



REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



São Paulo
Volume 13 número 1 - 2006
ISSN 1517-1957







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

PRÊMIO IBRAC/ESSO

2005



**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, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos, Leonor Cordovil; **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, Rabih Nasser, Rubens Ricupero, Vera Thorstensen, Pablo Bentes; **Economia:** Arthur Barrionuevo, Edgard Pereira, Elizabeth Farina, Gesner de Oliveira, Jorge Fagundes; **Regulação:** Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira; **Secretariado Editorial:** Vicente Bagnoli, Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva

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



**VI CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA - 2005**

PRÊMIO IBRAC-ESSO DE MONOGRAFIA

BANCA EXAMINADORA

Presidência: Sérgio Varella Bruna
Amadeu Carvalhaes Ribeiro
Arthur Barrionuevo
Carlos Eduardo Toro
Fábio Nusdeo
Fernanda Pécora
José Rigatto Vasconcelos
Paulo Todescan Mattos
Rui Santa Cruz

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Monografia: Sinergia entre defesa da concorrência e comércio internacional
Pseudônimo: Capitu
Participante: Luiza Saito Sampaio
Curso: Direito
Instituição: USP

2.º Colocado

Monografia: Concorrência no setor bancário contribuição ao estudo do caso brasileiro
Pseudônimo: Joaquim Nabuco
Participante: Gustavo Mathias Alves Pinto
Curso: Direito
Instituição: USP

3.º Colocado

Monografia: Defesa da Concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial
Pseudônimo: John Flower
Participante: Murilo Otávio Lubambo de Melo
Recife - PE
Curso: Direito
Instituição: UFPE

REVISTA DO IBRAC

4.º Colocado

Monografia: Os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN

Pseudônimo: Machado de Assis

Participante: Cristiane de Oliveira Coelho

Curso: Direito

Instituição: UnB

5.º Colocado

Monografia: Bem-estar do consumidor – Uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira

Pseudônimo: Colibri

Participante: Ludmila Passos Holtz

Curso: Direito

Instituição: PUC-SP

CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Monografia: Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo

Pseudônimo: Castro Alves

Participante: Ivan César Ribeiro

Curso: Direito

Instituição: USP

2.º Colocado

Monografia: A práxis da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do Cade

Pseudônimo: Flor de Liz

Participante: Marina Moreira da Gama

Curso: Economia

Instituição: UFMG

3.º Colocado Monografia: A estrutura de mercado do setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil

Pseudônimo: Júlia Canário

Participante: Gabriela Laplane

Curso: Economia

Instituição: UNESP

4.º Colocado

Monografia: Essential Facility Theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados

Pseudônimo: Visconde de Abaeté

Participante: Alexnaldo Cerqueira da Silva

Curso: Economia

Instituição: UFB

5.º Colocado (empatados)

A)

Monografia: Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop

Pseudônimo: Alghero

Participante: Vicente Bagnoli

Curso: Direito

Instituição: USP

B)

Monografia: Aspectos Concorrenciais e regulatórios da distribuição de gás natural canalizado

Pseudônimo: Clarice Lispector Currais

Participante: Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Curso: Energia

Instituição: USP

C)

Monografia: Propriedade intelectual e proteção da capacidade de inovar: a próxima fronteira da defesa da concorrência no Brasil

Pseudônimo: Thomas

Participante: Edson Beas Rodrigues Junior

Curso: Direito

Instituição: USP



REVISTA DO IBRAC



REVISTA DO IBRAC





SUMÁRIO

GRADUAÇÃO

Sinergia entre defesa da concorrência e comércio internacional <i>Luiza Saito Sampaio</i>	17
Concorrência no setor bancário contribuição ao estudo do caso brasileiro <i>Gustavo Mathias Alves Pinto</i>	45
Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial <i>Murilo Otávio Lubambo de Melo</i>	73
Os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN <i>Cristiane de Oliveira Coelho</i>	99
Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira <i>Ludmila Passos Holtz</i>	107



PÓS-GRADUAÇÃO



Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo <i>Ivan César Ribeiro</i>	139
A prática da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do CADE <i>Marina Moreira da Gama</i>	169
O setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil: uma análise da estrutura de mercado <i>Gabriela Laplane</i>	191
<i>Essential Facility Theory</i> : uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados <i>Alexnaldo Cerqueira da Silva</i>	215
Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop <i>Vicente Bagnoli</i>	231



Aspectos concorrenciais e regulatórios da distribuição de gás natural canalizado <i>Hirdan Katarina de Medeiros Costa</i>	255
Propriedade intelectual e proteção da capacidade de inovar: a próxima fronteira da defesa da concorrência no Brasil <i>Edson Beas Rodrigues Junior</i>	279
Relação de matérias publicadas na Revista do Ibrac	303





ÍNDICE

GRADUAÇÃO

Sinergia entre defesa da concorrência e comércio internacional

Luiza Saito Sampaio

1. Considerações iniciais	17
2. A inserção problemática da economia brasileira no sistema do comércio internacional	20
3. Contribuição da teoria dos jogos: como atingir a cooperação internacional?	24
4. Interface entre defesa da concorrência e comércio internacional	32
5. Análise final	40
6. Bibliografia	41

Concorrência no setor bancário contribuição ao estudo do caso brasileiro

Gustavo Mathias Alves Pinto

I. Introdução e desenvolvimento	45
II. Características do setor bancário	50
III. Experiência internacional e atuação governamental	56
IV. A autoridade regulatória brasileira – o Banco Central	60
V. Conclusão	68
VI. Bibliografia	69

Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial

Murilo Otávio Lubambo de Melo

1. Introdução	73
2. Regulação e concorrência: excludentes ou complementares?	73
3. Proteção jurídica da concorrência nos setores regulados	74
4. Autoridades de concorrência e normativa setorial	85
5. Conclusões	96
6. Bibliografia	97

Os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN*Cristiane de Oliveira Coelho*

I. Restrições verticais	99
II. As cláusulas MFN	100
III. Os possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas MFN	101
IV. Conclusão	105
V. Bibliografia	106

Bem-estar do consumidor - uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira*Ludmila Passos Holtz*

Resumo	107
Introdução	107
1. Introdução ao conceito de bem-estar	109
2. O bem-estar do consumidor – breve análise econômica do conceito	111
3. Bem-estar do consumidor – perspectiva histórica do conceito no âmbito internacional	116
4. Preocupação brasileira com a alocação de riquezas – Constituição Federal de 1988 e a lei nº 8.884/94 e sua proposta de mudança	123
5. Análise jurisprudencial no âmbito nacional - a introdução do bem-estar do consumidor como vetor de análise antitruste	127
6. Conclusão	132
7. Bibliografia	134

PÓS-GRADUAÇÃO**Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo***Ivan César Ribeiro*

Resumo	139
1. Introdução	140
2. A descrição do teste empírico	145
3. O modelo econométrico	151
4. O teste empírico	153
5. Conclusões e futuras pesquisas	162
6. Referências	164

A prática da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do CADE*Marina Moreira da Gama*

1. Introdução	169
2. Referências teóricas da política antitruste	169
3. A teoria antitruste e o roteiro de avaliação	172
4. Análise da atuação do CADE entre 1994 e 2004	179
5. Análise econômica do CADE entre 1994 e 2004	182
6. A prática da defesa da concorrência no Brasil	185
7. Referências	188

O setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil: uma análise da estrutura de mercado*Gabriela Laplane*

Resumo	191
1. Introdução	191
2. A demanda	192
3. Os custos	195
4. A infraestrutura aeroportuária	198
5. A oferta	202
6. A estrutura de mercado	203
7. A regulação e a desregulação do setor	207
8. Conclusão	210
9. Bibliografia	212

Essential Facility Theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados*Alexnaldo Cerqueira da Silva*

1. Introdução	215
2. Defesa da concorrência em setores regulados. Identificando o ambiente próprio da essential facility theory	217
3. Práticas anticompetitivas associadas à posse de uma <i>essential facility</i>	224
4. Medidas para combater os efeitos anticompetitivos	226
5. Considerações finais	228
6. Referências bibliográficas	229

Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop

Vicente Bagnoli

I. Introdução: concentrações empresariais	231
II. Concentrações verticais	233
III. Análise teórico-prática das concentrações verticais nos Estados Unidos da América	237
IV. Análise teórico-prática das concentrações verticais na União Européia	240
V. A contribuição de Steven Salop	242
VI. Conclusão	251
VII. Referências bibliográficas	252

Aspectos concorrenciais e regulatórios da distribuição de gás natural canalizado

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

1. Introdução	255
2. Aspectos regulatórios da distribuição de gás natural canalizado	256
3. Panorama da distribuição de gás natural canalizado no Brasil	266
4. Apontamentos sobre a interação entre regulação e concorrência: o caso da distribuição de gás natural canalizado	270
5. Considerações finais	276
6. Referências	277

Propriedade intelectual e proteção da capacidade de inovar: a próxima fronteira da defesa da concorrência no Brasil

Edson Beas Rodrigues Junior

1. Introdução.....	279
2. Um breve histórico do direito da propriedade intelectual	283
3. <i>Federal Trade Commission</i> e a propriedade intelectual: uma diretriz para o Brasil	293
4. Conclusões e recomendações do FTC	296
5. Conclusões	301

Relação de matérias publicadas na Revista do Ibrac	303
---	------------



GRADUAÇÃO







SINERGIA ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMÉRCIO INTERNACIONAL

*Luiza Saito Sampaio**

*A minha mãe, Emy Saito,
por toda dedicação e inspiração.*

1. Considerações iniciais

Constata-se, ao longo da história, o tratamento do comércio internacional como uma questão de Estado relevante para o bem-estar e desenvolvimento das nações. Nesse sentido, vale citar as empresas coloniais que, na era mercantilista, realizaram vultosos investimentos para a busca de fontes de matéria-prima e de novos mercados consumidores. Outro exemplo da ânsia desenvolvimentista com o objetivo de ampliação do comércio internacional refere-se ao imediato pós Segunda Guerra Mundial, quando das fortes subvenções estatais ou internacionais para a recuperação e o desenvolvimento das economias alemã e japonesa.

No entanto, a evolução histórica comprova que o comércio internacional tornou-se instrumento de subdesenvolvimento para os países que, prejudicados por condições absolutamente desiguais de concorrência, não conseguiam nele prevalecer. Vale dizer, o sistema internacional de trocas desiguais reflete a influência condicionante do comércio no desenvolvimento dos países, cujo mercado interno, em decorrência da insuficiente distribuição de renda, se apresenta pouco fortalecido.

Com fundamento no exposto, propõe-se a aplicação de princípios e regras gerais de concorrência no processo de inserção no comércio internacional entre os objetivos desenvolvimentistas de um país, a fim de garantir maior igualdade material do exercício da atividade econômica, através da análise de estruturas e condutas num mercado determinado.

No que tange à reflexão do tema no cenário internacional, há que se ter em mente que a harmonização das legislações e políticas concorrenciais, além de remota, é desaconselhável, visto que a variação das estruturas de mercado e dos tipos de comportamento anticompetitivo em cada caso enseja abordagens diferenciadas em relação a determinada nação. Não obstante, alguma

* Graduada em Direito pela Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo, Pesquisadora Júnior no Núcleo de Direito dos Negócios da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – EDESP – FGV e Pesquisadora do Grupo de Estudo sobre Negociações Comerciais em Serviços – NCS – do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento – IDCID.

coordenação entre as diferentes regras de concorrência deve ser estabelecida em âmbito internacional.

Por outro lado, deve-se ressaltar que a idéia de uma abordagem multilateral da questão da concorrência não constitui um fenômeno novo. Com efeito, desde a década de 1980, a UNCTAD adota um instrumento não-vinculante sobre desenvolvimento de políticas de concorrência e atividades de cooperação técnica nessa área, conhecido por “Set”, de *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*.

Nesse sentido, muito se discute, seja no âmbito da *United Nations Conference on Trade and Development* (“UNCTAD”), da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) ou do Banco Mundial, a respeito de propostas de um acordo multilateral em matéria de concorrência. Primeiramente, interessa afastar a tradicional compreensão de que a política de concorrência objetivaria tão somente a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor, uma vez que, em economias de mercado não maduras, as atenções devem voltar-se, principalmente, à reconciliação da regulação doméstica com as realidades sociais e as pressões do comércio internacional. Dessa forma, em relação a países em desenvolvimento, a posição dominante ocupada por uma empresa doméstica deve ser considerada conjuntamente com o papel que essa mesma empresa exerce no contexto doméstico, o qual, por sua vez, pode envolver, por exemplo, o interesse nacional¹. É para essa finalidade, aliás, que existe a regra segundo a qual não se aplicam as obrigações contidas no Acordo sobre o Comércio de Serviços da Organização Mundial do Comércio (“OMC”) às firmas no exercício de autoridade governamental, por exemplo.

Cabe, também, mencionar o risco de uma abertura indiscriminada da economia possibilitar que empresas de países desenvolvidos monopolizem os meios de produção das nações em desenvolvimento em virtude de sua maior

¹ Elizabeth M. M. Q. FARINA, *Competition Policy in the Global Context: some issues from a LDC perspective*, in *The Annual Chatham House Competition Conference – A new competition policy agenda for the twenty-first century*, July 2005, disponível em www.cade.gov.br/international/chatham_house.pdf. A atual presidente do CADE ressalta, porém, a possibilidade de influência dos fatores políticos domésticos no desenho de critérios e objetivos da política de concorrência: “The agenda of LDC for the XXI Century will continue to be marked by the search of sustainable economic growth, investment policy and employment. These concerns may be translated in a strong pressure from policymakers and congressmen to influence the competition authorities to use competition policy to protect competitors instead of competition and to adopt “national champions” criteria instead of consumer welfare basis.”

eficiência. Em outras palavras, a política de concorrência não deve ser utilizada como meio de acesso a novos mercados por parte dos países desenvolvidos, sob pena de um incremento das disparidades econômicas em âmbito internacional. Tal quadro resta ainda mais agravado diante da constatação de que as economias em desenvolvimento, pela forte e histórica dependência externa, figuram-se muito mais suscetíveis aos efeitos adversos da globalização².

Com essas considerações iniciais em mente, o presente trabalho tem por escopo identificar a possível sinergia entre a defesa da concorrência no plano internacional e a crescente abertura comercial brasileira, no sentido de fornecer alguns elementos necessários ao desenvolvimento econômico. Assim, inicialmente, será traçado um breve histórico do desenvolvimento econômico brasileiro e o processo de inserção no sistema do comércio internacional, o que permitirá sua compreensão como elemento estratégico nos programas de estabilização, por tornar a competição mais acirrada no mercado interno. Cabe ressaltar, no entanto, que não é objetivo da análise ora pretendida empreender uma revisão da vasta literatura sobre desenvolvimento econômico, o que exigiria a dedicação de todo um trabalho. Em seguida, será identificado o problema da cooperação no âmbito internacional, por meio de uma abordagem da teoria dos jogos, o que constitui uma questão de sintonia fina relacionada à propositura de um modelo de harmonização das legislações concorrenciais e repressão a práticas anticompetitivas transfronteiriças. Será abordado o tema dos regimes internacionais e a possibilidade de se estabelecer as regras de um jogo para a concorrência no contexto global.

Por fim, após discorrer sobre a importância da defesa da concorrência para o comércio internacional e identificar as regras já existentes no âmbito da OMC, empreender-se-á um balanço dos principais aspectos abordados. Por outras palavras: o presente trabalho não tem a pretensão de responder definitivamente à pergunta de como proteger economias em desenvolvimento num sistema desigual de trocas internacionais, mas visa tão somente provocar a reflexão acerca da importância da definição de regras para esse jogo.

² De acordo com o artigo de Claudio M. Considera, ex-Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, publicado no jornal Folha de São Paulo de 31/05/2002: “O Comitê de Concorrência da OECD realizou uma enquete entre seus membros sobre casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000, numa tentativa de conhecer melhor o dano deles decorrentes. Os países que responderam reportaram 119 casos, em muitos dos quais foi impossível medir os danos. **Foi possível, entretanto, verificar que os dezesseis maiores cartéis do mundo possibilitaram a transferência de US\$ 55 bilhões dos consumidores de terceiro mundo aos fornecedores de primeiro mundo.** Concluiu-se, também, que a margem de lucro dos cartéis varia significativamente, e em alguns deles pode chegar a 50%, tornando claro que a magnitude do dano dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anuais.” (grifo nosso)

2. A inserção problemática da economia brasileira no sistema do comércio internacional.

A abordagem histórica, a ser empreendida no presente trabalho, restringir-se-á às últimas cinco décadas, para ilustrar como, no Brasil particularmente, mesmo após a industrialização e o chamado “milagre econômico” da década de 1970, o país sempre tendeu à proliferação de empresas desprovidas de escala competitiva. Inicialmente, serão tecidos breves comentários de ordem geral a respeito da fundamentação teórica do comércio internacional e da formação de mercados caracterizados por uma forte tendência ao desequilíbrio.

2.1. A lógica do comércio internacional: assimetria congênita?

A explicação teórica básica fornecida pelos economistas clássicos para o comércio internacional foi o Princípio das Vantagens Comparativas, segundo o qual cada país deveria se especializar na produção daquela mercadoria para a qual incorreria em custos relativamente menores. Assim, tal mercadoria seria exportada e, por outro lado, aqueles bens cuja produção fosse relativamente menos eficiente seriam importados. Face a esse processo de especialização dos países na produção de bens diferentes, ocorreriam as trocas internacionais. Originalmente, a Teoria das Vantagens Comparativas foi formulada, em 1817, por David Ricardo, através do conhecido exemplo das relações comerciais entre Portugal e Inglaterra, em que essa exportava tecidos para aquele e importava vinho de Portugal.

Entretanto, a Teoria das Vantagens Comparativas apresenta claras limitações: ela nos fornece uma análise meramente estática do comércio internacional, que desconsidera a evolução das estruturas de oferta e demanda, assim como das relações de preços entre os produtos negociados ao longo do desenvolvimento das economias e do aumento do nível de renda. Essa é, em linhas gerais, a crítica da escola cepalina³. De fato, para os economistas de tradição

³ Gilberto BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45 e ss. O autor fornece um breve histórico das teorias desenvolvimentistas e aduz ter sido a teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*) aquela que, de fato, proporcionou as bases para a elaboração da política brasileira de desenvolvimento: “A visão estática da economia, predominante entre os autores neoclássicos da Escola Marginalista e sua análise fundada no individualismo metodológico é abalada no século XX, com a crescente preocupação em torno da noção de desenvolvimento. **Desde a abordagem pioneira de Schumpeter, já em 1911, entende-se o desenvolvimento como um processo de mudanças endógenas da vida econômica, que alteram o estado de equilíbrio previamente existente.** Com Keynes, as mudanças na

estruturalista, dado que os produtos manufaturados apresentam elasticidade-renda da demanda superior a um e os produtos primários, inferior a um, o crescimento da renda mundial provocaria um aumento maior do comércio de manufaturados. A consequência desse processo é uma tendência crônica ao déficit na balança de pagamentos dos países exportadores de produtos primários ou países periféricos. Tal corresponde exatamente ao que Celso Furtado pretende dizer com “o problema da asfixia externa das economias latino-americanas”⁴. Ora, no exemplo de Ricardo, ocorreria então uma deterioração das relações comerciais entre Portugal e Inglaterra, essa última em clara vantagem.

economia vão ser compreendidas a partir da sua severa crítica, de 1926, aos pressupostos teóricos e metodológicos dos neoclássicos e da sua defesa da expansão da atuação do Estado na economia como meio de evitar o colapso das economias capitalistas. Neste contexto de crescente intervenção estatal e de mudança nos pressupostos da teoria econômica, vários autores vão se preocupar com as questões ligadas ao crescimento e ao desenvolvimento econômicos. Uma das teorias que mais influenciou a elaboração de políticas de desenvolvimento no Brasil foi a teoria dos pólos de crescimento (ou de desenvolvimento), do francês François Perroux. De acordo com ela, a aparição de uma indústria nova ou o crescimento de uma indústria existente difunde-se, o que faz com que, ao longo de grandes períodos, sejam espalhadas transformações que facilitam o surgimento de novas indústrias e a continuidade na difusão das inovações. (...) Além de Perroux, influenciaram, decisivamente, as políticas brasileiras de desenvolvimento o sueco Gunnar Myrdal e o norte-americano Albert Hirschman. Para Myrdal, a idéia de equilíbrio não se funda na observação da vida social. Os processos sociais tendem a se apresentar sob a forma de causação circular, ou seja, reações em cadeia, cumulativamente tendendo à concentração. (...) Albert Hirschman propôs a teoria do crescimento desequilibrado: a meta do desenvolvimento não seria eliminar os desequilíbrios mas mantê-los, pois seriam as tensões e desequilíbrios que induziriam o próprio desenvolvimento, por meio de sua contínua e incessante superação. (...) **Apesar das influências de Perroux, Myrdal e Hirschman, a teoria que fundamentou, efetivamente, a política brasileira de desenvolvimento foi a teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*). A influência do pensamento da CEPAL no debate político brasileiro foi enorme entre 1949 e 1964. As teses da CEPAL tiveram grande receptividade, pois davam fundamentação científica para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde 1930.** (...) A concepção do Estado como promotor do desenvolvimento, coordenado por meio do planejamento, dando ênfase à integração do mercado interno e à internalização dos centros de decisão econômica, bem como o reformismo social, característicos do discurso cepalino, foram plenamente incorporados pelos nacional-desenvolvimentistas brasileiros.” (grifo nosso)

⁴ Celso FURTADO, *Formação Econômica da América Latina*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lia, Editor S.A., 1970, p.268.

Norbert Reich⁵ fala, nesse sentido, em “formas assimétricas” adotadas pelos mercados, graças à posição de debilidade e subordinação estrutural de uma das partes da relação comercial no contexto de concentração e internacionalização, como fenômenos gerais do desenvolvimento do capitalismo. Tomando por premissa esse desequilíbrio inerente ao processo histórico de formação econômica dos países, cabe diferenciar os conceitos de crescimento econômico (ou modernização) de desenvolvimento econômico: o primeiro se refere ao crescimento contínuo da renda per capita ao longo do tempo, enquanto o segundo, sendo mais qualitativo que quantitativo, inclui alterações de composição do produto e alocação de recursos nos diferentes setores da economia, de forma a gerar uma melhora nos indicadores de bem-estar econômico e social. Para os objetivos do presente trabalho, interessará mais de perto a noção de desenvolvimento econômico.

2.2. A abertura comercial e o problema do subdesenvolvimento

A estratégia de desenvolvimento adotada pelo Brasil desconsiderou a melhoria da produtividade agrícola como condição para a evolução industrial. Assim, nas décadas de 50 e 60, pretendia-se proteger os produtores domésticos da concorrência estrangeira por meio de quotas e tarifas, de tal forma que aqueles pudessem expandir sua produção e substituir os bens que costumavam ser importados. Esse modelo de substituição de importações já estava largamente esgotado na década de 80, pois sem a concorrência externa, os produtores domésticos produziam um pequeno volume a altos custos devido à falta de inovação tecnológica. Importante mencionar que o progresso técnico se desenvolve principalmente na firma – para utilizar a expressão preferida pelos economistas – e tem como resultado a diversidade, a qual, em conjunto com mecanismos de seleção como a concorrência, produz evolução ou crescimento e mudança estrutural da economia⁶.

⁵ Norbert REICH, *Mercado y Derecho*, Barcelona: Ariel Derecho, 1985, p. 27.

⁶ Nesse sentido, vale mencionar o revigoramento do interesse nos determinantes do crescimento econômico no começo dos anos 90 pela chamada teoria do crescimento endógeno, a qual procura tornar o progresso técnico uma função das decisões de investimento das firmas num ambiente de concorrência imperfeita. Na proposição de um modelo inserido na tradição teórica evolucionária, André Luiz Fernandes afirma que o *catching-up* tecnológico por parte de países retardatários deveria implicar não apenas a imitação, mas também políticas para esforços de inovação. Existem dois regimes de mudança tecnológica: *science-based* e *cumulative technology*. Basicamente, pode-se dizer que no primeiro, a inovação obtida independe de esforços passados, traduzindo-se em P&D dirigidos para se manter na fronteira de um conjunto de possibilidades tecnológicas definidas fora da indústria; já no segundo, a fonte de inovação seria o aprendizado

A partir do insucesso da substituição de importações, a estratégia passou a ser a redução das barreiras comerciais e o encorajamento às exportações por meio de desvalorizações e outras medidas mais diretas⁷.

2.3. O modelo brasileiro: a persistência do sistema de economia fechada

No Brasil, a fracassada política de substituição de importações somente é abandonada a partir de 1968, com a adoção de uma estratégia mais agressiva de exportações, à qual se seguiu, no período de 1974-1988, um aumento das tarifas de importações e das restrições não tarifárias. Esse fechamento da economia brasileira acompanhava a tendência mundial resultante da crise do petróleo e da competição dos países emergentes. Tal protecionismo é reforçado nos anos 80 pelo segundo choque do petróleo associado à escalada dos juros internacionais e à crise da dívida externa dos países em desenvolvimento. O novo período de abertura econômica se inicia no Brasil somente a partir do fim da década de 80, incrementando-se após a criação da OMC. A abertura comercial por meio da OMC é, sem dúvida, a mais abrangente e a que tem as melhores barganhas sobre a mesa: talvez o melhor resultado que países como o Brasil deveriam esperar de um processo de abertura dessa natureza é a indução de mudanças institucionais e reformas estruturais na política pública doméstica. Isso porque proteção por meio de tarifas elevadas, salvaguardas e *antidumping* não aumentam a competitividade.

Não obstante o Brasil tenha promovido a abertura comercial, o sistema em que as empresas operam é tipicamente de economia fechada. Assim, o processo de inserção internacional do país é problemático por impor custos adicionais às empresas, do que resulta uma diminuição de sua capacidade de concorrer internacionalmente. Esses custos remetem aos fundamentos da macroeconomia (juros e impostos elevados, volatilidade do câmbio real), às deficiências de logística, à lentidão do Judiciário, ao baixo nível educacional e aos custos com tributação e encargos trabalhistas⁸, o que se convencionou chamar “custo Brasil”⁹.

incremental obtido na própria produção (*learning-by-doing*). Para maiores detalhes vide FERNANDES, André Luiz, Um modelo evolucionário norte-sul, disponível em: www.econ.fea.usp.br/novo/econ/complex.htm.

⁷ Os chamados tigres asiáticos (Coréia, Taiwan, Hong Kong e Cingapura) são exemplo do sucesso dessa estratégia, adotada em conjunto com o investimento em educação há décadas, a implantação de políticas fiscais cuidadosas e o orçamento governamental reduzido em relação ao PIB, para evitar elevações indevidas de preços.

⁸ Vale notar que o Brasil tem a terceira legislação trabalhista menos flexível do mundo, perdendo apenas para Portugal e Panamá. As leis trabalhistas, que são bastante onerosas na maior parte dos países em desenvolvimento, bem ilustram o problema da rigidez e

3. Contribuição da teoria dos jogos: como atingir a cooperação internacional?

Após discorrer sobre o cenário problemático da inserção brasileira no comércio internacional, reforçado pelas disparidades econômicas, cabe agora examinar a possibilidade de cooperação internacional. Por outras palavras: a viabilização da convergência de interesses em termos de escolhas racionais, maximizando bem-estar e gerando desenvolvimento econômico. Para tanto, recorrer-se-á à teoria dos jogos, cujo sucesso nos últimos cinquenta anos certamente superou as expectativas mais otimistas dos seus teóricos das décadas de 50 e 60¹⁰. Hoje existem diferentes aplicações e especializações: desde uma

complexidade regulatórias. Por esse motivo, acabam sendo cumpridas apenas pelo setor público e pelas empresas da economia formal que têm condições para isso. Como resultado, grande parte da força de trabalho acaba por se deslocar para o mercado informal, permitindo a esses trabalhadores receberem, no curto prazo, um pagamento maior a um custo menor para o empregador.

⁹ Antonio E. T. LANZANA, *Economia Brasileira*, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 154-5. O autor fornece uma explicação da complexidade do sistema tributário nacional, a qual se constitui em verdadeira distorção: “Além do excesso de impostos existentes nas operações financeiras, é importante lembrar que o sistema tributário brasileiro foi desenhado para uma economia fechada. A presença significativa de impostos e contribuições em “cascata” (Pis, Cofins e CPMF) é inapropriada para uma economia aberta, uma vez que no mercado internacional nenhum país exporta impostos (...) não há como retirar totalmente os impostos em “cascata” das exportações, até porque não se conhece a incidência exata em todas as etapas do processo produtivo. Além disso, o produto importado entra em condições vantajosas de concorrência, uma vez que só é penalizado por esses tipos de impostos na etapa final (etapa de comercialização, já que foi produzido em outro país, onde não existem impostos em “cascata”).”

¹⁰ Esse ano, o Prêmio Nobel de Economia foi concedido ao economista Thomas Schelling e ao matemático Robert Aumann por seus desenvolvimentos da teoria dos jogos no que se refere a conflito e cooperação: “The Royal Swedish Academy of Sciences, which awards the Nobel economics prize, said in its citation that the two current winners had enhanced understanding of co-operation and conflict through game theory analysis which they applied to real-world problems. Professor Schelling was among the first to apply the insights of game theory to international relations, looking at the nuclear arms race in his classic book *The Strategy of Conflict*. (...) Professor Schelling also used game theory to develop an explanation of why segregation occurs. Recently, his work has focused on building coalitions for climate change. Professor Aumann’s work has centred on a different element of game theory, the question of whether co-operation increases if games are continually repeated. He showed that co-operation is less likely when there are

visão da teoria dos jogos como um ramo do conhecimento puramente matemático, passando pelo estudo do comportamento, da filosofia e pela investigação das normas, até uma abordagem bastante pragmática seja da vida empresarial, da organização industrial, do direito ou da política. De maneira geral, pode-se dizer que a teoria dos jogos constitui-se em instrumental bastante útil à análise de situações nas quais há um agente racional que deve decidir de acordo com suas expectativas sobre o que os outros agentes farão, sendo que as expectativas desses dependem, por sua vez, das expectativas daquele primeiro agente.

3.1. *Motivações filosóficas e políticas da teoria dos jogos*

Interessante notar que, apesar da sistematização lógica e matemática da teoria dos jogos ser relativamente recente, empreendida em 1944 por John von Neumann e Oskar Morgenstern, encontram-se já na Antigüidade algumas formulações filosóficas e políticas acerca da decisão racional e do problema da escolha efetiva. Na obra “A República” de Platão, por exemplo, é considerada a situação de um soldado que aguarda na linha de defesa com os demais para repelir o ataque inimigo. Pode ocorrer a esse soldado a probabilidade de a defesa ser bem sucedida, de tal forma que a sua contribuição não venha a ser essencial ao exército. Porém, se ele ficar no fronte e lutar, o risco de ferimentos e até de morte (sem motivo aparente) não desaparece. Por outro lado, se o exército inimigo irá ganhar a batalha, as suas chances de morte e ferimentos graves são ainda maiores – agora, ainda mais, sem qualquer motivo aparente, já que seu exército será derrotado! Com base nesse raciocínio, melhor será certamente o soldado fugir, tanto em caso de vitória do seu exército como em caso de derrota. É claro que se todos os soldados do exército pensarem assim, o que em tese é possível já que se encontram todos na mesma situação, a batalha será perdida – e essa preocupação também lhes ocorrerá. Há, dessa forma, um motivo para que os soldados fiquem e lutem? Não, pelo contrário, pois quanto maior o medo da derrota, maior o impulso dos soldados à fuga. Da mesma maneira, quanto maior a crença de cada soldado de que sua contribuição será desnecessária à vitória na batalha, menos razões haverá para que ele fique e lute. Ora, se esse mesmo raciocínio for feito pelos soldados do exército inimigo, esses entrarão em pânico da mesma forma e nenhum tiro será disparado!

many participants, when interactions are infrequent, when the time horizon is short or when others' actions cannot be clearly observed. “Insights into these actions help explain economic conflicts such as price wars and trade wars, as well as why some communities are more successful than others in managing common resources,” his citation said.” Para maiores detalhes, vide matéria intitulada *Game theorists share Nobel prize*, disponível em <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4326732.stm>.

