro brasileiro: reestruturação recente, comparações internacionais e vulnerabilidade à crise cambial. In: GIAMBIAGI, F.; MOREIRA, M. M. (Org.) *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- RHOADES, S. A. Market share inequality, the HHI, and others measures of the firm composition of a market. *Review of Industrial Organization*, 10, p. 657-674, 1995.
- RIBON, S.; YOSHA, O. Financial liberalization and competition in banking: an empirical investigation, Tel Aviv University, *Working Paper*, n. 23-99, 1999.
- ROCHA, Fernando A. S. *Evolução da concentração bancária no Brasil (1994-2000)*. Banco Central do Brasil, 2001.
- SHAFFER, S. A test of competition in Canadian banking. *Journal of Money, Credit and Banking*, 25, p. 49-61, 1993.
- _____. Banking conduct before the European single banking license: a cross-country comparison. *North American Journal of Economics and Finance*, 12, p. 79-104, 2001.

- _____. Competition in the U.S. banking industry. *Economic Letters*, 29, p. 321-323, 1989.
- SPILLER, P.; FAVARO, E. The effects of entry regulation on oligopolistic interaction: the Uruguayan banking sector. *Rand Journal of Economics*, 15, p. 244-254, 1984.
- VESALA, J. Testing for competition in banking: behavioral evidence from Finland. *Bank of Finland Studies E:1*. Bank of Finland, 1995.

MONOPOLIZAÇÃO DE *AFTERMARKETS*: racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado

Denis Alves Guimarães

I. Introdução

O presente trabalho é resultado de um estudo e de reflexões a respeito da racionalidade, do potencial anticompetitivo e dos efeitos da monopolização de *aftermarkets*.¹ Inicialmente se discutem os argumentos que foram considerados no estudo, realizado a partir de dois julgados: os casos Kodak² e Power-Tech/MATEC.³ Após, sistematizando os argumentos considerados, na Tabela 1 apresentam-se diferentes configurações de mercado hipotéticas (mercados principais concorrenciais, oligopólicos ou monopólicos; mercados derivados monopolizados ou concorrenciais), realizando-se um exercício de previsão das possíveis conseqüências advindas de cada hipótese. Em seguida, na Tabela 2, enumeram-se as vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado anteriormente apresentada. Por fim, com base nas considerações realizadas, sugerem-se questões a serem verificadas pela autoridade antitruste no curso da análise da conduta.

¹ *Aftermarkets* são, por exemplo, os fornecedores de peças e serviços de manutenção, em oposição a *foremarkets*, aqueles de produtos/equipamentos. Outras denominações: mercados primário e secundário; mercados principal e derivado; mercados a montante e a jusante; mercados *upstream* e *downstream* etc. Como será visto neste estudo, o mercado de peças pode ser considerado um mercado primário em relação ao mercado de serviços de manutenção (secundário).

² Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 (1992).

³ Processo Administrativo 08012.000172/98-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda.; Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).

II. Monopolização de *aftermarkets* – Racionalidade, potencial anticompetitivo e efeitos no mercado. Casos Kodak e Power-tech/Matec

O caso Kodak é referido como grande precedente de uma condenação por negociação compulsória. No caso, a conduta específica foi a venda casada.⁴ Em determinado momento, a Kodak passou a vender peças de manutenção de seus produtos somente para quem aceitasse que os reparos fossem efetuados pela própria empresa. Havia três mercados em questão: produto (*equipment*), peças (*parts*) e manutenção (*services*). A tese da Kodak foi a de que, não tendo poder de mercado em relação ao produto, também não poderia tê-lo nos demais mercados (peças e manutenção), afirmação baseada na presunção de que, se aumentasse seus preços nos mercados secundários acima do nível competitivo, os consumidores parariam de comprar seus produtos.⁵

⁴ “A terminologia usada para definir o ilícito de negociação compulsória é propositalmente ampla. Isso não parece, entretanto, afetar-lhe a precisão. Ao contrário, é exatamente no caráter compulsório da negociação que é possível encontrar o elemento fundamental a justificar o tratamento conjunto das diversas hipóteses que serão discutidas a seguir.

De forma muito sintética e abreviada, pode-se dizer que a compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte. A compulsão pode tanto concretizar-se através da imposição de determinada negociação – como ocorre na *venda casada* e nos *negócios recíprocos* – como realizar-se através da negativa de conclusão de negócio. Isso ocorre basicamente através da *recusa de contratar* e das *cláusulas de exclusividade*.

Evidentemente, a compulsão ou coerção (como se passará a denominá-la também, a partir de agora) não é o único elemento necessário para a existência de negociação compulsória. Ao seu lado é preciso estudar e discutir o onipresente objetivo de eliminar o concorrente” (Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 198-199 – grifamos).

⁵ “Kodak’s theory that its lack of market power in the primary equipment market precludes (...) the possibility of market power in the derivative aftermarket rests on the factual assumption that, if it raised its parts or service prices above competitive levels, potential costumers would simply stop buying its equipment. Pp. 465-478” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

II.1. Valor de revenda

Tal comportamento do consumidor afigurava-se improvável, tendo em vista que os produtos Kodak em questão, quando novos, eram caros, mas apresentavam baixo valor de revenda.⁶ Portanto, não interessaria ao consumidor se desfazer de um produto semi-novo ou mesmo de um usado em bom estado.

Mesmo que o valor de revenda não fosse baixo, haveria grande possibilidade de que passasse a sê-lo assim que a Kodak elevasse os preços de peças e manutenção a um nível supracompetitivo. Nessa hipótese, os consumidores poderiam querer trocar seus produtos Kodak pelos da concorrência, almejando gastar menos com peças e manutenção. Dessa forma, o mercado seria inundado pelos produtos Kodak usados, o que fatalmente daria causa a uma significativa queda nos preços. Assim, o consumidor optaria por suportar o alto custo de manutenção (peças e serviços) ocasionado pela cobrança do preço monopolista.

II.2. Lock in

Sem opções, o consumidor pode ficar “preso” (efeito *lock in*) à cobrança do preço monopolista:

“O efeito *lock in* se refere ao fato do usuário ao comprar o equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido ao seu elevado custo”⁷ (grifamos).

Dessa forma, a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto.⁸

⁶ “Kodak equipment, although expensive when new, has little resale value. See id., at 358-359, 424-425, 427-428, 467, 505-506, 519-521” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

⁷ Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 17, nota de rodapé n. 20.

⁸ “The Court majority argued that even if competition in the equipment market theoretically prevents the use of market power in the aftermarket, *market imperfections*,

II.3. *Lucro presente vs. lucro futuro*

No caso Kodak, foi reconhecido que uma empresa que atue tanto no mercado primário quanto no secundário pode mensurar a diferença entre o lucro presente advindo da monopolização do *aftermarket* e o prejuízo futuro causado pela perda dos consumidores que se sentirem lesados ao arcarem com preços supracompetitivos no mercado derivado (e por isso acabarem optando por outras marcas quando de uma nova aquisição do produto principal – note-se que esta hipótese é cogitada admitindo-se que o consumidor tenha condições de vir a saber que está incorrendo em preços supracompetitivos, questão que será abordada logo adiante, no item Assimetria de Informação). Este aspecto do caso em comento foi notado por Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz:

“The Court noted that firms operating in both an equipment market and an aftermarket face a trade-off: while above-competitive pricing in the aftermarket may reduce future profits through lost customers, it also raises current profits in the aftermarket from locked-in customers. The Court argued that it could not presume that the lost future profits from lower equipment sales will outweigh the gain in current profits from supracompetitive pricing in aftermarket”.⁹

Uma razão muito simples pela qual não se pode supor que os prejuízos futuros (perda de clientes) compensariam os lucros imediatos (monopolização do *aftermarket*), fazendo que a prática restritiva se tornasse irracional, é a de que o lucro imediato é passível de aplicação e conseqüente rendimento de juros, como anotado pelos mesmos autores:

“... we assume that each firm acts to maximize the present discounted value of all present and future profits to the firm, so it takes

in particular imperfect information and switching costs, *can prevent economic theory from describing reality* (...) *Switching costs* also limit the disciplining effect of equipment market competition on the aftermarket because consumers are *locked in*. In the presence of switching costs, consumers will pay supracompetitive aftermarket prices as long as the price premium is less than the switching costs. While the facts of an individual case may prove that it would not be profitable in a particular instance, *the Court stated that economic theory alone cannot rule out such behavior*” (Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz, Antitrust policy in aftermarkets, *Antitrust Law Journal*, 63, 1995, p. 455.

⁹ Op. cit., p. 455.

into account the effect of its decision on its contemporaneous profits and on all of its future profits (...). By ‘discounting’ we mean that the firm values one dollar of income earned in the future less than it values a dollar earned today. It should do so because a dollar earned today can be invested and earn interest, giving the firm more than a dollar in the future”.¹⁰

II.4. Durabilidade do bem

Se o bem for durável, o período de *lock in* pode ser bastante longo, resultando em significativos lucros para a empresa, que pode utilizar parte desses recursos para custear novos investimentos tecnológicos, desenvolvendo um novo produto de qualidade superior ao das concorrentes. Nesta hipótese, muitos consumidores optariam por adquirir esse novo produto, ampliando-se a participação da empresa no mercado primário, isso porque, em setores que envolvem tecnologia, há grande probabilidade de que o consumidor opte pelo produto que considera melhor, ou que pelo menos leve em conta o custo-benefício, em vez de considerar somente o preço.¹¹

II.5. Possibilidade de intervenção da autoridade antitruste

O risco de ocorrência da situação exposta acima é forte argumento a justificar a atuação da autoridade antitruste no sentido de coibir a monopolização de mercados secundários. Seria muito grave se a omissão da autoridade nos *aftermarkets* ocasionasse um benefício na disputa pelo mercado primário justamente para a empresa que violou as normas concorrenciais.

II.6. A reação da empresa

O problema apontado por Zhiqi Chen e Thomas W. Ross é que a empresa pode querer compensar o prejuízo advindo da introdução de concorrência no mercado secundário por meio do aumento dos preços das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes:

¹⁰ Os autores continuam: “It is common to assume that the discount rate is approximately equal to the interest rate that the firm faces” (op. cit., p. 455 e nota de rodapé 15).

¹¹ Considerações distintas são trazidas por Calixto Salomão Filho (op. cit., nota de rodapé 35).

“An order to supply [da autoridade antitruste] and the resulting competitive market, however, will not necessarily restore the manufacturer’s ability to commit [capacidade de se comprometer a oferecer preços baixos no mercado secundário]. Given that the manufacturer is free to set the price of parts, it can still take advantage of the captive consumer by charging a high price for parts. As long as a new part is absolutely necessary in the repair of a broken unit, an order to supply has no real effect. The only consequence is that a high price of repairs is replaced by a high price of parts”¹² (grifamos).

A autoridade antitruste poderia então proibir o aumento do preço das peças (pois que o aumento seria uma reação da empresa à proibição de uma conduta anticoncorrencial – este ponto será abordado logo adiante). Observe-se que, se não o fizer, os prestadores de serviço de manutenção independentes, em vez de realizar os reparos com peças originais novas, poderão fazê-los por meio do conserto de peças quebradas (por exemplo, utilização de peças recondicionadas ou retificadas), sempre que isso for possível.

Note-se que o desenvolvimento de mercados como o de peças recondicionadas pode ser um fator de inibição do aumento do preço das peças originais. Estas, de qualquer forma (possivelmente), terão seus preços aumentados, pois as empresas obrigadas a fornecê-las aos prestadores de serviço independentes (possivelmente) tentarão compensar essa perda de lucro (perda do monopólio no *aftermarket*) por meio da captação do preço de reserva dos consumidores que estão dispostos a pagar mais pelas peças originais em relação às recondicionadas, por presumirem que os produtos consertados com as primeiras conservarão sua qualidade por mais tempo.

Todavia, o problema não se encerra no aumento do preço das peças originais. Isto foi notado por Chen e Ross:

“This inefficient substitution [substituição das peças originais pelas recondicionadas] can be avoided if the judicial order also contains a restriction on the price of parts that the manufacturer can charge. As long as the price of parts is restricted to be below w [custo da manutenção feita com peças recondicionadas], ISOs [Independent Service Organizations] will find it cheaper to repair with new parts than with labour [conserto de peças]. In this case, an order to supply

¹² Orders to supply as substitutes for commitments to aftermarkets. *The Canadian Journal of Economics*, v. 31, Issue 5, Nov. 1998, p. 1213.

does not have any effects on welfare because the manufacturer simply makes up the lower profits in the aftermarket by raising the price in the product market”.¹³

Os próprios autores reconhecem que isso seria um problema concorrencial, que justificaria a atuação do órgão de defesa da concorrência:

“... since manufacturers cannot commit to low prices in the aftermarket, both aftermarket and primary market prices will be distorted away from their marginal costs, leading to some inefficiency. This inability to commit to low aftermarket prices could, in principle, hurt even monopolist manufacturers. Seen this way, a judicial order to supply parts could provide the missing commitment power, permitting manufacturers to ‘promise’ that parts and service will be provided at low prices and allowing them to raise price in the primary market. This is one case for antitrust intervention”.¹⁴⁻¹⁵

Nessa situação, haveria a possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços (Lei 8.884/94, artigo 21, XXIV), pois o preço estaria sendo aumentado para compensar a perda de mercado no *aftermarket* em virtude da proibição da conduta anticoncorrencial. Tal aumento não se justifica em face dos parâmetros para a caracterização do ilícito fornecidos pela Lei 8.884/94 (incisos do parágrafo único do artigo 21).

II.7. Assimetria de Informação

Outro (e importantíssimo) fator contrário ao argumento de que o consumidor, percebendo estar pagando preços monopolísticos nos mercados secundários, pode simplesmente trocar o produto principal pelo da concorrência, é a assimetria de informação.¹⁶ E isso não envolve somente a

¹³ Chen e Ross, op. cit., p. 1214, nota de rodapé 18.

¹⁴ “We do not mean to suggest that this is the only argument for intervention. The literature on these cases cited above describes other reasons for concern with these cases, many of them focusing on the (arguably) *limited ability of consumers rationally to anticipate aftermarket prices when making purchases in the primary market*” (Chen e Ross, op. cit., p. 1219, nota de rodapé 19 – grifamos).

¹⁵ Chen e Ross, op. cit., p. 1219.

¹⁶ “The Court majority argued that even if competition in the equipment market theoretically prevents the use of market power in the aftermarket, *market imperfections*,

disponibilidade da correta informação ao consumidor mais diligente, que está disposto a “ir atrás” da informação. Envolve também a cultura de consumo. Existem mercados em que o consumidor considera empreender esforços para saber se nos respectivos *aftermarkets* (peças e manutenção) ele não incorrerá em custos tão altos que o farão alterar sua opção no mercado primário. Em contrapartida, há mercados em que o consumidor adquire um produto por impulso, se abstendo de fazer qualquer pesquisa como a acima referida. E ainda que não se trate de um produto de forte apelo junto ao consumidor, a cultura de consumo pode ser passiva, isto é, a aquisição do produto, seja ele qual for, pode se dar de forma impensada, ignorando-se completamente eventuais despesas futuras.

Borenstein, Mackie-Mason e Netz sustentaram que, ainda que falhas de mercado como assimetria de informação e *switching costs* não estivessem presentes, a competição no mercado primário não seria suficiente para coibir a prática de preços supracompetitivos no mercado secundário:

“Economic theory does not support the argument that strong primary market competition will discipline aftermarket behavior, even without market imperfections. In fact, firms will rationally engage in above-cost aftermarket pricing even if the equipment market is very competitive, all parties are well informed, and demand in the market is stable. Supracompetitive prices for proprietary aftermarket goods and services will occur so long as there is an inability to contract for these goods and services at the time of purchase”¹⁷ (grifamos).

Referem-se os autores ao citado problema da incapacidade de as empresas se comprometerem com preços baixos no mercado secundário (*inability to commit*).

in particular imperfect information and switching costs, *can prevent economic theory from describing reality*. If consumers do not have perfect information (for example, if they don’t know the prices that other firms charge or it is costly to obtain such information), then a reputation is not as effective because consumers are less likely to know that there are firms with lower prices (...). While the facts of an individual case may prove that it would not be profitable in a particular instance, *the Court stated that economic theory alone cannot rule out such behavior*” (Severin Borenstein, Jeffrey K. Mackie-Mason e Janet S. Netz, Antitrust, op. cit., p. 455).

¹⁷ Op. cit., p. 455.

II.8. Mercado relevante

Para determinar a existência de poder de mercado da Kodak nos *after-markets*, sustentou-se que ela controlava quase 100% do mercado de peças e entre 80 e 95% do mercado de manutenção, sem a existência de substitutos imediatos. A Kodak rebateu afirmando que uma única marca não pode constituir um mercado relevante,¹⁸ o que vai contra julgados da Suprema Corte, que admite que isso pode ocorrer em alguns casos.¹⁹

Ronaldo Porto Macedo Júnior informa que Carl Shapiro e David Teece²⁰ “afirmam que um aftermarket só pode ser considerado como um mercado relevante distinto se a sua exploração *ex post* foi lucrativa para o produtor de equipamentos que o controla”.²¹

No caso Power-Tech/MATEC, a MATEC – Matel Tecnologia de Informática S.A. (sucudida pela Damovo do Brasil S.A.) – foi condenada pela prática anticoncorrencial de se recusar a vender²² à Power-Tech peças de

¹⁸ “Kodak’s defense was that, given its competitive position in the primary market, Kodak could not have market power in the market for its own replacement parts (...). To hold to the contrary, Kodak asserted, would make every manufacturer of durable equipment with brand-specific replacement parts a monopolist for antitrust purposes” (Herbert Hovenkamp, Market power in aftermarkets: antitrust policy and the Kodak case. *UCLA Law Review*, 40, 1993, p. 1450).

¹⁹ “Respondents’ evidence that Kodak controls nearly 100% of the parts market and 80 to 95 of the service market, with no readily available substitutes (...). Kodak’s contention that (...) a single brand of a product [504 U.S. 451, 453] or service can never be a relevant market contravenes cases of this Court indicating that one brand of a product can constitute a separate market in some instances. The proper market definition in this case can be determined only after a factual inquiry into the commercial realities faced by Kodak equipment owners. Pp. 481-482” (Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 – 1992).

²⁰ Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak. *Antitrust Bulletin*, v. 39, n. 1, Spring 1994, p. 135-162.

²¹ Voto do caso *Power-Tech/MATEC*, p. 19.

²² “A recusa de venda (art. 21, XIII, da Lei n. 8.884/94) – que pode ter como corolários limitar ou impedir o acesso ao mercado (art. 21, IV), criar dificuldades ao funcionamento de concorrente (art. 21, V) e impedir o acesso de concorrente às fontes de insumos (art. 21, VI) – quando feita por quem domina um mercado, deve ser objetivamente justificada para não caracterizar abuso” (Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 7). A condenação se deu com base nos incisos IV, V e VI do art. 21, combinado com os incisos I e IV do art. 20 da Lei 8.884/94.

manutenção da central telefônica modelo MD 110, fabricada pela Ericsson, da qual a MATEC é representante no Brasil. Foi discutido se haveria um mercado relevante exclusivo para prestação de assistência técnica (tese da Power Tech), ou se os três segmentos do mercado (fabricação, manutenção e comercialização das centrais telefônicas de grande porte) constituiriam um único mercado relevante (tese da MATEC).

O Conselheiro Celso Campilongo apontou diversos fatos que o fizeram concluir pela existência do mercado relevante exclusivo para prestação de assistência técnica:

“A Representante Power-Tech alegou enfrentar dificuldades no mercado de manutenção de equipamentos Ericsson. Não tinha acesso às partes e peças de centrais Ericsson. Seus clientes efetivos e potenciais eram proprietários de máquinas Ericsson (...)

Fato relevante – diga-se: incontroverso, visto que admitido pela Representada – é a existência de algumas partes e peças dos equipamentos MD 110 que são produzidas e comercializadas exclusivamente pela Ericsson. E mais: parte desses insumos, indispensáveis para a realização dos serviços de manutenção, é insubstituível por peças de outras marcas (...)

Ao contrário do que sustenta a Representada, a concorrência que importa, para os efeitos da tipificação, ou não, da ilicitude da sua conduta, é aquela que poderia se dar entre as prestadoras de serviços nas centrais MD 110 da marca Ericsson”.²³ (grifamos).

Observe-se que não importa que o prestador dos serviços de manutenção tenha acesso a outras peças, de outras marcas. As peças de que necessita, para poder empreender sua atividade, são determinadas peças fornecidas por determinada empresa, que detém o monopólio de seu fornecimento.

O Conselheiro continua expondo um argumento que foi considerado decisivo para a conclusão da existência de um mercado relevante tão restrito, baseado em informações fornecidas pela própria Representada:

“Mas qual a razoabilidade de uma definição de mercado limitada não só aos serviços de manutenção, mas aos serviços especificamente prestados em equipamentos de uma única marca? (...)

²³ Voto do Conselheiro Campilongo no caso *Power-Tech/MATEC*, p. 2-3.

A venda das peças e a prestação dos serviços de manutenção tanto são separadas que a própria Matec admite vender as peças diretamente aos proprietários dos equipamentos, inclusive para casos em que os clientes ‘preferem eles próprios fazerem a manutenção de seus equipamentos’ (item 3.35 do último memorial). Claro está, assim, que as peças podem ser vendidas sem os serviços de manutenção (ainda que isso envolva o treinamento pela Representada, daqueles que executarem o trabalho). Trata-se, este sim, de um fato relevante para a caracterização dos diferentes mercados”²⁴⁻²⁵ (grifamos).

Ora, parece que, se uma empresa admite vender peças em separado, ela o faz em virtude de ser um negócio lucrativo. Lembre-se que esse é um requisito apontado por Carl Shapiro e David Teece para que se possa concluir pela existência de mercados relevantes distintos entre produtos primários e secundários.

O Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior arrolou os seguintes motivos, apurados no curso do processo, para concluir pela existência de um mercado relevante composto somente pelos serviços de manutenção, distinto, portanto, do mercado dos produtos primários:

“a) a possibilidade teórica de exploração lucrativa dos serviços de pós-venda pelo fabricante de equipamentos;

b) a não constatação da existência dos fatos que tornariam a demanda única por equipamentos e serviços de manutenção:

– foi verificado que os clientes públicos demandam esses bens separadamente;

– não há evidências que sugerem que haja informação perfeita (ou adequada ao fim em questão) para que se faça o cálculo dos serviços de manutenção na compra do equipamento;

²⁴ Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 754. Citado pelo autor, na nota de rodapé 1.

²⁵ Voto do Conselheiro Campilongo, p. 4.

– há evidência de que ocorre o efeito *lock in*, dado que há indícios de que as centrais não são compatíveis, como se verificou no caso da ampliação do Senado Federal, e têm vida útil longa”²⁶ (grifamos).

A respeito de os clientes públicos demandarem produto e manutenção separadamente, Campilongo esclarece que as licitações devem versar sobre objetos específicos, distinguindo a compra e a instalação de um produto de sua manutenção e ampliação. No caso de mercados complexos e dinâmicos, como os setores que envolvem tecnologia, a assimetria de informações não permite ao Poder Público prever necessidades futuras de peças e serviços. Além disso, a existência de um período de garantia dificulta ainda mais essa previsão, por adiar a necessidade de nova contratação. Explica ainda que a contratação conjunta de produto e manutenção sob a modalidade “melhor preço” pode esconder venda de peças e prestação de serviços caros, “maquiagem” esta que não funcionaria se o Poder Público contratasse produto e manutenção separadamente.^{27,28,29}

Por fim, é importante deixar claro que a determinação sobre se os mercados primário e secundário constituem um único ou distintos mercados relevantes dependerá da análise do caso concreto, como explicou Campilongo:

“A questão dos vínculos e relações entre um mercado primário (p.e., o de equipamentos) e outro secundário ou derivado do primeiro

²⁶ Voto, p. 53.

²⁷ Voto, p. 6.

²⁸ “... some consumers, such as the Federal Government, have purchasing systems that make it difficult to consider the complete cost of ‘package’ at the time of purchase. State and local governments often treat service as an operating expense and equipment as a capital expense, delegating each to a different department. These governmental entities do not lifecycle price, *but rather choose the lowest price in each market*” (Phillip Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust Analysis...*, p. 760. Citado pelo Conselheiro Campilongo, voto, p. 6, nota de rodapé 4 – grifamos).

²⁹ “Apesar de ser possível, como acertadamente alega a Representada, que os editais de licitação de equipamento disponham, expressamente, sobre prazos de garantia e de fornecimento de material sobressalente (peças de reposição), nada disso afasta os riscos de que a aquisição, com base no critério do ‘melhor preço’, dilua ou minimize as incertezas, custos e abusos que possam ocorrer após o término do contrato e das garantias. Somente nesse período é que uma empresa de manutenção independente, qualquer que seja ela, poderá concorrer com as credenciadas. Daí serem de pouca utilidade os contratos de *venda* dos equipamentos” (Voto do Conselheiro Campilongo, p. 6).

(p.e., o de manutenção) é clássica na análise antitruste. Isso não significa, de forma alguma, que exista consenso doutrinário ou pacificação jurisprudencial capazes de fornecer soluções fáceis aos incontáveis problemas que daí decorrem. Por isso, a análise ‘caso-a-caso’, tão frequente no direito concorrencial, é particularmente relevante para o exame dos elos entre mercados relacionados verticalmente”.³⁰

II.9. Baixo preço de manutenção como estratégia de crescimento no mercado principal. Proteção da imagem. Free riding. Possíveis eficiências de restrições verticais em aftermarkets

Campilongo também afirma que a concorrência no mercado primário não impede que as empresas tenham posição dominante em seus respectivos mercados secundários, para isso bastando que elas restrinjam a entrada de concorrentes nos *aftermarkets*. Dessa forma, a competição no mercado de produtos não é suficiente para coibir aumento de preços nos mercados derivados.³¹ Em tese, como sustentado no caso Kodak, baixos preços de manutenção podem favorecer o crescimento das empresas no mercado primário:

“Porém, tanto no caso Kodak quanto no caso destes autos [caso Power-Tech/MATEC], paradoxalmente, os fabricantes dos equipamentos combateram e combatem aqueles prestadores independentes de serviços que praticavam preços menores. Evidentemente, nos dois casos, outras razões – como, por exemplo, a preservação da imagem das marcas e a coibição de comportamentos oportunistas – foram indicadas como justificadoras desse combate aos ‘independentes’. Mas as diferenças de preços na prestação dos serviços e o fechamento do acesso ao mercado de manutenção (pela recusa de venda de peças) criam uma forte convicção de que a conduta da Representada é anti-competitiva”³² (grifamos).

Se o mercado principal for oligopolístico, muito provavelmente as empresas não adotarão a referida estratégia de baixar os preços nos *aftermarkets*, pois isso poderia desencadear uma guerra de preços, que faria que todas reduzissem (ou perdessem) sua margem de lucro, sem que houvesse

³⁰ Voto, p. 1.

³¹ Voto do Conselheiro Campilongo, p. 4.

³² Voto do Conselheiro Campilongo, p. 5.

o almejado crescimento no mercado de produtos principais. Observe-se que essa hipótese foi levantada para os casos em que o consumidor possa estar bem informado sobre os custos de peças e serviços no momento da aquisição do produto principal.

Em relação à preocupação com a qualidade dos serviços de manutenção prestados pelos “independentes”, que usualmente é apresentada como justificativa pelas praticantes da restrição vertical, cabe indagar se ela é legítima em face dos interesses dos consumidores: seria mais vantajoso o acesso a um mercado monopolizado, em que os preços fossem mais altos, mas que, em contrapartida, a qualidade dos serviços fosse “garantida”; ou o acesso a um mercado concorrencial em que convivessem empresas de manutenção autorizadas (cujos serviços seriam mais caros) e empresas independentes (serviços mais baratos), sendo que no caso das últimas o consumidor poderia estar sujeito a uma prestação de serviço de baixa qualidade? Mesmo que se queira restringir as opções dos consumidores em seu próprio benefício, não parece que o direito antitruste seja a melhor forma de fazê-lo.