Muito antes de uma solução sistematicamente proposta pela teoria dos jogos, esse problema foi considerado pelo conquistador espanhol Cortez em suas estratégias. Assim, quando Cortez aportou no atual México com uma pequena tripulação que teria boas razões para temer o ataque asteca, ele resolveu eliminar o risco de suas tropas o abandonarem de uma maneira bastante simples: Cortez pôs fogo nos seus navios. Com a fuga fisicamente impossível, os soldados espanhóis não tinham melhor opção senão lutar e com toda determinação possível. Mas a estratégia de Cortez vai além e tem efeito também sobre os inimigos astecas. Isso porque quando os astecas o viram atear fogo nos navios certamente se intimidaram com a confiança e o otimismo do inimigo. Dessa forma, atacar um inimigo que desconsidera a possibilidade de perder não seria razoável (o que seria, em termos de construção de estratégias na teoria dos jogos, aliás, o primeiro motivo para o ataque). O resultado foi a vitória de Cortez, sem derramamento de sangue.

Essa situação imaginada por Platão e vivida por Cortez tem uma profunda e interessante lógica: os soldados não foram motivados a fugir ou recuar apenas pelo auto-interesse de evitar os perigos da batalha, mas também pela antecipação de como os outros soldados agiriam estando naquela mesma situação. Dessa forma, mesmo o soldado mais corajoso preferiria fugir a morrer sem motivo aparente. Assim, pode-se imaginar, sem contradições, um exército composto somente por soldados corajosos que fugiriam desesperadamente antes mesmo de o inimigo levantar uma arma. Certamente esses soldados teriam preferido, individualmente, ficar e lutar, porém o resultado produzido foi exatamente aquele não pretendido por qualquer dos soldados. A maioria dos exércitos procura eliminar essa dificuldade e tornar economicamente impossível a fuga ou traição dos soldados atirando nos desertores, já que assim o custo de fugir é maior que o custo de ficar e lutar.

3.2. O sistema anárquico e o problema da cooperação nas relações internacionais

Outra formulação da influência do ambiente na decisão dos agentes e nas reações dos outros agentes na formulação de estratégias foi empreendida por Hobbes em “O Leviatã”, obra considerada como fundadora da filosofia política moderna, na qual descreve a origem da anarquia¹¹. O estado de anarquia é nor-

¹¹ Hobbes considera que a melhor situação para cada pessoa é aquela em que se é livre para fazer o que quiser. Normalmente, pessoas livres desejam cooperar para alcançar sucesso em projetos que não podem ser realizados por um único indivíduo. Entretanto, se existirem agentes amorais, esses irão perceber que seus interesses são melhor servidos aproveitando-se dos benefícios da cooperação e não retornando os favores. Assim, um indivíduo A concorda em ajudar o outro B a construir sua casa e esse, em contrapartida,

malmente utilizado para descrever as relações entre os estados na esfera internacional, principalmente por teóricos da chamada tradição realista. Para Kenneth Waltz¹², importante autor neo-realista, não é possível distinguir qualitativamente as ordens internas das internacionais por meio do critério da violência, entendida essa como o uso efetivo ou potencial da força. Nesse sentido, seriam as distintas estruturas as responsáveis pela diferenciação dos domínios da política nacional em relação à internacional. Partindo dessa premissa, o autor deduz que a distinção entre o sistema político interno e o internacional reside no modo de organização para o uso da força. No plano interno, há por parte de um governo efetivo o monopólio do uso legítimo da força, ou seja, existem agências públicas para conter o uso privado da força e para defender os cidadãos. Isso não ocorre no plano internacional, o qual Waltz denomina sistema de auto-ajuda. O autor separa dois conceitos-chave, quais sejam, integração e interdependência, para explicar o reflexo das diferenças estruturais, respectivamente, de ordens internas e internacionais na maneira como se organizam suas unidades e alcançam seus fins. Assim, há a cooperação entre unidades semelhantes num ambiente anárquico (processo de interdependência), de um lado, e interação por meio de especialização crescente ou divisão do trabalho entre unidades diferentes (processo de integração)¹³.

Waltz aponta duas razões fundamentais que limitam a cooperação entre estados na estrutura das relações internacionais: (I) no sistema de auto-ajuda, o estado deve se preocupar com os meios de se proteger dos outros estados; além disso, a desigualdade na distribuição do produto acrescido em decorrência da divisão internacional do trabalho constitui condição de insegurança que obsta a cooperação, e (II) os estados não desejam tornar-se dependentes dos demais

promete ajudar A a construir sua casa. Ora, poderá ocorrer a B que, quando sua casa estiver pronta, ele poderá se negar a ajudar A e, assim, tornar o trabalho desse gratuito. Ao mesmo tempo, porém, B perceberá que, agindo dessa forma, A ficará sem uma casa e terá um incentivo a tomar sua casa. Isso colocará B em constante medo de A, ficando aquele forçado a gastar tempo e recursos para se proteger de A. Por outro lado, B poderá minimizar esses custos atacando primeiro e matando A o quanto antes. Claro que tudo isso poderá ser antecipado por A, o qual terá boas razões para matar B antes de mais nada. Porém, B também pode antecipar isso, de tal forma que o seu medo original de A não era paranóico (nem o de A por B)! Na verdade, nem A nem B precisam ser amorais para antecipar esse tipo de raciocínio, bastando que exista a probabilidade de que um deles venha a trapacear. Assim, Hobbes explica que os agentes racionais nunca atingirão a cooperação e, contrariamente, viverão num permanente “estado de guerra de todos contra todos”.

¹² Kenneth WALTZ, *Teoria das Relações Internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002, pp. 143 e ss.

¹³ A noção de processo de integração de Waltz guarda diálogo com o Princípio das Vantagens Comparativas de Ricardo, visto acima no item 2.1.

por conta de especialização na troca de bens e serviços¹⁴. Assim, os estados estarão sempre impelidos a privilegiar o interesse nacional (auto-preservação) em relação ao internacional, já que não há um agência capaz de soluções globais que garanta a manutenção do sistema¹⁵.

Importa notar que para uma concepção realista, de inspiração hobbesiana, a vida internacional é um jogo de soma zero, ou seja, um jogo em que necessariamente alguns ganham, e outros perdem. Por outro lado, a vida internacional pode representar um jogo de soma positiva, em que se pode construir a cooperação com base na identificação de interesses comuns. Vale destacar, dessa forma, que aquilo válido para as relações estratégico-militares não necessariamente o é para todos os outros domínios da vida internacional. No plano econômico, há necessidade da consertação, do entendimento, entre vários atores para que as regras possam ser elaboradas. Assim, apesar de serem potência hegemônica, os Estados Unidos não podem unilateralmente estabelecer as regras que regularão os comportamentos econômicos internacionais. Mesmo o poder norte-americano sendo preponderante na vigência do Fundo Monetário Internacional (“FMI”), os Estados Unidos dependem do concurso de outras vontades para a criação de normas comerciais válidas para todos os estados no âmbito da OMC, por exemplo. No plano comercial existe, assim, uma prenunciada tendência para a cooperação, para a coincidência dos interesses.

3.3. A imprescindível definição das regras do jogo: regimes internacionais

No campo macro das escolhas racionais, estão pressupostas as seguintes condições: atores racionais e maximizadores, que agindo assim não necessariamente atingirão o melhor resultado ou o resultado ótimo. Além disso, agem intencionalmente, ou seja, têm preferências, dispõem de meios alternativos e de capacidade para ordenar suas preferências. Dessa forma, para as relações internacio-

¹⁴ Poder-se-ia ainda dizer: a preocupação com a força relativa em lugar da vantagem absoluta é resultante da potencialidade de um conflito renovado entre nações. A razão da separação entre motivação e resultante nas ações dos atores corresponde, para Waltz, aos constrangimentos estruturais.

¹⁵ Kenneth Waltz enxerga, contudo, virtudes na anarquia. O princípio de ação numa ordem anárquica é, por excelência, a auto-ajuda, do que resulta riscos sensivelmente altos de guerra, majorados pelo desejo de liberdade dos estados, que é incompatível com a administração dos assuntos das nações e controle de suas forças militares por um governo mundial ou autoridade central. Ora, a constante ameaça de força no plano internacional acaba por encorajar os estados a enfrentar assuntos difíceis e buscar conjuntamente soluções a fim de se evitar os custos de uma guerra.

nais, a discussão acerca de como produzir a cooperação entre os estados e garanti-la não é trivial, muito menos fácil, já que, além de tudo, inexistente uma autoridade externa a assegurar o cumprimento dos acordos¹⁶. Nesse sentido, os mecanismos e soluções que podem ser propostos dizem respeito à construção não de meros arranjos temporários, mas de verdadeiros equilíbrios, vale dizer, o estabelecimento de regimes internacionais ou de regras do jogo. Isso porque os regimes internacionais aumentam os custos da traição, ampliam os benefícios do cumprimento das regras e tornam as expectativas dos agentes mais claras. No mais, facilitam a reciprocidade pela repetição e formalização das relações, reduzindo a complexidade e os custos de informação, fiscalização e *enforcement* de contratos, ou seja, custos de transação na acepção de Ronald Coase¹⁷. Nesse sentido, Douglass North prova a importância das instituições partindo de uma consideração dos custos de transação: *when it is costly to transact, institutions matter*.

¹⁶ Douglass NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 13. O autor critica o desestímulo à cooperação que se deflui da análise do jogo do dilema do prisioneiro e apresenta a tática de cooperação elaborada por Robert Axelrod de *tit-for-tat*: “The so-called prisoner’s dilemma that has been a mainstay of game theory is closely allied to Mancur Olson’s (1965) free-rider dilemma. Both suggest a discouraging perspective on the problems of human cooperation and coordination. However, the most dismal aspects of Olson’s analysis and prisoner dilemma problems reflect the static nature of the analysis and the fact that it is a one-shot game. That is, when the prisoner’s dilemma game is played only once, it is a dominant strategy for players to defect and therefore not to achieve what would be an efficient outcome with respect to the aggregate well-being of the players. However, it is well known that defection is not necessarily the dominant strategy if the situation is repeated over and over again, as many collective action problems are. In an iterated prisoner’s dilemma game, one that is repeated, there is no dominant strategy. In a now-famous tournament, Robert Axelrod found that the winning strategy under these conditions of continuous repeated play is a strategy of tit-for-tat, one in which a player responds in kind to the action of the other player. This led to Axelrod’s celebrated *The Evolution of Cooperation* (1984), an optimistic essay about the ability of human beings to devise cooperative solutions to problems without the intervention of a coercive state.” Tais considerações finais estão de acordo com as condições observáveis no cenário internacional composto de estados auto-interessados, sem que haja uma agência global análoga a um estado coercivo. Assim, o problema da cooperação no comércio internacional pode ser examinado sob o prisma de um jogo repetido infinitamente conforme caracterizado por North. Para maiores detalhes sobre a estratégia de *tit-for-tat* de Robert Axelrod, vide seu *Effective Choice in the Prisoner’s Dilemma*, in *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 24, Março 1980, pp. 3-25.

¹⁷ Douglass NORTH, cit. (nota 16 supra), pp. 11 e s.

Nesse sentido, Robert Keohane¹⁸, teórico das relações internacionais de tradição neo-institucionalista, busca incorporar ao estudo dos regimes internacionais elementos de uma abordagem microeconômica de oferta e demanda, focando exatamente no lado da demanda. O autor ressalva que a análise da escolha racional não constitui o único caminho possível para entender regimes internacionais, nem o melhor, mas sim uma forma de interpretação frutífera. Para Keohane, a demanda por regimes internacionais é uma função das características do sistema, devendo-se levar em consideração que o voluntarismo pressuposto a uma teoria da escolha racional encontra-se restringido pela realidade das grandes desigualdades de poder. Assim, as restrições (*constraints*) são impostas não somente por fatores ambientais ou estruturais, na acepção de Waltz, mas também pelos atores poderosos. Daí que a análise da escolha racional restringida capta a natureza não hierarquizada da política mundial, sem, porém, ignorar o papel desempenhado pelo poder e pela desigualdade. Além disso, a escolha racional restringida enfatiza que os regimes internacionais não devem ser vistos como “quase governos” ou tentativas imperfeitas de institucionalizar relações de autoridade centralizada na política mundial.

Para Keohane, é possível imaginar um mercado para regimes internacionais, no qual os agentes pensam em termos de preços relativos e cálculos de custo e benefício para decidir qual regime “comprar”. Ele destaca duas características do sistema internacional: falta à política mundial instituições dotadas de autoridade e reina vasta incerteza por parte dos estados. Diante disso, a principal função dos regimes internacionais seria facilitar a realização de acordos mutuamente benéficos entre os governos, para que a condição estrutural de anarquia não conduza à situação da guerra total. Robert Keohane explica que a demanda por regimes internacionais deriva, à semelhança do que explicam as teorias de falhas do mercado, da necessidade de se corrigir os defeitos institucionais na política mundial, garantindo resultados ótimos, ou seja, a coordenação mutuamente vantajosa.

O teorema de Coase¹⁹ é utilizado por Keohane para desenvolver a lista de condições sobre as quais os regimes internacionais têm valor potencial para a facilitação de acordos no âmbito da política mundial. Por outras palavras: quais as condições específicas para que os regimes sejam eficientes? Coase demonstrou que a presença de externalidades, por si só, não necessariamente

¹⁸ Robert O. KEOHANE., *The Demand for International Regimes*, in *International Organization*, vol. 36, No. 2, International Regimes (Spring, 1982), disponível em www.jstor.org.

¹⁹ O teorema de Coase foi formulado no famoso artigo *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Outubro 1960.

impede a coordenação ótima no sentido da eficiência de Pareto entre atores independentes. As condições imprescindíveis isoladas por Coase foram (I) quadro legal determinando a responsabilidade pelas ações e presumivelmente apoiada por autoridades governamentais, (II) informação perfeita e (III) custos de transação iguais a zero. Ora, se todas essas condições se fizessem presentes na política mundial, não haveria necessidade de regimes internacionais a promover os acordos. Keohane, invertendo o raciocínio de Coase, prova, dessa forma, a existência de demanda por regimes internacionais²⁰.

Quanto à dimensão ótima de um regime internacional, esta será determinada pela existência de retornos crescentes na escala do regime, em analogia à teoria da competição imperfeita entre empresas. Além disso, a coordenação de políticas internacionais e o desenvolvimento de regimes internacionais não dependem apenas de interesses e poder, ou das habilidades diplomáticas na negociação, mas também de expectativas e informações disponíveis, as quais, em parte, são funções da estrutura política dos governos e de sua abertura aos demais governos. Para Robert Keohane, os regimes internacionais facilitam a realização de interesses por parte dos estados coletivamente. Assim, a demanda por regimes internacionais será incrementada por um grau crescente de densidade dos assuntos da política mundial a serem acordados entre as partes²¹. A demanda será também função da efetividade dos próprios regimes em desenvolver normas de compromisso generalizado e prover os formuladores de políticas com informação de boa qualidade.

Destaque-se que, para Stephen Krasner, os regimes, além de garantir a persistência de comportamentos e resultados face às mudanças nos fatores causais básicos do poder político, interagem com esses fatores, podendo alterar a distribuição de poder e os interesses envolvidos²². Por outro lado, Douglass

²⁰ Robert KEOHANE, cit. (nota 18 supra), p. 334. O autor apresenta uma resposta bastante simples à indagação “por quê nascem os regimes internacionais?”: “Regimes are developed in part because actors in world politics believe that with such arrangements they will be able to make mutually beneficial agreements that would otherwise be difficult or impossible to attain. In other words, regimes are valuable to governments where, in their absence, certainly mutually beneficial agreements would be impossible to consummate. In such situations, *ad hoc* joint action would be inferior to results of negotiation within a regime context.”

²¹ Robert KEOHANE, cit. (nota 18 supra), p. 334. Keohane ilustra a interdependência complexa por meio do regime do comércio internacional: “The trade regime, in turn, is nested within a set of other arrangements – including those for monetary relations, energy, foreign investment, aid to developing countries, and other issues – that together constitute a complex and interlinked pattern of relations among the advanced market-economy countries.”

²² Stephen KRASNER, *Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous*

North propõe a construção de uma teoria das instituições que combine ingredientes da teoria do comportamento humano (behaviorismo) com temperos da teoria dos custos de transação²³. Para tanto, North critica a aplicação da teoria dos jogos e também os pressupostos do teorema de Coase para explicar o comportamento dos agentes no mundo real, pois grande diferença existe entre os pressupostos simplificados e precisos dos modelos neoclássicos e as condições reinantes na interação humana, marcadas pela complexidade e pela imprecisão. Seu principal argumento: apesar de a teoria dos jogos demonstrar os ganhos com a cooperação e a trapaça em diferentes contextos, ela não nos informa acerca dos custos de transação subjacentes e como esses custos são alterados por diferentes estruturas institucionais.

Tendo em mente uma concepção de regime internacional, como conjunto de princípios implícitos e explícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões, em torno das quais as expectativas dos agentes convergem, não se pode falar que exista um regime internacional de concorrência. Não obstante, como se verá abaixo, algumas regras e princípios para a defesa da concorrência em âmbito internacional existem.

4. Interface entre defesa da concorrência e comércio internacional

No contexto da OMC, atualmente composta por uma vasta maioria de países em desenvolvimento, a geometria dos interesses mostra-se muito mais variável, indicando que a rígida separação entre Norte e Sul encontra-se superada. Nesse sentido, tanto a criação do Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento, quanto a adesão dos membros a acordos multilaterais negociados, no lugar de acordos do exclusivo interesse de um determinado país ou grupo de países, refletem essa mudança.

Essa nova geometria dos interesses envolvidos nas negociações comerciais reflete-se na Declaração Ministerial da IV Conferência Ministerial da

Variables, in International Regimes, Ithaca and London: Cornell University Press, 1983, p. 357. O autor trabalha com uma perspectiva dinâmica na análise dos regimes internacionais: “When regimes are first created there is a high degree of congruity between power distributions and regime characteristics: powerfull states establish regimes that enforce their interests. But over time the two can drift apart. In general the basic principles and norms of regimes are very durable and, once a regime is created, ajustment is likely to involve altering rules and decison-making procedures. But power distributions are more dynamic – they are constantly changing. Thus, regimes and power distributions are not likely to change at the same rate.”

²³ Douglass NORTH, cit. (nota 16 supra), pp. 15-16.

OMC, realizada em Doha, em novembro de 2001, a qual privilegiou o tema da concorrência e a noção de tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento, o qual permitiria possíveis exclusões ou exceções na aplicação a determinados setores estratégicos da lei concorrencial nacional.

4.1. A importância das regras internacionais de concorrência

“Política de concorrência” é um termo amplo: abarca todas as ações governamentais que afetam as condições sob as quais as empresas competem num determinado mercado. Já a expressão “legislação concorrencial”²⁴ se refere às leis, às decisões judiciais e às regulações específicas com o objetivo de evitar a concentração e o abuso de poder de mercado. No entanto, muitas regulações estipulam exceções à disciplina da concorrência para fins de se alcançar diversos objetivos sociais. Dessa maneira, a política de concorrência revela-se complexa tanto em suas intenções, quanto em seus efeitos.

Acentua-se a importância da criação de regras internacionais de concorrência contra cartéis com efeitos transfronteiriços, acordos para excluir competidores estrangeiros de certas vendas, abusos de posição dominante na área internacional e fusões entre empresas com efeitos anticompetitivos, já que tais práticas podem colocar os benefícios trazidos pela liberalização comercial em risco. No mais, vários são os exemplos de práticas anticompetitivas com efeitos comerciais, muitas vezes, com participação direta e suporte dos governos, como a formação e operação de cartéis de crise, com o objetivo de recuperar e reestruturar indústrias em dificuldades, os acordos de preços predatórios para produtos exportados (*dumping*), o estabelecimento de relações privilegiadas entre fornecedores e clientes, impedindo o acesso ao mercado por parte de fornecedores estrangeiros, ou ainda a negociação de acordos voluntários de restrição a exportação e os cartéis de exportação, cujas práticas estão fora da jurisdição das leis internas. Vale mencionar também exemplos interessantes de práticas

²⁴ Keith E. MARKUS e Mohamed LAHOUEL, *Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries*, in *Developing Countries and the WTO – A Pro-active Agenda*, Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 235. Os autores apresentam interessante definição dos objetivos da legislação concorrencial, de maneira bastante sintética: “Put simply, the fundamental purpose of competition law is to ensure that markets are effectively contestable, meaning that incumbent firms are not able to sustain anti-competitive practices for extended periods of time. Such practices include merging with competitors to attain monopoly, refusing to supply goods or to license technologies on market terms in order to prevent competition, and agreeing with other firms to establish collusive restraints on trade. In this context, competition law aims at preventing or disciplining such abuses by establishing conditions or guidelines under which they would be examined for legality.”

comerciais com efeitos anticompetitivos, tais como uma proteção fraca a patentes, da qual pode resultar promoção da mudança tecnológica por meio da imitação e da difusão, e políticas industriais que visam atingir economias de escala e a industrialização via proteção de monopólios estatais e privados. Além disso, uma política de concorrência intervencionista que crie barreiras comerciais a bens tecnologicamente sofisticados ou monopólios em importantes mercados de serviços tendem a ser anticompetitivos e contraproducentes, na medida em que não respondem às necessidades dos consumidores.

Vale notar que à crítica de que, por vezes, a política concorrencial pode conflitar com os objetivos fundamentais de industrialização em países em desenvolvimento, no sentido de favorecer empresas estrangeiras mais eficientes em prejuízo das domésticas ineficientes, Keith e Lahouel²⁵ respondem que o intento da manutenção da competição não é privilegiar qualquer interesse particular mas apoiar o desenvolvimento dos mercados. Tal seria a ênfase a ser considerada no longo prazo para a reestruturação de empresas e o aumento dos incentivos para o desenvolvimento de produtos, conforme se reduzam as barreiras à entrada.

Ora, face a uma relação tão imbricada entre práticas atentatórias à concorrência e o comércio internacional, justifica-se a adoção de princípios mínimos que afastassem as possíveis distorções.

4.2. *Abordagem histórica: propostas para o tratamento de práticas anticompetitivas transfronteiriças*

Historicamente, já em 1948 foi proposta a criação da Organização Internacional do Comércio (“OIC”) na Carta de Havana, que incluía também o tratamento de práticas comerciais restritivas da concorrência e medidas dos governos que tivessem esse mesmo efeito. Entretanto, a Carta de Havana foi rejeitada pelo congresso norte-americano e somente a parte relativa ao comércio foi transformada em *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”), deixando toda a preocupação com as práticas anticompetitivas de lado. A partir da década de 1950, é retomada a iniciativa de controle de práticas restritivas e a Assembléia Geral da ONU adota um conjunto de princípios sobre o tema, a pedido dos países em desenvolvimento. Assim, em 1980 o *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices* (“Set”) toma a forma de uma recomendação²⁶. Entre os objetivos do

²⁵ MARKUS e LAHOUEL, cit. (nota 24 supra), p. 236.

²⁶ O texto integral do *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices* encontra-se disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/international/3a04aen.html>.

Set, vale destacar a obtenção de maior eficiência no comércio internacional e desenvolvimento, de acordo com os fins econômico-sociais nacionais, por meio da criação, encorajamento e proteção da concorrência, do controle da concentração de capital e/ou poder econômico e do incentivo à inovação. Além disso, o Set visa a eliminação das desvantagens para o comércio e o desenvolvimento que possam resultar de práticas empresariais restritivas, seja de corporações transnacionais, seja de outras empresas²⁷.

Um dos princípios norteadores do Set é o tratamento preferencial ou diferenciado aos países em desenvolvimento, o que poderá ser efetivado por meio da aplicação equânime do conjunto de regras e princípios, de tal forma que seja promovido o estabelecimento ou desenvolvimento das indústrias domésticas e o desenvolvimento econômico via incentivo a acordos regionais ou globais entre países em desenvolvimento. Finalmente, em termos institucionais, o aparato proposto no Set corresponde a um grupo intergovernamental de especialistas sob a forma de um comitê da UNCTAD.

De qualquer forma, em relação a adoção de acordos internacionais sobre a concorrência existe grande divergência. A *American Bar Association* (“ABA”), em 1991, elaborou o relatório *International Antitrust*, e concluiu que a elaboração de uma lei internacional da concorrência seria impossível, já que embora os cartéis pudessem ser tratados como formalmente ilegais, muitos países excluía certos tipos de cartéis de sua lei nacional da concorrência. Por outro lado, em 1993, o Grupo de Munique, composto por doze acadêmicos, divulgou o *International Antitrust Code* propondo sua inclusão no GATT por meio de um acordo plurilateral. Dois anos depois, a Comissão da Comunidade Européia elaborou um relatório sobre concorrência (*Report on Competition Policy in the New Trade Order*) e recomendou sua

²⁷ Para fins do Set, deve-se considerar as seguintes definições de práticas restritivas, posição dominante e empresas: “1. ‘Restrictive business practices’ means acts or behaviour of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries, or which, through formal, informal, written or unwritten agreements or arrangements among enterprises, have the same impact. 2. ‘Dominant position of market power’ refers to a situation where an enterprise, either by itself or acting together with a few other enterprises, is in a position to control the relevant market for a particular good or service or group of goods or services. 3. ‘Enterprises’ means firms, partnerships, corporations, companies, other associations, natural or juridical persons, or any combination thereof, irrespective of the mode of creation or control or ownership, private or State, which are engaged in commercial activities, and includes their branches, subsidiaries, affiliates, or other entities directly or indirectly controlled by them.”

negociação e adoção no âmbito da OMC, seguindo uma estratégia de construção progressiva da coordenação das políticas de concorrência.

4.3. Grupo de trabalho sobre a interação entre comércio internacional e concorrência

O problema da política de concorrência surgiu no foro da OMC basicamente porque as empresas exportadoras de países desenvolvidos acusavam que práticas anticompetitivas de concorrentes estrangeiros prejudicavam sua penetração nesses mercados. Destaque-se que, no sistema de solução de controvérsias da OMC, tem sido impressionante a crescente participação de países em desenvolvimento principalmente como reclamados. Tal fato pode ser explicado pelo aumento de competitividade no mercado internacional, o que minora a tolerância dos competidores internacionais com instrumentos tradicionais de promoção comercial, muitas vezes utilizados por países em desenvolvimento, mas que violam algumas disposições dos acordos da OMC.

As práticas de natureza privada eram ditas facilitadas por falta de leis vigorosas em defesa da concorrência. Foi a partir desse tipo de discussão que surgiram uma série de propostas para a negociação de um acordo limitado acerca de princípios e da disciplina multilateral da concorrência no âmbito da OMC.

A relação entre política de concorrência e comércio internacional começou a ser discutida no âmbito da OMC em 1996, quando se estabeleceu em Cingapura a formação de um grupo de trabalho para o estudo dessa interação. À época, mesmo a Comunidade Européia (“CE”), demandante da inclusão do tema na agenda da OMC, concordava que inexistiam condições para a instituição de um mandato negociador para a matéria. Assim, ao grupo de trabalho criado cabia tão-somente diminuir as assimetrias de informação sobre o assunto. Em 1998, na Conferência Ministerial de Genebra, o tema foi colocado na agenda com o intuito de dar continuidade aos trabalhos iniciados em Cingapura, passando-se a discutir a necessidade da criação de regras multilaterais de concorrência. Em 2001, em Doha, estabeleceu-se que o grupo de trabalho deveria focar suas atividades em três principais temas: (I) princípios fundamentais de política de concorrência, como transparência, não-discriminação e devido processo legal, (II) dispositivos pertinentes ao combate de cartéis intrinsecamente nocivos (*hard core cartels*), e (III) cooperação voluntária e apoio para a implementação progressiva de órgãos de defesa da concorrência em países em desenvolvimento²⁸. O objetivo dessas discussões era permitir às partes decidir na Conferência

²⁸ Elizabeth M. M. Q. FARINA, cit. (nota 1 supra). Ressalta-se que, apesar da convergência de ferramentas para a análise econômica de práticas anticoncorrenciais, como métodos

Ministerial de Cancún (2003) pela inclusão ou não de um mandato negociador para a matéria concorrencial.

Em relação aos princípios fundamentais, entende-se que a noção de não-discriminação em matéria de concorrência corresponderia a não conceder tratamento menos favorável ao agente estrangeiro comparado aos nacionais, não podendo as leis antitruste discriminar com base na nacionalidade. Já o princípio de transparência tem relação direta com a publicação dos instrumentos de concorrência e sua notificação, e o princípio do devido processo legal tem-se, embora de forma ainda não unânime, como o direito das partes de acessar o processo, de apelar das decisões administrativas e de ciência dos prazos do processo.

Vale ressaltar que, dentre os temas tratados pelo grupo de trabalho e sobre os quais os membros da OMC manifestaram-se, um dos mais controvertidos foi a exclusão de setores e matérias específicas, como a exclusão de cartéis de importação ou exportação, já que inexistente um consenso de como a política industrial e a política de concorrência devem lidar com esse tipo de questão, de forma a garantir a promoção da livre concorrência no mercado internacional e o desenvolvimento de determinados países ao mesmo tempo.

Ao longo dos oito anos de existência do grupo de trabalho, a Comunidade Européia apresentou várias propostas e pressionou pela criação de um marco multilateral o mais abrangente possível, inclusive sujeito ao mecanismo de solução de controvérsias. Países como Japão, Coréia, Hong Kong, China e Aus-

econométricos, a cooperação e assistência técnicas são bastante dificultadas no Brasil dada a falta de uma base de dados consistente: “An important area of international exchange of techniques and procedures is related to the economic analysis. Since the late 80’s the New Empirical Industrial Organization and the development of the so-called micro econometrics have provided estimations and simulations models that are useful to address antitrust practices. Examples of these techniques are the estimation of conduct parameters, simulation of post-merger effects and demand estimations. The New Industrial Organization has also provided some helpful criteria to identify anticompetitive strategies and to distinguish anti-competitive practices from competitive merits. Micro econometrics and simulations models techniques have been used to support antitrust decision-making. However, the use of simulations and other quantitative results must be careful as a basis for decision-making in the antitrust arena. (...) The additional difficulty comes from the lack of the data required by quantitative analysis in countries such as Brazil. Recent high inflation control is also a problem to apply quantitative analysis, especially demand estimation. Due to long time series of data required to estimate sound demand estimations, countries such as Brazil that have one decade of monetary stabilization, provide data no longer than 10 years. (...) The first econometric demand estimation used in a horizontal merger analysis was in the case of AMBEV, in 1999, and the first simulation of post-merger effects was done in the Nestle-Garoto case, all brought by the petitioners, not by the Brazilian Competition Authorities.

trália também se mostraram bastante ativos, porém mais defensivos. Já os Estados Unidos da América e o Canadá participaram relativamente pouco e não demonstraram interesse claro no prosseguimento dessa negociação, apesar de terem manifestado, na Conferência Ministerial de Cancún (2003), concordância para que fosse aprovado mandato negociador para a matéria, definidas as modalidades. Interessa destacar que, apesar de não ter maiores preocupações quanto à inclusão do assunto no âmbito da OMC, por já possuir lei de defesa da concorrência, bem como autoridades responsáveis pela sua aplicação, o Brasil tinha um claro interesse de não se demonstrar demandante no assunto, já que pretendia utilizá-lo, junto aos demais temas de Cingapura, como moeda de troca na negociação sobre a reforma do Acordo sobre Agricultura.

Em todo caso, o Brasil deve estar preparado para discutir em profundidade o tema da política de defesa da concorrência no âmbito multilateral, na medida em que acordos da OMC contêm regras de natureza concorrencial e, assim, existe a possibilidade de contenciosos relacionados à implementação de política nacional de defesa da concorrência. Dessa forma, ainda que as discussões sobre a interação entre comércio internacional e política de concorrência tenham sido formalmente suspensas em julho de 2004, a responsabilidade das autoridades antitruste do Brasil na aplicação da legislação nacional resta incrementada face à hipótese de o mecanismo de soluções de controvérsias da OMC vir a discutir a necessidade de compatibilização constante das políticas industriais com a manutenção de um ambiente concorrencial entre *players* no mercado. Por outro lado, empresas brasileiras que atuem no exterior devem ficar atentas à possibilidade de sofrerem algum tipo de tratamento discriminatório, podendo inclusive vir a utilizar-se regras da OMC para a obtenção de maior isonomia.