De qualquer forma, há evidências de que a crença de que os serviços autorizados são mais caros porque têm mais qualidade não é exatamente verdadeira. A Kodak, por exemplo, que cobrava bem mais caro pelos serviços de manutenção do que as ISO (Independent Service Organizations), alegou que esses serviços não autorizados poderiam comprometer sua imagem no mercado principal. Entretanto, não obteve sucesso: “ISO’s provide service at a price substantially lower than Kodak does. See *id.*, at 414, 451, 453-454, 469, 474-475, 488, 493, 536-537 (...) Some customers found that the ISO service was of higher quality. See App. 425-426, 537-538. [504 U.S. 451,458]”.³³

Verificou-se também no caso Kodak que as justificativas apresentadas para a prática restritiva não foram consideradas suficientes para afastar a ocorrência do ilícito:

“As to the second element of a 2 claim, the willful use of monopoly power, respondents have presented evidence that Kodak took exclusionary action to maintain its parts monopoly and used its control over parts to strengthen its monopoly share of the service market. Thus, liability turns on whether valid business reasons can explain Kodak’s actions. However, none of its asserted business justifications – a commitment to quality service, a need to control inventory costs, and a

³³ Eastman Kodak Co. v. Image Tech. SVCS., 504 U.S. 451 (1992)

desire to prevent ISO's from free-riding on its capital investment – are sufficient (...) Pp. 482-486” (EASTMAN KODAK... – grifamos).

No direito brasileiro, as justificativas possíveis para condutas restritivas da concorrência seriam os monopólios legais (setores regulados, patentes e marcas) e a eficiência.³⁴

Sobre possíveis eficiências de restrições verticais em mercados secundários, pode-se sustentar que a autoridade antitruste não deve coibir a prática se for capaz de gerar, a médio e longo prazos, maior intensidade concorrencial no mercado primário. Admitindo-se que essas restrições geram a cobrança de preços supracompetitivos aos consumidores, que ficarão “presos” enquanto a manutenção (peças e serviços) de seu equipamento for economicamente viável, haveria um estímulo para que esses mesmos consumidores buscassem outras alternativas no mercado do produto principal.³⁵ Encontrada a alternativa, seria natural que optassem por adquirir o produto

³⁴ “A lei brasileira só aceita, em tese, uma justificativa para condutas anticoncorrenciais: a eficiência (art. 20, § 1.º). Ao lado dela só podem ser reconhecidas justificativas que expressamente sejam por lei declaradas como tais em relação ao direito antitruste. Trata-se, então, dos chamados “monopólios legais”. Ora, excluídos os setores regulados, a grande categoria de monopólio legal se restringe àquelas situações criadas pelo direito industrial (patentes e marcas)” (Calixto Salomão Filho, op. cit., p. 126-127).

³⁵ Aqui se pressupõe que o consumidor de um bem de alta tecnologia tem acesso às informações relevantes. Observem-se as considerações de Calixto Salomão Filho: “Em primeiro lugar, é possível defender que, na verdade, a prestação de serviços de manutenção é para o consumidor um mero complemento do próprio bem principal. Se isso ocorrer, a ligação entre ambos é natural, e não coercitiva. Essa situação pode se verificar em *hipóteses muito específicas*, nas quais do alto nível tecnológico dos produtos decorra uma necessidade de fazer valer a alta especialidade do produtor, pois só ele pode consertar o próprio bem produzido.

Note-se que, nessa hipótese, o consumidor, altamente sofisticado, provavelmente levará em conta o custo de manutenção ao decidir se deve comprar ou não o produto, exatamente porque vê nos dois, no fundo, um único bem.

Na outra hipótese, muito mais comum, sobretudo tratando-se de bens de consumo de baixa ou média densidade tecnológica, o consumidor distinguirá claramente a existência de dois produtos diferentes. Um será o bem vendido (produto principal), e o outro o serviço de manutenção. Nessa última hipótese uma ligação forçada entre ambos pode, em princípio, caracterizar negociação compulsória ilícita” (op. cit., p. 208 – grifamos).

da concorrente,³⁶ o que ocasionaria perda de mercado por parte da empresa praticante da restrição vertical. Em seguida, esta se veria obrigada, como única alternativa comercial, a reduzir seus preços tanto no mercado primário quanto nos secundários, somando-se agora às suas concorrentes como opção atraente para o consumidor. Portanto, o próprio mercado acabaria resolvendo o problema surgido a partir da restrição vertical, e com ganho de eficiência via aumento da competição entre as empresas envolvidas.

II.10. Racionalidade da alavancagem de poder de mercado do mercado primário para o secundário

Dennis W. Carlton critica eventual ação da autoridade antitruste para impedir a monopolização de mercados secundários, alegando que não há questão concorrencial a ser apreciada, justamente porque não existe poder de mercado a ser conquistado pela monopolista do mercado principal por meio da eliminação de um concorrente tão eficiente quanto ela no *aftermarket*. Observe-se o raciocínio, elaborado a partir de um caso hipotético, que o autor afirma corresponder ao caso Kodak:

“Case 3a: Firm 1 is a monopolist of product A, and also competes with Firm 2 in the sale of product B. Product A is an input (or an important complement) to product B for all consumers. Firm 1 refuses to deal with (e.g., sell A to) Firm 2.

This case (...) has the striking feature that though Firm 1 and Firm 2 appear to compete, the rivalry is illusory. The reason is the assumed monopoly power of Firm 1 in product A. That power presumably allows it to set the price for A at any level (...). Firm 2 is already at the mercy of Firm 1. Firm 1 therefore gains nothing by the elimination of Firm 2 in the com-

³⁶ Em sentido contrário o argumento de que o consumidor pode ficar “preso” à cobrança do preço monopolista por um longo período (produto durável), no qual a empresa praticante da conduta restritiva auferir lucros monopolistas, que podem ser utilizados para custear novos investimentos tecnológicos, resultando em um produto de qualidade superior aos das concorrentes. “Nesta hipótese, muitos consumidores optariam por adquirir este novo produto (*a despeito do preço monopolista que pagaram na manutenção*), ampliando-se a participação da empresa no mercado primário (*em virtude da prática anticoncorrencial*). Isto porque, em setores que envolvem tecnologia, há grande probabilidade de que o consumidor opte pelo produto que ele considera melhor, ou que pelo menos leve em conta o custo-benefício, ao invés de considerar somente o preço” (p. 5 deste estudo).

petition for B! This is because it can already extract all the profits of Firm 2 through pricing of A. If Firm 2 happens to be more efficient than Firm 1 in the production of product B, then Firm 1 has an incentive to induce Firm 2 to be the sole supplier of product 2 [sic],³⁷ but not to allow Firm 2 to price product B at a monopoly level”³⁸ (grifamos).

Para que o caso hipotético acima corresponda ao caso Kodak, devemos entender que product A = peças e product B = serviços de manutenção, pois a Kodak só tinha monopólio no mercado de peças, não o tendo no mercado do produto principal.

O raciocínio do autor é logicamente perfeito no sentido de que a monopolista (Firm 1) não precisaria competir com a firma 2 no mercado secundário (product B), tendo em vista que a última depende do fornecimento do produto A (fabricado pela firma 1) para produzir o produto B. Dessa forma, a monopolista realmente poderia, por meio do preço do produto A cobrado da firma 2, extrair todos os seus lucros.³⁹

Este é o argumento que contesta a teoria da alavancagem de poder de mercado (*leverage theory*). Com ele, sustenta-se que o monopolista de um mercado A não auferiria nenhuma vantagem com a monopolização de um mercado B, pois existiria um único lucro monopolista a ser extraído (*single monopoly profit*). O mesmo argumento serve à afirmação de que as integrações verticais são realizadas objetivando o aumento de eficiência, e não o aumento de lucros monopolistas (em razão da monopolização de um segundo mercado). Steven C. Salop expõe argumento em favor da teoria da alavancagem e, depois, a concepção da Escola de Chicago:

“In economic terms, these early opponents of vertical integration claimed that vertical integration by an input monopolist permits the monopolist to leverage his input monopoly to achieve a second monopoly in the output market. They believed that a firm could carry out this leverage strategy by refusing to sell the input to its downstream

³⁷ Sic: “2” deve ser “B”.

³⁸ A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal – why Aspen and Kodak are misguided, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 8105. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, February 2001. p. 10. Disponível em: <http://nber.org/papers/w8105>. Acesso em: 7 out. 2006.

³⁹ No mesmo sentido, W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr., referindo-se à venda casada. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1995, p. 249.

competitors or by charging them a discriminatory high price. This same leverage theory (and the single monopoly profit critique) also could be applied to other vertical restraints, such as tying and exclusive dealing, that are said to lead to de facto vertical integration ‘by contract’ (...)

(...)

... according to the Chicago-School, there is no economic incentive because vertical integration is not necessary to capture the monopoly profits. Instead, a standalone (unintegrated) upstream monopolist can capture all of the monopoly profits simply by pricing the input that it sells to the downstream firms at the monopoly level⁷⁷⁴⁰⁻⁴¹ (grifo do original).

Phillip Areeda e Louis Kaplow endossam o argumento do *single monopoly profit* em relação aos produtos que são usados em proporções fixas. Exemplificam com os mercados de parafusos e porcas. Seus preços competitivos seriam de 5 centavos cada, enquanto que, se houvesse um monopolista que dominasse os dois mercados, este maximizaria seus lucros vendendo o par (um parafuso e uma porca) a 20 centavos. Se houvesse um monopolista de parafusos, e este observasse que o preço de uma porca (em um mercado competitivo) é de 5 centavos, ele venderia seus parafusos a 15

⁴⁰ *Vertical mergers and monopoly leverage*. Washington, D.C. 2001. P. 1. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~sseverin/verticalintegrdsalop.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2004.

⁴¹ Louis Kaplow critica essa concepção: “There are a number of deficiencies in the analysis of recent commentators who have attempted to proclaim the death of leverage theory. The basic mistake in their thesis is that antitrust law should be indifferent to the exploitation of monopoly power because extant power is a fixed sum and thus will result in the same damage regardless of how it is deployed. Although of some superficial appeal, it can readily be demonstrated that their analysis is counterintuitive. Consider a case of a terrorist on the loose with one stick of dynamite. The fixed sum thesis posits that since the power is fixed – that is, the terrorist has one and only one dynamite stick – we should be indifferent to where the dynamite is placed. It is all too obvious, however, that the potential damage resulting from power in this context, as well as in virtually any other we can imagine, is overwhelmingly dependent upon how it may be used” (Extension of monopoly power through leverage, *Columbia Law Review*, v. 85, 1985, p. 515-516. Também disponível em: <http://www.sp.uconn.edu/~langlois/E382/kaplow.html>. Acesso em: 7 out. 2006).

centavos. Neste caso, o lucro monopolista (de 10 centavos) seria o mesmo da hipótese em que a empresa monopoliza os dois mercados, e os consumidores arcariam com o mesmo preço final (20 centavos). Assim, em termos de estratégia de preço de curto prazo, o monopolista de parafusos que casa a sua venda com a de porcas e maximiza seus lucros cobrando 20 centavos o par, teria o mesmo lucro se permanecesse somente como monopolista de parafusos e os vendesse a 15 centavos, deixando os consumidores livres para comprar porcas de qualquer fornecedor competitivo.⁴²⁻⁴³ Por isso, diversos autores afirmam que a estratégia de alavancagem de poder de mercado seria irracional.

Areeda e Kaplow afirmam que, em se tratando de produtos usados em proporções variáveis, preços e lucros serão afetados, sendo racional a utilização de estratégias como a seguinte:

“(b) More ‘efficient’ pricing of tying product. In selling intermediate product A to buyers engaged in further manufacture, the monopolist faces this problem: To charge the monopoly price for A could induce buyers to substitute product B, which is cheaper in dollars although less ‘efficient’ in the sense that B would not be used at all if A were priced competitively at its marginal cost of production. To avoid such substitution, the monopolist would set A’s price closer to its competitive level if it could find another way to exploit its monopoly position. If every buyer needs at least a little of A, then the monopolist could get extra revenue by...”⁴⁴ (grifamos).

⁴² Op. cit., p. 688.

⁴³ Os autores continuam: “Thus far, the analysis suggests that tying would neither be a desirable business practice nor a harmful one. Society might nevertheless be concerned over the resulting nut monopoly that eliminates competitive pressures toward cost reduction and innovation in nuts and that might impede new entry in bolts when that becomes possible. If there is then no independent seller of nuts, a new entrant into bolts would also have to make nuts. Such effects might seem remote in the nut-bolt situation, but suppose that a monopolist of cameras required buyers to take their film from it. Of course, whether a monopoly of the second product will result depends on the nature of the tied product. If, for example, the seller of a unique specialty paper product ties its paper to pencils, it can hardly expect to obtain a commanding position in the pencil market since most pencils would still be purchased separately” (op. cit., p. 688).

⁴⁴ Os autores continuam, expondo as seguintes hipóteses: “(1) selling *A* at a more or less competitive price and charging each buyer a lump-sum fee before dealing with

Agora, voltando ao início dessa discussão, em que se admitiu que o raciocínio de Carlton – para afirmar que o monopolista do mercado primário pode extrair seu *single monopoly profit* por meio da cobrança de um preço de monopólio por este produto, a ele não interessando a monopolização do mercado secundário – era logicamente perfeito, note-se que podem ocorrer situações que justifiquem referida monopolização. Observando o trecho transcrito da obra de Areeda e Kaplow, imagine-se que o produto A seja uma peça de manutenção, da qual a empresa M é monopolista. De acordo com os críticos da teoria da alavancagem (*antileverage position*),⁴⁵ esta empresa não tentaria monopolizar o mercado de serviços de manutenção, pois poderia maximizar seus lucros com a cobrança de preço monopolista pela peça de manutenção (produto A). Todavia, fazendo isso, as empresas que adquiriam o produto A da empresa M, poderiam encontrar um substituto para A (que não lhes interessaria se M cobrasse por A um preço próximo ao competitivo), como, por exemplo, peças recondicionadas ou retificadas (referida situação corresponde exatamente àquela transcrita na página 6 deste estudo, em que Chen e Ross expuseram a possibilidade do surgimento do mercado de peças recondicionadas/retificadas). Tendo surgido essa alternativa ao produto A, é natural que as vendas de A diminuam. Dessa forma, a empresa M não mais estaria auferindo todo o lucro que pretendia (se M aumentasse novamente o preço de A, suas vendas diminuiriam ainda mais). Assim, é razoável supor que se a empresa M monopolizasse o mercado de serviços de manutenção e dividisse a maximização de seu lucro entre dois mercados (peças e serviços de manutenção), não haveria espaço para o surgimento de um mercado de peças recondicionadas/retificadas. Nesse caso, portanto, a empresa M teria maximizado seus lucros somente com a monopolização do *aftermarket*, havendo racionalidade na estratégia de

it at all, (2) selling *A* competitively and forcing buyers to take a tied product *C* that, although available from other suppliers, has no substitute in the buyers' manufacturing process, and charging an elevated price for *C*, or (3) maintaining its monopoly price for *A* and forcing buyers to take from it all their requirements of *B* (or any other substitute for *A*) at a similarly elevated price. Of course, it is possible that preventing such devices would force the monopolist to lower its price of *A* toward competitive levels, with a beneficial effect on output and on consumer welfare as well" (op. cit., p. 689).

⁴⁵ Louis Kaplow, op. cit., p. 515.

alavancagem de poder de mercado (como sugerido por Areeda e Kaplow nas hipóteses por eles levantadas na nota de rodapé n. 44).

Registre-se que Hovenkamp não crê na nocividade de tal estratégia,⁴⁶ enquanto Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan admitem a possibilidade de que ocorra distorção da concorrência, com negativos efeitos econômicos e sociais.⁴⁷

Por fim, no caso Kodak ressaltaram-se os efeitos danosos ao mercado provocados pela restrição concorrencial no *aftermarket*:

“Kodak intended (...) to make it more difficult for ISO’s to sell service for Kodak machines. See id., at 106-107, 171, 516. It succeeded. ISO’s were unable to obtain parts from reliable sources, see id., at 429, 468, 496, and many were forced out of business, while others lost substantial revenue. See id., at 422, 458-459, 464, 468, 475-477, 482-484, 495-496, 501, 521. Customers were forced to switch to Kodak service even though they preferred ISO service. See id., at 420-422. [504 U.S. 451, 459].” (EASTMAN KODAK... – grifamos).

A seguir, observem-se as Tabelas 1 e 2, que sistematizam os argumentos considerados neste estudo, analisando diversas configurações de mercado hipotéticas e suas possíveis conseqüências (Tabela 1) e enumerando as vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado apresentada (Tabela 2).

⁴⁶ “In sum, ‘leveraging’ that creates a second level monopoly generally does not result in higher market prices or lower output. Leverage that fails to create a second level monopoly can do no worse. To be sure, it might make life less pleasant for other firms selling in the secondary market, but to that extent it should be analyzed as a business tort rather than an antitrust violation” (*Federal antitrust policy*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 317).

⁴⁷ “We tolerate the existence of monopoly power, we repeat, only insofar as necessary to preserve competitive incentives and to be fair to the firm that has attained its position innocently. There is no reason to allow the exercise of such power to the detriment of competition, in either the controlled market or any other. That the competition in the leveraged market may not be destroyed but merely distorted does not make it more palatable. Social and economic effects of an extension of monopoly power militate against such conduct” (*Cases and materials on antitrust*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999, p. 182).

Tabela 1 – Configurações de mercado hipotéticas e possíveis consequências

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO		
I.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO		I.B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO
<p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário não seria prejudicial, pois a empresa não poderia cobrar preços monopolistas. Se o fizesse, o consumidor trocaria o produto principal pelo da concorrência.</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Carência de informação – O consumidor não sabe que tem opções melhores no mercado, por isso não troca o produto e fica sujeito ao preço monopolista na manutenção. – Produto com baixo valor de revenda <p>Se não há demanda pelo produto usado, seu valor de revenda é baixo, o que desestimula o consumidor a trocar seu produto. É provável que o consumidor opte, portanto, por se sujeitar ao preço monopolista da manutenção em vez de trocar o produto pelo da concorrência. Mesmo que o valor de revenda não seja baixo, a cobrança do preço monopolista na manutenção pode levar muitos consumidores a</p>	<p>HIPÓTESE 2: o monopólio no mercado secundário não necessariamente se traduz na cobrança de preços monopolistas ao consumidor, pois um atratente preço de manutenção pode ser estratégia de crescimento no mercado primário</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Probabilidade de isso acontecer é baixa, pois a visibilidade do mercado secundário é menor do que a do mercado primário. Seria mais interessante baixar o preço no mercado principal. <p>A não ser que se admita alto nível de informação do consumidor. Nesse caso, mercado primário e mercado secundário seriam vistos como um “pacote”, e o preço baixo da manutenção constituiria um atrativo do “pacote”.</p>	<p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário não seria prejudicial, pois a empresa não poderia cobrar preços monopolistas. Se o fizesse, o consumidor trocaria o produto principal pelo da concorrência.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O mercado principal é um oligopólio e há paralelismo de preços. O consumidor não troca o produto por estar sujeito a um preço monopolista na manutenção, pois as outras empresas também detêm o monopólio da manutenção de seus produtos e, portanto, também cobram preços monopolistas. O acesso à informação sobre o mercado secundário é irrelevante. A diferenciação de produtos é o fator principal a determinar a opção dos consumidores. O consumidor tende a ficar “preso” a um preço monopolista na manutenção.
<p>HIPÓTESE 2: cenário de concorrência intramarca na manutenção. O oligopolista perde faturamento no mercado secundário devido à concorrência dos prestadores de serviço independentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Para compensar seu prejuízo, pode aumentar o preço das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes. Nessa hipótese, não haveria benefício algum para o consumidor, uma vez que o acesso ao mercado de serviços de manutenção concorrencial foi compensado pelo aumento do preço das peças. 	<p>HIPÓTESE 3: o monopólio no mercado secundário não necessariamente se traduz na cobrança de preços monopolistas ao consumidor, pois um atratente preço de manutenção pode ser estratégia de crescimento no mercado primário.</p> <p>PROBLEMAS: – Os mesmos verificados no item 1.a, hipótese 2</p> <p>OBSERVAÇÃO 1: a mesma de 1.a, hipótese 2</p> <p>OBSERVAÇÃO 2: Baixa probabilidade de diminuição dos preços em qualquer mercado, em virtude da estrutura de oligopólio, que favorece preços paralelos em nível superior ao concorrencial. Os agentes econômicos não têm interesse em deflagrar uma guerra de preços. O principal fator de concorrência é a diferenciação dos produtos.</p>	

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO

I.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO		I.B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO	
<p>quererem trocar o produto, o que levaria ao excesso de oferta destes no mercado. Portanto, o valor de revenda tomar-se-ia baixo, ocorrendo os mesmos efeitos descritos acima.</p> <p>– Produto durável</p> <p>Se o consumidor ficar “preso” à cobrança do preço monopolista, experimentará grande prejuízo, devido ao prolongado lapso de tempo em que estará sujeito a referido preço. A empresa que praticou a conduta anticoncorrencial, ao contrário, auferirá significativos lucros em virtude da prática.</p> <p>– Faturamento do mercado de manutenção significativo em relação ao mercado principal.</p> <p>A prática anticoncorrencial, em última análise, estará financiando os investimentos em tecnologia no mercado primário, o que fará que a empresa possa desenvolver produto superior.</p> <p>Dessa forma, mesmo tendo sido submetido ao preço monopolista na manutenção, o consumidor, quando da troca do produto, não deixará de optar pela mesma empresa, por estar oferecendo produto superior.</p>	<p>Entretanto, ainda que o consumidor esteja interessado no preço do “pacote”, é mais provável que ele queira pagar menos quando da aquisição do produto do que quando da realização da manutenção (ver item II.3. Lucro presente vs. lucro futuro), por isso considera-se que tal estratégia não traria bons resultados, razão pela qual sua adoção parece ser improvável.</p> <p>– Mesmo que a empresa ganhe mercado por causa do baixo preço de manutenção, há possibilidade de aumentar o preço depois. Essa circunstância seria agravada se o consumidor ficasse <i>locked in</i> ao novo preço, monopolista (baixo preço de revenda e durabilidade do produto; carência de informação não se aplica, pois admitiu-se que o consumidor adquiriu o produto influenciado pelo baixo preço de manutenção. Para tanto, tinha acesso às informações relevantes).</p>	<p>A autoridade antitruste poderia impedir o aumento do preço das peças – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços (art. 21, XXIV), pois o preço estaria sendo aumentado para compensar a perda de mercado no <i>aftermarket</i> em virtude da proibição da conduta anticoncorrencial. Tal aumento não se justifica em face dos parâmetros para a caracterização do ilícito fornecidos pela Lei 8.884/94 (incisos do parágrafo único do art. 21). A empresa, em compensação, poderia aumentar os preços no mercado principal, mas não o faz, senão perderia mercado para seus concorrentes. Se os consumidores têm acesso à informação, esta empresa poderá crescer no mercado principal, pois os consumidores teriam interesse no acesso a um mercado de manutenção concorrencial. Os outros oligopolistas poderiam reduzir seus preços no mercado principal e/ou secundário.</p>	<p>Possibilidade de instalação de um regime concorrencial. Mesmo assim, a guerra de preços não deverá durar muito, em face da estrutura oligopolista do mercado, em que é natural o comportamento paralelo dos concorrentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <p>– Conforme surge concorrência na manutenção das outras oligopolistas, todas elas experimentam redução do faturamento no mercado secundário. Comportamento natural é o aumento dos preços no mercado primário (considerando que o aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço de manutenção independentes tenha sido impedido pela autoridade antitruste) – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima.</p>

SITUAÇÃO 1 – EMPRESA SEM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO	
I.B. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO	
<p>I.A. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO</p> <p>Esta hipótese considera as características de um produto que envolve tecnologia. Mesmo que o consumidor de um produto dessa natureza possua alto nível de informação e estivesse disposto a trocá-lo por outro que tenha um preço de manutenção mais acessível, entende-se que, na grande maioria dos casos, o consumidor desprezará esse fator em favor da melhor tecnologia do produto (financiada pelos lucros monopolistas na manutenção).</p> <p>OBSERVAÇÃO: admite-se que a concorrência no mercado primário pode ser (eventualmente) suficiente para que não ocorra a cobrança de preço monopolista no mercado secundário. Todavia, não se vislumbra ganho de eficiência em relação a uma situação em que haja concorrência também no mercado secundário. Pelo contrário, um <i>affirmar-ket</i> concorrencial é garantia de que os consumidores não ficarão em momento algum sujeitos à cobrança do preço monopolista.</p>	<p>– Na hipótese de essa estratégia ser mesmo eficaz, ou seja, quando o mercado de manutenção tiver alto nível de visibilidade para o consumidor, há possibilidade de que o baixo preço da manutenção esteja correspondendo a um preço mais alto do produto principal.</p> <p>OBSERVAÇÃO: os problemas apontados desapareceriam se o mercado secundário tivesse faturamento maior do que o mercado principal. Entretanto, se o <i>affirmar-ket</i> é o mais importante para a empresa, e se ela detém seu monopólio, cabe indagar até que ponto seria válida uma estratégia de redução do preço de manutenção para ganhar participação no mercado primário (estratégia de crescimento no mercado principal como garantia de maior faturamento no mercado secundário no futuro).</p>

SITUAÇÃO 2 – EMPRESA COM POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO PRIMÁRIO	
<p>HIPÓTESE 1: o monopólio no mercado secundário levaria naturalmente à cobrança de preços monopolistas. Todavia, o consumidor, bem informado, quando da troca do produto por um novo, optaria pelo produto das concorrentes. Isso ocasionaria perda de mercado por parte da monopolista. Assim, haveria incremento da concorrência e benefício ao consumidor, pois a monopolista se veria obrigada a baixar os preços nos mercados principal e secundário. Ganho de eficiência a médio/longo prazos.</p> <p>PROBLEMAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O consumidor pode não ter outras opções no mercado primário. A empresa teria um produto tão superior que os consumidores não teriam alternativas para escapar do preço monopolista. – Mesmo que alguns consumidores estivessem dispostos a trocar seus produtos pelo de outra empresa, se o faturamento do mercado secundário for grande em relação ao primário (como visto no item 1.a, hipótese 1, último problema apontado), a cobrança do preço monopolista na manutenção por um tempo prolongado (<i>lock in</i> e produto durável) geraria lucros suficientes para custear novos investimentos em tecnologia, ampliando a superioridade do produto da monopolista. 	<p>HIPÓTESE 2: cenário de concorrência intramarca na manutenção. O monopolista perde faturamento no mercado secundário em virtude da concorrência dos prestadores de serviço independentes.</p> <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Para compensar seu prejuízo, pode aumentar o preço das peças vendidas aos prestadores de serviço de manutenção independentes. Nessa hipótese, não haveria benefício algum para o consumidor, uma vez que o acesso ao mercado de serviços de manutenção concorrencial foi compensado pelo aumento do preço das peças. A autoridade antitruste poderia impedir o aumento do preço das peças – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima. <p>PROBLEMA:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Em compensação, o monopolista aumenta os preços no mercado principal – possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços, pelas razões expostas acima.