De qualquer forma, não se sabe ainda qual será o futuro do grupo de trabalho sobre interação entre comércio internacional e defesa da concorrência²⁹, o qual poderá vir a fomentar um foro no qual os países em desenvolvimento possam eventualmente apresentar-se como demandantes em temas como a coopera-

²⁹ MARKUS e LAHOUEL, cit. (nota 24 supra), p. 247. A expectativa dos autores é contrária ao estabelecimento de um acordo em material de concorrência, apesar de acreditarem que princípios gerais de concorrência devem ser incorporados ao sistema de comércio internacional: "The next round of trade negotiations should incorporate competition regulation, with a view toward enhancing global market accessibility. Developing countries could achieve gains from such an agreement if it is structured in a way that assists the establishment of competition on their markets and disciplines the most anti-competitive measures undertaken by developed countries, including anti-dumping. While it may be unrealistic to anticipate more than an agreement on basic transparency and cooperation, a broader vision could succeed in bringing competition principles more fully into the global trading system."

ção e assistência técnica, visando inclusive evitar que regras disfarçadas de defesa da concorrência gerem efeitos danosos na área de acesso a mercados.

4.4. Regras internacionais de concorrência na OMC

No âmbito da OMC, já existem disposições relacionadas à concorrência no Acordo Geral (Artigo VI), no Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (“TRIMS”), no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio (“TRIPS”), no Acordo sobre o Comércio de Serviços (“GATS”), no Acordo sobre Salvaguardas, no Acordo Geral sobre Empresas Estatais Comerciais, no Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, no Acordo sobre a Aplicação de Medias Sanitárias e Fitossanitárias, no Acordo sobre Inspeção Pré-embarque e, finalmente, no Acordo Anti-dumping.

Nesse sentido, o artigo 8.2 do TRIPS reconhece o direito do membro de agir contra abuso dos direitos de propriedade intelectual de forma consistente com os demais dispositivos do Acordo. Além disso, o artigo 40 trata do controle de práticas anticoncorrenciais nos contratos de licenças e o artigo 31 (k) estabelece que a licença compulsória é medida aplicável à correção de abuso na utilização do direito de patente, possuindo também natureza concorrencial.

A título ilustrativo, vale analisar brevemente o GATS, que contém dois artigos relacionados especificamente a práticas anticoncorrenciais das empresas que podem distorcer o comércio internacional. Em primeiro lugar, o artigo VIII do GATS exige que os Membros garantam que todo prestador de serviço que goze de monopólio no mercado relevante não atue de maneira inconsistente com a regra da nação mais favorecida (“NMF”) e com os compromissos específicos assumidos pelos mesmos. De acordo com o artigo XXVIII, alínea h, monopolista é qualquer pessoa pública ou privada que, no correspondente mercado do território de um Membro, tenha sido autorizada ou tenha se estabelecido, legalmente ou de fato, por aquele Membro, como único prestador daquele serviço. Para garantir a efetividade dessa regra, o Conselho sobre o Comércio de Serviços poderá, se solicitado por algum Membro, exigir maiores informações esclarecedoras do Membro que mantenha ou tenha autorizado este monopolista. Também deverá ser informado da concessão de qualquer monopólio na prestação de serviço que conste de sua Lista de Compromissos. O mesmo aplica-se ao tratamento dos prestadores exclusivos de serviços caso sejam em pequeno número ou se imponha uma difícil competição entre os mesmos dentro do território do Membro.

Em segundo lugar, o artigo IX dispõe sobre práticas comerciais tendentes a restringir a concorrência. Caberá ao Membro em cujo território estejam ocorrendo referidas práticas fornecer as informações solicitadas a qualquer Membro que se sinta afetado por tais medidas.

No mais, não se pode ignorar a aplicação de princípios, regras e conceitos de defesa da concorrência pelo Grupo Especial (*Pannel*) da OMC nos casos *Japan – Measures affecting consumer photographic film & paper* (“Caso Kodak/Fuji”) e *Mexico – Measures affecting telecommunications services* (“Caso Telmex”). No Caso Kodak/Fuji, os Estados Unidos alegaram que o Japão, ao instituir diretrizes administrativas informais, política comercial e definições do que constituiriam práticas corretas ou incorretas de concorrência, buscou afastar a Kodak das ferramentas de vendas necessárias a uma nova empresa entrante no mercado japonês de filmes. O *Pannel* rejeitou o pleito norte-americano, por entender que o motivo de limitar a expansão de grandes lojas no Japão era o de reduzir o impacto que essas lojas teriam sobre lojas pequenas e médias, e não barrar as importações de filmes e papéis fotográficos estrangeiros. Já no Caso Telmex, os Estados Unidos questionaram o descumprimento de compromissos assumidos pelo México na área de telecomunicações, sob o GATS. A acusação básica era ter o México deixado de impedir que a empresa Telmex se engajasse em práticas anticompetitivas. O *Pannel*, após análise do mercado relevante, da posição dominante e da conduta específica da Telmex, concluiu pela violação, por parte do México, da Seção 1.1 do *Reference Paper*.

Da análise, bastante breve, dos casos acima, deflui-se que o Grupo Especial atuou praticamente nos mesmos moldes de autoridades domésticas de defesa da concorrência, dada a abrangência e profundidade das questões concorrenciais abordadas. Isso, por outro lado, poderia servir para a argumentação contrária ao estabelecimento de um acordo específico sobre concorrência na OMC, já que as regras existentes garantiriam algum controle por parte da OMC sobre práticas concorrenciais transfronteiriças por parte de seus membros.

5. Análise final

A proliferação de legislações concorrenciais nos países em desenvolvimento, associada à desregulamentação e ao desenvolvimento de elementos fundamentais do próprio mercado nessas jurisdições, implica que a concorrência não se constitui numa tendência natural, como preocupação posterior à liberalização comercial, mas sim como um dos ingredientes fundamentais ao sucesso na integração das economias nacionais. Essa é a relação necessária entre defesa da concorrência e comércio internacional.

Tal tema é de grande importância para o Brasil, um país que apresenta desvantagens históricas dentro do sistema multilateral de trocas, mas que, por outro lado, já apresenta uma lei concorrential nacional. Num contexto de interdependência complexa, a sinergia entre concorrência e comércio internacional deve ser explorada sem ignorar as disparidades econômicas e os objetivos de

desenvolvimento. Essa relação simbiótica deve, assim, respeitar a dinâmica econômica interna. No que se refere aos países em desenvolvimento, a promoção de pequenas e médias empresas, o incremento de uma cultura da concorrência e a análise de megafusões em setores relevantes são algumas das questões que bem ilustram a interação entre concorrência e desenvolvimento econômico.

Conforme visto, inexistente um regime internacional da concorrência e seu estabelecimento é questão altamente controvertida. Um modelo “one size fits all” deve ser afastado, pois seria, no mínimo ingênuo, crer que uma agência global da concorrência que garantisse tratamento igualitário aos diferentes estados se sustentaria por muito tempo e, de alguma forma, pudesse cumprir os objetivos de cooperação técnica. Entretanto, a coordenação e convergência de políticas de concorrência já se esboça em alguma medida: os princípios do Set são um norte inegável e os danos decorrentes das condutas anticompetitivas transfronteiriças uma realidade bastante concreta.

Dessa forma, o comércio global pode ser visto como um grande sistema de concorrência entre países, cujas regras objetivam exatamente uma igualdade de condições crescente, ou seja, colocar o comércio internacional a serviço do desenvolvimento. Visualizando o cenário descrito como um jogo repetido ao infinito entre agentes racionais e auto-interessados, havendo a indução à cooperação na medida desse interesse, é possível afirmar que há uma racionalidade econômica para a promoção da defesa da concorrência num contexto global, ou seja, alguma demanda por um regime internacional da concorrência que efetivamente reduza custos de transação, proporcione acesso a informação e garanta alguma segurança jurídica.

6. Bibliografia

ALVAREZ, Ana Maria, *Towards a Multilateral Competition Agreement, in WTO and FTAA: priorities on the LAC trade agenda*, Edition n. 63, September-December 2001, disponível em: <http://lanic.utexas.edu>.

AMARAL JR., Alberto do, *O direito de assistência humanitária*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAIRD, Douglas G. et. al., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 2002.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição Econômica e Desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005

CUNHA, Ciro Leal M. da, *A introdução do comércio de serviços na regulação multilateral do comércio – breve histórico*, in *Comércio de Serviços na OMC*, Curitiba, Juruá, 2005, pp. 17-41.

FARINA, Elizabeth M. M. Q., *Competition Policy in the Global Context: some issues from a LDC perspective*, in The Annual Chatham House Competition Conference – A new competition policy agenda for the twenty-first century, July 2005, disponível em www.cade.gov.br/international/chatham_house.pdf.

FERNANDES, André Luiz, *Um modelo evolucionário norte-sul*, disponível em: www.econ.fea.usp.br/novo/econ/complex.htm.

FURTADO, Celso, *Formação Econômica da América Latina*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lia, Editor S.A., 1970.

KEOHANE, Robert O., *The Demand for International Regimes*, in International Organization, vol. 36, No. 2, International Regimes (Spring, 1982), disponível em www.jstor.org.

KRASNER, Stephen D., *Regimes and the Limits of Realism: Regimes as Autonomous Variables*, in International Regimes, Ithaca and London: Cornell University Press, 1983, pp. 355-372.

LANZANA, Antonio E. T., *Economia Brasileira*, São Paulo: Atlas, 2002.

MARKUS, Keith E., LAHOUEL, Mohamed, *Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries*, in Developing Countries and the WTO – A Pro-active Agenda, Oxford: Blackwell Publishing, 2003, pp. 233-249.

OECD, *Competition policy and economic growth and development, Global Forum on Competition*, Paris, 2002, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34145/1845998.pdf>.

OECD, JOINT WORKING PARTY ON TRADE AND ENVIRONMENT, *Addressing market-access concerns of developing countries arising from environmental and health requirements: lessons from national experiences*, 2004, disponível em: <http://www.oecd.org>.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino, *Direito e Economia da Concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

PUPPO, Rodrigo Luís, *Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços - GATS, in Comércio de Serviços na OMC*, Curitiba, Juruá, 2005, pp. 43-72.

RACHAGAN, S.Sothi, *Multilateral Arrangments for Competition Issues & Law – a Consumerist Perspective*, disponível em:

<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/gvaJuly/docs/en11.doc>.

REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

RICUPERO, Rubens, *UNCTAD's constructive commitment vis-à-vis the challenges of Doha, in WTO and FTAA: priorities on the LAC trade agenda*, Edition n. 63, September-December 2001, disponível em: <http://lanic.utexas.edu>.

ROCHA E SILVA, Leonardo Peres da, CRUZ, Tatiana Lins (Coords.), GARBELINI JR., Antônio, ROSENBERG, Barbara, ANDRADE, Maria Cecília, *Política de Concorrência*, in *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*, São Paulo: Aduaneiras, 2005, pp. 357-378.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Comércio e Desenvolvimento*, in *O Brasil e a ALCA: os desafios da integração*, São Paulo, Aduaneiras, 2003, pp. 535-555.

SHUBIK, Martin, *Game Theory: some observations*, Yale School of Management, Working Paper #132, July 2000, disponível em:

http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=238964.

THORSTENSEN, Vera, *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*, São Paulo, Aduaneiras, 2003, pp. 195-218 e 255-274.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S., GARCIA, Manuel Enriquez, *Fundamentos de Economia*, São Paulo: Saraiva, 2002.

WALTZ, Kenneth, *Teoria das Relações Internacionais*, Lisboa: Gradiva, 2002.





CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO CASO BRASILEIRO

*Gustavo Mathias Alves Pinto**

I. Introdução e desenvolvimento

Segundo Thiago Cortez, “o sistema financeiro é sem dúvida um dos setores mais sensíveis da economia. Nele todos os agentes econômicos, de assalariados a grandes empresas, ainda que indiretamente, interagem, criando relações de interdependência, nas quais a poupança de alguns representa o investimento de outros e o lucro de um é o que gera o rendimento de outro” (Cortez, 2002: 311). Dentro do setor financeiro, um setor específico espelha de forma mais clara essa interação e interdependência entre os agentes econômicos, que é justamente o setor bancário. Numa economia eficiente, o papel dos bancos é captar a poupança individual, através de produtos financeiros e de amplo acesso popular, tais como contas-corrente e cadernetas de poupança, e direcionar tais recursos em prol daqueles que necessitam para investir em atividades produtivas. Nas palavras de J.X. Carvalho de Mendonça, os bancos seriam “empresas comerciais, cujo objetivo principal consiste na intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio de operações de crédito” (Carvalho de Mendonça, 1947: 13-4). Em razão desse papel de alocação de riquezas em prol das atividades produtivas, é intuitiva a conclusão de que o bom funcionamento do setor bancário é um elemento primordial no crescimento e desenvolvimento da economia de qualquer país.

Justamente em função dessa importância elementar do setor para a economia, causam preocupação as críticas reiteradamente dirigidas ao setor bancário brasileiro. Com efeito, são frequentes as críticas relacionadas a uma suposta falta de concorrência nesse mercado. Dados decorrentes de observações empíricas sobre o setor (Nakane, 2004; 2005), estudos de instituições nacionais e internacionais de renome (BID, 2005; FMI, 2003), bem como vo-

* Advogado, graduado em direito pela Universidade de São Paulo e administração de empresas pela Fundação Getúlio Vargas, com especialização em direito antitruste comparado pela Universidade Paris I – Panthéon Sorbonne. Mestrando em direito econômico pela Universidade de São Paulo.

zes de autoridade da doutrina econômica e jurídica (Coutinho, 1999; Goldberg, 2004; Salomão, 1999, 2002; Salgado, 2005; Santacruz, 2002) são praticamente unânimes em apontar distorções no modo como se opera a concorrência dentro deste setor no caso brasileiro.

Essas críticas são em grande parte motivadas por algumas características peculiares, que se caracterizariam como indícios de um baixo nível de concorrência no mesmo. Os dados que sugerem esses indícios são diversos e de complexidade variada. A título meramente exemplificativo dessas peculiaridades, podemos citar o *spread* bancário, o valor e a quantidade de tarifas cobradas, bem como o lucro dos bancos.

I.I. Spread bancário

O Brasil tem sido nas últimas três décadas um dos países com o maior *spread* bancário no mundo. Segundo dados do Instituto de Estudos para o Desenvolvimento Industrial (IEDI), baseado em dados do Fundo Monetário Nacional (FMI), em 2003 o país praticava *spread* de 43,7 pontos percentuais. Nessa mesma época, outros países da América Latina, a despeito de terem passado por graves crises econômicas, ou estarem em *default*², apresentavam *spreads* também altos frente aos padrões internacionais, mas consideravelmente menores que os do Brasil. Seria o caso da Argentina, com 15,4 pontos percentuais ao ano, da Bolívia com 13,6 pontos percentuais, e da Venezuela com 12 pontos. A diferença é ainda maior se compararmos com o *spread* de países desenvolvidos como os EUA, com 3 pontos percentuais, Japão, com 1,8 pontos, e a União Européia, com 3,1 pontos.

Em 2004 e 2005 não houve melhora no indicador. O Brasil continuou apresentando um dos maiores *spreads* do mundo, atualmente rivalizando com Paraguai e Turquia a primeira colocação. Saliente-se ainda que, mesmo em épocas de declínio da taxa básica de juros (SELIC), tais como o período de 2003 a junho de 2004, o *spread* bancário manteve-se praticamente inalterado.

I.II. Tarifas bancárias

Sensação semelhante é provocada quando analisamos a evolução das taxas cobradas pela prestação de serviços bancários. Uma das propriedades do mercado brasileiro é a liberdade dos bancos em decidir quanto irão cobrar sobre

² A Argentina declarou moratória de sua dívida externa no início de 2002. O processo de renegociação só teve fim em março de 2005, com adesão de cerca de 76% dos credores.

cada tarifa, e inclusive decidir quais serão as tarifas existentes³. Segundo a Associação Nacional de Executivos de Finanças (ANEFAC), de 1996 aos dias atuais surgiram 40 novas tarifas bancárias, sendo que estas representam, em média, 113,4% do valor gasto com a folha de pagamentos dos bancos. Desde 1995 até 2004, as receitas com tarifas e serviços bancários cresceram de R\$ 4,8 bilhões, para R\$ 19,2 bilhões, uma alta expressiva de 400%.

O comportamento de preços das tarifas bancárias de fato chama a atenção. Segundo relatório do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) que pesquisou cinco tipos de tarifas (DOC, talão de cheque, cheque avulso, ficha cadastral e cartão magnético), enquanto o IPCA-15 teve alta de 18,13% em 2004, as tarifas bancárias, em alguns casos, variaram até 100%. No caso do banco Real, por exemplo, o cartão magnético aumentou de R\$ 4,50, para R\$ 9,00. Nesse mesmo período seu cheque avulso ficou 66,7% mais caro. O segundo talão mensal do Bradesco passou de R\$ 6,00 para R\$ 9,70, um incremento de 61,7%. Já o DOC pela internet, cuja tarifa estava estável até o final de 2004 em R\$ 5,40 por operação, saltou para R\$ 8,00 por operação, uma alta de 48,2%. No Itaú o segundo talão do mês aumentou 33,3%. E o aumento não ficou restrito aos bancos privados. Na Caixa Econômica Federal, o cartão sofreu reajuste de 32,7%. No Banco do Brasil o aumento foi de 30%. De todos os bancos analisados, somente um apresentou aumento menor do que a inflação do período, que foi o HSBC, com aumento médio de 10%. E não se trata de uma questão pontual. Em 1999 o Ministério da Justiça e Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais promoveram o “Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, no qual já era chamada a atenção da autoridade reguladora com relação ao comportamento das tarifas no setor. À ocasião, demonstrou-se que as tarifas eram reajustadas acima da inflação, e situavam-se num patamar consideravelmente superior ao cobrado em outros países (Horta, 1999: 246).

I.III. Lucros

Os lucros apresentados pelos bancos também corroboram as suspeitas levantadas sobre o setor. Lucros extraordinários são comumente considerados um indício de possível falta de concorrência entre os agentes econômicos (Pinho de Mello, 2005: 79). Segundo levantamento da Austin Rating feito com uma amostra de 27 bancos que já publicaram seu balanço no início de 2005, o lucro líquido do setor aumentou 22,4% em relação ao ano anterior, somando R\$

³ Isso se deu em 25/07/1996, quando o Banco Central editou a Resolução 2.303, que liberou a cobrança das tarifas e serviços bancários.

13,74 bilhões. O Itaú revelou ter conseguido em 2004 o maior lucro líquido da história dos bancos de capital aberto, de R\$ 3,776 bilhões. O Bradesco atingiu a marca de R\$ 3,06 bilhões, seguido pelo Banco do Brasil, com R\$ 3,024 bilhões. Essa tem sido uma tendência histórica. Nesse sentido, dados da Secretaria de Acompanhamento Econômico demonstram que em 2003 os lucros líquidos dos maiores bancos já superavam grandes empresas como a Ambev (R\$ 1,4 bilhão), Klabin (R\$ 1,01 bilhão), Siderúrgica de Tubarão (R\$ 910 milhões), Embraer (R\$ 588 milhões) e Sadia (R\$ 447 milhões), entre outras (Deak e Rangel, 2004).

Ressalte-se ainda que todos os dados apresentados referem-se à época pós-Plano Real e abertura de mercado, fato que causa uma estranheza ainda maior nos mesmos. Com efeito, lucros extraordinários no setor bancário não são privilégio de anos recentes. Antes da estabilização econômica em 1994, os bancos auferiam lucros substanciais através de operações no *overnight* (títulos públicos com garantia de recompra e com prazo de um dia) e *floating* bancário. A instituição financeira obtinha ganhos através da assimetria de indexação, ou seja, não corrigia os valores parados em conta corrente ou obtidos através do recolhimento de tributos, e aplicava-os em títulos públicos. Com a implementação do Plano Real em 1994, e a queda brutal da inflação, esperava-se que os lucros dos bancos sofressem forte queda, adequando-se aos patamares normais do mercado internacional (Barbachan e Fonseca, 2004: 3). De fato houve uma queda pontual nos lucros das instituições financeiras em 1994; não obstante, além da pronta ajuda governamental através do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Sistema Financeiro (PROER), os bancos também se restabeleceram rapidamente, sendo que, conforme visto, já voltaram a quebrar recordes de lucro.

Outro fato que causa estranheza é que, com a abertura do setor para a atuação de bancos estrangeiros, esperava-se um possível acirramento da concorrência no mesmo. No entanto, esta promessa parece não ter se cumprido; pelo contrário, observa-se que tais instituições ou aderiram às estratégias dos bancos nacionais, ou estão em processo de saída do mercado brasileiro. O percentual de instituições financeiras, por participação de ativos, controladas por capital estrangeiro no total da área bancária, após atingir 31% em 2001, situa-se atualmente no patamar de 29% (Fagundes e Sobreira, 2003: 13). E não bastasse a redução do número de competidores derivada deste último processo, o mercado bancário nacional também experimentou concentração nos últimos anos. Entre 1994 e 2003 o número de bancos atuantes – comerciais e múltiplos – no Brasil diminuiu de 246 para 164 (Nakane, 2004: 1).

Aliado a todos esses fatores que, por si só, já serviriam para lançar suspeitas sobre o grau de concorrência no mercado bancário, encontram-se também iniciativas governamentais que corroboram essa percepção. Com

efeito, pudemos ver nos últimos anos a promulgação de uma série de leis preocupadas em aprimorar o atendimento ao cliente nas agências bancárias. Um bom exemplo disso são as leis que limitam o tempo em fila para que um cliente seja atendido na agência⁴. Embora louvável enquanto preocupação das autoridades com a qualidade do atendimento bancário à população, há de se ressaltar que tais medidas fogem do escopo tradicional das regulações governamentais sobre o setor, quais sejam: a prudencial e a sistêmica (Cortez, 2005: 324). O fato do governo ter de chamar para si a competência com relação à qualidade dos serviços prestados pelos bancos pode ser considerada um indício de que a concorrência no setor encontra-se aquém do esperado. Cite-se também a variedade de Resoluções do BACEN direcionando parte do crédito bancário a determinados setores da economia. Embora tais medidas sejam válidas a título de planejamento econômico, há de se mencionar mais uma vez a ineficiência do setor em suprir essas demandas de crédito. Talvez se houvesse uma maior competição pela oferta de crédito bancário, tais medidas não seriam necessárias.

Dessa forma, podemos observar pelos dados apresentados, que de fato há indícios sobre a existência de inconsistências no comportamento do setor bancário brasileiro. Motivados por essa questão, diversos economistas já procuraram decifrar quais seriam as possíveis causas desse fenômeno. Assim, temos uma variedade de estudos econômicos que procuram explicar a questão a partir de variáveis macroeconômicas (Oreiro *et al*, 2004), a partir de variáveis microeconômicas (Barbachan e Fonseca, 2004), bem como através de teoria dos jogos (Pinho de Mello, 2005). Não obstante, apesar do assunto ser intensamente debatida no meio econômico, chama a atenção a falta de tratamento jurídico ao mesmo.

Há estudos de doutrinadores do meio jurídico que apontam para a questão do problema da concorrência no setor bancário brasileiro (Goldberg, 2004; Salomão, 1999; 2002; Vaz, 2002), mas pode-se dizer que ainda não houve um trabalho extenso no propósito de averiguar quais poderiam ser as possíveis causas deste acontecimento.

Essa ausência de um tratamento jurídico mais aprofundado à questão gera estranheza, pois resta claro que economia e direito são indissociáveis. O direito não é determinado pela economia. Ele é, “enquanto nível do todo social, elemento constitutivo do modo de produção, sendo por ele informado e determi-

⁴ A título exemplificativo, vale mencionar a lei distrital n° 2.547, de 12/05/2000, do Distrito Federal, e a recente lei 13.948 de 20/01/2005 do município de São Paulo, que limitam o tempo de permanência na fila do banco a 30 e 15 minutos, respectivamente.

nado” (Grau, 1998: 57). O mercado é uma instituição jurídica⁵, dependendo do direito para instrumentalizá-lo e criar condições para seu funcionamento (Irti, 1998; Sztajn, 2002: 237). Dessa forma, qualquer análise do setor bancário realizada sob uma perspectiva econômica apenas, será incompleta, sendo indispensável aliar também a perspectiva jurídica a essa análise.

É justamente nessa esteira que surge a motivação do presente trabalho. O objetivo deste é procurar sugerir que essas peculiaridades identificadas nos indicadores do setor bancário brasileiro seriam em parte causadas por fatores intrínsecos e inerentes ao setor, bem como fatores externos provenientes da regulação que lhe é direcionada pelo BACEN. Procurar-se-á demonstrar ao longo deste trabalho, que as características evidenciadas no caso brasileiro não são uma especificidade do Brasil, mas sim características gerais, enfrentadas por diversos países. Nesse sentido, é de grande valia a análise da experiência internacional para avaliar como outros países têm lidado com essa questão. Essa análise é feita eminentemente sob o foco da regulação dirigida ao setor por cada país, razão pela qual, salienta-se mais uma vez a necessidade de um estudo jurídico sobre a questão.

II. Características do setor bancário

O sistema bancário contém particularidades próprias que o distinguem de outros setores da economia. Dentre as particularidades mais relevantes neste mercado, podemos citar a assimetria de informações entre os bancos e seus clientes, os *switching costs*, o *clustering*, e as barreiras à entrada. Uma das hipóteses deste trabalho é a de que tais peculiaridades fazem com que haja estímulos menores à competição no setor, e possibilitam a existência de um poder de mercado, ligado, sobretudo, à obtenção de rendas (*rents*) informacionais, por parte dos agentes econômicos atuantes no mercado (Nakane, 2004: 9).

II.1. Assimetria informacional e *switching costs*

Problemas informacionais são determinantes na aferição do grau de contestabilidade no mercado de crédito (Dell’Arriccia, 2001; Marquez, 2002). Segundo João Manoel Pinho de Mello, este efeito demonstrar-se-ia no fato de que, “uma vez que os bancos estabelecem relacionamento com os tomadores,

⁵ Natalino Irti entende que é necessário “converter a naturalidade do mercado no artificialismo de um instituto jurídico, uma vez que o mercado não é um *locus naturalis*, mas um *locus artificialis*” (Irti, 1998)

os potenciais entrantes correm o risco de recrutar somente os piores tomadores” (Pinho de Mello, 2005: 25). Isto é, quando os bancos competem agressivamente, estes tenderiam a recrutar tanto os piores clientes, como os induziriam a tomar mais emprestado do que os bons clientes (Ausubel, 1991). Esse efeito já teria sido inclusive documentado empiricamente no caso brasileiro, em estudo sobre apreçamento de empréstimos no cheque especial (Pinho de Mello, 2004).

Segundo esse raciocínio, as empresas não teriam incentivo para competir na dimensão preço, depois de estabelecido o relacionamento com seus clientes. No entanto, como elas podem extrair renda dos clientes, haveria incentivo para competir, tanto em preço como em outra dimensão, tal como publicidade e promoções de recrutamento, pelos clientes antes deles terem estabelecido relacionamento com alguma outra empresa.

Esse fenômeno é chamado na doutrina econômica de “seleção adversa” pelos bancos. Segundo Pinho de Mello, “para que este tipo de seleção adversa ocorra, é preciso que duas condições teóricas sejam atendidas. Primeiro, é preciso que haja *switching costs* relevantes para todos os tipos de tomadores de crédito. Segundo, é preciso que os maus tomadores tenham maior elasticidade preço-demanda por crédito” (Pinho de Mello, 2005: 80-81).

Os *switching costs* referem-se aos custos incorridos pelos clientes na troca de uma instituição financeira por outra. *Switching costs* podem criar monopólios locais, em que “local” aqui significa a base de clientes já estabelecida pela empresa (Klemperer, 1987). A intuição é simples. Supondo que houvesse apenas duas firmas num determinado mercado, e que cada uma estabelecesse sua base de clientes. Se os clientes incorrem em um custo de mudança de uma firma para outra suficientemente alto, então cada uma das firmas teria incentivo a se comportar como monopolista relativamente à sua base de clientes (Pinho de Mello, 2005: 71). Isso porque, conforme dito anteriormente, para conseguir “roubar” os clientes da firma competidora, cada uma das firmas teria que colocar seu preço muito baixo, para poder induzi-los a incorrer nos custos de mudança. Só que, ao fazê-lo, as empresas atraem também os maus tomadores de crédito, bem como os induzem a aumentar sua alavancagem. Se as empresas não podem discriminar preço entre seus novos e antigos clientes, então elas prefeririam colocar seu preço de monopólio na sua base de clientes e não agredir a outra firma (Pinho de Mello, 2005: 71).

A segunda condição refere-se à maior elasticidade preço-demanda dos maus tomadores de crédito. Isto ocorreria se eles tomassem crédito por razões diferentes. A hipótese é que os bons tomadores o fariam por conveniência, enquanto os maus tomadores estariam fazendo-o por suavização do consumo de médio prazo com esses empréstimos. Tomando como base o

caso do cheque especial, teríamos a seguinte situação: como empréstimos no cheque especial são muito caros, por preferência revelada, os maus tomadores, se não fossem maus, teriam interesse em revelar informação para os credores e tomar empréstimos mais baratos. Já os bons tomadores tomariam crédito no cheque especial por questões de conveniência. Geralmente eles são os tipos que tomam quantias relativamente pequenas por pouco tempo. Exatamente por essa diferença na origem da demanda dos dois tipos, os maus tomadores teriam mais incentivos a responder a uma diminuição das taxas de juros com um aumento no endividamento. Dessa forma, caso um determinado banco decidisse cortar os competidores com uma taxa de juros baixa, este banco teria uma perda de segunda ordem no preço, um ganho de primeira ordem na quantidade, mas, adicionalmente, uma perda de primeira ordem na qualidade de seus empréstimos⁶. É interessante notar também que a importância dos *switching costs* no caso bancário depende fundamentalmente do tipo de cliente em questão. Firmas médias e pequenas, assim como indivíduos, enfrentariam mais *switching costs* que grandes corporações (Pinho de Mello, 2005: 81).

Podemos observar, portanto, que devido a características internas do setor, há indícios de que os bancos não teriam estímulo para concorrerem entre si depois de estabelecido o relacionamento com o cliente. Isso poderia ser apontado como uma das causas do comportamento de preço acima dos patamares competitivos no mercado.

Não obstante, além dessa inferência a respeito dos estímulos para concorrerem entre si, há de se mencionar também os indícios de que, as características já mencionadas, quando aliadas a outras, propiciariam um poder de mercado dos bancos perante seus clientes. Seria o caso do *clustering*, por exemplo.

II.II. *Clustering e switching costs*

O conceito de *clustering* se baseia na existência de economias de escopo ao lado da demanda por serviços bancários. O caso *U.S. vs. Philadelphia*

⁶ “Ao contrário da teoria de *switching costs* clássica, esta teoria chamada de *switching costs* informacionais, não prevê que a lucratividade deva ser parecida com a competição oligopolista com poucos competidores. Certamente os bancos tendem a ganhar muito em cima dos tomadores bons, mas perdem nos ruins. Como é difícil identificar os maus tomadores *a priori*, não há necessariamente incentivo para gastar a renda a ser extraída dos bons tomadores com recrutamento” (Pinho de Mello, 2005:81).

National Bank (1963)⁷ estabelece a doutrina relevante no que se refere ao *clustering*. A idéia básica é a de que os consumidores relevantes concentram a demanda por todos os serviços bancários em um banco ou poucos bancos. Tal fenômeno recebe o nome de *clustering*, e, tal como nos *switching costs*, se aplica mais aos consumidores de varejo e pequenas e médias empresas, do que às grandes corporações (Pinho de Mello, 2005: 15).

Cientes varejistas, ou empresas de pequeno e médio porte tendem a concentrar suas operações bancárias num só estabelecimento por uma questão de praticidade. Estes clientes têm menor habilidade gerencial sobre seus fluxos de pagamento, sendo que, para facilitar o controle, é mais fácil concentrar as operações no mesmo banco. Evidências empíricas inclusive demonstram que tomadores de crédito incorrem em custos de procura e de transação se decidem dispersar sua demanda por serviços bancários (Mester, Nakamura e Renault, 2001).