Tabela 2 – Vantagens e desvantagens de cada configuração de mercado apresentada

1. CONCORRÊNCIA NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO	2. CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	3. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E MONOPÓLIO NO MERCADO SECUNDÁRIO
<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem das marcas – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Se o produto for durável, o consumidor pode ficar “preso” ao preço monopolista na manutenção por um longo período – A empresa pode utilizar-se dos lucros monopolistas (advindos da prática anticoncorrencial) para reinvestir em tecnologia e fabricar produto superior aos das concorrentes – Mesmo que o produto tenha substitutos, se houver carência de informação o consumidor não tem como exercer sua liberdade de escolha – Mesmo que haja informação completa, se o consumidor for passivo, não exercerá sua liberdade de escolha e pagará o preço monopolista no mercado secundário 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – Nenhuma empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem das marcas – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Incentivo à concorrência a médio/longo prazos (consumidor busca opção por ter sido submetido a preço monopolista na manutenção) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Se o produto for durável, o consumidor pode ficar “preso” ao preço monopolista na manutenção por um longo período – A empresa pode utilizar-se dos lucros monopolistas (advindos da prática anticoncorrencial) para reinvestir em tecnologia e fabricar produto superior aos das concorrentes – Mesmo que o produto tenha substitutos, se houver carência de informação o consumidor não tem como exercer sua liberdade de escolha – Mesmo que haja informação completa, se o consumidor for passivo, não exercerá sua liberdade de escolha e pagará o preço monopolista no mercado secundário

4. OLIGOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E CONCORRÊNCIA NO MERCADO SECUNDÁRIO	5. MONOPÓLIO NOS MERCADOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	6. MONOPÓLIO NO MERCADO PRIMÁRIO E CONCORRÊNCIA NO MERCADO SECUNDÁRIO
<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – Nenhuma empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) – Possibilidade de as empresas compensarem os prejuízos advindos da abertura do mercado secundário com aumento dos preços no mercado principal 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Maior garantia de qualidade dos serviços de manutenção – Preservação da imagem da marca – Coibição de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Incentivo à concorrência a médio/longo prazos (consumidor busca opção por ter sido submetido a preço monopolista na manutenção) <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – O consumidor fica “preso” ao preço monopolista na manutenção – O produto não tem substitutos e o consumidor não tem liberdade de escolha 	<p>VANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Mercado de manutenção com mais opções de qualidade e preço para os consumidores – Não há preço monopolista na manutenção – A empresa pode se utilizar de lucros monopolistas para investir em inovação tecnológica <p>DESVANTAGENS:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Possibilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas (<i>free riding</i>) – Possibilidade de prejuízo à imagem das marcas em decorrência de uma manutenção ruim feita por outra empresa – Pode haver preço monopolista na manutenção se a empresa que foi proibida de monopolizar o mercado secundário compensar seus prejuízos por meio do aumento do preço das peças vendidas para os prestadores de serviço independentes (pois a empresa pode manter o monopólio da peça) – Possibilidade de as empresas compensarem os prejuízos advindos da abertura do mercado secundário com aumento dos preços no mercado principal
<p>Obs.: o maior ou menor número de vantagens ou desvantagens apontadas não indica um julgamento qualitativo. Referidas vantagens/desvantagens não têm a mesma intensidade. A tabela indica apenas os argumentos registrados neste estudo, que muitas vezes refletem opiniões conflitantes.</p>		

III. Sugestão de questões a serem verificadas pela autoridade antitruste no curso da análise da conduta

– Qual o valor de revenda do produto? O consumidor, neste aspecto, tem estímulo para trocar o bem pelo da concorrente se a ele forem impostos preços monopolistas no mercado secundário?

– O consumidor médio se dispõe a trocar o produto principal pelo fato de lhe ser imposto um preço monopolista no mercado secundário?

– No mercado em questão, o consumidor está realmente bem informado a respeito dos custos de manutenção quando da escolha do produto principal? Mesmo que esteja, adquire o produto de sua preferência a despeito de saber que incorrerá em custos monopolistas de manutenção?

– Mesmo que o consumidor esteja bem informado a respeito dos custos de manutenção, o avanço tecnológico do setor pode ser tão grande a ponto de não se poder garantir que os custos verificados quando da aquisição do produto se manterão os mesmos?

– Em última análise, o custo para que o consumidor troque seu produto por outro em que não fique sujeito a preços monopolistas na manutenção é viável?

– O produto é durável? Em caso positivo, o *lock in* será muito mais custoso para o consumidor.

– Qual a relevância do faturamento do mercado secundário em relação ao mercado principal? Lucros monopolistas no último seriam suficientes para custear os gastos voltados ao desenvolvimento de um novo produto?

– A restrição vertical dirige-se a todas as concorrentes ou a uma em especial? Nesta última hipótese, cairia o argumento de que somente a própria empresa pode fazer manutenção eficiente. Possivelmente cairia também o argumento de que a empresa está preocupada em proteger sua imagem, a menos que existam evidências suficientes de que determinada empresa não prestaria o serviço de manutenção adequadamente.

– Há peças de outras marcas que podem substituir de forma satisfatória as peças que a monopolista se recusa a vender?

– A empresa admite vender as peças diretamente para os proprietários dos produtos, caso estes queiram fazer a manutenção por si? Em caso positivo, há comprovação de que os mercados primário e secundário são distintos.

– Há possibilidade de exploração lucrativa do mercado secundário pelo fabricante de equipamentos? Em caso negativo, é provável que alegações como preocupação com imagem e qualidade dos serviços prestados sejam verdadeiras.

– A abertura do mercado secundário a outras empresas pode desincentivar os investimentos da empresa no mercado principal?

– A ex-monopolista obrigada a fornecer as peças para os prestadores de serviço de manutenção no mercado secundário aumentou o preço destas sem justificativa de aumento de custo ou melhoria de qualidade? Em caso positivo, há possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços.

– A ex-monopolista obrigada a fornecer as peças para os prestadores de serviço independentes aumentou o preço do produto no mercado principal? Em caso positivo, há possibilidade de ficar configurada a prática do ilícito de imposição de preços excessivos ou aumento injustificado de preços.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

BORENSTEIN, Severin; MACKIE-MASON, Jeffrey K.; NETZ, Janet S. Antitrust policy in aftermarket. *Antitrust Law Journal*, 63, 1995, p. 455.

CARLTON, Dennis W. A general analysis of exclusionary conduct and refusal to deal – why Aspen and Kodak are misguided”, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 8105. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, February 2001. Disponível em: <http://nber.org/papers/w8105>. Acesso em: 7 out. 2006.

CHEN, Zhiqi; ROSS, Thomas W. Orders to supply as substitutes for commitments to aftermarket. *The Canadian Journal of Economics*, v. 31, Issue 5, p. 1204-1224, nov. 1998.

EASTMAN KODAK CO. v. IMAGE TECH. SVCS., 504 U.S. 451 (1992).

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and materials on antitrust*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1989.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

- _____. Market power in aftermarket: antitrust policy and the Kodak case. *UCLA Law Review*, 40, p. 1447-1459, 1993.
- KAPLOW, Louis. Extension of monopoly power through leverage. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 515, 1985. Também disponível em: <http://www.sp.uconn.edu/~langlois/E382/kaplow.html>. Acesso em: 7 out. 2006.
- POWER-TECH/MATEC. Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42. Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda.; Representada: Damovo do Brasil S.A. (Matel Tecnologia de Informática Ltda. – MATEC).
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SALOP, Steven C. *Vertical mergers and monopoly leverage*. Washington, D.C., 2001. Disponível em: <http://www.ssc.wisc.edu/~sseverin/verticalintegrdsalop.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2004.
- SHAPIRO, Carl; TEECE, David. Systems competition and aftermarket: an economic analysis of Kodak. *Antitrust Bulletin*, v. 39, n. 1, Spring 1994.
- VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 2. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1995.

DO EFEITO UNILATERAL DE UM ATO DE CONCENTRAÇÃO

Marina Moreira da Gama

1. Introdução

Atos de concentração são considerados anticompetitivos pela “Teoria Antitruste”¹ quando geram dois efeitos. O primeiro se refere à possibilidade da nova empresa resultante da concentração exercer poder de mercado e unilateralmente aumentar preços relativamente ao nível pré-concentração, fato conhecido como efeito unilateral (nos EUA) ou dominância de uma única empresa (Europa). O segundo se refere ao aumento da possibilidade de colusão entre as firmas do mercado, implicando um efeito coordenado (nos EUA) ou dominância conjunta (na Europa).

O aumento anticompetitivo do preço em decorrência de um ato de concentração surge de restrições feitas na produção. Quando este efeito anticompetitivo é unilateral, a restrição na produção só ocorre devido ao ganho de poder de mercado pela firma resultante da concentração, o que permite o aumento lucrativo dos preços relativos aos preços pré-ato. Quando um ato de concentração gera um efeito unilateral, os outros competidores respondem também tomando decisões unilaterais, de acordo com suas curvas de reação, a fim de maximizarem seus próprios lucros, dado o aumento na demanda de seus produtos resultante da reação anticompetitiva de restrição de produção da nova firma fundida.

No entanto, o exercício unilateral de poder de mercado por uma firma recém-concentrada, embora seja o principal efeito de um ato de concentração, não é o único. Dentre os efeitos não-unilaterais,² o efeito coordenado é o que merece maior destaque por ter robustez teórica (jogos dinâmicos). Um

¹ Considero aqui “Teoria Antitruste” a teoria microeconômica tradicional que balizou as legislações antitruste ocidentais. Ver Gama, 2005.

² Os efeitos não-unilaterais de um ato de concentração são, segundo Scheffman e Coleman (2003) aqueles relacionados com o modelo estrutura-conduta-desempenho (o número de competidores importa), remoção do *Maverick* (competidor agressivo) e o efeito coordenado.

efeito coordenado ocorre quando um ou mais competidores significativos também restringem o seu produto quando a firma concentrada restringe a sua produção em decorrência da operação. O efeito coordenado ocorre quando o aumento unilateral de preço pela firma fundida não é lucrativo a não ser que haja acomodação pelas firmas rivais (isto é, restrição de produção) e a evidência indique que essa acomodação seja suficiente (isto é, que o aumento de preço não seja apenas unilateralmente lucrativo). Então, no efeito coordenado, não apenas a firma concentrada restringe a produção, mas as outras empresas também o fazem, por que há, pelo menos presumidamente, algum tipo de colusão tácita.

Analisar quantitativamente os efeitos potenciais de um ato de concentração é o mecanismo encontrado pelos responsáveis pela defesa da concorrência, seja em uma nação ou em um bloco econômico, para implementar de forma menos discricionária possível suas leis antitruste. Mais precisamente, devido ao fato de que as aplicações empíricas do estudo de efeitos coordenados não estarem devidamente desenvolvidas, apesar do interesse recente do Department of Justice estadunidense³ e, principalmente, da Comissão Européia para a Competição, sobre o assunto,⁴ será tratado aqui o efeito unilateral, já que é sobre este que as análises de atos de concentração dos órgãos antitruste, seguindo a tradição estadunidense, tendem a se concentrar.

O objetivo deste trabalho é, portanto, descrever o método quantitativo utilizado na análise do efeito unilateral de um ato de concentração. O artigo está dividido em quatro partes, incluindo esta introdução. A segunda parte faz um retrato de como o efeito unilateral de um ato de concentração tem sido tratado, incluindo as abordagens tradicional e moderna de sua análise. A terceira faz algumas simulações de um ato de concentração que ilustrarão as características do método quantitativo de avaliação do efeito unilateral. A quarta parte faz algumas considerações sobre esse método quantitativo.

³ Por meio de *tender offer* para o seu estudo, em 2003. Tal interesse em efeitos coordenados de fusões recebeu recentemente atenção especial em função da fusão proposta entre as firmas Airtours e First Choice, no mercado britânico de pacotes turísticos – rejeitado pela Comissão de Competição Européia. A fusão criaria um triopólio simétrico, o qual, segundo a Comissão, aumentaria a sustentabilidade do conluio.

⁴ Veja-se Ivaldi et al (2003) para uma contribuição recente à literatura teórica de efeitos coordenados, e Davis, Huse e Reenen (2005), para uma inovadora implementação empírica de efeitos coordenados.

2. Do efeito unilateral

2.1. *A análise antitruste tradicional*

A análise do efeito unilateral anticompetitivo de atos de concentração é basicamente estrutural, seguindo o modelo estrutura-conduta-desempenho (ECD), que deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua *performance*, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura anteriormente determinada (Tirole, 2002). Segundo Scherer e Ross (1990), considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), porque as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Assim, para a análise estruturalista, quanto maior a concentração, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade.

Na década de 1970, a visão estruturalista de mercado sofreu uma modificação fundamental (crítica da escola de Chicago) em decorrência da maior preocupação em considerar as eficiências econômicas, sobretudo as de caráter produtivo (redução de custos via economias de escala e escopo), que podem contrabalançar a presença de estruturas de mercado mais concentradas e determinadas condutas empresariais. Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países tendem a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos na estrutura de mercado (aumento da concentração), como na tradição ECD, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência (redução dos custos).⁵

Baseado nesse modelo, tanto o *US Horizontal merger guidelines*, de 1982, e suas versões seguintes (1992 e 1997), quanto o *Guia de análise de atos de concentração horizontais* brasileiro, de 2001, analisam um ato de concentração partindo da delimitação do mercado relevante⁶ para uma posterior análise compensatória da possibilidade de ganho e aumento de poder

⁵ É importante frisar que atualmente a consideração das eficiências econômicas na análise antitruste é discricionária, pois o ganho de produtividade não é incorporado no modelo de oligopólio endogenamente, isto é, o progresso técnico não gera uma mudança na função de reação das firmas e de suas estratégias.

⁶ Conceito especificamente utilizado na área antitruste, que é definido como o menor espaço econômico, em termos de produto e geográfico, no qual o poder de merca-

de mercado decorrente da operação, tal como ilustrado em Willig (1991). Desde então, métodos de estimação econométrica têm sido utilizados na Literatura e na prática antitruste (Baker e Rubinfeld, 1999; Werden, 2002; Huse e Salvo, 2005) para estimar elasticidades próprias e cruzadas, definindo a substituíbilidade entre produtos e, conseqüentemente, delimitar o mercado relevante. Depois de delimitar o mercado relevante, a avaliação do ato recai pesadamente sobre medidas de concentração industrial, tais como a participação de mercados ou o índice HH, e assim pressupõe o exercício unilateral de poder de mercado.

Os critérios para identificar se a concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta são diferentes entre os países.⁷ O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) considera que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, § 2.º, da Lei 8.884/94). Quanto ao índice de Herfindahl-Hirschman, o HHI, o critério utilizado é o norte-americano (Guidelines, 1997), que divide o espectro de concentração de mercado em três faixas: na primeira, quando o HHI for inferior a 1000, haverá um mercado com baixa concentração, na segunda, se o HHI estiver entre 1000 e 1800, o mercado será considerado moderadamente concentrado, e na terceira, se o HHI for superior a 1800, o mercado é tido como altamente concentrado.

Dado que um mercado concentrado, a análise antitruste parte da presunção de que haverá necessariamente exercício de poder de mercado que, se não contestado (por entrada de nova empresa, ou sua ameaça, possibilidade de importação ou alta rivalidade no mercado relevante), levará ao aumento do preço, independentemente de outros fatores, como a interação estratégica entre as empresas do mercado ao longo do tempo (isto é, a curva de reação da firma é determinada pela estrutura de mercado). Dado que haverá aumento de preço, resta saber se este poderá ser compensado por uma redução nos custos marginais da nova empresa (geração das eficiências econômicas).

do é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante um certo período de tempo.

⁷ Esses critérios são arbitrários, pois a teoria econômica não prescreve qual o nível de concentração crítico para o exercício de poder de mercado (talvez por que ele não exista).

Assim, nota-se que a análise antitruste baseada no modelo ECD é discricionária, não havendo uma metodologia difundida de mensuração do efeito unilateral anticompetitivo de um ato de concentração, e dado que essa metodologia centrou-se, até recentemente, na delimitação do mercado relevante e posterior avaliação da concentração de mercado, fica clara a sua fragilidade.

Esta fragilidade é ampliada por um problema operacional de delimitação do mercado relevante. Em teoria, o mercado relevante é o menor conjunto de produtos substitutos entre si. Para a sua determinação, a agência antitruste, inicialmente a estadunidense, mas posteriormente de outras partes do mundo, inclusive Brasil, se vale do Teste do Monopolista Hipotético (TMH): o menor conjunto de bens substitutos àqueles produzidos pelas firmas analisadas que, caso fossem ofertados apenas por um monopolista, este acharia lucrativo realizar um aumento substancial e permanente em seus preços (geralmente estabelecido em 5%). O TMH é bastante intuitivo, mas difícil de ser implementado, principalmente se os produtos em análise forem diferenciados ou apresentarem um alto grau de substituíbilidade.

O TMH foi desenvolvido a partir de um modelo de concorrência via preço, mas cujas firmas produzem um produto homogêneo, o que torna a possibilidade de um suposto monopolista impor um aumento de preço sem incorrer em perda significativa de suas vendas mais fácil de ser mensurada. Na prática, poucos são os produtos sobre os quais uma análise como esta pode ser feita sem prejuízo da generalidade. Quase todos os produtos apresentam uma diferenciação e relativa substituíbilidade, de forma que a delimitação de onde acaba o mercado relevante é muito difícil de ser feita. Isto é refletido nos poucos casos estadunidenses em que este teste foi aplicado *ipsis litteris* (Werden, 2002).⁸

Além disso, a forma como é delimitado o mercado relevante muitas vezes viesia a análise dos efeitos da fusão, uma vez que quanto mais restrito for definido o mercado, maior será o poder de mercado das firmas pleiteantes a fusão e, por consequência, maiores os prejuízos decorrentes da fusão. Como é citado por Werden (2002), a Suprema Corte estadunidense já observou que “a definição do mercado geralmente determina o resultado do caso”.

Para contornar todos esses problemas, nos últimos anos uma nova proposta de metodologia para quantificar o efeito unilateral anticompetitivo de atos de concentração tem ganhado relevância, graças, sobretudo, aos

⁸ No Brasil constatou-se também sua pouca operacionalidade (Gama, 2005).

desenvolvimentos teórico e empírico em Organização Industrial. Dado que o objetivo último da análise quantitativa do efeito unilateral de um ato de concentração seria estimar qual seria o aumento dos preços na indústria após a fusão, por que não utilizar diretamente os valores de preços e quantidades disponíveis, colocá-los em um modelo de oligopólio estático e, partindo do equilíbrio pré-fusão, recuperar os parâmetros estruturais e simular qual seria o novo equilíbrio em preços?

2.2. *A nova abordagem antitruste*

Os modelos de simulação para atos de concentração – *Merger Simulations* – buscam prever os efeitos nos preços decorrentes de uma concentração em duas etapas. A primeira (*front-end*) consiste na escolha de uma curva de demanda em particular e sua posterior estimação. A segunda (*back-end*) trata da submissão dos parâmetros resultantes da etapa anterior ao modelo de oligopólio que irá ser simulado para prever os preços e as quantidades pós-ato (Epstein e Rubinfeld, 2001).

A escolha da função de demanda é a primeira etapa da simulação e a que causa maior divergência na Literatura (ver Huse e Salvo, 2005). Um componente fundamental de qualquer modelo de demanda que se deseje estimar é a sua identificação. A importância da identificação da demanda é crucial para que se obtenham resultados numéricos que façam sentido e sejam consistentes do ponto de vista teórico: em uma especificação típica de demanda, os preços são endógenos, ou seja, os preços observados decorrem da interação entre produtores e consumidores, sendo essencial distinguir as alterações de preços e de quantidades que resultam do deslocamento da curva de oferta e as alterações de preços e de quantidades que resultam do deslocamento da curva de demanda. Como consequência, métodos “tradicionalistas” de estimação geram coeficientes-preço menos negativos – ou “viesados” – do que na realidade o são, e a identificação mais precisa da demanda visa exatamente à obtenção de estimativas livres desse viés – ou “consistentes” (Fiúza, 2002).

Uma vez estimada a demanda, é necessária a obtenção do equilíbrio de mercado com a recuperação de parâmetros estruturais de oferta (conduta das firmas) a partir dos dados observados. Existem dois modelos de oligopólio estáticos utilizados pela Literatura (Fiúza, 2002; Pioner e Pinheiro, 2005) que captam a criação ou aumento unilateral de poder de mercado: o modelo de produto homogêneo e variável estratégica de escolha da firma quantidade

(Cournot) ou preço (Bertrand) e o modelo de produto diferenciado e variável estratégica de escolha da firma preço ou quantidade. No modelo de oligopólio com produto homogêneo e quantidade como variável estratégica de escolha da firma, a empresa concentrada restringe o seu produto e força um aumento de preços. Em resposta, os competidores rivais aumentam sua produção, dado o maior preço de mercado. A firma fundida tem poder de mercado suficiente para achar lucrativo reduzir a produção, tal que a produção do mercado seja restringida, mesmo com o aumento da produção das rivais. Assim, resta saber qual será a redução na produção pela empresa concentrada necessária para causar aumento de preços e ainda assim ser lucrativa, dada a resposta ótima das competidoras. No modelo de oligopólio com produto homogêneo e preço como variável estratégica de escolha da firma, a empresa concentrada, ao forçar um aumento de preço, perde mercado, pois leva a uma guerra de preços que culmina em um preço estabelecido ao nível do custo marginal (semelhante ao modelo de concorrência perfeita).⁹

No modelo de oligopólio com produto diferenciado e variável estratégica de escolha da firma preço ou quantidade, a firma fundida aumenta um ou mais de seus preços ou força esse aumento restringindo a quantidade, respectivamente. O resultado é que a demanda das empresas rivais aumenta, e estes competidores reagem unilateralmente a esse aumento de demanda com um aumento das suas vendas (geralmente acompanhado por algum aumento de preços, que não é, no entanto, uma acomodação, mas o resultado unilateral de maximização do lucro, dado o aumento da demanda). Com produto diferenciado, caso a variável de escolha seja o preço, o resultado final será um preço de mercado menor do que caso a variável de escolha da firma tenha sido a quantidade. Os modelos de oligopólio resultam, com exceção do modelo de Bertrand, em aumentos de preços no mercado em decorrência de um ato de concentração, se esse mercado já é concentrado, a não ser que a demanda residual seja suficientemente elástica ou haja redução significativa dos custos variáveis (geração de eficiências), que impeçam o aumento de preços. O problema aqui reside exatamente no fato de os modelos implicarem sempre um efeito anticompetitivo a um ato de concentração (pressuposto estruturalista).

Ainda assim, os devotos dessa nova metodologia acreditam que ela possui três importantes vantagens: i) a menor discricionariedade (a formalização matemática da competição no mercado e do aumento de preços causado pela

⁹ Sobre o assunto ver Tirole, 2002.

concentração); ii) a não necessidade de delimitação do mercado relevante (embora haja a necessidade de estimação de uma função de demanda); e iii) a praticidade (as autoridades antitruste acreditam que quanto mais rápida e formalizada matematicamente a análise de um ato de concentração, melhor).

E mais, a utilização de simulações para captar o efeito unilateral de um ato de concentração se destaca nos mercados nos quais os bens são diferenciados. Nesse caso, se uma das empresas sob o ato de concentração aumentar o preço de sua marca, uma parte de sua perda nas vendas será capturada pela marca da outra empresa sob concentração. Segundo o *US horizontal merger guidelines*: “some of the sales loss due to the price rise merely will be diverted to the product of the merged partner and (...) capturing such sales loss through merger may make the price increase profitable even though it would not have been profitable pre-merger” (Guidelines, 1997, seção 2.21). Em outras palavras, o ato de concentração torna a curva de demanda residual das empresas envolvidas mais elástica. Assim, o incentivo para o aumento unilateral de preço irá depender da chamada *diversion ratio* (Shapiro, 1996), que nada mais é do que a proporção das vendas perdida por uma das firmas quando ela aumenta o preço e que se desloca para a outra firma participante da concentração (Werden, 1996).

De forma geral, pôde-se observar nos últimos anos tentativas variadas de tornar operacional a análise do efeito unilateral de um ato de concentração. Segundo Werden, Froeb e Scheffman (2004), a nova metodologia chamada *merger simulation* vem para auxiliar a solução desse problema. Nos EUA, essa simulação já é difundida e foi utilizada pela agência antitruste FTC (Federal Trade Commission) em alguns casos importantes, como as fusões envolvendo o mercado automobilístico (Berry e Pakes, 1993), de cervejas (Baker e Bresnahan, 1985; Hausman, Leonard e Zona, 1994; e Pinkse e Slade, 2004), de refrigerantes (Dubé, 2004), de cereais matinais (o *ready-to-eat cereal industry*, de Nevo, 2000), de transporte aéreo (Peters, 2001), e de hospitais (Werden, Froeb e Scheffman, 2004), entre outros. No resto do mundo essa tentativa é ainda mais recente e data deste século: a União Européia tem realizado estudos sobre a dominância de uma única empresa nos últimos quatro anos, sobretudo depois de sua utilização no caso Volvo/Scania (Ivaldi e Verboven, 2002) e no de isotônicos italianos (Barone, 2004). No Brasil, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ainda

não tomou nenhuma decisão com base em uma simulação do efeito de um ato de concentração, embora alguma já tenha feito parte dos autos.¹⁰

2.2.1 Metodologia

Como visto, a primeira etapa da simulação consiste na escolha de uma curva de demanda em particular e sua posterior estimação, sendo que a segunda se refere à submissão dos parâmetros resultantes da etapa anterior ao modelo de oligopólio que irá ser simulado para prever os preços e as quantidades pós-ato de concentração.

3. Simulação de fusão

A maioria dos métodos de simulação de fusões requer a estimação da curva de demanda. Este trabalho optou pela utilização do sistema de demanda PCAIDS (sistema de demanda AIDS calibrado), devido, única e exclusivamente, a sua praticidade, já que requer somente a participação de mercados das firmas e as elasticidades do mercado e uma marca apenas para nos fornecer os preços pós-fusão. O modelo de oligopólio escolhido foi o de produtos diferenciados cuja variável estratégica de escolha da firma seja o preço, pois estes mercados são os mais recorrentes para avaliação das autoridades antitruste.

3.1. A demanda PCAIDS

A demanda PCAIDS (*Proportionally Calibrated AIDS*), proposta em Epstein e Rubinfeld (2001), parte da hipótese fundamental de proporcionalidade entre as elasticidades-preço cruzadas e os *market shares* das firmas. Isso permite o cálculo dos efeitos unilaterais de uma fusão, necessitando-se apenas conhecer o valor de *market shares*, da elasticidade-preço própria da indústria e da elasticidade-preço própria de um dos produtos do mercado, para que então se obtenham todas as elasticidades do mercado.

¹⁰ Recentemente foi realizado, pioneiramente, sob incentivo da ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia), do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e da SDE (Secretaria de Direito Econômico), um estudo em métodos quantitativos aplicados à defesa da concorrência, com destaque para o estudo 1.3 “Análise Quantitativa de Fusões”, in Pioner e Pinheiro (2005) .

A intuição econômica subjacente à hipótese de proporcionalidade é que a participação de mercado perdida por uma firma como consequência de um aumento de preços é absorvida pelas demais firmas em proporção às suas participações de mercado (Pioner e Pinheiro, 2005). Segundo seus próprios propositores, a hipótese de proporcionalidade parece mais apropriada em mercados com diferenciação de produtos limitada.