No entanto, à medida que um estabelecimento bancário passa a suprir uma variedade de serviços para seus clientes (*clustering*), este passaria a dominar as informações sobre o perfil de crédito do seu cliente, uma vez que tem acesso a informações de uma variedade de operações bancárias deste. Esse é um precioso ativo do cliente, que, a princípio, os bancos não estariam dispostos a partilhar entre si. Dessa forma, caso um determinado cliente quisesse trocar de banco, perderia esse ativo, pois não teria como levar seu histórico de crédito para o outro banco. Em outras palavras, a “seleção adversa” faria com que os melhores clientes fossem “informacionalmente” capturados pelos bancos, criando altos custos de transferência (*switching costs*).

Essa é uma das razões pela qual há nos EUA uma grande separação entre as atividades de varejo, atacado e de seguros. A origem da separação entre atividades de varejo e atacado nos EUA é o *Glass-Steagall Act* de 1933, em resposta à crise bancária que provocou, ao menos em parte, a grande recessão do começo da década de 1930. Apesar dessa separação ter sido relativizada em atos posteriores, tais como o *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999, deve-se ressaltar que, ainda hoje há importantes diferenças nos ativos que um banco brasileiro típico carrega em relação aos de um banco norte americano (Pinho de Mello, 2005: 8).

Segundo Márcio Nakane, outro exemplo típico de *switching costs* criados pelos bancos seriam as práticas de fidelização do cliente. A literatura sobre fidelização (*customer relationships*) em mercados bancários (Sharpe, 1990; Dell’Ariccia, Friedman e Márquez, 1999) sugere que um banco tem uma vantagem sobre seus concorrentes porque, ao emprestar para seus clientes, já sabe

⁷ *United States v. Philadelphia National Bank*; 374 U.S. 321, 83 S.Ct. 1715, 10 L.Ed.2d 915.

mais a respeito das características deles que seus rivais. Afirma o autor que “esta vantagem informacional do banco traduz-se em poder de mercado temporário *ex post* mesmo quando os bancos são competitivos *ex ante*, com os bancos capturando parte das rendas informacionais sobre seus clientes (Sharpe, 1990). A seleção adversa faria com que os melhores clientes fossem “informacionalmente capturados” pelos bancos, criando altos custos de transferência.” (Nakane, 2004: 9) Assim, não seria possível para um banco fazer ofertas para atrair os melhores clientes de seu rival sem, ao mesmo tempo, também atrair os de pior qualidade.

O autor afirma ainda que “existem evidências empíricas de que altos custos de transferência possam ser relevantes em mercados bancários. As altas taxas de empréstimo observadas em cartões de crédito podem ser atribuídas a este fenômeno (Calem e Mester, 1995 e Stango, 2002). As taxas pagas por depositantes estariam positivamente relacionadas a maiores fluxos migratórios em mercados locais. (...) Evidências a partir de questionários com famílias sugerem também que tanto famílias de alta renda e escolaridade, quanto famílias de baixa renda e minorias étnicas apresentam altos custos de transferência entre instituições de depósito, o que diminui a resposta de tais grupos a variações em preços” (Nakane, 2004: 10).

Do ponto de vista da indústria bancária brasileira, modalidades de crédito relacionadas a contas-corrente, tais como o cheque especial para pessoas físicas e conta garantida para pessoas jurídicas, seriam situações onde tipicamente os clientes estariam presos (*locked in*) aos bancos pela dificuldade de transferir a instituições competidoras seu histórico cadastral e reputação. Como resultado desses elevados *switching costs*, as taxas de juros nestas modalidades seriam sensivelmente mais elevadas que em modalidades representando substitutos próximos. Nesse sentido, cabe ressaltar que a evidência empírica corrobora esse entendimento. Exemplificativamente, em setembro de 2003, as taxas médias de empréstimos para cheque especial e conta garantida situavam-se em 152,2% a.a. e 75,4% a.a., respectivamente, enquanto que as taxas médias de crédito pessoal e financiamento de capital de giro eram de 83,9% a.a. e de 39,4% a.a., respectivamente (Nakane, 2004: 10).

De forma sintética, sugere-se então que tais características poderiam ser explicadas através de um poder de mercado por parte dos agentes econômicos atuantes no setor bancário, que teria origem justamente nessa extração de rendas informacionais dos clientes, e nos custos de transferência para outra instituição financeira. Isso contribui para a elucidação de algumas peculiaridades do mercado, tais como os mencionados elevados *spreads* observados entre modalidades como cheque especial e conta garantida, quando contrastados com substitutos próximos, bem como a cobrança de tarifas bancárias que se situam bem acima da média internacional, e cujos valores são reajustados em índices consideravelmente superiores à inflação.

II.III. Barreiras à entrada

O poder de mercado no setor bancário estaria ligado também às barreiras à entrada do setor. Nesse sentido, as barreiras à entrada mais significativas citadas por estudiosos do tema dizem respeito ao estabelecimento de redes de agências, economias de escala e escopo, estabelecimento de redes de transferências eletrônicas de pagamentos, existência de custos de transferência dos clientes (*switching costs*) e, principalmente, as barreiras regulatórias.

Com relação à rede de agências, o entendimento geral seria de que essa infra-estrutura continuaria sendo o principal meio de acesso a serviços bancários pela população e empresas de pequeno e médio porte. A *internet banking* viria crescendo nos últimos anos, mas evidências empíricas demonstrariam que os instrumentos eletrônicos e cibernéticos seriam antes complementares que substitutos às agências bancárias (Alencar e Nakane, 2004: 5-6).

As redes de postos de atendimento bancário eletrônico seriam também uma importante barreira à entrada. Por um lado, os custos de estabelecer uma rede de postos de atendimento bancário eletrônico são muito altos. Por outro, dificilmente as instituições que já estão no mercado têm incentivos para compartilhar as redes existentes com novas instituições (Alencar e Nakane, 2004: 6).

Economias de escopo no setor bancário têm origem no fato de que os bancos não apenas fazem empréstimos e recebem depósitos, mas também têm vendido seguros, têm ofertado previdência privada, dentre outras atividades (*clustering*). Aqueles bancos que vendem esses serviços através de sua rede de agências apresentariam vantagens de custo em relação a bancos com poucas agências ou que não vendam esses serviços. Uma nova instituição que quisesse entrar no mercado bancário provavelmente teria de entrar com uma série de negócios ao mesmo tempo para aumentar suas chances de sucesso. Observa-se, portanto, que o *clustering*, além de aumentar os *switching costs* para os clientes, aumentaria também as barreiras à entrada nesse mercado.

A existência de custos de transferência (*switching costs*) já foi abordada anteriormente, e refere-se ao fato de que é necessário tempo e experiência para conhecer as condições de risco dos clientes. Segundo Márcio Nakane e Leonardo Alencar, isso faria com que os bancos incumbentes tivessem uma vantagem informacional sobre os clientes que tomam empréstimos em suas agências. Conforme dissemos anteriormente, a princípio esses bancos não teriam motivos para compartilhar essas informações com os demais bancos. Essa vantagem informacional permitiria aos bancos emprestarem a menores taxas aos bons pagadores, mantendo-os como clientes. Os novos bancos que quisessem entrar no mercado não teriam como distinguir os clientes mais ou menos arriscados, de modo que teriam de cobrar uma taxa acima da dos bons clientes de um

banco que já está no mercado, não conseguindo atraí-los (Alencar e Nakane: 2004: 6).

Sobre os requisitos regulatórios, o setor bancário apresenta uma grande lista de exigências ao estabelecimento de novas firmas. Tais regulamentações envolvem requerimentos de capital, restrições a certas atividades financeiras, restrições a participações em firmas não financeiras, restrições à propriedade acionária do banco, contribuições a sistemas de seguro de depósito, dentre outros. Nesse sentido, todas essas regulamentações podem funcionar como uma barreira efetiva à entrada no setor. Dentre as barreiras à entrada relacionadas ao governo, estudos internacionais (OCDE, 2000) apontam como uma das barreiras mais relevantes a percepção conhecida como “muito grande para quebrar”⁸. Essa barreira diz respeito à visão de que alguns bancos seriam muito grandes e que, por esse motivo, o governo não permitiria que fossem à falência. Segundo Márcio Nakane e Leonardo Alencar, “essa percepção incentivaria as maiores instituições a assumir certos riscos que não assumiriam em outro contexto. Esse comportamento distorce a competição e geraria barreiras à entrada em relação às instituições médias e pequenas” (Alencar e Nakane, 2004: 6). Devido à importância atribuída à questão da regulação do setor no presente estudo, o assunto será retomado mais adiante.

A relação entre barreiras à entrada e poder de mercado é intuitiva, não sendo necessário tecer longas considerações a respeito do assunto. Quanto maiores forem essas barreiras, maior a facilidade para um agente econômico exercer seu poder de mercado. Adicionalmente, em certos casos, a barreira à entrada confunde-se com o próprio poder de mercado, como é caso dos custos de transferência.

III. Experiência internacional e atuação governamental

Feitas essas considerações, podemos observar que uma série de estudos aponta para a existência de algumas características peculiares inerentes ao funcionamento do setor bancário. Nesse sentido, uma indagação natural sobre a questão é se tais características seriam uma peculiaridade do setor bancário brasileiro, ou se elas se refeririam ao setor bancário em geral, podendo ser encontradas também em outros países. E caso tais características possam de fato ser encontradas em outros países, resta a indagação sobre como eles enfrentariam essa questão.

De fato, a análise da experiência internacional demonstra que fenômenos similares ocorrem, em graus maiores e menores, em diversos países do mundo. Isso pode ser comprovado através da rica produção acadêmica internacional (Cyrnak, 1999; Mair, 1999; Northcott, 2004) sobre o setor. E analisando como a

⁸ Tradução livre da expressão “*too big to fail*”.

questão é tratada em outros países, evidencia-se a importância que estes atribuem à elaboração de uma regulação governamental para o setor que leve em consideração as suas características intrínsecas, procurando maneiras de estimular a concorrência entre os agentes econômicos e mitigar o seu poder de mercado (Stijn e Laeven, 2004), ao mesmo tempo em que procura manter a higidez do sistema e evitar o risco sistêmico (Goldberg, 2004: 69). Parte-se do pressuposto nesses países, de que o fomento à concorrência no setor seria uma tarefa inerente à própria consecução de uma regulação prudencial.

Dessa forma, antes de adentrarmos nos exemplos da experiência internacional, cabe-nos tecer uma breve consideração a respeito da atuação governamental sobre o setor bancário e a regulação prudencial.

III.1. Regulação prudencial e risco sistêmico

Para mitigar a possibilidade de quebras no sistema bancário, proteger os depositantes, bem como estimular a concorrência no setor, o Estado lança mão de dois instrumentos básicos: a regulação prudencial e a regulação sistêmica. Segundo Thiago Cortez, “apesar da distinção entre regulação prudencial e sistêmica ser bastante utilizada na literatura, pode-se dizer que seu papel maior é o de limitar o âmbito de utilização da segunda, na medida em que existe uma relação de complementaridade entre ambas. Assim, enquanto regulação prudencial tem como objetivo primordial a proteção do depositante, buscando preservar a solvência, higidez, e qualidade dos serviços de cada instituição isoladamente considerada, regulação sistêmica visa proteger o sistema bancário como um todo, protegendo o depositante apenas indiretamente” (Cortez, 2002: 324).

A justificativa econômica da regulação prudencial seria justamente a incapacidade dos clientes dos bancos de realizarem uma análise sobre as condições financeiras da instituição, bem como supervisionar sua evolução patrimonial dos bancos. A assimetria de informações é muito grande, sendo muito difícil que tais clientes possam fazer uma boa avaliação a respeito das condições do banco. Em razão disso é que o Estado, através da autoridade regulatória competente pelo setor, acaba criando uma série de normas a serem observadas pelos bancos nas suas operações diárias, que visam garantir a consistência do setor, ao impor exigências de capital mínimo, bem como limites à concentração e exposição de riscos frente a grupos ou setores específicos da economia.

Já a regulação sistêmica baseia-se num conceito diferente. Considerando o volume de recursos financeiros depositados, bem como número de correntistas, às vezes os custos sociais da quebra de instituições financeiras podem ser muito elevados, superando os custos privados, os quais, na maioria das vezes não são considerados nas decisões individuais de investimento. Nes-

sas situações, “caso a quebra de uma instituição financeira leve a uma crise sistêmica, os custos dela decorrentes não serão suportados apenas pelos acionistas, credores e depositantes da instituição, mas, em casos limite, por toda a sociedade. Crises bancárias de grandes proporções podem ter reflexos negativos generalizados não só em todo o sistema financeiro, como também no setor real da economia, na medida em que geram uma contração significativa na liquidez do sistema econômico, podendo levar a sociedade à recessão” (Cortez, 2002: 325).

A regulação prudencial, conforme dito anteriormente, teria como objetivo direto a proteção dos depositantes contra a eventual quebra de instituições financeiras. Ela visaria, pelo menos diretamente, limitar os efeitos que os riscos assumidos pelos bancos nas suas atividades diárias pudessem vir a ter sobre a solvência dos mesmos, impondo quantidades mínimas de capital. Assim, pode-se dizer que a regulação prudencial objetivaria garantir a manutenção das condições normais em que opera o mercado bancário, ao controlar os riscos ordinários que envolvem a atividade bancária (Cortez, 2002: 331).

III.II. A função da regulação prudencial na experiência internacional

Dentro da lógica supracitada, muitos países já perceberam que há um grande papel a ser desempenhado pela regulação prudencial também no estímulo à concorrência entre os bancos. Parte-se da premissa de que os objetivos da regulação prudencial de proteger os interesses dos depositantes, “mantendo, ao mesmo tempo, um arcabouço regulatório que seja eficiente do ponto de vista econômico, se coadunam com os objetivos de defesa da concorrência. Nesse sentido, um mercado que seja competitivo, mas também transparente, pode ser bastante útil como instrumento disciplinador da atividade bancária” (Cortez, 2002: 332). Cabe ressaltar nesse aspecto, que não se pretende afirmar aqui que a autoridade regulatória deva buscar um ambiente concorrencial a qualquer custo. A preocupação com o risco sistêmico é legítima e deve nortear a atividade da autoridade regulatória também. Não obstante, o mérito de tais países foi justamente de perceber que, dentro de um certo nível de segurança, deve-se procurar também criar meios para fomentar a competição entre os agentes econômicos, bem como incentivá-la. Pode-se dizer que, nesses países, o papel atual da regulação prudencial é exatamente o de impor este nível mínimo de segurança, e incentivar a concorrência como tarefa complementar à sua função precípua.

Essa foi a visão adotada quando da criação da Financial Services Authority (FSA) na Inglaterra. Apesar de não ser um objetivo legal da intervenção governamental no mercado financeiro, o incentivo à concorrência deve ser considerado pelo FSA, em razão de disposição legal expressa, no exercício de sua função de regulador do mercado (Briault, 2001 *apud* Cortez, 2002).

Essa também é a visão historicamente adotada pelas autoridades regulatórias americanas. Conforme já pudemos ver, a preocupação com o poder de mercado dos bancos data de 1933, quando as autoridades regulatórias, através do *Glass-Steagall Act* de 1933, impuseram uma série de limitações quanto aos ramos de atuação de uma instituição financeira. De forma sucinta, o ato limitou as funções que poderiam ser exercidas pelos bancos nacionais, e impediu que firmas financeiras não bancárias recebessem depósitos como bancos comerciais. Também aos bancos holding não era permitido adquirir controle direto ou indireto sobre companhias que não fossem bancos. Os propósitos do ato eram, além de mitigar os efeitos do *clustering* e dos *switching costs*, evitar também bancos muito grandes que, ao invés de propiciar maior segurança sistêmica à economia, acabavam paradoxalmente aumentando os riscos sistêmicos gerais, ao tornar a economia dependente de alguns poucos agentes econômicos⁹. Nesse mesmo sentido, vale ressaltar também o *McFadden Act*, vigente até 1994, que impunha proibições a que bancos nacionais e estaduais estabelecessem agências além das fronteiras de seus estados. Mais uma vez, pretendia-se evitar bancos muito grandes, com maior capacidade de apropriação “informativa” do cliente, bem como evitar uma concentração excessiva de mercado que favorecesse o estabelecimento de equilíbrios estratégicos anticompetitivos, tais como conluio tácito. Por fim, cabe ressaltar o julgamento do caso *U.S. vs. Philadelphia National Bank* (1963), no qual as autoridades daquele país afirmaram expressamente pela primeira vez que o sistema bancário, a despeito do risco sistêmico, estaria sim sujeito à regulamentação antitruste. A decisão partiu do pressuposto de que, regulação prudencial e direito antitruste eram plenamente compatíveis, para não dizer complementares.

Assim, nos EUA vige um sistema regulatório sobre o setor em consonância com o órgão antitruste. Segundo Ruy Santacruz, “isso ocorre mesmo considerando que o mercado bancário dos EUA é significativamente mais competitivo do que no Brasil, e, dessa maneira, a defesa da concorrência seria menos importante do que aqui. De fato, os EUA contam com cerca de 9.000 bancos comerciais, em sua maioria instituições pequenas. Mais de 60% desse total operam com menos de US\$ 50 milhões em depósitos. Além dos bancos comerciais, o mercado conta com aproximadamente 13.000 instituições de poupança. Ainda assim, a preocupação com a competição é uma preocupação constante das autoridades regulatórias daquele país” (Santacruz, 2002: 305; Cyrnak, 1999).

A respeito da conciliação entre regulação prudencial e concorrência, é válido citar também a experiência do Canadá. Naquele país, cuja estrutura bancária oligopolizada se assemelha muito mais à do Brasil (Mair, 2002), a autoridade de governamental tem apresentado historicamente uma forte preocupação em

⁹ O que também aumenta o risco de captura da autoridade regulatória pelos entes regulados.

inserir nos ditames de regulação prudencial, medidas voltadas a assegurar um ambiente mais competitivo. Data de 1964 a primeira iniciativa do país em implementar ações para incentivar a concorrência no setor. Isso foi feito através de uma comissão real encarregada de realizar um amplo estudo sobre aquele mercado, para que assim pudesse sugerir alternativas para fomentar a concorrência no mesmo. Dentre as diversas medidas sugeridas pela comissão, e adotadas pelo governo, pode-se citar a liberalização à entrada de instituições estrangeiras no mercado, diminuição do capital mínimo para constituição de bancos, flexibilização das regras de compulsório, dentre outras. As iniciativas no sentido de fomentar a concorrência do setor continuaram nas décadas seguintes. Destas, talvez a mais paradigmática tenha sido a força tarefa Mackay, implementada em 1998, cuja função foi sugerir novas mudanças regulatórias com a finalidade de estimular a concorrência do setor. Dentre as sugestões realizadas pela força tarefa, pode-se citar a flexibilização da legislação no tocante à estrutura de controle do banco, terceirização do sistema de gerenciamento de caixas eletrônicos, de modo a permitir seu acesso a outros concorrentes de menor porte, bem como nova flexibilização nas exigências de capital mínimo. Mais uma vez, nota-se a preocupação da autoridade regulatória daquele país em aliar as preocupações relativas à regulação prudencial e a concorrência do setor.

Assim, pode-se observar de forma sucinta como a tarefa de regulação do setor bancário é encarada em outros países. Saliente-se que a presente explanação tem caráter exemplificativo. Essas são apenas algumas das diversas experiências internacionais que podem ser utilizadas como exemplos de autoridades regulatórias intervindo no setor no sentido de fomentar a concorrência no setor bancário (OCDE, 2000).

IV. A autoridade regulatória brasileira – O banco central

Feitas essas considerações a respeito das formas de atuação das autoridades regulatórias no setor bancário, da experiência internacional de aliança da regulação prudencial à defesa da concorrência, bem como a diferenciação entre regulação prudencial e regulação sistêmica, resta a indagação a respeito sobre como a autoridade regulatória competente pelo setor no Brasil – o BACEN – estaria enfrentando a questão¹⁰.

¹⁰ Antes de adentrarmos essa questão especificamente, cabe-nos fazer uma ressalva importante. O que está sendo debatido aqui não é quem teria a competência para analisar atos com potencial de efeitos anticoncorrenciais, qual seja, o CADE ou o BACEN. Essa questão, cujo momento paradigmático foi o Caso Finasa Seguradora (2001), e que

Com efeito, a atuação do BACEN no setor bancário brasileiro tem sido objeto de muitas críticas veiculadas na doutrina econômica e jurídica sobre o assunto (Salomão, 1999, 2002; Coutinho, 1999; Santacruz, 2002; Salgado, 2005)¹¹. Essas críticas, de modo geral, dirigem-se à forma de atuação do BACEN no mercado, que seria excessivamente focada na questão do risco sistêmico, relevando quase que por completo a questão concorrencial.

Dentre as recriminações à atuação do órgão, a principal delas refere-se à sua política assumidamente concentradora. Esse viés concentrador na regulação do BACEN está fortemente ligado a uma concepção de que, com um número pequeno de bancos, mas grandes em porte econômico, o sistema bancário seria mais sólido, e poderia resistir melhor a adversidades sistêmicas. Assim, desde sua criação, podemos notar um caráter concentrador nas políticas do BACEN para o setor. Nesse sentido, vale mencionar o sistema de “Cartas-Patente” para a abertu-

infelizmente acabou se tornando o foco praticamente exclusivo do debate jurídico sobre concorrência no setor bancário, não constitui o objeto deste trabalho. Com efeito, conforme pudemos demonstrar ao longo do trabalho, a premissa aqui utilizada é de que o fomento à concorrência constituiria função intrínseca da regulação prudencial aplicada pelos entes regulatórios sobre o setor bancário. A própria Lei 4.595/64, diploma legal que criou o BACEN, estipularia claramente no seu art. 18, §2º, a competência do órgão para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras. Saliente-se que tal disposição em nada colide com a competência atribuída pela Lei 8.884/94 ao CADE para prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Esta estipula somente que, além do CADE, o BACEN também deve observar nos seus atos, uma preocupação com a concorrência no setor, inerente à própria regulação prudencial que lhe compete. É indisputável, portanto, a intenção do legislador brasileiro em inserir na regulação prudencial a preocupação com a manutenção de um ambiente competitivo.

¹¹ A respeito da atuação do BACEN no setor bancário, vale mencionar as considerações do Professor Calixto Salomão: “Apesar dessa clara definição de princípios, que sugere por todas as razões uma clara definição e aplicação da disciplina regulamentar, essa não tem sido a tônica da atuação regulamentar e fiscalizatória do BACEN. É extremamente difícil encontrar na regulação do BACEN regras que regulamentam a concorrência. As poucas encontráveis versam sobre temas relativamente neutros no tocante contra ilícitos concorrenciais. Exemplificativamente pode ser citada a resolução CMN 1.064 de 5 de dezembro de 1985, que libera a cobrança de quaisquer taxas de juros pelos Bancos Comerciais. Esse normativo nada mais fez que positivar prática já corrente e reconhecida pelos tribunais. De outro lado, abundam os exemplos de regulação claramente anticoncorrencial promulgada pelo BACEN, que tomado pelo moto universal e mal explicado da globalização e mal interpretada a relação entre tamanho ou porte das instituições e segurança para os poupadores, adota a política regulamentar claramente privilegiadora e até indutora da formação de grandes conglomerados e exclusão de pequenas empresas do mercado.” (Salomão, 1999: 358)

ra de bancos, implementado quando da criação da autarquia. Naquela época, para se abrir um banco, uma determinada carteira, ou uma agência, era necessário antes comprar os “pontos” correspondentes. O total de pontos variava muito pouco, portanto, o sistema funcionava como um oligopólio (Troster, 1999: 340). No início da década de 70, tal política se acirrou. À época, o BACEN instituiu uma regulamentação pela qual trocavam-se cinco cartas-patente de companhias de crédito, financiamento e investimentos, por uma carta patente de Banco de Investimentos. Permutavam-se cartas-patente de instituições financeiras por cartas-patente de agências, segundo um engenhoso sistema de pontuação, tudo a conduzir a uma concentração bancária. E de fato tal efeito concentrador pôde ser aferido pela diminuição do número de instituições entre 1964 e 1988, quando a Constituição aboliu os “pontos” do sistema bancário nacional. Segundo dados do próprio BACEN, havia 336 bancos existentes no Brasil em 1964, e quando a nova Constituição foi promulgada, esse número havia se reduzido para 106 (Castrucci, 1999). Saliente-se ainda as fortes restrições à entrada de capitais estrangeiros no Sistema Financeiro Nacional vigentes nesse período. Havia limitação de 33% de participação no capital votante de Bancos de Investimentos e 50% sobre o capital total.

Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a vigorar o livre acesso ao sistema bancário por aqueles que apresentassem aptidão e competência para tal. Assim, naturalmente surgiram expectativas de que aumentaria também o número de bancos no setor bancário nacional. A despeito de ter havido um acréscimo no número de bancos atuantes no setor, a política do BACEN continuou tendo um caráter marcadamente concentrador. Nesse sentido, como não havia mais o sistema de cartas-patente, o BACEN passou a atuar no mercado com outros instrumentos, tais como o capital mínimo para abertura de bancos, aumentos no requerimento de capital operacional dos bancos, compulsório, dentre outros¹².

A título exemplificativo, podemos mencionar alguns dos requisitos impostos pelo BACEN pelo setor, que são freqüentemente associados a um viés

¹² “A causa para o fraco desempenho dos bancos brasileiros com a estimulação pode ser achada na política bancária adotada. A mesma possui um notado viés concentrador e uma administração pública míope. Por um lado, com a Resolução 2.099 de agosto de 1994, o Banco Central, surpreendentemente subiu o nível de capital mínimo dos bancos de forma súbita e sem critérios conhecidos de mais de meia centena de bancos, fragilizando-se, e por outro a retirada de liquidez dos bancos foi desproporcional. A Resolução 2.099 introduziu novas restrições que favoreceram os grandes bancos: a) fixou o desprendimento de capital para as agências bancárias; b) estabeleceu níveis de capital mínimo para operar tipos diferentes de ativos; c) aumentou o nível absoluto de capital mínimo para operar uma instituição financeira; d) impôs um período extremamente curto para que os bancos pequenos se adaptassem.” (Troster, 1999: 345)

concentrador na atuação da autarquia. Seriam eles: o capital mínimo para abertura de bancos e para que estes possam se manter em funcionamento, o compulsório, e o já mencionado *clustering*.

IV.1. O capital mínimo

No Brasil, para abrir um banco, é necessário um capital absoluto de 15 milhões. A título comparativo com outros países, vale mencionar que nos EUA não há nenhuma regra de capital absoluto para abertura de bancos. Com dois milhões de dólares, consegue-se abrir um banco. Na Europa, a exigência é de cerca de cinco milhões de Euros (Troster, 2002: 345). Não se tem notícia de justificativas apresentadas pelo BACEN sobre o porquê dessa disparidade de valores de capital mínimo, bem como porque o Brasil precisaria ter exigências superiores a outros países.

Adicionalmente às exigências absolutas de capital, há também as exigências mínimas de patrimônio pessoal do controlador ou dos acionistas controladores para se abrir um banco. Esse ponto é uma peculiaridade brasileira. Para se abrir um banco no Brasil, há a exigência mínima do patrimônio pessoal do controlador ou dos acionistas controladores de 220% da exigibilidade de capital mínimo das instituições controladas, que se sobrepõe às exigências do capital mínimo da instituição. Tais exigências superam as próprias recomendações de índices de alavancagem do acordo de Basileia (Castrucci, 1999: 382)¹³. É intuitiva a conclusão de que, com esses níveis de capital mínimo, diminui a quantidade de agentes econômicos habilitados a entrar nesse mercado.

Além do capital mínimo para abertura de bancos, há também limites de capital para que os bancos possam continuar operando no mercado. Com relação a estes requerimentos, cabe ressaltar as mudanças repentinas implementadas pelo BACEN em 1995. Subitamente, um banco, que precisava da quantia de 4 milhões de reais para operar no mercado, em oito meses passou a precisar de 7 a 8 milhões de reais, dependendo da quantidade de carteiras. Instituições eficientes, solventes e viáveis economicamente, de uma hora para outra, tornaram-se inviáveis. Segundo Roberto Luís Troster, referindo-se ao caso em questão, “o Banco Central falou: quem tiver um banco abaixo de 8 milhões tem que se associar ou fechar em oito meses (...) Muitas instituições que não tinham vocação para crescer, fecharam de uma hora para outra” (Troster, 1999: 345).

¹³ A respeito das exigências do BACEN sobre capital mínimo, Castrucci sentencia: “Enfim, tudo a impedir a livre entrada no mercado ou o crescimento daqueles com menos recursos, que já lá estão e que dispõem de aptidão e competência”. (Castrucci, 1999: 382)

IV.II. O compulsório

Outro exemplo associado a uma política concentradora do BACEN seria o compulsório. No primeiro ano do Plano Real, o BACEN divulgou mais de quarenta normas versando sobre recolhimento compulsório que incidia sobre uma dezena de modalidades diferentes – depósitos a prazo, empréstimo, garantias prestadas, dentre outros. Em 30 de junho de 1994 eram necessários 28,8% dos depósitos à vista mais depósitos a prazo e letras de câmbio para cobrir os recolhimentos compulsórios de Instituições Financeiras no Banco Central, em apenas 6 meses esse valor subiu para 65,8%. Atualmente, o nível de reservas compulsórias pode chegar até 100%, dependendo do tipo de recurso; depósitos à vista sofrem recolhimento compulsório não remunerado de 75%. Os bancos têm maior liberdade para aplicar apenas os recursos depositados a prazo fixo (Coutinho, 1999: 218).

Segundo Calixto Salomão, “estabelecimento de uma regra de compulsório cria um desbalanceamento nas condições de concorrência, caso seja aplicado de forma única. No Brasil, existem diferenças entre tipos de bancos, mas não existe diferença de valor compulsório para valor do capital. É evidente que um banco pequeno, com o compulsório sendo baseado no valor do capital e a alíquota sendo igual, fica com muito menos liberdade de atuação do que um banco grande” (Calixto, 1999: 125). Segundo o autor, a política do compulsório, aplicada absolutamente de forma unitária, sem variação de taxas, causa fortes distorções na concorrência. Adicionalmente, ressalta-se que estudos econômicos (Levich, 1990; Weiner, 1992) indicam uma importância cada vez menor na importância do compulsório. A utilidade deste instrumento como controle da liquidez e da política monetária é altamente discutível. Países como a Suíça, Nova Zelândia, Bélgica, Dinamarca, Austrália e Canadá já aboliram esse mecanismo em função de sua pouca utilidade e efeitos perversos sobre a concorrência¹⁴.

IV.III. O clustering

Um outro ponto que é alvo de freqüentes críticas ao BACEN é sua permissividade com relação ao leque de atividades de um banco. Conforme já pudemos ver, quanto maior o número de atividades que um banco exerce, maior o poder de mercado que ele passa a deter em relação a seu cliente (*clustering*). O efeito é agra-

¹⁴ Outrossim, cabe salientar também que já em 1931 o comitê sobre reservas bancárias dos Estados Unidos (“*Committee on Bank Reserves of the Federal Reserve System*”) assumiu posição de que as reservas não eram necessárias para preservar a liquidez dos bancos individualmente.

vado pelo fato de clientes de varejo e empresas de pequeno e médio porte concentrarem suas atividades bancárias em uma só instituição. Quando o banco exerce diversas atividades, potencializa sua capacidade de “apropriação” informacional do cliente. Adicionalmente, aumenta consideravelmente os efeitos dos *switching costs* para o mesmo. É justamente em razão disso que países como EUA, Inglaterra e Canadá impõem uma série de limitações com relação às atividades bancárias. No Brasil a situação é a oposta. Por acreditar que bancos maiores são necessariamente bancos mais fortes, o BACEN dá ampla liberdade para os bancos exercerem uma série de atividades que não estão ligadas necessariamente ao seu *core business*, tais como previdência privada, seguros, capitalização, corretoras de valores, dentre outros.