Para melhor ilustrar o método, considere um mercado de produtos diferenciados com n firmas, cada uma delas produzindo um tipo de produto e agindo como competidoras em um modelo de oligopólio com estratégia de escolha da firma preço. A função demanda (em termos de *shares*) é dada por:

$$s_i = \alpha_i + \sum_{j=1}^n b_{ij} \ln p_j \quad (3.1.1)$$

que também pode ser escrita na forma matricial

$$s = a + B \cdot p \quad (3.1.2)$$

O modelo de demanda AIDS implica que a matriz B possui duas propriedades: homogeneidade e adição. A propriedade de homogeneidade impõe que se todas as firmas efetuassem um aumento idêntico em seus preços, as participações de mercado de cada uma delas permaneceriam inalteradas. A propriedade de adição impõe que a soma das participações de mercado de todas as firmas seja sempre igual à unidade (Pioner e Pinheiro, 2005). Dessa forma, os elementos da matriz B podem ser escritos facilmente como função da matriz de elasticidades do mercado e de elasticidade-preço da demanda do próprio mercado, assim:

$$\eta_{ii} = -1 + [b_{ii} / s_i] + s_i \cdot (\eta + 1) \quad (3.1.3)$$

$$\eta_{ij} = [b_{ij} / s_i] + s_j \cdot (\eta + 1) \quad (3.1.4)$$

O método PCAIDS permite que todos os termos da matriz B sejam escritos como função apenas da elasticidade de uma das firmas e da elasticidade do mercado. Esse resultado é decorrente da hipótese de que os termos da matriz B são proporcionais entre si, da seguinte forma:

$$b_{ij} = -[s_i / 1 - s_j] b_{jj} \quad (3.1.5)$$

Supondo que um dos elementos da diagonal seja conhecido, por exemplo o termo b_{11} , sem perda de generalidade, a relação entre ele e os demais termos da diagonal da matriz B é dada por:

$$b_{ii} = [(s_i / 1 - s_1) \cdot (1 - s_i / s_1)] \cdot b_{11} \quad (3.1.6)$$

De posse da especificação da demanda (elasticidades), a obtenção dos equilíbrios pré e pós-fusão ocorre seguindo o modelo de oligopólio de produtos diferenciados. Bresnahan (1989) adota uma demanda pelo bem j de escolha discreta obtida pela agregação de todos os consumidores. Assumindo que existem J bens diferenciados, cuja demanda agregada para cada produto seja:

$$Q_f = D(P_i, P_j, Y, \alpha_i, E_i) \quad (3.1.7)$$

A curva de oferta se dá pela maximização do lucro da firma f :

$$\Pi_f = P_i * D(P_i, P_j, Y, \alpha_i, E_i) - C_f(Q_f) \quad (3.1.8)$$

Nota-se que não é mais possível somar as quantidades produzidas individualmente para obter a quantidade total do mercado. A Condição de Primeira Ordem (CPO) determinou a solução do modelo e o preço a ser cobrado:

$$\partial \Pi_f / \partial P_i = Q_f + P_i * \left(\frac{\partial Q_f}{\partial P_i} \right) - CM_{gf} * \frac{\partial Q_f}{\partial P_i} = 0 \quad (3.1.9)$$

$$\text{Sendo } \frac{\partial Q_f}{\partial P_i} = \frac{\partial Q_i}{\partial P_i} + \Sigma \frac{\partial Q_f}{\partial P_j} * \frac{\partial P_j}{\partial P_i} \quad (3.1.10)$$

Como $\partial P_j / \partial P_i$ representa a variação conjectural da firma (λ), podemos reescrever a equação acima como:

$$Q_f + (P_i - CM_{gf}) * \left(\frac{\partial Q_f}{\partial P_i} + \lambda \Sigma \frac{\partial Q_f}{\partial P_j} \right) = 0 \quad (3.1.11)$$

sendo $\eta - \eta_f = -P_i / Q_f * \Sigma \frac{\partial Q_f}{\partial P_j}$

$$P_i - CM_{gf} / P_i = 1 / [\lambda \eta + (1 - \lambda) \eta_f] \quad (3.1.12)$$

Em uma simulação que utiliza a demanda AIDS calibrada, como a margem líquida dos produtos fusionados é a mesma, a firma resultante promove maior elevação no preço do produto com a menor participação de mercado, porque, ao permitir que o produto com a menor participação de mercado apresente a maior variação no preço, a firma fundida faz que o maior desvio da demanda ocorra no produto que gera a menor margem líquida (Pioner e Pinheiro, 2005). Além disso, esse desvio de demanda pode também ser capturado pelo produto com maior margem líquida, aumentando ainda mais o lucro da empresa concentrada. E mais, a fusão permite também um aumento nos preços por parte de todos os concorrentes, mas em menor magnitude.

Quanto maior a participação de mercado desse concorrente, maior será seu aumento de preço em decorrência da fusão, mas menor do que o aumento no preço dos bens das firmas fusionadas.

Embora a demanda descrita acima apresente a vantagem da praticidade, por não necessitar de investigações econométricas a respeito das elasticidades das firmas, o modelo apresenta alguns problemas que merecem destaque. A utilização da demanda AIDS superestima os efeitos de um ato de concentração, se tomados como parâmetro os resultados obtidos por uma demanda do tipo Logit (Crooke et al, 1999). Isso ocorre porque as elasticidades próprias das firmas em uma especificação AIDS são menos sensíveis a variações no preço do que em uma especificação Logit, o que faz que as firmas apresentem menor substituíbilidade de seus bens. O modelo ainda apresenta o problema da proporcionalidade das elasticidades. Esta hipótese significa que, quando o preço de um produto é aumentado, os consumidores desviam sua demanda em direção a produtos substitutos proporcionalmente à parcela de mercado de cada produto na indústria. Com isso, a elasticidade da firma fundida aumentaria menos do que o possível e as firmas apresentariam um incentivo maior do que o real para aumentar seus preços.

3.2. Aplicações

Como visto, existem várias possibilidades de modelos de simulação para atos de concentração. Aqui escolhemos uma que utiliza o sistema de demanda PCAIDS única e exclusivamente por sua praticidade. As simulações serão executadas para modelos de oligopólio com produtos diferenciados e estratégia de escolha da firma preço. As suposições para todas as simulações que serão feitas são que: i) não haja geração de eficiência econômica (economia de escala ou escopo) ocasionada pela fusão; ii) a fusão ocorra entre apenas duas empresas do mercado; e iii) a elasticidade do mercado seja maior do que a elasticidade dos produtos (marcas), simplesmente porque substituir marcas é mais fácil do que substituir mercados. Devido à falta de um banco de dados disponível, calculamos as elasticidades (próprias e cruzadas) por meio de uma calibração e da suposição de que são proporcionais aos *market shares* das empresas, dados os preços iniciais. Para todas as simulações utilizamos o programa MatLab e uma elasticidade do mercado de $-1,5$ e de um produto ou marca de $-3,0$ (estes valores são aleatórios, mas condizentes com a sugestão de Epstein e Rubinfeld, 2001). Os principais resultados das simulações rodadas estão expostos a seguir.

Firmas simétricas

Inicialmente simulamos mercados simétricos, com três, cinco e dez firmas. As tabelas representam as firmas do mercado, as variações de preço pós-fusão e a redução do custo marginal das firmas fusionadas, em porcentagem, necessária para compensar o possível aumento de preço ocasionado pela concentração (variação do CMgC).

1) Mercado com três firmas

Tabela 1: Três Firmas – fusão de A e B

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A	13	-17
B	13	-17
C	4	0

Como o mercado é simétrico, os resultados são idênticos para as firmas A e B. A simulação da fusão prevê um aumento de preço de 10% em média para esse mercado, caso não haja geração de eficiências compensatórias. Esse aumento é maior do que os 5% permitido pelo teste do monopolista hipotético (TMH). Quanto ao HHI, passou de 3.267 pontos (mercado concentrado) para 5.445 pontos (mercado concentrado), com variação de 2.178 pontos, muito alta e perigosa segundo os padrões estadunidenses. Nesse caso, ambas as análises, a *merger simulation* e a análise tradicional estruturalista, apontariam para o mesmo problema: a fusão gera grande possibilidade de exercício de poder de mercado.

2) Mercado com cinco firmas

Tabela 2: Cinco Firmas – fusão de A e B

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A	5	-8
B	5	-8
C, D e E	1	0

Em um mercado com cinco firmas simétricas, cada uma com uma parcela de mercado de 20%, o provável aumento de preço ocasionado por uma concentração entre duas firmas seria de 5%, se não houvesse geração de eficiência. Um aumento médio de preço de 2% no mercado não gera maiores preocupações para a autoridade antitruste (o limite é de 5%, como prevê o TMH). Caso uma análise estruturalista fosse feita concomitantemente à

simulação, como o HHI passou de 2.000 pontos para 2.800 pontos, variando 800 pontos, o órgão antitruste deveria se preocupar com esse mercado. Verifica-se aqui uma tensão entre análise via simulação de fusão e análise estruturalista de mercado.

3) Mercado com dez firmas

Tabela 3: Dez Firmas – fusão de A e B

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A	2	-3
B	2	-3
C e demais firmas	0,2	0

Em um mercado com dez firmas simétricas, cada uma com uma parcela de mercado de 10%, o provável aumento de preço ocasionado por uma concentração entre duas firmas seria de 5%, se não houvesse geração de eficiência. Nesse caso, ambas as análises, a simulação e a estrutural, têm a mesma previsão quanto à concentração: não há grandes riscos ao mercado. Isso porque um aumento de preço médio de aproximadamente 0,5% não é alarmante, como também não o é uma variação de HHI de 200 pontos em um mercado previamente não concentrado. A conclusão a que podemos chegar, ao analisarmos fusões em mercados simétricos, é que quanto maior o número de firmas menor o dano à concorrência. Mercados simétricos geram também HHIs relativamente menores do que mercados assimétricos, pois a assimetria de mercado enseja uma maior possibilidade de exercício de poder de mercado (aumento de preços).

Firmas assimétricas

Agora simularemos dois mercados assimétricos, o primeiro com três firmas e o segundo com cinco firmas. Igualmente à análise anterior, as tabelas representam as firmas dos mercados e a redução do custo marginal das firmas fusionadas, em percentagem, necessária para compensar o possível aumento de preço ocasionado pela concentração (variação do CMgC).

1) Mercado com três firmas com participações iguais a 20, 30 e 50% do mercado

Tabela 4: Três Firmas Assimétricas – fusão de A e B

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
--------	---------	--------

A (20%)	13	-16
B (30%)	10	-12
C (50%)	4	0

Em um mercado assimétrico com três firmas, a fusão envolvendo as duas menores gera uma variação média de preço de 7,6% e uma variação no HHI de 1.200 pontos, em um mercado considerado concentrado antes da fusão (o HHI varia de 3.800 a 5.000 pontos). O maior aumento de preço se dá na firma com a menor participação de mercado. A firma concorrente não participa da concentração, mas tem o preço do seu produto elevado.

Tabela 5: Três Firmas Assimétricas – fusão de A e C

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (20%)	37	-36
B (30%)	10	0
C (50%)	24	-23

Se a fusão ocorrer entre a maior e a menor firma do mercado, o aumento de preço é muito mais considerável. O preço médio aumenta 22% e para o produto da firma A chega a aumentar 37%. A variação de HHI também é grande: o índice passa de 3.800 para 5.800, gerando uma variação de 2.000 pontos.

Tabela 6: Três Firmas Assimétricas – fusão de B e C

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (20%)	19	0
B (30%)	66	-48
C (50%)	54	-40

Mas, se a fusão ocorrer entre as maiores firmas do mercado, o resultado é desastroso. O preço médio do mercado aumenta 51% e o produto com o maior aumento chega a aumentar 66%. O HHI passa para 6.800 pontos, gerando uma variação de 3.000 pontos.

2) Mercado com cinco firmas com participações iguais a 5, 10, 15, 20 e 30% do mercado

Tabela 7: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de A e B

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	2	-3
B (10%)	1	-2
C (15%)	0,1	0

D (20%)	0,1	0
E (30%)	0,1	0

Tabela 8: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de A e C

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	4	-4
B (10%)	0,15	0
C (15%)	1	-2
D (20%)	0,15	0
E (30%)	0,15	0

Em um mercado assimétrico com cinco firmas, caso a fusão ocorra entre firmas que conjuntamente não ultrapassem 20% do mercado, como prevê a análise estruturalista, não há preocupação quanto a um provável exercício de poder de mercado, pois o provável aumento de preço seria insignificante (tabelas acima). Outro fato observável é que, se a fusão envolve uma firma com participação de mercado pequena, o aumento de preço não será alto, mesmo que se a firma fusionada ultrapassar os 20% de participação de mercado impostos na Lei (tabelas abaixo).

Tabela 9: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de A e D

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	5	-6
B (10%)	0,2	0
C (15%)	0,2	0
D (20%)	1	-2
E (30%)	0,2	0

Tabela 10: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de A e E

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	5	-6
B (10%)	0,2	0
C (15%)	0,2	0
D (20%)	1	-2
E (30%)	0,2	0

No caso de a fusão envolver empresas com participação maior do que 20% de mercado, no entanto, a concentração causará possibilidade de exercício de poder de mercado. O HHI original desse mercado era de 1.650 pontos, aumentando para 2.250 pontos com a fusão de C e D (15 e 20% do

mercado, respectivamente) e para 2.850 pontos com a fusão de D e E (20 e 30% do mercado, respectivamente).

Tabela 11: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de C e D

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	0,2	0
B (10%)	0,2	0
C (15%)	8	-10
D (20%)	6	-7
E (30%)	0,2	0

Tabela 12: Cinco Firmas Assimétricas – fusão de D e E

FIRMAS	% PREÇO	% CMgC
A (05%)	0,2	0
B (10%)	0,2	0
C (15%)	0,2	0
D (20%)	12	-15
E (30%)	9	-11

Analisando as Tabelas 10 e 11, em que a firma fusionada passa a ter 35% do mercado em ambos os casos, conseguimos chegar à última conclusão: o aumento de preço é maior se os produtos fundidos forem bons substitutos. Como as elasticidades nessas simulações são dadas pela proporcionalidade com as participações de mercado, quanto maior os *market-shares* das firmas fusionadas separadamente, maior a elasticidade-preço cruzada entre elas e maior o aumento de preço final.

As conclusões das simulações esperadas para esse tipo de modelagem são: i) quanto menos concentrado for um mercado, menor o aumento esperado no nível de preços ; ii) quanto mais assimétrico for um mercado, maior o aumento de preços esperado; e iii) quanto menor a participação de mercado de uma das empresas fusionadas, maior o aumento esperado de preços; iv) empresas que não participam da fusão apresentam também elevação no seu preço, sendo esta elevação maior quanto maior for a participação de mercado da empresa; e v) fusões entre firmas com participações de mercado muito distintas e/ou entre firmas em que uma das empresas fusionadas tenha participação de mercado muito pequena não geram grandes riscos à concorrência por não resultarem em um aumento de preço significativo.