Um ponto paradoxal nessa questão, é que o BACEN sempre justificou sua política concentradora através de sua convicção de que, instituições maiores e mais fortes seriam mais estáveis e resistentes a crises. Não obstante, mesmo com essa preocupação histórica, a autoridade regulatória não conseguiu evitar a crise bancária advinda da estabilização econômica em 1994. Nessa época, apesar do setor contar com instituições supostamente fortes e estáveis, coube ao governo salvar as instituições financeiras do colapso através do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Sistema Financeiro (PROER). A ajuda concedida pelo governo à época foi de um custo aproximado de 4% do PIB (Horta, 1999: 237). E pelo fato destes terem passado anos auferido lucros espetaculares com a inflação, e pelo alto custo do programa às finanças públicas, obviamente que o referido programa foi objeto de muitas críticas por parte de estudiosos do assunto e pela sociedade em geral. À época, o BACEN justificou o auxílio afirmando que não poderia deixar instituições grandes, tais como o Banco Nacional, quebrarem, pois os prejuízos decorrentes do risco sistêmico seriam incalculáveis. Apesar da legitimidade do argumento, restou a indagação sobre qual teria sido a utilidade da política concentradora do BACEN, focada na prevenção de riscos sistêmicos, se, quando havia uma crise, o governo tinha que socorrer as instituições financeiras (Tavares, 1996). Adicionalmente, é inevitável o questionamento sobre se seria necessária tamanha preocupação do governo com alguns poucos bancos, tal como enunciado na justificativa do BACEN, se o setor bancário não fosse tão concentrado, e com instituições tão grandes. Nesse sentido, vale mencionar a lição de Calixto Salomão, segundo o qual “a proteção da poupança popular, objetivo chave da atuação das autoridades de tutela do Sistema Financeiro Nacional – SFN, é perfeitamente compatível com os objetivos concorrenciais (...). A excessiva concentração de instituições financeiras, ao invés de diminuir aumenta os riscos para a poupança popular. Quanto maior for o tamanho de uma instituição financeira, tanto maiores e mais sérios serão os prejuízos causados por suas dificuldades e por sua quebra. Dessa forma, uma política coerente de proteção à poupança popular deve levar em consideração o dado concorrencial” (Salomão, 1999: 357).

Estudos econômicos recentes (OCDE, 2000) têm demonstrado os perigos de uma política sistemática de concentração bancária de forma a evitar a quebra de instituições financeiras como um caso paradoxal, que pode causar efeitos contrários aos desejados, na medida em que sinaliza uma solução fora do mercado para crises de solvência, e conseqüentemente, estimula estratégias excessivamente arriscadas, o chamado risco moral¹⁵. Crescem também os riscos de captura da autoridade regulatória pelos entes regulados, na medida em que estes têm consciência da importância que aquela lhes atribui, aumentando assim seu poder de barganha perante a mesma. Observa-se, portanto, que a política do BACEN focada excessivamente no risco sistêmico, traz consigo uma série de paradoxos.

Há críticas também de que a atuação do BACEN estaria aumentando muito as barreiras à entrada no setor. Isso ocorreria de forma direta, através da variedade de barreiras regulatórias impostas e que já foram mencionadas, como de forma indireta, através dos próprios reflexos da sua regulação no setor. Com efeito, ao prestigiar a manutenção de bancos grandes, e supostamente fortes, o BACEN aumentaria as barreiras à entrada de forma indireta, pois, para poder competir em pé de igualdade no setor, qualquer potencial entrante precisaria entrar no mercado contando com um porte similar. Conforme vimos, a rede bancária é uma das principais barreiras à entrada no setor. Nesse sentido, qualquer instituição que queira entrar no mercado precisaria de antemão ter capacidade financeira para poder bancar a mesma estrutura. Isso diminui o grau de contestabilidade do mercado, e ofereceria espaço para que os agentes econômicos pudessem desfrutar de seu poder de mercado¹⁶.

Segundo Ruy Santacruz, “o viés da atividade do BACEN, com ênfase excessivo no risco sistêmico é fruto da falta de uma maior reflexão acerca da

¹⁵ Risco moral, ou *moral hazard*, designa o comportamento que aumenta a probabilidade de ocorrência de evento contra o qual o agente está segurado ou protegido.

¹⁶ Um caso paradigmático nesse aspecto foi a privatização do Banespa. À ocasião, o lance mínimo para a aquisição de 60% do capital votante do Banespa era de R\$ 1,85 bilhão. O vencedor do leilão foi o Banco Santander, com um lance de R\$ 7,05 bilhões. O segundo e o terceiro colocados foram o Unibanco e o Bradesco, com lances de R\$ 2,1 bilhões e R\$ 1,86 bilhão, respectivamente. Ao explicar o lance consideravelmente superior ao dos concorrentes no leilão, o banco espanhol justificou que, para concorrer em pé de igualdade com os bancos nacionais, precisava ter uma carteira de clientes e uma rede de agências que rivalizasse com a dos maiores players nacionais. Esse era o principal atrativo do Banespa para o Santander. Dessa forma, o lance do leilão foi calculado a partir dos custos que este último teria para construir aquela mesma rede que o Banespa já dispunha. Observe-se que Bradesco e Unibanco, por já terem essa estrutura, realizaram lances muito próximos do lance mínimo. Esse é um caso interessante para observar na prática, a precificação das barreiras à entrada no mercado brasileiro.

interação entre a regulação de mercado estrito senso e a defesa da concorrência, tal como acontece já há algum tempo em outros países. Diferentemente da visão do BACEN, nas maiores economias do planeta o mercado bancário convive harmoniosamente com a intervenção do poder regulador, visando a prevenção de riscos sistêmicos, e a implementação de políticas voltadas ao estímulo da concorrência.” O autor complementa a crítica afirmando que, “como consequência, no Brasil, a sociedade abre mão de um setor bancário mais competitivo, que certamente redundaria em serviços mais baratos e melhores, uma vez que a leitura enviesada do BACEN a respeito do que deveria ser a atuação de um órgão regulador privilegia, por exemplo, a concentração de mercado”. Esse viés concentrador da política do BACEN, conforme dissemos, é fruto de uma concepção de que tal estrutura teoricamente proporcionaria um ambiente mais seguro do ponto de vista sistêmico¹⁷ (Santacruz, 2002: 305).

O prejuízo à sociedade derivado dessa visão enviesada do BACEN na sua atividade regulatória, conforme visto, demonstrar-se-ia na criação de restrições à concorrência de toda a sorte, tais como restrições sobre os mercados de atuação e sobre a estrutura societária dos bancos, restrições sobre as carteiras, exigências de adequação de capital, reservas compulsórias, restrições sobre abertura de subsidiárias, sobre a entrada de capital estrangeiro, sobre a política de preços, dentre outros (Santacruz, 2002: 305).

O maior exemplo disso nos últimos anos talvez tenha sido o conflito de competência na análise de fusões e aquisições entre CADE e BACEN, onde a visão exclusivamente sistêmica deste último pretendeu afastar a busca por parte da autoridade antitruste da manutenção do ambiente competitivo, que, conforme vimos, é totalmente compatível com a visão prudencial. De fato, a simples interpretação de que existiria antagonismo entre a visão sistêmica e antitruste na intervenção do poder público no setor bancário já denotaria um equívoco da autoridade regulatória a respeito de isenções antitruste decorrentes de risco sistêmico, e da importância da concorrência como instrumento conexo à regulação prudencial.

O fato é que esses dois instrumentos de intervenção do poder público no mercado bancário se complementam, ou pelo menos, deveriam se complementar. “O estímulo à competição em todo e qualquer setor econômico produz resultados positivos em termos de eficiência econômica, que se reflete em ban-

¹⁷ “Sem que macule toda regulamentação do Banco Central que, obviamente, é necessária e boa em se tratando de garantia da higidez do sistema, repito: toda vez que há um ponto de conflito entre a aparente garantia de segurança e concorrência, o Banco Central tem optado por essa, na minha nomenclatura, garantia de segurança unifocal, direcionada apenas a um ponto, esquecendo a concorrência e criando graves problemas para o sistema.” (grifo nosso) (Salomão, 1999: 126)

cos mais capazes de enfrentar desafios de mercado. Nesse sentido, a regulação do BACEN deveria considerar todos os aspectos da intervenção de maneira integrada. Por outro lado, a segurança do sistema é fundamental para a retomada de decisão empresarial eficiente, o que, por sua vez, gera um ambiente competitivo saudável” (Santacruz, 2002: 304).

V. Conclusão

Ao longo deste trabalho, pudemos ver que, devido ao comportamento de certos indicadores do setor bancário, este tem sido um frequente alvo de críticas por parte da sociedade. Tais críticas relacionam em grande parte esses indicadores a uma suposta falta de concorrência no setor. Nesse sentido, diversos estudos econômicos têm sido realizados, encontrando evidências empíricas que atestam que, de fato, haveria distorções na forma como esses agentes econômicos competem entre si. E a despeito do amplo tratamento econômico sobre a matéria, pode-se dizer que ela ainda não foi objeto de uma análise exauriente no meio jurídico. Dessa forma, o objetivo deste trabalho foi justamente procurar sugerir, sob uma perspectiva jurídica, que tais características evidenciadas no setor bancário poderiam ser explicadas, em parte, por fatores intrínsecos e inerentes ao setor, bem como fatores externos, advindos da regulação que lhe é direcionada. Nesse sentido, pudemos encontrar três hipóteses básicas que ajudariam a explicar as peculiaridades do setor bancário brasileiro.

A primeira hipótese utilizada foi a de que a concorrência no setor bancário brasileiro estaria aquém do seu potencial, em função de características intrínsecas ao mesmo. Essas características provocariam uma diminuição do estímulo à concorrência entre os agentes econômicos, bem como lhes atribuiria poder econômico suficiente para cobrar preços acima das margens competitivas.

A segunda hipótese do trabalho foi de que tais características seriam inerentes ao próprio funcionamento do setor, não consistindo numa especificidade brasileira. Nesse aspecto, caberia à autoridade regulatória adotar medidas no sentido de incentivar a concorrência e mitigar esse poder de mercado, como função complementar à regulação prudencial, tal como demonstra a ampla experiência internacional sobre o assunto.

A terceira e última hipótese do trabalho foi de que, no Brasil, a autoridade competente pela regulação do setor estaria excessivamente focada na prevenção do risco sistêmico, não atuando na questão da concorrência, propiciando assim condições para que os agentes econômicos pudessem exercer seu poder econômico com maior liberdade. Tal política de atuação contribuiria para uma potencialização dos efeitos adversos causados pelas características mencionadas na primeira hipótese. Adicionalmente, sua forma de atuação teria efeitos

paradoxais, pois ao focar-se somente no risco sistêmico, descuidando-se do aspecto concorrencial como fator complementar à regulação prudencial, a autoridade regulatória aumentaria o risco moral (*moral hazard*) na atuação dos bancos, bem como os riscos de captura da autoridade pelos interesses dos entes regulados, o que, conseqüentemente, acabaria aumentando os riscos do setor como um todo.

É importante salientar que não se pretende afirmar que as hipóteses aqui mencionadas esgotariam a explicação a respeito do comportamento dos indicadores do setor, tais como *spread* bancário, valores das tarifas e os lucros dos bancos. Conforme dissemos desde o início deste trabalho, as proposições lançadas aqui procuram apenas sugerir que essas características ajudariam a explicar as peculiaridades do setor bancário brasileiro. Com efeito, além do que foi exposto, há diversos fatores que devem ser considerados na explicação de cada um desses itens. No caso do *spread* bancário, por exemplo, inegável a influência do governo como vultoso tomador de crédito bancário, na explicação sobre a resistência a quedas do mesmo. O propósito deste trabalho foi somente de demonstrar que, além de todos os fatores tradicionalmente citados na explicação de tais itens, as características internas da concorrência no setor, e a regulação que lhe é direcionada também devem ser consideradas.

A título conclusivo, cabe ressaltar também que o presente trabalho não possui nenhuma pretensão de esgotar o tema. Cada uma das hipóteses enunciadas pode e deve ser objeto de análise detalhada com vistas a avaliar como elas contribuiriam para a explicação do fenômeno bancário brasileiro. O propósito deste trabalho é somente o de fomentar o debate no meio jurídico a respeito da concorrência num setor tão importante para o desenvolvimento da economia do país.

VI. Bibliografia

ALENCAR, L.S.; NAKANE, M. *Análise de fusões e aquisições horizontais no setor bancário: uma reflexão a partir da experiência internacional*, Seminário de Economia Bancária e Crédito, disponível no site: <http://www.bcb.gov.br/Pec/SemEcoBanCred2004/Port/paperVIII.pdf>, 2004.

ALENCAR, L.S.; NAKANE, M. et KANCZUK, F. *Demanda por Produtos Bancários, Poder de Mercado e Spread Bancário no Brasil*, Seminário de Estudos e Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e à Regulação Econômica, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, abril/2005.

AUSUBEL, L. *The Failure of Competition in the Credit Card Market*, In.: *The American Economic Review*, vol. 81, pp. 50-81, 1991.

BARBACHAN, J. S. F. et FONSECA, M.M. *Concentração bancária brasi-*

leira: *Uma análise microeconômica*, IBMEC, disponível no site: <http://www.ibmecsp.edu.br/pesquisa/download.php?recid=2796>.

BID. *Unlocking Credit: The Quest for Deep and Stable Bank Lending*, março/2005, disponível no site: <http://www.iadb.org>.

BRIAULT, C. *Conceptual Arguments for a Single Regulator*, working paper, Conference on the Institutional Organization of Banking Supervision, Financial Markets Group – London School of Economics, 07/12/2001.

CALEM, P. et LORETTA, M. *Consumer behavior and the stickiness of credit card interest rates*, American Economic Review, vol. 85, 1995.

CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

CASTRUCCI, A.C.L. *Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, 379-383, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999.

CORTEZ, T.M. *O Conceito de Risco Sistêmico e suas Implicações para a Defesa da Concorrência no Mercado Bancário*, In.: CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

COUTINHO, P. *Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário*, pp. 205-232, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999.

CYRNAK, A. *Federal Reserve System*, 257-265, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999.

DELL'ARICCIA, G. *Asymmetric information and the structure of the banking industry*, The European Economic Review, vol. 45, 2001.

FAGUNDES, J. et SOBREIRA, R. *Defesa da Concorrência e os spreads bancários*, Valor Econômico, 27/06/2005.

FMI. *Do Brazilian Banks Compete?* Working Paper 03/113, 2003.

GRAU, E. R. *O Direito Posto e Pressuposto*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

GOLDBERG, D. K. *Spread, Concentração e Concorrência no Setor Bancário*, Revista do Ibrac, vol. 11, nº 3, 2004.

HORTA, R. A. *A Concentração Bancária no Brasil*, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. 2002.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*, 3ª ed. Roma, Laterza, 1998.

IEDI. *Spread no Brasil e no Mundo*, Carta n. 100, disponível no site <http://www.iedi.org.br>.

KLEMPERER, P. *The Competitiveness of Markets with Switching Costs*, In.: *The Rand Journal of Economics*, vol. 18, no. 1, 1987.

LEVICH, R.M. *The Euromarkets after 1992*, 1990.

MAIR, J. *The Regulation and Supervision of Financial Institutions in Canada*, pp. 267-301, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999.

MARQUEZ, R. *Competition, adverse selection and information dispersion in the banking industry*, *The Review of Financial Studies*, vol. 15, 2002.

MESTER, L.; NAKAMURA, L. et RENAULT, M. *Checking accounts and bank monitoring*, Federal Reserve Bank of Philadelphia Working Paper, 2001.

NAKANE, M. *A test of competition in Brazilian banking*. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 203-224, 2002.

NAKANE, M. *Concorrência e Spread Bancário: uma revisão da evidência para o Brasil*, 2004, disponível no site: <http://www.bcb.gov.br/Pec/SeminarioEcoBanCre/Port/paperVI.pdf>.

NORTHCOTT, C. *Competition in Banking*, In.: Working Paper, Bank of Canada, Ottawa, 2004.

OCDE. *Mergers in financial services*, Series Roundtable on Competition Policy, 2000, disponível no site: <http://www.oecd.org/daf/clp>.

OREIRO, J.L.; PAULA, L.F. et al. *Determinantes Macroeconômicos do Spread Bancário no Brasil: Teoria e Evidência Recente*, disponível no site: http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/determinantes_macroeconomicos_do_spread-N.pdf

PINHO DE MELLO, J.M. *Proposta de Delimitação do Escopo de Análise da SDE em Atos de Concentração Bancárias e Apurações de Conduta*, Seminário de Estudos e Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e à Regulação Econômica, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, abril/2005.

PINHO DE MELLO, J.M. *Adverse Selection in the Market for Unsecured Loans: The Case of Overdraft Loans in Brazil*, PhD Dissertation, Department of Economics, Stanford University, 2004.

SALGADO, L.H. *Reajuste de tarifas bancárias supera inflação*, Folha de São Paulo, 11 de janeiro de 2005.

SALOMÃO FILHO, C.S. *Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário*, pp. 353-368, In.: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, CADE e ASBACE, 1999.

SALOMÃO FILHO, C.S. *Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro*, In.: CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. , 2002.

SANTACRUZ, R. *Regulação de mercados e defesa da concorrência: o caso do setor bancário*, In.: CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. , 2002.

STIJN, C. et LAEVEN, L. *What Drives Bank Competition: Some International Evidence*, In.: The Journal of Money, Credit, and Banking, vol. 36, n. 3, pp. 563-583, 2004.

SZTAJN, R. *Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro*, In.: CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. 2002.

TAVARES, M. C. *Bacen: Perguntas sem resposta*, Folha de São Paulo, 08/03/1996.

VAZ, I. *Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário*, In.: CAMPILONGO, C.F.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P.T. 2002.



DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS SETORES REGULADOS: LIMITES E POTENCIALIDADES DO DIREITO CONCORRENCIAL

Murilo Otávio Lubambo de Melo¹

1. Introdução

A partir do ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho se fixa nos seguintes pontos principais: qual o âmbito de validade da Lei 8.884/94? É o direito da concorrência aplicável aos setores regulados? Haverá peculiaridades nessa aplicação? A partir de quais critérios normativos e jurisprudenciais devem se conciliar as finalidades das políticas públicas regulatórias e concorrenciais? Como adequar ao modelo brasileiro às contribuições da doutrina e jurisprudência comparada?

Na segunda parte, buscar-se-ão subsídios para contribuir com as seguintes questões: qual deve ser relação das autoridades concorrenciais com a normativa setorial? Qual o papel das autoridades antitruste na promoção da concorrência nos setores regulados? Quais os instrumentos disponíveis para fazê-lo? Quais os mecanismos de controle das normas setoriais que possibilitem práticas anticompetitivas?

2. Regulação e concorrência: excludentes ou complementares?

É atualmente difundida a relação de complementaridade entre as figuras da regulação e da concorrência. Ambas têm no conceito de eficiência econômica ponto em comum. (POSSAS, 2002). Para Marques Neto (2005, p. 71), a suposta contradição essencial entre concorrência e intervenção estatal desaparece, pois se passa a admitir a possibilidade de existir intervenção regulatória estatal em setores abertos à competição bem como aparecem modelos de regulação para a competição, voltados a introduzir a concorrência em setores antes fechados a ela.

Mercados ou setores regulados são aqueles em que não há condições econômicas, por razões históricas, estruturais ou meramente políticas, de se estabelecer regime de plena competição. A função do ente regulador é emular a concorrência. Nos mercados regulados maduros, a regulação vai cedendo

¹ Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Bolsista CNPq em Regulação e Concorrência. Extensão (set.03-fev.04) em Derecho Comunitario e Económico pela Universidad de Salamanca - España. Aprovado para Curso de Formação ENAP para o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão (Regulação). Contato: murilo_lubambo@yahoo.com

aos poucos espaço à concorrência. Como recorda Ariño Ortíz (1999, p. 561-562), o novo sentido da regulação econômica, conforme o mercado “*tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio.*”

Oliveira & Rodas (2004, p. 134) já reconhecem que praticamente todos os mercados são submetidos a alguma forma de regulação, mas a atenção maior deve ser dirigida aos mercados que estão sob regime de monopólio natural, necessitando de ação regulatória estrita. Para Nusdeo (2002, p. 162), a razão da denominação “setores regulados” está no fato de que a organização de tais setores engloba controles à entrada de agente econômicos no mercado, através dos mecanismos de concessão, permissão e autorização.

Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas *strictu sensu* há alguma incidência de regulação estatal, variando tão somente a profundidade e a intensidade dessa carga regulatória (MARQUES NETO, 2003, p. 75). A regulação será sempre necessária, mas deve ser somente a imprescindível, subsidiária e complementar ao mercado. (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 565).

A moderna teoria da regulação, que incorpora preocupações de ordem mais geral, tende a desenvolver mecanismos que gerem a convergência do antitruste com a regulação. Dentro dessa perspectiva de complementaridade, cumpre analisar quais são as problemáticas jurídicas que se põem dentro da relação entre regulação e concorrência², mais especificamente, como se darão a interpretação e aplicação das normas da concorrência nos setores regulados.

3. Proteção jurídica da concorrência nos setores regulados

3.1. Abrangência e limites da lei

O direito da concorrência, cuja norma base é a Lei 8.884/94, derivada dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia inclusive aos setores regulados. Os serviços públicos são espécie de atividade econômica em sentido amplo, e juntamente com o regime de exploração da propriedade pública formam o cerne dos setores regulados (GRAU, 2000, p. 140). Portanto, é legítima a aplicação dos princípios da ordem econômica a estes serviços. Nessa linha, vale citar as ponderações de Grau (2000, p. 238):

As regras da Lei 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propri-

² Para visão mais aprofundada e abrangente da relação jurídica entre regulação e concorrência, ver Murilo Melo (2005b).

idade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros.

A dupla face do princípio livre competição, enquanto princípio constitucional e exteriorização do interesse público, faz com que o mesmo goze “de um escudo de supremacia, quando confrontado com outras aspirações de origem não tão altaneira.” (FERRAZ, 2003, p. 210).

Não obstante a existência de outros tipos de atividades econômicas reguladas por entes específicos, sejam agências reguladoras ou o próprio poder executivo, as maiores discussões a respeito da aplicação do direito antitruste se referem aos setores de infra-estrutura ³, por suas características específicas derivadas da transição operada a partir da década de 90.

Segundo o artigo 15 da Lei 8.884/94, tal diploma normativo se aplica às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

As pessoas jurídicas de direito privado, foco tradicional das normas antitruste, devem ter a consciência que lhes são aplicáveis independentemente tanto as normas concorrenciais quanto as setoriais. No que se refere às pessoas jurídicas de direito público, o entendimento mais razoável do citado artigo, compartilhado por Fonseca (2001, p. 89), *data venia* ⁴, é que tal sujeição não só se refere aos entes que devem zelar pela aplicação da lei, mas principalmente aos agentes ativos da infração econômica. Logo, também as pessoas jurídicas de direito público incluindo as autarquias especiais poderiam em tese ser sujeitos ativos das infrações.

3.2. Setores regulados e direito concorrencial: espaços de atuação

Quanto à submissão de setores regulados ao sistema de proteção da

³ Energia, Telecomunicações, Petróleo e Gás, Transportes Terrestres e Aquáticos, sobre os quais atuam respectivamente a ANEEL, ANATEL, ANP, ANTT e ANTAQ. Nesses setores, “*la privatización y la liberalización se han visto acompañadas de un nuevo modelo de regulación para la competencia.*” (ARIÑO ORTÍZ, 1999, p. 560).

⁴ Para Coelho (1995, p. 41) “a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las a sanções.”

concorrência, Aragão (2004, p. 294) tenta traçar algumas diretrizes gerais. Afirma que se a lei for explícita quanto à submissão, deveria ser seguida à risca. Se esta silenciar, as autoridades antitruste seriam competentes. No caso dos serviços públicos, em que há particularidades e dificuldades para implantação da competição, propõe ele que a última palavra seja da agência, já que esta teria que equilibrar os objetivos regulatórios.

Para Bruna (2003, p. 27-28), para fins de aplicação do direito da concorrência não mais se dividem os mercados entre regulados e não-regulados. Na análise da questão, impõe-se investigar qual o espaço existente para a livre atuação dos agentes econômicos, segundo sua descrição, no âmbito da regulamentação setorial, pois aí as normas de proteção à livre concorrência são sempre passíveis de aplicação. A questão é saber se os comportamentos devem ser regulados pela disciplina setorial, ou “regulados” pelo Direito Concorrencial, ou seja, pelas normas atinentes à restauração ou à manutenção da liberdade de mercado.

O ente regulador usará a normativa setorial para introduzir gradativamente a concorrência, através de vários mecanismos para a constituição de espaços de conduta, nos quais os entes regulados terão liberdade de atuação. Dentro desses espaços nos setores regulados, as práticas anticompetitivas são, como visto acima, principalmente, práticas restritivas verticais, que pressupõem comportamento discriminatório (ou às vezes predatório) entre empresas que atuam em mercados relacionados verticalmente. (POSSAS, 2002, p. 67-68). Assim, é exatamente nesses espaços abertos que as autoridades concorrenciais devem atuar.

A função de regulação prudencial dos setores realizada pelas autoridades de regulação não conflita com a função de adjudicação concorrencial realizada pelas autoridades de concorrência. Portanto, não há conflito entre a atuação do CADE e das agências setoriais. Também não cabe cogitar da preponderância de uma ou outra legislação, antitruste ou regulatória, pela simples razão de que os campos de atuação são delimitados, ainda que complementares. Acrescenta o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ⁵ que a atividade judicante do CADE não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria.

Tanto o CADE como as agências reguladoras, têm, em observância ao princípio da finalidade, comprometimento com a justiça social e o bem-estar

⁵ p. 3 do Voto Vista no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 Representados: Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Santos Libra Terminais S/A – TERMINAL 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil - TECON, Julgado em 27 de abril de 2005.

econômico coletivo, razão pela qual não se podem tolerar abusos impostos pelos agentes privados, tornando-se imprescindível, por parte dos agentes no mercado a demonstração de que os benefícios gerados pela conduta, ou seja, a competitividade e a eficiência envolvidas no segmento geram bem estar coletivo, ou compensam os efeitos deletérios ao mercado ⁶.

Nesse sentido, argumenta o Conselheiro do CADE Marcelo Calliari ⁷:

[M]esmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência; [...] quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas, mas não impostas pela regulação, configurem infrações à ordem econômica; [...] há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência.

Argumento bastante utilizado para embasar a isenção antitruste é o de que a especificidade do setor econômico regulado ao lado da norma geral de concorrência, para toda a economia, faz com que se aplique o critério da especialidade. No entanto, se considerarmos por outro prisma, vemos que as autoridades antitruste são especializadas, inclusive tecnicamente na matéria da adjudicação da concorrência, enquanto as agências têm que lidar com vários interesse e objetivos. Logo, o mesmo argumento da especialidade pode ser usado em favor da aplicação das regras específicas concorrenciais em detrimento das regras gerais do setor.

Além disso, as autoridades antitruste estão preocupadas com o equilíbrio geral do sistema econômico e levam em conta o efeito de um setor e seu ordenamento nos outros setores e nos parâmetros gerais da economia. Não se pode deixar ao sabor do ente regulador a discricionariedade da aplicação de normas de tutela da concorrência nos espaços abertos. Segundo Pereira da Silva (2001, p. 7-8), o que está em jogo é a aplicação plena da Lei 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos de mercado, pois há grande risco de segmentação do direito antitruste. Trata-se da necessidade de assegurar a aplicação uniforme e sistêmica do Direito e das políticas concorrenciais no país como um todo. (NUSDEO, 2000, p. 179).

⁶ p. 77 do Parecer da Procuradoria Federal do CADE no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17 (ver nota anterior) datado de 11 de junho de 2004.

⁷ Voto no Processo Administrativo nº. 08000.002605/97-52 sobre transporte de passageiros em Minas Gerais (caso BHTRANS).

Portanto, todo o sistema brasileiro de defesa da concorrência, que inclui a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, deve dar aplicabilidade à normativa concorrencial nos espaços abertos dos setores alvo da regulação.

Como bem observou Caio Mário da Silva Pereira Neto⁸, do ponto de vista prático, os órgãos de defesa da concorrência parecem mais confortáveis para agir nesse contexto e, em alguns casos, os reguladores parecem ter uma reação mais lenta do que a das autoridades de defesa da concorrência⁹. São argumentos empírico-institucionais que corroboram a efetividade do desenho jurídico do inter-relacionamento regulação *versus* concorrência.

O ordenamento argentino, na opinião de Salomoni (2000, p. 237), “parece estabelecer uma primazia da legislação concorrencial sobre os marcos regulatórios dos serviços públicos ou atividades de interesse público, [...] [o qual apenas] cede diante dos direitos do consumidor e usuário.”

Há quem defenda ser o regulador setorial quem reúne os requisitos adequados para aferir as condições e restrições que se há de fazer à concorrência em favor das demais pautas regulatórias, bem como para compreender as peculiaridades e especificidades dos setores. Deteriam tais entes maiores informações acerca do mercado, o qual estaria sendo acompanhado permanentemente. Logo, a instrução dos atos de concentração e das condutas deveria ser levada a cabo pelo ente regulador. (MARQUES NETO, 2005, p. 83-85). No entanto, essa interpretação não é a mais condizente com os ditames do nosso ordenamento, nem leva em conta a aplicação uniforme da política pública de concorrência.

É claro que, pautado pelos objetivos da política pública setorial, pode o ente regulador determinar regras de atuação dentro desses espaços, no seu papel com vistas à introdução, promoção e preservação da concorrência. Também é possível que a proteção da concorrência esteja presente como fundamento dessas disposições, como reflexo do desdobramento da política regulatória daquele setor, imbuída dos princípios constitucionais da livre concorrência e de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico.

⁸ Em Palestra proferida no dia 18 de maio no IV Congresso Brasileiro de Regulação organizado pela ABAR, intitulada “Regulação e Defesa da Concorrência: Espaços e Interfaces”, disponível em <<http://www.abar.org.br/congresso>> Acesso em: 15 dez 2005.

⁹ No mesmo sentido, POSSAS (2002, p. 68): “Parece incrível, mas muitas agências não fazem isso [monitorar as práticas anticompetitivas]; elas nem sequer se dão conta dos graves problemas concorrenciais que estão acontecendo debaixo dos seus olhos.”

O fato de a agência prever certas condutas como não desejáveis por razões de competição ou não permitidas sob a ótica da tutela da concorrência não impede a atuação das autoridades antitruste como aplicadores das normas gerais. Como nos lembra Nusdeo (2000, p. 184), é possível que as agências tomem medidas para cessação de práticas em desobediências às regras por elas emitidas que estejam prejudicando a concorrência nos mercados, e mesmo, imponham penalidade para infrações.

Isso conduz a que os entes regulados dentro desses espaços podem estar sujeitos a dois tipos de sanções por dois órgãos, o que é perfeitamente admissível. Em outras palavras, o ente que contraria, com a mesma conduta ou configuração estrutural, tanto as normas de concorrência quanto a norma setorial poderá sofrer dupla imposição.

3.3. Imunidade antitruste nos setores regulados: critérios e limites

Nas décadas de 50 a 80 os setores regulados eram reservados à prestação estatal e infensos à concorrência, pois se imaginava que a defesa da concorrência tutelava apenas os interesses particulares dos agentes econômicos privados interessados em disputar mercado. Era a regulação não concorrencial, intrinsecamente ligada à tese de que a existência de um arcabouço regulatório recaindo sobre um setor da economia impedia a incidência de normas concorrenciais gerais. (MARQUES NETO, 2005, p. 70; 77).

Na década de 90, verificou-se que o interesse público poderia ser alcançado também pela promoção da atuação dos agentes de mercado. (MARQUES NETO, 2005, p. 71). Tal visão encontra-se em consonância com a modelagem jurídico constitucional brasileira. A mudança para um modelo de regulação pró-concorrência fez com que a introdução sistemática da competição possibilitasse a atuação de novos atores nos espaços abertos. Caem então por terra os argumentos de imunidade absoluta da aplicação do direito concorrencial aos setores regulados.

No entanto, é de se reconhecer a existência de atividades ou setores que tenham imunidade antitruste por opção explícita da política governamental através de disposição expressa em lei¹⁰. Além disso, outras ações ou condutas vêm sendo reconhecidas como imunes por critérios implícitos, ou seja, determinadas características impostas pelo modelo de regulação a partir dos *estândares* normativos estabelecidos. Como bem lembra Forgioni (2005, p. 211, grifos da autora), “*a isen-*

¹⁰ No direito brasileiro, é viável a isenção em bloco, através de leis específicas autorizadas de restrições concorrenciais em determinado setor ou atividade, que prevalecem sobre a regra geral. (FORGIONI, 2005, p. 228).

ção [antitruste] ¹¹ é assim utilizada para afastar ou arrefecer o moto concorrencial, possibilitando o funcionamento do setor de acordo com sua lógica particular, não baseada exclusivamente no resguardo da competição.”

O direito americano tem experiência com tais questões e desenvolveu alguns critérios para pautar a aplicação das normas antitruste. Tais critérios vêm sendo utilizados na jurisprudência do CADE como subsídios à análise de condutas e atos de concentração. Esclarece Marques Neto (2005, p. 80) que os raciocínios que embasam tais teorias são mais úteis para a aplicação no Direito Brasileiro do que elas em si, devido às especificidades do direito americano. O importante, no nosso entender, é que a regra seja a aplicação do antitruste e que as teorias sejam usadas no sentido de configurarem *exceções permitidas*.¹²

Nos EUA, a configuração de competências federativas confere papel de regulação setorial em sua maior parte aos Estados Membros e não à União. Isso não impede que as teorias surgidas lá sejam utilizadas no Brasil. Em primeiro lugar, porque aqui há setores em que a competência regulatória é dos Estados e Municípios, como no caso do saneamento e transporte público ¹³, e determinados aspectos do gás natural. Em segundo lugar, é possível que estudos doutrinários adaptem tais construções para que se conformem com o sistema constitucional vigente.

A *Pervasive Power Doctrine*¹⁴ afirma que a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste desde que o poder conferido à agência seja amplo (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade. Tal amplitude se verifica quando:

a) o poder da agência reguladora é extenso, conferido em intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Em outras palavras, configura-se caso a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se

¹¹ Uma das “válvulas de escape”, como pontua a autora (FORGIONI, 2005, p. 228), ao lado das autorizações, da *rule of reason*, do elástico conceito de mercado relevante e do jogo de interesse protegido.

¹² Por isso, devem ser *interpretadas restritivamente*. (FORGIONI, 2005, p. 229).

¹³ Para análise da aplicação da *state action doctrine* no âmbito da regulação municipal ver acórdão da lavra do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo N° 08012.006507/98-81, julgado em 06 de agosto de 2003.

¹⁴ Nos EUA, diferentemente da *State Action*, a *Pervasive Power Doctrine* é aplicada na relação entre as agências federais de regulação e autoridades antitruste. Logo, tal raciocínio pode ser expandido diretamente para o caso brasileiro.

uma situação na qual “[...] há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 210); ou

b) o poder é profundo, pois já inclui a competência para aplicar a lei antitruste. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja adotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 204;210;211).

A hipótese do *poder profundo* como caracterizador da amplitude de poder do ente regulador não encontra base no nosso ordenamento jurídico. Tratar-se-ia aí de aplicação setorializada do direito da concorrência. A Lei 8.884/94 deve ser aplicada pelas autoridades antitruste, e o CADE é única entidade legalmente instituído para aplicar sanções derivadas dos atos e condutas contrários à concorrência. As agências, além da obrigação de acompanhar permanentemente os mercados, têm o dever de cooperação e auxílio às autoridades antitruste.

A *State Action Doctrine*¹⁵ confere a imunidade excepcional na configuração dos seguintes requisitos: (a) a regulamentação deve expressar inequivocamente política de substituição do regime concorrencial pelo regulado; e (b) o Estado deve supervisionar ativa e constantemente o cumprimento das obrigações impostas pela regulação. É certo então que a “aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração do serviço público mediante concessão haveria a imunidade” (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 202).

¹⁵ São vários os exemplos na jurisprudência do CADE da utilização de tal doutrina: I) SDE/MJ *ex officio* v. Auto Diesel Ltda. e outras. Processo Administrativo no 08000.021660/96-05. Conselheiro Relator Antonio Fonseca; II) Companhia Nacional de Álcalis e outros v. Companhia Estadual de Gás (CEG) e Riogás S.A. Processo Administrativo no 08012.006207/98-48. Conselheiro Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto; III) AMUT P&C v. BHTRANS e outros. Processo Administrativo no 08000.002605/97-52. Conselheiro Relator Marcelo Calliari, citado supra; IV) Ato de Concentração no 08012.000035/00-68. Conselheiro Relator Mércio Felsky. Requerentes: Gas Brasileiro Distribuidora Ltda., SNAM S.p.A. e Società Italiana Per Il Gas.

Para o Conselheiro Cleveland Prates¹⁶:

Na incorporação, desta teoria ficou assentado que a deficiência na supervisão ativa do mercado é uma condição de atuação dos órgãos de defesa da concorrência. Contudo, é necessário, ainda, a presença de uma lacuna regulatória, entendida como a inexistência de previsão de um conjunto de regras específicas de atuação dos agentes no mercado, ou, quando este conjunto permite margens de atuação livre do poder de fiscalização do órgão regulador.

Os critérios da *State Action* são semelhantes aos do *poder de extensão* da *Pervasive Power Doctrine*. São utilizados nos casos em que todas as condutas possíveis são reguladas, ou seja, não há espaço de manobra. Entretanto, o mais comum é que dentro de setor regulado, tal situação de não opção se verifique apenas parcialmente. Isso impede, em parte, a aplicação de tais doutrinas, pois há possibilidade de escolha de condutas¹⁷.

Há também a *Noerr-Pennington Doctrine*, fixada a partir de dois precedentes da Corte Suprema dos EUA¹⁸. No primeiro, afirmou-se que a lei antitruste americana (Sherman Act) não se aplicava a uma campanha conjunta de empresas controladoras de estradas de ferro, formando grupo de pressão que demandava a adoção de leis prejudiciais ao mercado de transportes terrestres ferroviários¹⁹. No segundo, estatuiu-se que esforços conjuntos para influenciar autoridades públicas no sentido de que adotem determinadas condutas, seja administrativa ou legislativa, com o objetivo de eliminar a concorrência não são contrárias às leis antitruste. Em outras palavras, pedidos ou *lobbies* organizados de boa-fé não podem servir de base para a sujeição às leis concorrenciais.

Na adaptação ao ordenamento brasileiro dessa doutrina, caso determinadas empresas organizadas em conjunto pressionassem legalmente o governo ou o parlamento no sentido de tomarem algumas medidas, por exemplo, para

¹⁶ Voto no Ato de Concentração nº. 08012.004818/2000-82, julgado em 18 de fevereiro de 2004.

¹⁷ Fundamentação usada pela Conselheira Hebe Romano no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Caso Finasa).

¹⁸ *Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) & *United Mine Workers of Am. v. Pennington*, 381 U.S. 657, 670 (1965), Disponível em: <www.supremecourtus.gov> Acesso em: 15 dez. 2005.

¹⁹ Herbert Hovenkamp, in *Federal antitrust policy* (apud FORGIONI, 2005, p. 213), “Under Noerr, a firm that makes misleading or even untruthful claims to the government in order to get the government to injure the petitioner’s competitors has antitrust immunity [...]”

“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” ou “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”²⁰, que causassem efeitos anticompetitivos, não estariam elas configuradas como autoras de condutas puníveis. Ou ainda, empresas envolvidas em ações antidumping não estariam sujeitas às penalidades previstas nas leis antitruste.

A aplicação de tais critérios no sistema jurídico brasileiro deve levar em conta as peculiaridades do nosso ordenamento, como já salientado, o que inclui analisá-los à luz da nossa estrutura federativa, das competências legais e institucionais das agências e autoridades antitruste e, acima de tudo, do sistema constitucional vigente.

3.4 . *Princípios regentes: peculiaridades na aplicação*

Resta saber se a aplicação do direito da concorrência dentro desses espaços em que há margem de conduta deve atender a determinadas peculiaridades. A lógica na aplicação do direito da concorrência tem que levar em conta a tônica dos princípios que regem a normativa setorial. Para Salomão Filho (2001, p. 71), “(...) a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados.”²¹

Apesar de serem setores mais concentrados, será sempre necessário levar em conta as peculiaridades econômicas e regulatórias ao se verificar a legalidade (a aderência ao direito concorrencial) de condutas e de estruturas percebidas no setor. (MARQUES NETO, 2005, p. 80). O caráter mais interventivo é contrabalanceado pelo fato de que é amplamente conhecido que, nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disso, objetivos de interesse público, tais como universalização, continuidade e qualidade da prestação nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste.

Pereira da Silva (2001, p. 17-18, grifos nossos) sugere então que

[O] CADE deve relativizar a aplicação do direito da concorrência nestes setores, sopesando concretamente os valores da esfera setorial com os prin-

²⁰ Artigo 21, incisos IV e V da Lei 8.884/94.

²¹ Na mesma linha, ver POSSAS (2002, p. 67): “o CADE intervém em determinadas situações exatamente porque se supõe que mercados concentrados gerem, mais ou menos, espontaneamente, condutas anticompetitivas.”

cípios da ordem econômica. Por tal razão, é que deve ser desenvolvida a idéia de concorrência possível. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias.

Para equilibrar adequadamente a aplicação dos princípios concorrenciais nos setores regulados, deve-se ter em mente os valores, os princípios e as finalidades que norteiam a normativa setorial. Por isso, é de fundamental importância o conhecimento do espírito que rege as normas setoriais para a análise dos casos que envolvem esses setores.

No caso do Banco Finasa, o Conselheiro Celso Campilongo²² observou que “aspectos específicos do setor serão obrigatoriamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se ‘válvulas de escape’ por meio da regra da razão. Aqui, o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica quanto em setores ‘normais’ da economia.”

Sobre os limites da aplicação das normas antitruste, recente parecer da Procuradoria do CADE²³ afirma que a competência do ente regulador para determinados aspectos relacionados à concorrência não retira a competência do CADE em demonstrar quais os aspectos estruturais do serviço precisam ser modificados para adequação aos preceitos da livre concorrência, sob pena da não aprovação da operação. Desse modo, são juridicamente viáveis determinações do CADE contra empresa em setor regulado, desde que seja proveniente de decisão autônoma²⁴ do CADE em relação à agência, nos limites suficientes a extirpar os efeitos lesivos à concorrência do mercado não satisfatoriamente regulado.

O princípio da proporcionalidade, apoiado por toda a dogmática construída em cima dele, parece ser o melhor parâmetro de aplicação do direito

²² Grifos nossos no Voto de Vista no Processo Administrativo nº 08012.006762/2000-09, julgado em 28 de novembro de 2001

²³ p. 31-33 do Parecer da Procuradoria Federal do CADE, datado de 5 de abril de 2005, nos atos de concentração apresentado pela Companhia Vale do Rio Doce, nºs: 08012.000640/2000-09; 08012.001872/2000-76; 08012.002838/2001-08; 08012.002962/2001-65; 08012.005250/2000-17; 08012.005226/2000-88; 08012.006472/2001-38.

²⁴ Para García de Enterría (2001, p. 282), a validade das decisões autônomas repousa na norma básica de organização, a qual definiu sua estrutura e delimitou seu âmbito e sua esfera material de funcionamento e atuação, portanto não está hierarquicamente subordinada às fontes de nenhuma outra organização. Continua o autor (2001, p.283): “*En el seno de ese ámbito autonómico propio constitucional o legalmente establecido la norma autonómica es suprema y excluye a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico.*”

da concorrência nesses espaços. Devendo ser observado tanto na esfera judicial como na administrativa, tal princípio “envolve sempre a mensuração ou entre o benefício para o interesse público em face da restrição para a propriedade privada, ou entre uma e outra medida à disposição do poder público, obrigando sempre a escolha da medida menos gravosa ao indivíduo sujeito ao poder central.” (MARQUES NETO, 2003, p. 88). Ele vai embasar tanto os meios quanto os fins da política pública da concorrência, norteando a aplicação da legislação antitruste desde a caracterização da conduta lesiva ou efeitos da concentração até as sanções finais eventualmente dispostas.

A jurisprudência do CADE acatou tal princípio, por exemplo, nesse trecho do voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr.²⁵: “O princípio da proporcionalidade de certo modo condiciona o exercício das funções legislativa, executiva e judicial, visando impedir abusos, excessos ou interpretações dessarrazoadas que possam violar os direitos constitucionalmente consagrados.”

Em suma, o equilíbrio e a ponderação dos princípios na aplicação do direito da concorrência aos setores regulados devem ser alvo de estudos doutrinários mais focalizados.

4. Autoridades de concorrência e normativa setorial

4.1. Possibilidade de interpretação e aplicação pelo CADE

É desdobramento da questão anterior a definição de qual deve ser o posicionamento do CADE em relação às normas setoriais. Pode-se afirmar que a análise da normativa setorial é de fundamental importância para compreender o setor que contextualiza o procedimento ou análise de ato, principalmente seus parâmetros econômicos. Desse modo, as autoridades de concorrência têm na normativa setorial banco de dados para definir o mercado relevante, para caracterizar o poder econômico e seu abuso e ainda meio fundamental para a análise do custo/benefício de atos de concentração.

Interessante questão levantada por PEREIRA DA SILVA (2004, p. 29) é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial.

É mais consoante com o desenho institucional brasileiro, porém, acreditar que o CADE não deve aplicar diretamente a legislação setorial, pois tal

²⁵ Grifos nossos no Voto Vista no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 (Caso White Martins).

aplicação foge à sua competência definida em lei. Além disso, o CADE não pode dar interpretação diversa de aspectos técnicos da interpretação manifestada pela agência, já que é a esta última que incumbe por lei a regulação do setor.

Os votos no caso TVA contra TV Globo discutiram a possibilidade de o CADE interpretar e aplicar a normativa setorial. O Conselheiro Celso Campilongo²⁶ afirmou que não cabe ao CADE invocar nem criar norma geral que imponha obrigação à concessionária e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Pode o CADE, porém, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham *impactos concorrenciais*, profereindo uma decisão com base na Lei da Concorrência. Segue o Conselheiro:

[É] absolutamente imprópria qualquer aplicação, analógica ou teleológica, supostamente extensiva ou sistemática, pelo CADE, da legislação que regula um setor específico (TV a cabo), que conta com agente regulador próprio [...] Qualquer atuação do CADE, nesse sentido, ultrapassaria, em muito, sua competência, por si só já bastante ampla, de adjudicação do direito da concorrência e invadiria, com indisfarçável ofensa à legalidade, competências regulatórias da ANATEL, do Ministério das Comunicações ou do Poder Legislativo. (p. 3, grifos nossos).

Caso contrário, não haveria a menor necessidade de órgãos reguladores dotados de agilidade normatizadora, especialização profissional e independência técnica, como é o caso das agências. Por outro lado, como visto, tal especialidade no setor não pode servir de base para que os entes reguladores ultrapassem suas competências legais principalmente no que se refere à adjudicação da concorrência.

Tal caso (TVA/Globo) ocorreu, no entanto, em setor com marco regulatório definido e estável. Quando existe um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação do regulamento²⁷.

²⁶ Voto de Vista no Processo Administrativo nº 53500.000359/99.

²⁷ Na Representação nº 07/93, da CEBRACAN contra Rodonal - entidade de classe das empresas de transportes, o Conselheiro Antônio Fonseca afirmou que o regulamento federal do setor de transportes era precário, desatualizado e inadequado à conjuntura jurídico-econômica de então. Continua ele: “A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência”.

A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação. (PEREIRA DA SILVA, 2001, p. 29).

É justificável a conclusão de que, diante de regulamentações que possam trazer graves prejuízos à concorrência e, por conseguinte, aos interesses da coletividade, bem como no caso de inexistir regulamentação necessária à realização desta finalidade, tem-se por admissível o preenchimento destas imperfeições pelo CADE que deverá atuar somente em hipóteses excepcionais e diante de problemas concretos que lhe são trazidos. (PEREIRA DA SILVA, 2001, p. 30).

O fundamento desta ação de completude de lacunas, segundo nosso entendimento, não representa competência subsidiária do CADE em regular mercados inadequadamente regulados mas o de dar aplicabilidade à legislação concorrencial e aos princípios constitucionais, no cumprimento de seu papel institucional. A autarquia não pode permitir atos e condutas danosos à concorrência, derivados de “falhas” e “buracos” na regulação.

4.2. Colaboração na promoção da concorrência

É sabido que a introdução de espaços de concorrência nos setores regulados é levada a cabo pelos entes reguladores. Este ato faz parte da concretização da promoção da concorrência, um dos objetivos da política regulatória do setor. A questão que se propõe é se há espaço de atuação das autoridades de concorrência, especialmente do CADE na promoção da concorrência, ou seja, na abertura de espaços concorrenciais.

Conforme atesta Caio Mário da Silva Pereira Neto²⁸, há espaço para as autoridades antitruste colaborarem na definição dos espaços concorrenciais dentro dos setores regulados. O CADE vem reconhecendo tal papel e, aos poucos, vai estabelecendo os contornos de sua potencial atuação. Quando, diante da análise dos espaços concorrenciais, o CADE vislumbra possibilidade de ajudar na introdução da concorrência, ou seja, promovendo a ampliação de determinado espaço, pode adotar recomendações ou sugestões.

A decisão do Conselheiro Celso Campilongo no caso Comgás²⁹ condena a exacerbação de metas regulatórias em detrimento da concorrência. O Conse-

²⁸ Em palestra citada *supra*.

²⁹ Voto no Ato de Concentração nº 08012.004550/1999-11.

lheiro Cleveland Prates no caso Goiás³⁰ entende que o CADE tem uma função primordial como “promotor” da concorrência, identificando os possíveis problemas derivados da regulação e sugerindo as alterações para o bom funcionamento do mercado. Continua o Conselheiro: “É fato que o ideal seria que os órgãos de defesa da concorrência fossem previamente consultados antes mesmo da elaboração dos editais de licitações, ou no caso específico, da legislação que criou a empresa”. Esta última sugestão merece acolhida e será analisada mais adiante.

Sobre o poder dos entes reguladores de estabelecer os critérios das concessões, deve-se observar que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência³¹. As autoridades de concorrência podem examinar e opinar sobre vários assuntos na sua função de promotora da concorrência, inclusive na definição dos critérios de preço, dos contratos de concessão e no próprio desenho de um leilão. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 154).

Também aspectos de ordem técnica, como a fixação de determinados padrões de qualidade, podem afetar a estrutura de mercado e constituir barreiras à entrada, merecendo exame das autoridades concorrenciais. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 154). São condizentes com seu papel institucional as recomendações do CADE ao poder concedente para que tome providências voltadas à tutela da concorrência.

Quanto à SEAE, é constatado que seu papel institucional de mentor de políticas econômicas tanto regulatórias como concorrenciais constitui o fundamento para possibilitar sua atuação como promotora da concorrência nos setores regulados. Nessa linha, o Projeto de Lei do Poder Executivo 5.877/2005, que estrutura o SBDC, explicita o papel da SEAE como componente do sistema ao definir suas competências, principalmente na análise dentro dos setores regulados:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico:

I - promover a concorrência no âmbito dos fóruns apropriados no Ministério da Fazenda, no âmbito de outros órgãos de governo e perante a sociedade de maneira geral;

II - opinar sobre as normas submetidas pelas agências reguladoras a consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada

³⁰ Voto no Ato de Concentração nº 08012.005516/2001-11, julgado em 14 de julho de 2004.

³¹ Fundamento do Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Caso Gaspisa, Ato de Concentração n. 08012.002455/2002-11, julgado em 06 de agosto de 2003.

pele Ministro de Estado da Fazenda, podendo, inclusive, requisitar quaisquer informações de organizações públicas ou privadas que visem a subsidiar suas análises;

IV - identificar, analisar, elaborar estudos e propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos que afetem ou possam afetar a livre concorrência nos diversos setores econômicos do País;

(...) omissis

Podem ainda as autoridades antitruste sugerir modos de introdução da concorrência derivado de sua especialização na matéria, como os constantes da pauta de reforma regulatória, isto é, mecanismos de compartilhamento compulsório de redes, obrigação de desverticalização na cadeia de atividades que envolvam monopólios naturais, separação jurídica e contábil de atividades, vedação de subsídios cruzados, desagregação obrigatória de redes, supressão de áreas reservadas ou de mecanismos de privilégios ou supressão, via regulação ou outorgas compulsórias de barreiras de entrada.

Outra hipótese surge quando o ente regulador decide restringir os espaços já abertos, seja implantando novos requisitos, ou impondo barreiras à entrada. Nesse caso, o CADE deve agir de forma mais incisiva, pois as funções de protetor e promotor da concorrência se fundem e embasam fortemente sua atuação jurídico-institucional.

4.3 Censura de normas setoriais

Sabe-se que, no processo de produção da normativa setorial, a apreciação e valorização dos fatores em jogo na decisão reguladora:

[...] no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita, aunque ciertamente una de las tareas fundamentales del ente regulador ha de consistir en la redacción y aprobación de normas reglamentarias a través de las cuales se vayan desarrollando y concretando cada vez más los principios contenidos en las leyes. (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 611-612).

No entanto, a submissão dos entes reguladores (pessoas jurídicas de direito público) à Lei 8.884/94, como analisado *supra*, conduz à conclusão de que as regras antitruste devam ser levadas em conta quando do exercício do poder regulamentar ou em outras decisões da agência. A atuação da agência deve efetivamente levar em consideração os efeitos de seus atos sobre a concorrência.

Tais considerações aumentam de importância quando se observa a possibilidade de “captura” do ente regulador, expressão cunhada pela doutrina

para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. Alerta Bruna (2003, p. 44) que nas relações de agência a motivação do representante pode não coincidir com os interesses dos representados.

A agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. Trata-se de uma faceta dos fenômenos da distorção das finalidades dos setores burocráticos estatais. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 369-370).

É intuitivo que, sem controles específicos, a agência “capturada” se volte à realização de interesses privados, dentre os quais um dos mais imediatos é o desejo de exercer o poder econômico de maneira abusiva ou de atribuir a si mesmo vantagens advindas de configurações de mercado anticompetitivas.

Nusdeo (2000, p. 184) levanta a hipótese de o CADE atuar diante de situações concretas em que as normas emitidas pelas agências reguladoras, por exemplo, na definição da estrutura dos mercados ou na regulação de interconexões e uso da infra-estrutura alheia pelos prestadores de serviço sejam prejudiciais à livre concorrência. No mesmo sentido, Pereira da Silva (2001, p. 22) analisa a possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras que, por não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção, sejam contrários à concorrência.

É certo que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, expressão das políticas públicas setoriais, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores³².

Acontece que há determinadas condutas que são lastreadas pelo próprio marco regulatório, quando este eventualmente não tenha observado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nem as limitações horizontais e verticais da regulação. Desse modo, tal âmbito normativo exorbitante pode dar margem a condutas anticompetitivas dos próprios entes regulados, por haver restrição regulatória de tal modo que, dentro de seu espaço de atuação, sejam diminuídas sensivelmente suas opções de conduta. Seria o caso de editais de licitação e contratos de concessão exorbitantes que dêem margem a conduta anticompetitiva.

Não é dado ao CADE poder sancionador sobre as agências, mas, tão somente, como deixa claro o artigo 7º, X da Lei 8.884/94, a capacidade de requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados,

³² p. 3 do Voto Vista do Conselheiro Villas Boas Cueva no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17.

Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei. A mera leitura do dispositivo legal torna claro que, em relação aos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo Federal, o CADE requisita, ou seja, pratica ato mandamental, não se admitindo o seu descumprimento. Quando o destinatário for órgão estadual ou municipal, e em respeito ao pacto federativo constitucional, o CADE somente solicita providências, visando adequar os normativos destes órgãos à Lei Federal de defesa da concorrência³³.

Há julgados do CADE que indicam a possibilidade de que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho. Importante decisão do CADE, neste sentido, foi na Averiguação Preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC, quando se discutiu a ocorrência de acordo entre empresas de transporte aéreo, com o objetivo de estabelecer tarifas únicas para a ponte aérea Rio - São Paulo, com a aprovação do citado órgão regulador. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 174). Considerando que a legislação específica do setor permitia a elaboração de tais acordos, apesar de haver indícios de prática concertada entre as empresas, entendeu a Conselheira Lúcia Helena Salgado³⁴ que se tratava

[...] de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão.

Pereira da Silva (2001, p. 27-28), em interessante passagem, defende:

Não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências. Ora, se as leis setoriais não adotam a isenção antitruste, já que reconhecem a competência do CADE, por que não poderia um ato infralegal contrário à Lei 8.884/94 ser suspenso ou de alguma forma censurado pelo Conselho – o qual tem o

³³ Voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer no Processo Administrativo Nº 08012.006507/98-81, julgado em 06 de agosto de 2003.

³⁴ Averiguação Preliminar nº 08000.025.925/96-54 - Representado Inspetoria Regional da SDE em São Paulo *ex officio*. Representado: Departamento de Aviação Civil -DAC. Relatora: Cons. Lúcia Helena Salgado. Julgado em 9 de setembro de 1998.

dever de aplicar referida Lei? É até admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas. Mas, reconhecer que o exercício de poder regulamentar seja exercido ao arrepio da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma – o que representa uma teratologia com base no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei Antitruste Argentina traz disposição digna de aplauso. O Tribunal de Concorrência poderá, quando considerar pertinente, emitir opinião em matéria de concorrência e livre iniciativa a respeito de leis, regulamentos, circulares e atos administrativos. (SALOMONI, 2000, p. 222).

Nesse contexto, parece não haver óbices para a instituição de determinados procedimentos do CADE que tivessem agência reguladora como alvo. Quanto ao teor da decisão de procedimento no CADE com a participação da agência, deve-se levar em conta a ausência de poder hierárquico do CADE sob pessoas jurídicas de direito público, o que impede o exercício do poder sancionador.

Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios.” (COELHO, 1995, p. 41).

4.4. Instrumentos de controle judicial de normas setoriais

4.4.1 CADE e controle judicial de atos normativos das agências

Diante desse quadro, pode-se argumentar que a vinculação das agências aos princípios da ordem econômica, a sujeição delas ao cumprimento da Lei 8.884/94 e as disposições setoriais que contemplam, dentro da política regulatória, a liberdade de concorrência abrem espaço para a possibilidade de *controle judicial de atos que sejam nocivos à concorrência*.

Lembra-nos Bruna (2003, p. 268) que, para ser considerado efetivo, um controle judicial deve, de início, estar disposto a avaliar, no campo dos fatos, as alternativas que estavam à disposição da autoridade, a fim de poder-se, com isso, assegurar o cumprimento da finalidade legal consagrada pelos legisladores. O papel do Judiciário é procurar dar às leis que instituíam delegações uma interpretação conforme a Constituição.

A discricionariedade somente pode ser reconhecida após o exame objetivo das circunstâncias fáticas em questão, a fim de se verificar: (1) a efetiva existência de mais de uma decisão igualmente razoável perante a situação de fato; e (2) a presença de uma opção legislativa, implícita ou explícita, no sentido de que a autoridade administrativa decida como o legislador do caso concreto, mediante juízos de oportunidade e conveniência. (BRUNA, 2003, p. 141).

Em termos concretos, para fazer valer o interesse coletivo, pode o CADE, fazendo uso de sua Procuradoria, requerer medidas judiciais visando à cessação da infração, conforme deixa claro o artigo 10º, III, da Lei Concorrencial, no qual se lê:

Art. 10º. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

III – requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visam à cessação de infrações da ordem econômica;

É, assim, possível o seu ingresso em juízo para a defesa da competição nos mercados, em outras palavras, a defesa das condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral. (NUSDEO, 2000, p. 185). Vale salientar que o pressuposto para que a Procuradoria do CADE faça uso de medidas judiciais é que o próprio plenário já tenha decidido acerca da matéria e tenha chegado à conclusão de que ocorreu ou vem ocorrendo infração da ordem econômica.

Desse modo, ato normativo de agência que causasse efeitos nefastos à concorrência seria ilegal e passível de controle judicial, desde que o CADE tenha se pronunciado previamente sobre os danos efetivos ou potenciais de tais atos, refletidos nas condutas anticompetitivas das empresas.

São úteis, portanto, todas as conclusões doutrinárias sobre o controle judicial dos atos administrativos de delegação em geral e sobre a atividade regulatória, no que se refere aos limites e potencialidades. A atuação judicial da Procuradoria do CADE para cessar infrações lastreadas por normas setoriais deve buscar fundamento argumentativo em tais critérios. Nesse caso, pode ser levada adiante inclusive através da ação civil pública.

4.4.2. Papel do Ministério Público

O Ministério Público Federal (MPF) tem importância decisiva na tutela da concorrência, elevada à categoria de interesse difuso, pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94, no qual se lê que a coletividade é a titular dos bens

jurídicos protegidos pela Lei. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais devem recorrer a esta entidade para propiciar a efetiva proteção à concorrência. A Lei Concorrencial prevê, em seu artigo 12, que membro do Ministério Público Federal deverá officiar nos processos em tramitação no CADE, e, no parágrafo único, estatui que o CADE poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais.

O CADE pode utilizar-se do mecanismo da representação para o Ministério Público, que, no cumprimento da Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993, atuará de acordo com as competências dispostas no artigo 6°:

Art. 6° Compete ao Ministério Público da União:

I - promover a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar;

II - promover a ação direta de inconstitucionalidade por omissão;

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

(...)

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

(...)

b) à ordem econômica e financeira;

Pode o MPF propor ação civil pública quando a livre concorrência, interesse difuso, for violada. Por fim, o instrumento jurídico extremo para impedir que atos normativos legais ou administrativos causem danos potenciais ou efetivos à concorrência é o controle concentrado de constitucionalidade, proposto em ação direta de constitucionalidade, depois de elaborada representação pelo CADE. Este parece ser o caminho mais efetivo para o controle das normas emitidas por entes reguladores que dão margem a práticas competitivas.

É necessário que o Ministério Público e o CADE caminhem em estreita cooperação para a utilização de todos os instrumentos constitucionais disponíveis na aplicação do direito concorrencial.

4.5. Eficácia do controle prévio

Sobre a eficácia do controle prévio das normas, entende-se como inovadora a disposição do § 3º do art. 16 do Projeto de Lei do Poder Executivo sobre as agências reguladoras, nº 3.337/2004, em que se lê:

Art. 16.

(...) omissis.

§ 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda sobre minutas de normas e regulamentos, previamente à sua disponibilização para consulta pública, para que possa se manifestar, no prazo de até trinta dias, sobre os eventuais impactos nas condições de concorrência dos setores regulados.

Dá-se à autoridade do Ministério da Fazenda, no caso a SEAE, a competência de análise *ex ante* das normas setoriais que possam ter impactos nas condições de concorrência dos setores regulados. Funcionará como espécie de controle prévio das normas do setor, o que não dispensa o controle posterior de legalidade.

Tal disposição constitui avanço na medida em que privilegia a unidade sistemática na aplicação da legislação de defesa da concorrência. Ressaltam Correa e Pereira Neto (2005, p. 17) que a participação da SEAE evita efeitos anticompetitivos de novas regulamentações e até mesmo impulsiona alterações pró-competitivo na moldura regulatória. Para os autores citados (2005, p. 17), “[e]sta disposição poderá também reduzir a probabilidade de captura na medida em que uma autoridade de defesa da concorrência geral estará monitorando o processo regulatório.” Em termos gerais, a intervenção dos órgãos de concorrência no âmbito do processo de produção de normas das agências reguladoras pode ajudar a corrigir eventual contaminação de interesses pela influência direta das empresas do setor. (NUSDEO, 2000, p. 189).

São patentes as dificuldades práticas da implantação de tal mecanismo. Em primeiro lugar, é certo que o grande número de atos normativos demandará número equivalente de técnicos para analisá-los dentro da SEAE. Ainda, é visível que, de certa forma, tal mecanismo possa atrasar a produção normativa, impondo-lhe ônus maiores, indo de encontro às características do Direito Administrativo Econômico, o qual exige respostas céleres e flexíveis aos problemas³⁵. Indiscutível, porém, é que tal instrumento representa eficaz controle da atuação normativa das agências e facilita o controle posterior dos efeitos anticompetitivos das condutas.

³⁵ Para as características do Direito Público da Economia, tais como a heterodoxia da produção normativa e acentuado caráter técnico das decisões ver Mateo (1985, p. 15-26).

Vale lembrar que o processo de produção das normas setoriais contempla período de consulta pública, que precede a adoção dos atos normativos, durante o qual se possibilita a discussão acerca dos efeitos dos dispositivos a serem implantados. É nesse espaço que as autoridades de concorrência podem atuar. Maior participação delas em tal período seria meio eficaz de controle dos efeitos anticompetitivos das normas setoriais. (NUSDEO, 2000, p. 185). Nesse sentido, a melhor sugestão é a do Projeto de Lei 5.877/2005, que, pelo seu art. 19 transcrito *supra*, oportuniza a atuação da SEAE durante as consultas públicas, o que não atrasaria o processo de produção.