Comentários

Existem dois pontos críticos na utilização dessa nova metodologia para avaliar o efeito unilateral de um ato de concentração. O primeiro se refere às limitações inerentes a esse tipo de modelagem, sobretudo: i) dependência da forma funcional da demanda; e ii) consideração de custos marginais constantes. O segundo se refere ao fato de essa nova metodologia relacionar a variável concentração a um aumento de preços, tal qual a análise econômica estruturalista da metade do século passado.

O primeiro ponto está relacionado com as limitações desse modelo de simulação do efeito unilateral de um ato de concentração. O nível de preços de mercado pós-fusão é extremamente sensível à curvatura da função de demanda escolhida previamente. Cada forma funcional convencionalmente utilizada em simulações de atos de concentração tem propriedades inerentes a sua curvatura, estas relacionadas ao efeito de uma mudança no preço de um produto nas suas elasticidades própria e cruzadas.

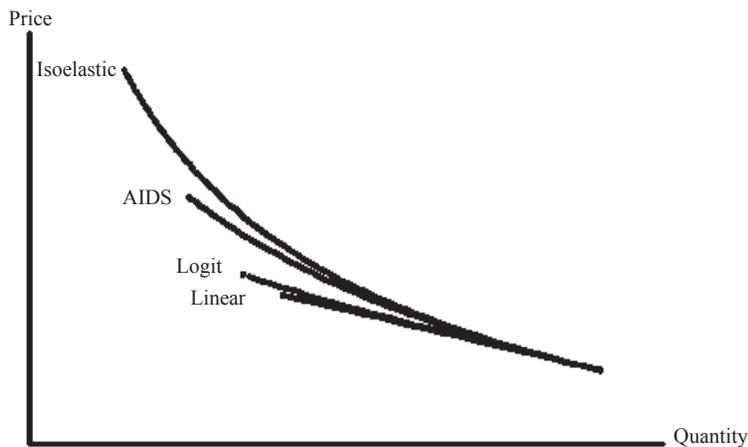
Quadro 1: Funções de Demanda

Especificação	Fórmula
Linear	$q = \alpha_1(\alpha_2 - p) + \epsilon$
AIDS (em termos de <i>share</i> de valor)	$s = \alpha_1 + \alpha_2 \ln y/p + \sum n \alpha_3 \ln p$
PCAIDS	$s = \alpha_1 + \sum n \alpha_2 \ln p$
Logit (em termos de <i>share</i> de valor)	$s = \exp [\alpha_1(\alpha_2 - p)] / \sum n \exp [\alpha_1(\alpha_2 - p)]$
CES	$q = p^{-1} / (1 - \rho) / \sum n p^{-\rho} / (1 - \rho)$

Por exemplo, uma demanda do tipo Logit torna-se mais elástica com o aumento dos preços e por isso uma firma com poder de mercado aumenta menos seus preços com esta curva de demanda do que com uma demanda do tipo AIDS (os consumidores se tornam mais sensíveis ao aumento de preços com o aumento de preços). Este fato foi minuciosamente descrito por Crooke et al. (1999), que simularam as quatro formas de demanda mais usuais para captar o efeito unilateral de um ato de concentração: a AIDS, a isoelástica (CES), a linear e a Logit. As duas últimas geram preços previstos menores do que as duas primeiras. Segundo esses autores, dado que supostamente as quatro curvas de demanda compartilhem os mesmos preços e quantidades competitivos no ponto abaixo e à direita da Figura 4.1 (o ponto no qual o preço iguala o custo marginal), e sendo que todas as demandas têm a mesma elasticidade (especificamente -2) neste ponto, um possível aumento decorrente do ganho de poder de mercado de uma

firma, dada uma concentração, que no limite geraria um monopólio, levaria a diferentes preços de equilíbrio pós-ato, ou os pontos mostrados no lado mais ao alto e à esquerda da figura abaixo.

Figura 1: Forma funcional da demanda e seu efeito sobre o preço



Fonte: Crooke et al., 1999.

Um dos maiores desafios atuais de Organização Industrial é estimar curvas de demanda. Esse fato se torna ainda mais complicado quando se busca aliar robustez teórica, similaridade com a realidade e praticidade. A escolha do sistema de demanda é crucial para a simulação dos efeitos de um ato de concentração e deve ser considerada a etapa principal da simulação pelas autoridades antitruste quando do julgamento de um caso.

A hipótese de custo marginal constante, isto é, da utilização de uma função custo linear, está relacionada à crença, difundida entre autores de Organização Industrial, de que o custo não é observável, ou que, mesmo se for observável, os erros na sua medida invalidariam os resultados obtidos com a inclusão desses valores (Huse e Salvo, 2005). Assim, o procedimento encontrado para obtenção do custo de produção seria inferi-lo implicitamente a partir de dados de equilíbrio da indústria, das hipóteses sobre a demanda e sobre a forma de competição entre as firmas. Realmente, como os dados da oferta são de propriedade das firmas, a estimação direta da função custo passa a ser uma tarefa mais difícil. Entretanto, é importante que se saiba quais os riscos envolvidos em inferir implicitamente o custo marginal e quais as consequências para a simulação. As condições de oferta da firma, para além da interação

estratégica, residem na determinação da função de produção e da função custo, que captam as diferenças tecnológicas entre as mesmas. O uso de uma mesma função custo linear para todas as firmas do mercado também implica tecnologias constantes e simétricas, não possibilitando incorporar ao modelo de oligopólio as diferenças tecnológicas e inovativas que são responsáveis por mudanças no comportamento de empresas em sua interação estratégica com as rivais. Diferenças técnicas (assimetrias) entre firmas é ponto fundamental para que ocorra inovação, mudança tecnológica e evolução do mercado (Schumpeter, 1934). A consideração da mesma função custo para todas as firmas corrobora para a simplificação do modelo de oligopólio utilizado.

O segundo ponto está relacionado ao fato de que a simulação do efeito unilateral de um ato de concentração gera inevitavelmente aumento de preços no mercado relevante, mesmo que esse aumento de preços seja uma consequência do modelo de oligopólio utilizado (consideração pelas firmas apenas do aumento de preço de suas rivais). O fato de a concentração causar aumento de preço no mercado é uma hipótese antiga e questionável, chamada de estruturalista por ser o *core* do modelo estrutura-conduta-desempenho. A relação entre concentração e aumento de preço não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste.

Empiricamente, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o aumento de preço no mercado, como lucratividade (*mark-up*), são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da relação causal (Geroski, 1989). Teoricamente, o modelo ECD pressupõe que existe uma relação de causalidade entre as variáveis de estrutura, conduta e desempenho. Segundo Tirole (2002), a existência ou não de uma relação entre quaisquer variáveis deve ser interpretada como correlação e não como relação causal. No caso, lucratividade (reflexo do aumento do preço) e concentração são conjunta e simultaneamente determinadas pelas condições básicas e exógenas de mercado e pelo comportamento das firmas. Assim, a implicação de um aumento de preço dada uma concentração não pode ser considerada uma hipótese para a construção de um modelo de avaliação de um ato de concentração, por ser falível. Mesmo que ocorram eficiências econômicas (redução de custos), existem outros fatores de demanda (como alguma mudança nas preferências dos consumidores) e oferta (como alguma mudança na interação estratégica das firmas) que simultaneamente são suficientes para compensar um possível aumento de preços. O aumento de preços é um resultado possível, mas não certo, mesmo que não haja redução de custo.

Por fim, cabe dizer que a escolha de utilizar o *merger simulation* como método quantitativo de mensuração do efeito unilateral de um ato de concentra-

ção tem que vir acompanhada de algum tipo de justificativa do possível impacto de mercado. É o que o FTC norte-americano chama de Dalbert Discipline (Werden, Froeb e Scheffman, 2004), ou a constante busca da consistência entre os determinantes factuais da indústria em análise e os modelos estruturais que podem ser empregados na simulação. A simulação de ato de concentração deve cumprir dois requisitos. O primeiro é que os modelos utilizados na simulação e os métodos de estimação usados para calibrar tais modelos precisam ser econômica e teoricamente consistentes. Segundo, o modelo de simulação precisa retratar os fatos da realidade do mercado. Assim, deve-se utilizar um modelo de oligopólio que retrate o passado do mercado relevante de forma razoável para que faça predições sobre o futuro. Por exemplo, não é necessário que o modelo de oligopólio explique os movimentos semanais dos preços dos principais produtos, mas é essencial que explique o nível médio desses preços durante um certo período de tempo. A avaliação de um ato de concentração não é capaz de determinar todos os seus efeitos com completa clareza e precisão, e mais, a *merger simulation* não pode ser considerada evidência irrestrita de restrição à competição. Isto é, o efeito anticompetitivo captado pela simulação deve ser um indicativo do efeito unilateral de um ato de concentração, mas não deve obrigar a decisão a ser tomada pelos órgãos antitruste.

Bibliografia

- BAKER, J.; BRESNAHAN, T. The gains from a merger or collusion in product-differentiated industries. *Journal of Industrial Economics*, 33: 427-444, 1985.
- BAKER, J.; RUBINFELD, D. Empirical methods in antitrust litigation: review and critique. *American Law and Economics Review*, p. 386-435, 1999.
- BERRY, S.; PAKES, A. Some applications and limitations of recent advances in empirical industrial organization: merger analysis. *American Economic Review*, 83, n. 2: 247-252, 1993.
- BRESNAHAN, T. Duopoly models with consistent conjectures. *American Economic Review*, 71: 934-945, 1981.
- CHEONG, K.; JUDD, K. Mergers and dynamic oligopoly. *Journal of Dynamic and Control*, 2005.
- CROOKE, P.; FOREB, L.; WERDEN, G. Effects of assumed demand form on simulated postmerger equilibria. *Review of Industrial Organization*, 15: 205-217, 1999.

- DAVES, P.; HUSE, C.; REENEN, J. van. *Evaluating incentives of collusion in differentiated products markets: measuring the coordinated effects of mergers*. London School of Economics. 2005.
- DEATON, A.; MUELLBAUER, J. An almost ideal demand system. *American Economic Review*, 70: 312-326, 1980.
- DUBÉ, Jean-Pierre. *Product differentiation and merger in the carbonated soft drink industry*. Chicago University Press. 2004.
- EPSTEIN, R.; RUBINFELD, D. Merger simulation: a simplified approach with new applications. *Antitrust Law Journal*, 69: 883-919, 2001.
- ERICSON, R.; PAKES, A. Markov-perfect industry dynamics: a framework for empirical work. *Rand Journal of Economic*, 95: 53-82, 1995.
- FARRELL, J.; SHAPIRO, C. Horizontal merger: an equilibrium analysis. *American Economic Review*, 80: 107-126, 1990.
- GAMA, M. *Teoria e prática da defesa da concorrência no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Economia). Belo Horizonte: Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional/Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.
- GEROSKI, P. Competition policy and the structure-performance paradigm. In: DAVIES, S.; LYONS, B. (Ed.). *Economics of industrial organization: surveys in economics*. London: Longman, 1988. Cap. 5, p. 166-191.
- GOWRISANKARAN, G. A dynamic model of endogenous horizontal mergers. *RAND Journal of Economics*, 30: 56-88, 1999.
- GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL. In: BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, n. 158-E, de 17/08/2001, Seção 1, p. 12-15. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 17 ago. 2004.
- HAUSMAN, J.; LEONARD, G.; ZONA, J. Competitive analysis with differentiated products. *Annales Économie et de Statistique*, 34: 159-180, 1994.
- HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. In: United States. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 8, 1997.
- HUSE, C.; SALVO, A. *Métodos empíricos em organização industrial*. Seminários sobre Defesa da Concorrência. IPEA, 2005.

- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. The economics of unilateral effect. *Interim Report for DG Competition*, European Commission, 2003.
- IVALDI, M.; VERBOVEN, F. Quantifying the effects of horizontal mergers in European competition policy. *International Journal of Industrial Organization*, 2005.
- NEVO, A. Mergers with differentiated products: the case of the ready-to-eat industry, *Econometrica*, 69: 307-342, 2000.
- PAKES, A.; McGUIRE P. Computing perfect-Markov Nash equilibria: Numerical implications of a dynamic differentiated product model. *RAND Journal of Economics*, 25: 555-589, 1994.
- PETERS, C. *Evaluating the performance of merger simulation: evidence from the US Airline industry*. Northwestern University Press, 2001.
- PINKSE, J.; SLADE, M. Mergers, brand competition, and the price of a pint. *European Economic Review*, 48 (3): 617-643, 2004.
- PIONER, H.; PINHEIRO, M. *Simulação de fusões*. Seminários sobre Defesa da Concorrência. IPEA, 2005.
- POSNER, R. *Antitrust: an economic perspective*. MIT Press, 1976,
- POSSAS, M. *Estruturas de mercado em oligopólio*. São Paulo: Hucitec, 1987.
- SALANT, S.; SWITZER, S.; REYNOLDS, R. Losses due to merger: the effect of an exogenous change in the industry structure on Cournot-Nash equilibrium. *Quarterly Journal of Economic*, 98: 185-199, 1983.
- SCHEFFMAN, D.; COLEMAN, M. *Quantitative analyses of potential competitive effects from a merger*. FTC, 2003.
- SCHERER, F. M.; ROSS, D. *Industrial market structure and economic performance*. 3. ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990.
- SCHUMPETER, J. *The theory of economic development*. Cambridge: Harvard University Press, 1934.
- TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge (Mass.): MIT Press, 2002.
- VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON JR., J. E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: MIT Press, 1995.

WERDEN, G. A perspective on the use of econometrics in merger investigations and litigation, *Antitrust*, 55-58, Spring 2002.

_____. A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of differentiated products. *Journal of Industrial Economics*, 44: 409-413. 1996.

WERDEN, G.; FROEB, L. The effects of mergers in differentiated products industries: Logit demand and merger policy. *Journal of Law, Economics & Organization*, 10: 407-426, 1994.

WERDEN, G.; FROEB, L.; SCHEFFMAN, D. *A Daubert discipline for merger simulation*. FTC, 2004.

WILLIG, R. *Mergers analysis, industrial organization theory and merger guidelines*. FTC, 1991.