5. Conclusões

As concepções modernas de regulação e de concorrência contemplam a relação de complementaridade entre as duas figuras. Chegou-se ao entendimento de que o direito da concorrência, derivado dos princípios constitucionais da ordem econômica, é aplicável a todos os setores da economia inclusive aos setores regulados. Isso se confirma pela vinculação dos entes reguladores a tais princípios, a sujeição deles ao cumprimento da Lei 8.884/94 e as disposições setoriais que contemplam, dentro da política regulatória, a liberdade de concorrência.

Portanto, a função de regulação prudencial dos setores realizada pelas autoridades de regulação harmoniza-se com a função de adjudicação concorrencial realizada pelas autoridades de concorrência. Os espaços de atuação são definidos pelo ente regulador no seu papel de introdutor gradual da concorrência e devem ser identificados pelas autoridades de concorrência, para que atuem na sua proteção. A aplicação do direito antitruste deverá levar em conta o princípio da proporcionalidade e do interesse público.

As imunidades implícitas ou explícitas ao antitruste devem seguir critérios legais, auxiliados pelos jurisprudenciais, na exata medida da harmonização dos princípios constitucionais da ordem econômica. A análise da normativa setorial é fundamental para compreender os parâmetros econômicos do mercado relevante e a configuração do abuso do poder econômico.

No entanto, em setores regulados, o CADE não deve interpretar nem aplicar especificamente a normativa setorial. É reservado às autoridades de concorrência, entretanto, o papel de colaborar com a promoção da concorrência, através de recomendações e sugestões e da participação nas consultas públicas para contribuir com a construção do marco regulatório. É razoável também conceber atuação mais interventiva do CADE na promoção de tais espaços em caso de graves prejuízos à concorrência, quando inexistir regulamentação necessária ou adequada.

No que se refere aos mecanismos jurídicos disponíveis para o controle das condutas danosas lastreadas por moldura regulatória, observa-se que são de variada natureza. Podem ir desde a censura até a ação direta de inconstitucionalidade. Pode o CADE requerer medidas de cessação da prática, e, através de sua Procuradoria, pleitear medidas judiciais, ou ainda, elaborar representação ao Ministério Público Federal.

A solução mais efetiva, porém, é a articulação prévia das autoridades de concorrência com os entes reguladores na compreensão dos efeitos das disposições normativas setoriais, que é a tônica tanto do Projeto de Lei das Agências quanto do Projeto que reforma o SBDC.

6. Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos. (2004). *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 524 p.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. (1999). *Principios de Derecho Público Económico. (Modelos De Estado, Gestión Pública y Regulación Económica)* Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación. 933 p.
- BRUNA, Sergio Varella. (2003). *Agências Reguladoras: Poder Normativo, Consulta Pública, Revisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 287 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. (1995). *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*. São Paulo: Saraiva. 171 p.
- CORREA, Paulo. & PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. (2005). *Delegação de Funções para Agências Reguladoras Independentes: Mudanças Propostas pelo Projeto de Lei n.º 3.337/04*. Coletânea de Artigos. Gustavo Binenbojm (org.) Rio de Janeiro, mimeo.
- FERRAZ, Sérgio (2003). “Regulação da Econômica e Livre Concorrência: uma Hipótese” *Revista de Direito Público da Economia* n. 1 p. 202-213, jan/fev/mar, Belo Horizonte: Fórum.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. (2001). *Lei de Proteção da Concorrência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 486 p.
- FORGIONI, Paula A. (2005). *Os Fundamentos do Antitruste*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 571 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 10 ed. Madrid: Civitas. 828 p.
- GRAU, Eros Roberto. (2000). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Malheiros. 366 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. (2002). *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. 639 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (2003). “Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal” *Revista de Direito Público da Economia* n. 1, p. 69-93, jan/fev/mar, Belo Horizonte: Fórum.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (2005) “A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste” *Regulação Brasil. n° 1, Ano 1*. Porto Alegre, Associação Brasileira de Agência de Regulação (ABAR org.), p. 69-87, 147 p.

MARTÍN MATEO, Ramón. (1985). *Derecho Público de la Economía*. Madrid: Ceura.

MELO, Murilo Otávio Lubambo. (2005a). “Considerações sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras e a Defesa da Concorrência nos Mercados Regulados” *Anais Eletrônicos do IV Congresso Brasileiro de Regulação*. maio 2005, Tropical Hotel, Manaus. Promoção Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR). Disponível em CD ROM.

MELO, Murilo Otávio Lubambo. (2005b). *Regulação e Concorrência: Interface Jurídica*. Monografia (Conclusão de Curso). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 95 p.

NUSDEO, Ana Maria. (2000). “Agências Reguladoras e Concorrência” *Direito Administrativo Econômico*. SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) p. 159-189, São Paulo: Malheiros.

OLIVEIRA, Gesner. & RODAS, João Grandino. (2004). *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar. 350 p.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. (2001) *Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos*. Working Paper n.10/01, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/227.pdf>> Acesso em: 22 out. 2005

POSSAS, Mário. (2002). “Regulação e Incentivo à competição” *Regulação, Defesa da Concorrência e Concessões*. SARAVIA, Enrique; PECCI, Alketa & BRASÍLICO, Edson Américo (org). p. 59-68, Rio de Janeiro: FGV.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (2001). *Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 159 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). *Direito Concorrencial: as Estruturas*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 374 p.

SALOMONI, Jorge Luis. (2000). “Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência da Argentina” *Direito Administrativo Econômico*. SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) p. 211-238 São Paulo: Malheiros.



OS POSSÍVEIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA CLÁUSULA *MFN*

*Cristiane de Oliveira Coelho**

I. Restrições verticais

Para identificar um acordo vertical, a Comissão Europeia, em suas Orientações relativas às restrições verticais¹, estabelece três elementos principais. O primeiro é que se trate de acordo ou prática concluída entre duas ou mais empresas, ou seja, os acordos feitos com clientes finais que não operam como uma empresa não são abrangidos. Note-se que o termo operar como empresa significa mais do que simplesmente ser uma empresa; na verdade, o que quer dizer a expressão é que, dentro da relação comercial, ambos os pólos operem atividades empresariais. O segundo requisito é de que cada uma das empresas, no contexto do acordo ou da prática, opere em um nível diferente de produção ou da cadeia de distribuição.² Por fim, o terceiro requisito é de que o acordo ou prática diga respeito aos termos em que as partes no acordo, o fornecedor e o comprador, podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços, que podem ser utilizados pelo comprador como um fator de produção ou como um simples produto para revenda.

As restrições verticais podem trazer certos efeitos negativos ao mercado. Primeiramente, elas podem levar a uma exclusão de outros fornecedores ou outros compradores por meio de um aumento de obstáculos à entrada, ocorrendo o chamado fechamento de mercado; podem também facilitar a colusão entre competidores, reduzindo a concorrência intermarcas entre as empresas que operam no mercado; outro efeito negativo seria o de diminuir a concorrência intramarcas. O primeiro efeito, o de fechamento de mercado, pode ocorrer por meio de um aumento de custos dos rivais, seja por um aumento das barreiras à

* Estudante do último ano de Direito da Universidade de Brasília - UnB

¹ Commission notice de 13 de outubro de 2000: Guidelines on vertical restraints. 2000/C 291/01.

² Podem existir acordos concluídos entre empresas concorrentes que possuem características de acordos verticais. Ou seja, dentro do acordo as empresas operam em diferentes níveis de produção ou distribuição sendo que, no entanto, ampliando-se a perspectiva de observação, tais empresas contratantes são concorrentes. É o caso, por exemplo, de um fabricante se tornar distribuidor dos produtos de outro fabricante. Nesse caso, a análise de eventual ilícito anticompetitivo deve sempre comportar a presunção de que a restrição vertical pode falsear a concorrência no mercado horizontal e, portanto, deve-se buscar eficiências que justifiquem a imposição de restrições.

entrada para competidores potenciais, seja por meio de um aumento dos custos de competidores efetivos. O segundo efeito, de facilitação de colusão entre produtores, fornecedores ou distribuidores também pode ser facilitada por meio de implementações de estratégias empresariais que permitam que as empresas monitorem o preço de seus produtos intermediários por meio de um monitoramento de flutuação de preços dos produtos finais.

É importante reconhecer que as restrições verticais, entretanto, tem, freqüentemente, efeitos positivos: promovendo a concorrência a nível de qualidade. Para empresas que não possuem poder de mercado, os acordos verticais restritivos também podem se mostrar muito importantes na medida em que possibilitam que o novo entrante otimize seus processos de fabricação e distribuição. Nesse sentido, as restrições verticais podem solucionar, por exemplo, os problemas de parasitismo (“free rider”), de captividade (“hold-up”) – que é o problema de o fornecedor ter que realizar vultosos investimentos antes de oferecer seu produto específico, de economias de escala e de padronização da qualidade.

II. As cláusulas MFN

As cláusulas “most-favoured-customer” (MFC), também conhecidas como cláusulas “most-favoured-nation” (MFN), são previsões contratuais utilizadas em acordos verticais que estipulam a obrigação de que o vendedor-contratante cobre, pelas mercadorias vendidas ao comprador-contratante, o menor preço cobrado de qualquer outro comprador. Assim, se o vendedor reduz o seu preço a um cliente, ele deverá também reduzir o preço cobrado de seu “cliente mais favorecido”³.

Estas cláusulas são freqüentemente vistas pela doutrina e pela jurisprudência como possuidoras de efeitos pró-competitivos uma vez que implicariam em eficiências como a proteção do preço, garantindo sempre preços mais baixos ao comprador-contratante, ou como a impossibilidade de discriminação vertical, já que o efeito imediato dessas cláusulas é a uniformização do tratamento dispensado pelo vendedor a diferentes clientes. As cláusulas MFN também garantem ao comprador-contratante a obtenção de preços menores sem incorrer em custos associados à busca de informações sobre os preços ofertados a outros compradores.

Não se pode, entretanto, considerar tais cláusulas como inquestionavelmente legais sob o aspecto do direito antitruste. As cortes americanas já se manifestaram várias vezes nesse sentido, afirmando que as cláusulas

³ Esta cláusula também é uma figura contratual utilizada no comércio internacional e consiste no acordo feito entre dois países sob o qual cada um deles se compromete a estender ao outro quaisquer privilégios dispensados a um terceiro país.

MFN não são legais *per se* e, portanto, podem ser submetidas à investigação dos Departamentos de Justiça.⁴

As preocupações das autoridades antitruste relativas a tal cláusula não dizem respeito, entretanto, a efeitos verificados na relação vertical entre os vendedores e compradores, mas sim, a possíveis efeitos anticompetitivos que as restrições verticais podem gerar nos mercados horizontais dos compradores ou dos vendedores.

III. Os possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas MFN

A doutrina reconhece três diferentes mecanismos pelos quais as cláusulas MFN podem constituir embaraços à livre concorrência. Nesses casos, a cláusula funcionaria como (i) meio facilitador da coordenação entre concorrentes, (ii) como meio de contenção da concorrência ou, por fim, (iii) como um meio de elevar os custos de concorrentes levando a um fechamento de mercado.

O termo “facilitador de coordenação horizontal” refere-se às condutas praticadas pelas empresas que permitem a obtenção de preços supracompetitivos por meio de uma atividade não-cooperativa, porém previsível, porque utilizada repetitivamente. A cláusula MFN, dependendo do contexto em que ela é inserida, pode funcionar como um desses elementos facilitadores de coordenação, pois possibilita que os membros de um determinado cartel, por exemplo, monitorem os demais membros.

Como se sabe dentre os riscos enfrentados pelas empresas em um cartel, está o perigo de que um dos participantes fraude o acordo por meio de uma redução do preço acordado e acabe ganhando participação no mercado sobre seus competidores. Assim, um dos maiores custos associados ao cartel é, justamente, o custo de monitoração de seus membros. A cláusula MFN reduz tais custos por meio de uma redução dos incentivos de que o participante do cartel fraude os demais por meio de uma redução do preço a um de seus clientes, já que essa redução levaria a uma redução generalizada. De fato, de acordo com Hovenkamp:

*“The MFN clauses effectively make discriminatory price reductions very expensive and easy to detect, giving the cartel a new set of policemen: customers.”*⁵

⁴ United States v. Delta Dental, 943 F.Supp. 172 (D.R.I.1996) e Blue Cross & Blue Shield v. Klein, 117 F.3d 1420 (6th Circuit 1997).

⁵ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice. 2a ed. St. Paul: West Group, 1999. p.177.

Tal conduta foi objeto de investigação por parte do FTC no caso Ethyl⁶, em que se imputou a dois dos quatro competidores no mercado de aditivos de chumbo a adoção unilateral de cláusulas MFN que serviriam como práticas facilitadoras de cartel. A Corte americana, entretanto, entendeu que, no caso em questão, o FTC não conseguiu provar os efeitos anticoncorrenciais da conduta e não conseguiu afastar a característica pró-competitiva das cláusulas MFN que, a primeira vista, vão ao encontro do direito da concorrência. A Corte também alegou que as evidências eram de que os próprios consumidores pareciam concordar e até mesmo preferir tais cláusulas, o que afastaria as alegações de que tal prática prejudicaria os consumidores de aditivos de chumbo.⁷

De todo o exposto, portanto, percebe-se que a identificação da cláusula MFN como um mecanismo facilitador da coordenação ainda não representa um grande risco antitruste para as empresas que visam adotar tal cláusula em contratos de fornecimento.

Outra consequência anticompetitiva possível de ocorrer com a utilização das cláusulas MFN, como anteriormente dito, é a contenção ou redução da concorrência. Esse efeito ocorre tanto como resultado de um menor incentivo do vendedor para negociar reduções de preço, quanto de uma diminuição dos esforços dos compradores em barganhar, já que estes possuem menos incentivos para investir em negociações com vendedores que, de antemão, consideram altamente oneroso dar descontos. Assim, um dos efeitos da cláusula MFN é a redução da concorrência por meio de um desincentivo para negociar.

A cláusula MFN também leva a uma contenção da concorrência na medida em que proporciona uma facilidade aos competidores-compradores permitindo que cada um saiba os custos de seus rivais referentes a determinado produto e tenha a garantia de que sua posição competitiva não será afetada negativamente por um concorrente que consiga preços melhores de um fornecedor chave.

Por fim, outra forma de conter a concorrência seria a utilização de uma cláusula MFN por um fornecedor com poder de mercado com a intenção

⁶ Ethyl Corp., 1001 FTC 425 (1983), revisto sob a denominação du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F. 2d 128 (2nd Cir 1984).

⁷ JOSEPH KATTAN diz que a preferência do consumidor pode não ser um bom termômetro para a aferição de danos decorrentes da utilização das cláusulas MFN. Como o interesse individual de cada um dos compradores é por preços mais baixos em relação a seus competidores e não os mais baixos possíveis, não lhes importa, em termos, se existe um prejuízo coletivo com a utilização da cláusula. Para os compradores é melhor proteger-se de variações relativas de preços do que engajar em transações competitivas. (In.: Beyond facilitating practices: price signaling and price protection clauses in the new antitrust environment, 63 ALJ 133, Vol. 1, 1994)

de desencorajar uma demanda por descontos por parte de um comprador também com poder de mercado. O fornecedor criaria um falso poder de barganha, pois sempre recorreria ao argumento de que a diminuição do preço para o comprador levaria a redução do preço dos demais.

Deve-se ter em conta, no entanto, que tal consequência só ocorre quando, no mercado comprador, existem vários concorrentes, isso porque, quando há poder de mercado no lado da demanda, as cláusulas MFN são benéficas e, muitas vezes, ajudam na redução dos preços. Tal evidência foi empiricamente constatada por uma pesquisa feita por GREETHER & PLOTT em que seus alunos participavam de negociações simuladas. Os autores concluíram que:

*“The characteristics of the demand side of the market might play a role in determining the effect of these clauses – leading to lower prices where large buyers account for a large share of the purchases in the market but higher prices where small buyers account for a large share of the purchases in the market.”*⁸

Além do mais, dificilmente tal aspecto das cláusulas MFN seria bastante para se sobrepor aos efeitos positivos que a cláusula enseja, quais sejam, o de proteção do preço e uniformização do tratamento dispensado aos diversos consumidores, como anteriormente mencionado. Ademais, em toda a bibliografia consultada, não se mencionou qualquer caso de condenação, ou mesmo investigação pelos órgãos competentes, por condutas assemelhadas. O caso mais parecido seria o já mencionado caso Ethyl em que o juiz relator confirmou a tese de que os efeitos de contenção da concorrência não seriam suficientes para superar os efeitos positivos da cláusula, dizendo:

“even though such clauses arguably reduce price discounting, they comport with the requirements of the Robinson – Patman Act, which prohibits price discrimination between customers.”

Conclui-se, portanto, que tampouco tal alegado efeito anti concorrencial justificaria a não adoção da cláusula MFN pelas empresas.

A última consequência anticoncorrencial da cláusula MFN identificada pelos doutrinadores e aplicadores do Direito Antitruste seria a monopolização por meio de um aumento dos custos de seus rivais (sejam eles concorrentes efetivos ou potenciais). É que uma das formas de se introduzir falsas barreiras à

⁸ Citado por KATTAN em artigo mencionado na nota anterior.

entrada de um novo participante ou de dificultar o estabelecimento de um competidor seria por meio de um aumento dos custos marginais referentes a um determinado custo – com matérias-primas ou com distribuição - que, normalmente, não seria considerado caro por este último competidor. Uma das formas de se fazer isso é exatamente pela utilização de uma cláusula MFN pelos outros competidores líderes de mercado, que não se importariam em pagar um preço levemente acima do preço competitivo com vistas a dificultar uma possível negociação entre o fornecedor e o novo entrante.

Um dos primeiros casos em que tal conduta foi discutida foi no caso *Ocean State*⁹, no qual a legalidade da cláusula MFN estava sendo contestada. Neste caso, a seguradora Blue Cross demandava que se aplicasse a cláusula MFN prevista em seus contratos aos médicos que também haviam se afiliado a uma nova organização de seguro de saúde. O pagamento feito por esta última contemplava divisão de lucros, mas também previa que, no caso de prejuízos, esses seriam divididos com os médicos. A seguradora Blue Cross afirmava que os médicos também teriam que aceitar pagamentos menores se a segunda alternativa ocorresse, por força da cláusula MFN. Como resultado, vários médicos se desligaram da nova operadora de seguro. As decisões judiciais, no entanto, consideraram que tal conduta não seria anticompetitiva uma vez que, a primeira vista, tal cláusula tem como resultado a diminuição de preços ao consumidor.

Em 1993, no entanto, o Departamento de Justiça americano demonstrou não considerar o caso *Ocean State* como um paradigma no caso de cláusulas MFN. Em uma carta endereçada ao Conselheiro de Seguros de Saúde da Pensilvânia¹⁰, o departamento recomendou a não aceitação da cláusula MFN imposta pela Blue Cross of Western Pennsylvania (BCWP), que asseguraria preços favorecidos a esta seguradora face aos preços dos demais contratantes. Tal cláusula teria sido trazida à baila pela empresa por perceber que dela estavam sendo cobrados preços mais altos que dos demais contratantes, apesar de ser a maior compradora. O Departamento de Justiça, entretanto, afastou tal alegação dizendo que tal prática aumentaria o custo dos competidores e que, se realmente a Blue Cross era uma das maiores usuárias de serviços hospitalares, ela teria outros meios, ainda mais competitivos, de reduzir seus custos com hospital.

Outra evidência de que as cláusulas MFN podem ser consideradas problemáticas pelas autoridades antitruste, quando possuem o efeito de limitar

⁹ *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 692 F. Supp. 52 (D.R.I. 1988), *aff'd*, 883 F.2d 1101 (1st Cir. 1989), certiorari negado em 1990.

¹⁰ Carta enviada pela Assistente do Procurador Geral, Anne Bingaman, à Conselheira de Seguros de Saúde da Pensilvânia, Cynthia Maleski, em 7 de setembro de 1993.

a entrada de um novo concorrente no mercado por meio de uma elevação dos custos dos rivais, é o caso *Medical Mutual of Ohio* (antes denominada *Blue Cross & Blue Shield of Ohio*).¹¹ Nesse caso, o Departamento de Justiça Americano (DOJ) acusou a maior operadora de planos de saúde da região de utilizar-se de prática anticompetitiva consistente em exigir, por meio de cláusulas MFN, que os hospitais cobrassem dos competidores da *Medical Mutual* preços no mínimo 15% mais caros do que lhe cobravam. Apesar da principal acusação ser a de que a mencionada cláusula contratual levava a um aumento dos custos dos concorrentes, dificultando sua entrada ou impedindo seu crescimento, também foi alegado pelo DOJ que a cláusula MFN estaria reduzindo a competitividade por preços, descontos e inovações tecnológicas entre os hospitais e operadoras de planos de saúde de Cleveland. Em 1999, a *District Court* de Ohio homologou um acordo entre o DOJ e a *Medical Mutual*, pelo qual esta consentiu em deixar de utilizar as cláusulas MFN na região.

IV. Conclusão

JONATHAN BAKER¹² afirma que grandes compradores devem preocupar-se com possíveis investigações antitruste quando negociam cláusulas de proteção de preço como, por exemplo, cláusulas MFN. Diz ele que estes compradores devem estar preparados para demonstrar que sua atitude realmente visa assegurar preços menores e condutas não discriminatórias, e que o simples argumento de que o propósito do contratante-comprador é de não ser desfavorecido frente a compradores menores, apesar de seu volume de compras, pode não ser suficiente.

Deve-se ressaltar, entretanto, que as conseqüências anticompetitivas desta cláusula devem ser sopesadas face às conseqüências benéficas que, geralmente, se sobrepõem àquelas no entendimento das autoridades da concorrência (é de se lembrar que a discriminação imotivada de concorrentes já foi diversas vezes condenada pelas autoridades antitruste, e a cláusula MFN seria um bom instrumento para impedir tal discriminação). Ademais, poucas foram as situações em que se questionou e efetivamente se analisou a legalidade de tal cláusula, portanto, uma conclusão sobre seus efeitos anticompetitivos é ainda incipiente.

¹¹ *United States v. Medical Mutual of Ohio, Inc.*, 63 Fed. Reg. 52,764, instaurado em 1º de outubro de 1998.

¹² In.: Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer” clauses. 64 ALJ, 1996.

V. Bibliografia

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4ª ed. Boston: Little, Brown, 1988.

BAKER, Jonathan. Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer” clauses. 64 Antitrust Law Journal, 1996.

BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

CULUM, Kevin. Memorandum in opposition to petition to set aside civil investigative demand number 11466 and in support of petition for enforcement. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0075.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2005.

DEPARTMENT OF JUSTICE, Health Care Task Force: Recent Enforcement Actions. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/public/health_care/2044.htm Acesso em: 15 de outubro de 2005.

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael. Vertical restraints and Competition Policy. Research Paper 12, Office of Fair Trading, 1996.

EUROPEAN COMMISSION. Guidelines on Vertical Restraints. 2000/ C 291/ 01. Disponível em: <http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEUCompetitionLaw/4-NoticeVertiRestraints.pdf>.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence Anthony. Cases and Materials on Antitrust. St. Paul, MN: West Pub. Co., 1989.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE, São Paulo: Ed. Singular, 1998.

HOLMES, William C. Antitrust Law Handbook. New York: Clark Boardman Callaghan. 1994.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice. 2ª ed. St. Paul: West Group, 1999 (Hornbook Series).

KATTAN, Joseph. Beyond facilitating practices: price signaling and price protection clauses in the new antitrust environment, 63 Antitrust Law Journal 133, Vol. 1, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as Conduas. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003.



BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR - UMA ANÁLISE CONCORRENCIAL SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA

*Ludmila Passos Holtz**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo maior o estudo da alocação de riquezas entre consumidor e produtor, no contexto das relações de mercado no Brasil, sob uma perspectiva de análise prioritariamente antitruste, servindo como base para análise a Lei n° 8.884/94, que inclusive possui proposta de alteração já em trâmite no Congresso Nacional. Além da análise legislativa, será feito um estudo doutrinário do assunto, baseado no confronto de obras de autores nacionais e estrangeiros. Ao final do trabalho, pretende-se vislumbrar um parâmetro de aplicabilidade do conceito de “Bem-estar do Consumidor” à realidade prática brasileira que possa servir de parâmetro jurídico (com alguma influência econômica) para análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas pelas autoridades antitruste brasileiras.

Introdução

Enquanto ciência, o Direito se debruça sobre o estudo das relações multifacetadas entre os indivíduos que convivem em sociedade, sob o enfoque normativo, a fim de traçar limites formadores, em larga medida, de parâmetros de comportamento que promovam a conformação de interesses individuais num ambiente de paz social, para que, na medida em que organizada, a sociedade possa se direcionar em busca de fins maiores que reflitam seus interesses como Estado.

Nesse contexto, o Direito Econômico se insere como a área do Direito que se presta a estudar e disciplinar as relações jurídicas de mercado, cujos problemas foram colocados pela intervenção do Estado na Economia.¹

É complexa sua classificação segundo as áreas tradicionais do Direito, pois que a princípio, não poderia ser estritamente enquadrado nem como público, nem como privado, eis que o compõem tanto normas que disciplinam as relações entre o Estado e os agentes econômicos, como também normas que regulam as relações entre os próprios agentes econômicos, que interagem de forma extremamente dinâmica. Assim, o Direito Econômico revela seu importante papel como o Direito da Organização e do Desenvolvimento Econômico de um Estado,

*Estudante de Direito da PUC-SP.

¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

gerado pelo próprio Estado, pela iniciativa privada ou a partir da dialética estabelecida entre os dois.²

Nesse sentido, é a empresa, como unidade de decisão econômica e célula de base do Sistema Econômico e Social, que se apresenta como objeto fundamental do Direito Econômico, no contexto de uma Economia de Empresa, que leva em conta três interesses: o Interesse Geral, o interesse peculiar a cada empresa e os interesses particulares dos indivíduos³. O equilíbrio desses três interesses é o que corresponde, portanto, ao dia-a-dia do Direito Econômico, influenciado de maneira mais que determinante pelo “movimento de progresso” típico da vida em sociedade no mundo capitalista.

Em outras palavras, busca-se por meio do Direito Econômico compor e intermediar o embate entre o poder econômico privado e o poder econômico público, o que se dá mediante a adoção pelo Estado de políticas, com vistas ao direcionamento dos vieses econômico e jurídico por uma disciplina preponderantemente macroeconômica das relações⁴.

O Direito Econômico, em última instância, está destinado a reger a Política Econômica à conveniência do Estado. Daí porquê muitos doutrinadores, como PAULA A. FORGIONI⁵, defenderem a idéia de ter o Direito Econômico um caráter eminentemente instrumental, pois ao não encerrar um fim em si mesmo, se presta e depende da política econômica adotada pelo Governo de um Estado, determinada, sobretudo, pelo direcionamento ideológico daqueles que ora ocupam o Poder.

Independente disto, a intervenção do Estado na Economia por meio da utilização do Direito Econômico para gerenciar a interação entre o Poder Público e o Privado tornou-se imprescindível, na medida em que o processo de concentração econômica (tendência esta que se iniciou no século XIX e que revolucionou a concepção atomística preconizadora da plena liberdade dos componentes do mercado⁶) tornou-se uma constante no contexto do mercado e que comprovadamente pode trazer, além do aumento de eficiência para a empresa (conceito a ser tratado a seguir) e o desenvolvimento econômico para o país, efeitos nefastos à Economia, por conta do abuso do poder econômico em detrimento do bem-estar da sociedade, e do bem-estar do consumidor, em última análise.

² CHAMPAUD, Claude *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

³ CHAMPAUD, Claude *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* op. cit., p. 14.

⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

⁵ Os Fundamentos do Antitruste – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.

⁶ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* op. cit., p. 15.

O Direito Econômico atualmente, portanto, nada mais é senão um reflexo jurídico das mudanças econômicas derivadas dos processos históricos capitalistas, que por provocação da concentração econômica e principalmente da globalização econômica, surge como solução jurídica para proteger a liberdade de concorrência dentro de um cenário em que imperam valores sociais⁷, com vistas ao equilíbrio das relações de mercado.

Nesse contexto, revela-se de suma importância estudar o papel do valor “bem-estar”, especificamente do ponto de vista microeconômico nacional, ou seja, do consumidor no Brasil, cujos interesses muitas vezes são “apropriados” pelo Poder Econômico Privado, contra a que não possui mecanismos de defesa suficientemente eficientes, face sua posição de desvantagem econômica e política em relação aos produtores (empresas privadas) e a falta de tradição no campo da defesa do consumidor e da concorrência, devido à legislação recente e, principalmente, à inexistência de cultura de defesa desses direitos consolidada no Brasil.

1. Introdução ao conceito de bem-estar

1.1. O bem-estar – breve reflexão

Intuitivamente, sabemos o que nos traz a sensação de bem-estar: a sensação de não frustração, o que, a *contrario sensu*, implica a realização de algum desejo/anseio próprio, ou seja, a materialização de um interesse.

Todavia, o bem-estar de que aqui se trata não é um simples “contentamento”, que seria talvez mais fácil de se proporcionar pela redução das carências do indivíduo à escala dos seus meios e pela aceitação das limitações essenciais à sua classe sócio-econômica e às suas oportunidades. Implica, em verdade, um sentimento de ordem mais profunda de “realização pessoal”, através de atividades construtivas e recompensadoras em si mesmas.⁸

O bem-estar, portanto, consiste em componentes de ordem psicológica e prática, na medida em que ao mesmo tempo em que é sensação humana (extremamente subjetiva, portanto) provocada pelo sentimento de realização, é traduzida na materialização fática da consequência da dita realização no contexto particular da vida dos indivíduos, como a criação de um sistema de saúde eficiente para atender a uma determinada sociedade.

⁷ FARJAT, G. *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco in “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

⁸ CLARK, John Maurice in “Instituições Econômicas e Bem-estar Social”, tradução de Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 114.

Do ponto de vista jurídico-filosófico, o bem-estar residiria na realização das liberdades do indivíduo asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. Tais liberdades correspondem à gama de permissões concedidas pelo ordenamento jurídico, desde que o indivíduo possua a capacidade e os meios habilitadores para efetivá-las.⁹

1.2. O bem-estar geral ou da coletividade – análise contratualista

A partir da noção delineada acima, entende-se que, sendo o bem-estar a sensação advinda da realização plena das liberdades do indivíduo inserido num contexto de “Ordem Democrática”, ao se estender tal conceito ao plano coletivo tem-se que a idéia de bem-estar geral ou da coletividade está ligada à satisfação, embora muito difícil que seja de maneira plena, de um interesse comum a todos afetados por um mesmo conjunto de circunstâncias fáticas ensejador da concretização de um direito, aqui entendido como liberdade.

Isto posto, não é necessário muito para já ocorrer a associação da idéia descrita acima à “vontade geral” de Rousseau, um dos grandes pensadores contratualistas do modelo de Estado Democrático, marco do pensamento jurídico-político-filosófico da humanidade. Explica-se.

O fundamento do Estado rousseauiano é a “vontade geral” entendida como “vontade” emergente do atrito entre as vontades particulares de todos os cidadãos, peculiar ao processo conjugado de decisão que visa à acomodação de interesses em Assembléia, local onde se daria a “destruição” das vontades particulares para benefício do interesse comum. Tal conceito, todavia, divergiria do que seria a vontade de todos – a soma dos interesses particulares dos cidadãos. São palavras de Rousseau:

“Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta só atende ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão uma soma das vontades particulares. Porém, tirando estas mesmas vontades, que se destroem entre si, resta como soma dessas a vontade geral”.¹⁰

Destarte, a vontade geral seria a soma das diferenças das vontades particulares e não o conjunto das próprias vontades individuais. Logo, o aparamento das arestas peculiares aos interesses dos particulares para seu devido encaixe na forma da vontade coletiva não haveria porquê descontentar o indivíduo, uma vez que inserida no contexto da vontade geral também está a sua.

⁹ CLARK, John Maurice *in op. cit.*, p. 120.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1980, p. 32.

Nota-se que a existência de interesses particulares em conflito é da essência da vontade geral no corpo político, o que atribui à Política uma condição de formadora do interesse comum.

Da mesma forma, pode-se conceber também o conceito de bem-estar geral ou coletivo. Trata-se da satisfação coletiva de um interesse geral comum a todos, promovendo uma sensação geral de realização e o melhor atendimento às necessidades gerais, tendo como objetivo precípua o alcance do maior benefício possível a ser convertido em proveito de todos.

Nesse contexto, o Estado como instituição aglutinadora das pessoas que abdicaram de sua condição natural de individualidade, que, através de seus órgãos componentes e de suas normas, se insere como o promotor de soluções aos anseios coletivos, promotor, portanto, do bem-estar geral ou coletivo.

2. O bem-estar do consumidor – breve análise econômica do conceito

Em meio ao cenário de uma sociedade capitalista de consumo, o bem-estar da coletividade adquire uma roupagem peculiar.

Partindo-se do pressuposto que todos nós somos consumidores em algum momento de nossas vidas, seja como consumidores de bens, serviços ou informação, rigorosamente, até mesmo um miserável marginalizado da sociedade que “vive” (ou melhor, sobrevive) com um orçamento diário inferior a um dólar, pode ser considerado consumidor, mesmo que só consuma o equivalente ao pouco, ou quase nada, que seus recursos permitam.

Cumpre ressaltar que, não se pode confundir os conceitos de “consumidor” e “cidadão”, que, aliás, nada têm a ver um com o outro, na medida em que consumidor, conforme a legislação brasileira, é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final¹¹, enquanto que cidadão é, em sentido amplo, aquele que tem participação efetiva na vida social e na vida do Estado, e em sentido estrito, aquele que está em pleno gozo dos direitos políticos, que possui a qualidade de ser eleitor, podendo votar e ser votado.¹²

A ciência econômica há muito já se ocupa do estudo da relação dos consumidores e seu bem-estar no contexto mercadológico. A esse respeito, foi desenvolvida uma teoria que, em linhas gerais, busca medir o bem-estar geral, e, especificamente, o bem-estar do consumidor através da mensuração da “efici-

¹¹ Art. 2º da Lei nº 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”).

¹² SILVA, José Afonso da *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 19ª ed., p.108.

ência” advinda da alocação dos recursos disponíveis (recursos de trabalho, de capital, tecnologia, naturais etc.), que são finitos e escassos no mundo.¹³

De acordo com essa teoria, a promoção de bem-estar estaria diretamente relacionada com a boa administração dos ditos recursos de maneira a proporcionar à sociedade, e, particularmente, ao consumidor, o melhor proveito deles. Logo, para se “maximizar” o bem-estar há que se buscar a alocação de riquezas mais eficiente no contexto de um mercado perfeitamente competitivo¹⁴, conforme conceito desenvolvido pelo economista francês Vilfredo Pareto¹⁵, um dos autores da Teoria Microeconômica Neoclássica.

Para esse economista, a alocação de riqueza mais eficiente, ou seja, a que proporcionasse maior grau de eficiência econômica, seria aquela que implicasse a melhora da situação de um indivíduo sem piorar a de nenhum outro, o que em Economia é chamado de “melhoria de Pareto”.¹⁶

Mas o que poderia ser considerado uma “melhoria de Pareto” para o consumidor, no que diz respeito ao aumento de seu bem-estar?

Em realidade, não seria necessária grande análise a respeito do tema, tendo em vista que nós, na qualidade de consumidores sabemos o que nos provoca uma sensação de “realização” quando adquirimos um bem ou usufruímos um serviço prestado: o fato de termos despendido um valor do nosso patrimônio igual ou inferior ao que estávamos dispostos a pagar pelo bem ou serviço por nós escolhido.

Para melhor ilustrar o acima dito, peguemos o exemplo de um consumidor qualquer que deseja comprar um par de alpargatas de um certo modelo, em couro, por no máximo de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Na hipótese deste consumidor conseguir comprar as alpargatas por R\$ 49,00 (quarenta e nove reais), terá ocorrido um ganho de bem-estar. Caso o mesmo consumidor só con-

¹³ NUSDEO, Fábio *in* “Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico”, 3ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 23-28.

¹⁴ o mercado perfeitamente competitivo ou de “competição perfeita”, como é dito mais usualmente, é aquele em que o poder econômico encontra-se descentralizado, na medida em que há no mercado uma diversidade e produtores ou prestadores de serviços, não sendo constatada a ocorrência de concentração econômica, e que se mantém por força da livre concorrência. Nesse sentido, vide FORGIONI, Paula A. *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 155.

¹⁵ MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, pp. 389-414.

¹⁶ VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.

seguisse comprar o bem desejado por R\$ 51,00 (cinquenta e um reais), teria sofrido uma diminuição de seu bem-estar, em que pese a pequena diferença entre o valor previamente disponibilizado e o valor efetivamente despendido, ou seja, a pequena diminuição relativa de seu patrimônio, a referida compra demandou um desrespeito ao limite por ele previamente imposto, o que acarretou num desequilíbrio de ganhos entre ele – o consumidor – e o produtor, que conseguiu efetuar a venda do bem por um preço superior ao que o consumidor estava inicialmente disposto a pagar. Nesse caso em particular, constata-se uma ineficiência de Pareto¹⁷, vez que ocorreu um aumento de bem-estar do produtor em detrimento do bem-estar do consumidor.

Em regra, o consumidor busca no mercado bens e serviços de melhor qualidade e menor preço possível, enquanto que o produtor procura vender um bem ou serviço que demande menos recursos para sua produção, o que pode significar um bem ou serviço de pior qualidade ou não, pelo maior preço possível. Assim, quando um consumidor consegue comprar um bem por um preço inferior ao que estava disposto a pagar, isso acontece porque o produtor aceitou vendê-lo nessas condições, abrindo mão de parte do seu ganho, do seu lucro propriamente dito, que eventualmente adviria da transação. Nesse momento, deu-se a transferência de parte do excedente do produtor para o consumidor, gerando uma alocação diferente de riquezas, representada pelo ganho de bem-estar do consumidor, e perda do bem-estar do produtor, de outra parte.¹⁸

De outra forma, quando um consumidor adquire um bem por um preço superior ao que inicialmente estava disposto a pagar, isso acontece porque o consumidor aceitou despendar mais de seu patrimônio, abrir mão de mais uma fatia de sua riqueza, para efetuar a transação. Nessa situação, ocorreu a transferência de parte do excedente do consumidor para o produtor, gerando uma alocação de riquezas diferente da descrita anteriormente, representada pela perda de bem-estar do consumidor e ganho de bem-estar pelo produtor, em consequência.

A bem da verdade, a alocação de riqueza descrita acima não necessariamente implicaria em perda de bem-estar para o consumidor, uma vez que o ganho para o produtor poderia vir a ser convertido em melhorias tecnológicas, por exemplo, o que em médio-longo prazo lhe traria benefícios maiores que o eventual ganho que poderia ter sido gerado a partir da negociação das alpargatas.

¹⁷ VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.

¹⁸ MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 263.

Assim, o verdadeiro bem-estar não significa apenas o ganho financeiro em uma transação, mas a melhor alocação dos excedentes (do consumidor e do produtor) para a maximização dos ganhos globais no mercado.

O bem-estar do sistema, assim, residiria no alcance do equilíbrio entre os interesses das duas partes: consumidor e produtor, tarefa esta incumbida pelo Direito ao Antitruste.¹⁹

2.1. A questão da utilidade dos bens

Há ainda um fator muito importante a ser discutido quanto ao bem-estar do consumidor: a relatividade subjetiva, conforme o grau de utilidade²⁰ do bem ou serviço para cada consumidor específico.

Voltando-se um pouco ao exemplo das alpargatas, o ganho de bem-estar proporcionado pela compra do bem por R\$ 1,00 (um real) a menos do que o esperado pode causar níveis de bem-estar diversos, conforme a situação do consumidor. Em regra, quanto melhores as condições econômicas do consumidor, menos será sentido o acréscimo de bem-estar advindo da “pequena” economia na compra das alpargatas. O que também pode ser relativizado pelo grau de utilidade atribuído àquele bem.

A utilidade é um conceito econômico que diz respeito à mensuração do prazer ou satisfação que uma determinada cesta de bens proporciona a um consumidor. Tal conceito está intimamente ligado a gostos e preferências do consumidor, que atribui a um bem ou serviço um valor subjetivo específico.²¹ Assim, se um consumidor de ótima condição econômica busca adquirir a tal alpargata para que possa utilizá-la em uma festa, o que para ele seria muito importante e proporcionaria imensa satisfação, a utilidade por ele atribuída à alpargata poderia alcançar os níveis máximos de sua preferência num dado momento, o que o colocaria disposto a despende muito mais que os R\$ 50,00 cobrados pelo bem. E mesmo que por ele pagasse o triplo, ainda assim, estaria muitíssimo satisfeito com sua compra, vez que a satisfação provocada suplanta a relativa perda de seu bem-estar como consumidor, e a efetiva diminuição de patrimônio, talvez indiferente ante o grande montante de que dispõe.

¹⁹ MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980., p. 389.

²⁰ MANSFIELD, Edwin *in op. cit.*, p. 42.

²¹ MANSFIELD, Edwin *in op. cit.*, p. 42.

Todavia, se pegássemos o mesmo exemplo em circunstâncias diversas, se o abastado consumidor não tivesse nenhum fator que o impulsionasse a querer aquele bem da mesma maneira, muito provavelmente não estaria disposto a adquirir as alpargatas por nem R\$ 1,00 (um real) a mais do valor por ele previamente disponibilizado, que poderia até ser mais que os R\$ 50,00 disponibilizados por outro consumidor. Isto porquê a utilidade por ele atribuída ao bem seria bem menor, face à ausência de intensidade subjetiva do seu desejo pelas alpargatas.

Agora, imagine-se que um outro consumidor, menos abastado e que precise das alpargatas para trabalhar como feirante, queira comprar as mesmas alpargatas, pois necessita delas para o desenvolvimento das atividades que lhe proporcionam riqueza. Não obstante o alto grau de utilidade por ele atribuído ao bem, provavelmente, não estaria ele disposto a despende muito mais que R\$ 50,00 (cinquenta reais), vez que seus recursos são mais escassos, e o eventual gasto de R\$ 1,00 (um real) a mais além do esperado poder-lhe-ia causar uma diminuição de bem-estar significativa.

Em regra, para os consumidores quanto melhor for a qualidade do material utilizado nas alpargatas e melhor o seu “design” anatômico (resultado de avanços tecnológicos patrocinados pelo produtor para o melhoramento do produto posto à venda), maior conforto proporcionaria a quem o adquirisse. Todavia, tal critério também poderá ter peso relativo para cada consumidor.

No exemplo do consumidor que necessita das alpargatas para utilizá-las apenas na ocasião da festa, talvez o fato das alpargatas não possuírem uma qualidade tão boa não significasse muito, a ponto de influenciar na compra do bem, vez que só a utilizaria nesta única oportunidade. Ou talvez para ele, acostumado com bens sempre de ótima qualidade, a má qualidade das alpargatas postas à venda pudesse influenciá-lo de maneira decisiva pela desistência da compra e busca de outra alternativa.

Já no exemplo do consumidor que necessita das alpargatas para trabalhar, talvez o fato de não possuírem uma qualidade tão boa influenciasse bastante na decisão pela compra do bem, dado que teria de utilizá-las todos os dias, o que poderia vir a lhe trazer problemas de saúde por conta de eventuais feridas nos pés, implicando em eventuais gastos maiores com remédios em médio prazo. Ou talvez para ele não restassem muitas alternativas senão adquirir o bem, tendo em vista a limitação de seus recursos, o que o torna quase que “obrigado” a comprar aquelas alpargatas ao preço máximo de R\$ 50,00 (cinquenta reais), ou abrir mão delas e optar pela compra de outro tipo de calçado para trabalhar, talvez menos adequado.

Todos os exemplos dados serviram apenas para demonstrar a subjetividade do grau de utilidade atribuído a cada bem ou cesta de bens. Resta claro,

portanto, que a utilidade de um bem ou serviço está intimamente ligada à demanda de cada consumidor por ele.²²

Desta forma, conclui-se que o bem-estar do consumidor, no sentido da realização do seu interesse em adquirir um determinado bem ou usufruir um serviço, é diretamente afetado pela utilidade a ele atribuída. Assim, para medirmos o seu real aumento não basta apenas levar-se em conta a transferência de parte do excedente do produtor para o consumidor, mas o bem-estar que aquele bem adquirido ou serviço usufruído provoca na vida do consumidor. O resultado desse ganho de bem-estar aos consumidores em geral será medido pela soma dos ganhos agregados obtidos com as trocas efetuadas no mercado.²³

3. Bem-estar do consumidor – perspectiva histórica do conceito no âmbito internacional

A introdução da preocupação formal com o “bem-estar do consumidor” deu-se com o *Sherman Act*, primeira lei a respeito do assunto promulgada nos E.U.A., que constituiu marco inicial para o Direito Antitruste mundial. O fenômeno motivador da elaboração da referida norma foi o movimento de reação (até mesmo popular) contra a formação dos “trusts” – conluio de poderosas empresas que faziam uso do poder econômico de que detinha no mercado americano.²⁴

Nesse contexto, a diminuição do poder de escolha dos consumidores²⁵, devido às conseqüências geradas pela produção de monopólios e cartéis sobre os preços, foi fator determinante na história legislativa do *Sherman Act*, no tocante à promoção do “bem-estar do consumidor” (*consumer welfare*).²⁶

²² MANSFIELD, Edwin in “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 263.

²³ VARIAN, Hal R. in “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 265.

²⁴ FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 367.

²⁵ AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. in “A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor”, Revista do Consumidor, nº 45, p. 26 e s.

²⁶ BORK, Robert apud SALGADO, Lúcia Helena in “A Economia Política da Ação Antitruste” – São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 87.; e “Formas de Abuso de Poder Econômico”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – nova serie – RDM. — 26, 66,41, /abr-jun /1987, p.45 e s.

Não obstante a efetivação desse primeiro importante esforço, o *Sherman Act* não trazia a disciplina do processo de concentração de empresas já tão presente na economia estadunidense, na época. Tal hiato deu ensejo ao surgimento, quinze anos depois, do *Clayton Act*, que, além de restringir a realização de atos de concentração, trazia a tipificação de algumas práticas restritivas e a respectiva condenação, tais como a venda casada, a aquisição de controle de outras companhias com mais de um milhão de dólares de capital social^{27 28}, participação cruzada²⁹, discriminação de preços³⁰ etc.

Outrossim, um importante marco na disciplina antitruste americana que revela preocupação essencial com o bem-estar do consumidor foi o *Robinson-Patman Act* de 1936, que consistiu em mais um reforço ao *Clayton Act* no combate à discriminação de preços entre os consumidores.³¹

Cumprе ressaltar que, o período em que se deu a normatização acima descrita foi marcado pelo começo e fim da Primeira Guerra Mundial, a crise de 1929 e seus nefastos efeitos para a economia mundial e o início da Segunda Grande Guerra. Logo, em meio a esse cenário conturbadíssimo, em que os agentes econômicos buscavam desesperadamente sua sobrevivência num mercado desestruturado e voltado para a guerra, e que, muito provavelmente, em nome dessa busca cometiam uma série de abusos contra os consumidores, a preocupação do legislador em coibir tais práticas revelou-se de extrema conveniência, tendo em vista a escassez geral de recursos disputados vorazmente por produtores e consumidores.

Com a recuperação da economia mundial, que nos idos dos anos 80 já experimentava a filosofia neoliberal refletida na explosão das grandes concentrações econômicas que marcou a época, teve lugar o surgimento de doutrinas econômicas nascidas em Faculdades de Economia americanas, conhecidas como Escola de *Harvard* e Escola de *Chicago*.³²

A Escola de *Harvard* teve seu início na década de 40 sob a plataforma da defesa da manutenção de uma concorrência mínima, por meio da coibição de excessivas concentrações econômicas, que por conta da diminuição de atores no mercado, prejudicaria o consumidor por meio da estipulação de preços artifi-

²⁷ FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 74.

²⁸ www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp

²⁹ www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp

³⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act

³¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Robinson-Patman_Act

³² FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

ciais típicos de monopólio, implicando a apropriação do excedente do consumidor pelo produtor, e também a diminuição das opções de produtos oferecidos e preços, ferindo igualmente o bem-estar do consumidor.

Com base nisso, a Escola de *Harvard* defendia o incremento e a manutenção de um número mínimo de agentes atuando no mercado, não revelando outra preocupação senão a conservação da concorrência, vez que considerada um fim em si mesma.³³ Ademais, desenvolveu o paradigma econômico da “eficiência produtiva”, que implicava a análise da alocação de recursos sob a perspectiva da empresa, representada no nível de dispêndio necessário para a produção de um certo bem.³⁴

Para os autores pertencentes a essa Escola, a racionalidade econômica da produção da empresa estava na sua capacidade de geração de economia de escala, que seria a economia dos custos com recursos utilizados na produção de um bem por conta do aumento da própria produção, o que refletiria na economia dos recursos sociais, permitindo a alocação dos recursos economizados em outras atividades necessárias à satisfação de alguma utilidade.³⁵

A Escola de *Chicago*, que influenciou a economia americana a partir da década de 80, trouxe uma grande contribuição à disciplina antitruste: a real preocupação com a “eficiência alocativa” do mercado, baseada na “eficiência de Pareto”³⁶, que privilegia o bem-estar dos consumidores.³⁷

Nessa linha, a análise antitruste deveria se preocupar com os potenciais e reais efeitos advindos de uma prática ou de uma concentração, que deveriam ser sopesados com os benefícios gerados, para então se condenar ou autorizar sua manutenção. Assim, se no final das contas houvesse um acréscimo de bem-estar aos consumidores, o Estado não teria porquê interferir, pois, de acordo com a “regra da razão”, a conduta ou ato estaria justificado, na medida em que gerasse benefícios maiores que eventuais prejuízos, no contexto da análise final da alocação de eficiências.

Robert Bork, um dos principais representantes da Escola de Chicago é um dos maiores defensores do papel preponderante do bem-estar do consumidor na interpretação de dispositivos antitruste. Em sua obra “The Antitrust Paradox”³⁸

³³ FORGIONI, op. cit., p. 157.

³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto in “Direito Concorrencial – as estruturas” – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.168.

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto in op. cit., p.169.

³⁶ Vide página 13 deste trabalho.

³⁷ FORGIONI, op. cit., p. 160.

³⁸ “The Antitrust Paradox; a Policy at War with Itself”, New York, Basic Books, 1993, p. 81.

ele afirma que a utilização desse critério traz maior segurança e previsibilidade jurídica, na medida em que se estabelece um “critério econômico” único e objetivo. Confira-se:

“(…) Não obstante, o múltiplo objetivo da lei antitruste parece muito atrativo a muita gente, que pode até ser válido sugerir uma das maneiras pelas quais o objetivo único do bem-estar do consumidor é superior. O apego exclusivo ao bem-estar do consumidor é superior, pois (1) proporciona previsibilidade jurídica, (2) concentra as decisões políticas e legislativas no Congresso (Americano), ao invés de nas Cortes, (3) mantém a integridade do processo legislativo, (4) requer distinções econômicas reais, (5) evita regras arbitrárias e anti-consumeristas. Uma abordagem múltipla não atinge nenhuma dessas coisas”.

Com efeito, Bork considera ser a pretensão única do antitruste, este inseparável da Economia, a eficiência alocativa, que legitima a busca por soluções exatas e invariáveis fornecidas pela ciência econômica.³⁹

A respeito da análise da eficiência alocativa sob a perspectiva do bem-estar do consumidor, o autor assevera:

“O Antitruste diz respeito ao efeito do comportamento dos negócios sobre os consumidores. (...) O bem-estar do consumidor é maior quando os recursos econômicos da sociedade são alocados de forma a propiciar aos consumidores a satisfação de suas vontades na medida dos avanços tecnológicos. O bem-estar do consumidor é, nesse sentido, meramente outro termo para riqueza da nação”.

O posicionamento cético pela “Escola de Chicago”, no que tange ao funcionamento do mercado, reflete-se na importância da autonomia atribuída por Bork aos consumidores na escolha entre os produtos postos a venda, conforme os trechos:

“O bem-estar do consumidor, como termo utilizado pelo antitruste, não tem nenhuma implicação suntuosa ou ética, mas permite aos consumidores definir, pela expressão de suas vontades no mercado, a que coisas eles atribuem riqueza”.

(...)

Tanto a produção como a distribuição de bens e serviços é organizada de acordo com a escala de valores que os consumidores escolhem, por conta de seu desejo de adquirir.

³⁹ FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 162.

(...)

Uma vez que um sistema livre de mercado assume que os consumidores determinam seu próprio bem-estar, conseqüentemente, a eficiência produtiva consiste no oferecimento de qualquer coisa, seja bem ou serviço, pela qual o consumidor esteja disposto a pagar”.

No que cerne à necessidade de comprovação de eficiências para a aprovação de um ato de concentração, destaca:

“A missão da Lei é preservar, melhorar e reforçar os mecanismos econômicos poderosos capazes de compelir as empresas a responder aos consumidores. Do ponto de vista “social”, esse processo pode ser visto por dois aspectos, (a) a transmissão ou *alocação* das forças produtivas disponíveis e materiais entre várias indústrias e (b) a coordenação efetiva dos vários resultados da produção de cada indústria em tais grupos produzirá os melhores efeitos. (...) Esses dois fatores podem ser convenientemente chamados de *eficiência alocativa*. (...) Esses dois tipos de eficiência compõem a eficiência geral que determina o grau de riqueza da nossa sociedade ou o bem-estar do consumidor. A tarefa do antitruste pode ser resumida no melhoramento da eficiência alocativa sem prejudicar muito a eficiência produtiva, de modo a não produzir nem ganho nem perda ao bem-estar do consumidor”.

Outro importante doutrinador estrangeiro da Escola de *Chicago* que se posicionou a respeito do objetivo do antitruste como sendo a maximização do bem-estar do consumidor foi o também americano Herbert Hovenkamp. Apesar de se colocar como partidário dessa tese, adota um posicionamento mais amplo por considerar o bem-estar do consumidor como equivalente ao bem-estar da sociedade (coletividade). Tal argumento se pauta no fato de que, para o autor, todos são consumidores⁴⁰, tendo-se em conta a sociedade capitalista de consumo. Confira-se:

“De fato o bem-estar do consumidor implica a observação de que qualquer um é consumidor. Uma política antitruste de maximizar o bem-estar advindo dos pequenos negócios deverá ser considerada como distributiva, vez que ela forçaria a transferência de recursos de um grupo de pessoas (consumidores ou grandes empresas) para outro grupo (pequenas empresas), mesmo que tal transferência possa não propiciar benefícios à sociedade como um todo. Uma vez

⁴⁰ HOVENKAMP, Herbert in “Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice”, St. Paul, Minn., second edition, Hornbook Series, West Group, 1999, p. 76.

que todos nós somos consumidores, uma política antitruste de maximização do bem-estar do consumidor é uma política de maximização do bem-estar de todos, ao menos no que diz respeito à capacidade de consumir”.

Porém, nesse sentido pondera:

“Se ‘maximizar o bem-estar do consumidor’ é simplesmente um sinônimo de ‘maximizar o bem-estar de todos’, então nós continuamos sem ter uma previsão utilizável como parte de uma política antitruste, mas apenas a homilia de que a melhor política antitruste é aquela que torno todos melhores”.

Na prática, conforme Hovenkamp, a busca pela máxima *eficiência alocativa* se configura como consequência da opção pelo *princípio do bem-estar do consumidor* como norte da análise antitruste. A esse respeito, conclui que tal relação se dá mediante o direcionamento da economia para uma maior produção e colocação de mercadorias a preços mais baixos no mercado. Assim, seguindo-se o raciocínio do autor, seria possível que menor parte do “excedente” do consumidor seja transferido para o “excedente” do agente econômico. Confira-se:

“O princípio do bem-estar do consumidor em usos se tornou idêntico ao princípio de que as leis antitrustes deveriam lutar pela ótima eficiência alocativa. Talvez, uma alternativa mais crua seria a de que uma política antitruste guiada pelo princípio do bem-estar do consumidor escolhe esta via que a maior produção e aos menores preços no mercado em questão”.

A grande crítica feita à Escola de *Chicago* é a de que ela aproxima demasiadamente a Ciência Econômica do Direito Antitruste, induzindo ao deletério engano da busca de tutela jurídica pela Economia.⁴¹

Uma outra doutrina preocupada com o bem-estar do consumidor merece destaque: a Escola de *Virginia* ou da *Public Choice*. Trata-se de mais uma corrente neoliberal do pensamento econômico, com origens no final da década de 50, que propugna a aplicação das premissas da microeconomia neoclássica ao comportamento político dos indivíduos.

Essa Escola parte de três premissas básicas, a saber: (i) o homem é um ser econômico e racional, que procura maximizar seus resultados a partir da alocação ótima de seus recursos escassos; (ii) a lógica de escolha do homem

⁴¹ FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 163.

corresponde à sua escala de preferências; e (iii) concorrência perfeita é o mesmo que indivíduos atomizados e informação razoavelmente distribuída e bens relativamente homogêneos, em um modelo próximo ao auto-ajustado.

Logo, nota-se o resgate da preocupação com o bem-estar coletivo, na medida em que o modelo da alocação ótima dos recursos é tido como paradigma a ser seguido pelas demais instituições sociais. Trata-se de uma ampliação do sentido do conceito de bem-estar admitido no microcosmos do regramento do comportamento econômico para o macrocosmos do regramento social, fenômeno este denominado como “Economia Constitucional” por esta Escola.

Em larga medida, a doutrina da *Public Choice* seria uma nova leitura do contrato social como uma reconstrução da ordem social e política que reflita os postulados microeconômicos.⁴²

Por fim, há que se falar da influência européia na evolução do conceito de bem-estar do consumidor, contribuição esta de suma importância, muito absorvida pela legislação antitruste brasileira.

Como é cediço, a disciplina antitruste na Europa é eminentemente instrumental, o que significa dizer que está condicionada aos fins da própria Comunidade Econômica Européia (“CEE”), conforme dispõem os artigos 2º e 3º do Tratado da CEE. Logo, de acordo com essa visão, ao contrário da americana, a perspectiva européia é a de que a concorrência não é um fim (eficiência econômica ou bem-estar do consumidor) em si mesma, mas um instrumento para a concretização do fim maior da União Européia: o bem-estar social.^{43 44}

Em nome desse bem-estar, admite-se até o sacrifício da concorrência. Deste modo, a autorização de grandes concentrações no mercado europeu se torna bastante razoável, para fazer frente à concorrência com as empresas japonesas⁴⁵, por exemplo. Ocorre que sobre essa mesma autorização dada recai um paradoxo: ao mesmo tempo em que se fomenta a concentração das empresas, combate-se medidas protecionistas tomadas pelos Estados que fornecem subsídios a determinados setores de sua economia.⁴⁶

⁴² Sobre *Public Choice* ver www.debatedouro.com.br/edicoes/debat45.pdf

⁴³ FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 164.

⁴⁴ www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_27.PDF

⁴⁵ FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 166.

⁴⁶ FORGIONI, Paula in op. cit., p. 166.

4. Preocupação brasileira com a alocação de riquezas – Constituição Federal de 1988 e a lei n° 8.884/94 e sua proposta de mudança

4.1. A preocupação do constituinte

Na Constituição pátria, base de todo o nosso ordenamento jurídico, há a distinção dos princípios balizadores da Ordem Econômica e Financeira em seu art. 170, dentre os quais destaca-se para análise: o da livre iniciativa (art. 170, “caput”), o da livre concorrência (art. 170, IV) e o da defesa do consumidor (art. 170, V), dos quais derivaram as ramificações: Direito da Concorrência e Direito do Consumidor, que também é previsto no inciso XXXII de seu art. 5° da Carta.

O princípio da *livre iniciativa*, conforme José Afonso da Silva, está relacionado com a liberdade de que goza cada agente econômico para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as sem intervenção estatal. Trata-se, porém, de uma liberdade regulamentada, legitimada pelo interesse da justiça social. Assim, a liberdade de iniciativa procura garantir o acesso não restrito ao mercado por qualquer um, como uma projeção das liberdades individuais.⁴⁷

A *livre iniciativa* e a *livre concorrência* não se confundem, pois, apesar de se tratarem de vertentes da “liberdade”, a livre concorrência se configura como um meio para a concepção conceitual da livre iniciativa. Neste mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em julgamento do Recurso Extraordinário n° 193749/SP afirmou que “o princípio constitucional da livre concorrência (...) é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada”.

A *livre concorrência* diz respeito à liberdade de permanência no mercado através da disputa pela clientela, no exercício autônomo de suas atividades. Sua observância busca evitar, pelo menos no plano teórico, a concentração do poder econômico e o abuso que dela pode decorrer. Para Luiz Gastão de Paes de Barros Leães, a determinação de preços dos bens e serviços deve, portanto, ser resultado do jogo livre das forças de mercado, sempre atendendo ao fim de trazer benefícios à comunidade.⁴⁸

O inciso V do já referido artigo traz a *defesa do consumidor*, reforçando a importância deste princípio já mencionado no art. 5°, XXXII, como um princípio que visa garantir a proteção do consumidor contra os atos atentatórios do fornecedor, de forma a manter o equilíbrio maior da Ordem Econômica. As figuras

⁴⁷ SILVA, José Afonso da *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., Ed. RT, p.667

⁴⁸ LEÃES, L.G. Paes de Barros *in* O ‘dumping’ como Forma de Abuso do Poder Econômico, RDM 91/5, p.9. citado por Sérgio Varella Bruna *in* O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício – São Paulo, 1ª ed, Ed. RT, 2001, p. 135.

“consumidor” e “fornecedor” encontram-se conceituadas no próprio Código Brasileiro do Consumidor: o “consumidor” como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e o “fornecedor” como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Portanto, o próprio Constituinte no processo de elaboração da Carta federal ao alocar separadamente o tratamento dos princípios da *livre iniciativa*, da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor* demonstrou que se trata de matérias distintas, e que por isso merecem atenção diferenciada.

O Direito da Concorrência surge com desdobramento do Direito Público, e, portanto, segue normas de Direito Administrativo e de Processo Administrativo, devendo observar seus princípios (constantes em sua maioria no art.37, *caput* da CF/88). Assim, no processo uma das partes obrigatoriamente é o Estado, e este mesmo Estado é também responsável pela promoção de tutela.

Na análise de uma relação de mercado, parte-se do pressuposto da paridade entre as partes, pois estas para permanecerem no mercado devem dispor de condições competitivas suficientes. Assim, não são concedidos privilégios de nenhuma espécie à parte que ora figura um processo.

No caso do exame de uma relação de consumo, parte-se de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor na relação, posto que o consumidor não dispõe do controle sobre os bens de produção e, por isso deve submeter-se ao poder de controle dos bens de produção detido pelos fornecedores. Ainda, não dispõe do conhecimento a respeito do produto posto em oferta o que lhe confere uma posição de dependência em relação às informações prestadas pelo fornecedor, além, é claro de necessitar despende recursos para poder adquirir um produto, o que lhe ocasiona diminuição de patrimônio.⁴⁹ Compartilha dessa idéia o Prof. Eros Grau ao afirmar que o consumidor é aquele que está “em posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo”.⁵⁰

Assim, ao eleger tanto com o produtor como o consumidor como balizas da Ordem Econômica, demonstrou o Constituinte estar preocupado com a

⁴⁹ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto” – Rio de Janeiro, 6ª ed., Ed. Forense Universitária, 2000, p.27.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto *in* A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) – São Paulo, Ed. RT, 1990, p.254.

alocação das riquezas geradas para as duas partes, na medida em que foi conferido igual tratamento pelo texto constitucional.

4.2. A lei n.º 8.884/94 – A lei antitruste brasileira

O Direito da Concorrência é regulado pela Lei n.º 8.884/94 (“Lei Antitruste”), que tem por finalidade a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, sendo que a caracterização deste abuso está nela especificamente definida. Ainda, compõe o arcabouço normativo do Direito da Concorrência legislação esparsa.

Assim, como nos ensina Luis Cabral de Moncada⁵¹, é objetivo das leis de defesa da concorrência garantir um comportamento e estrutura concorrenciais do mercado segundo um pressuposto de liberdade legitimada, selecionando os mais capazes.

No parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.884/94, a coletividade é apontada como titular dos bens jurídicos protegidos. Nesta mesma linha, ainda, argumenta Moncada⁵² ao atribuir à legislação concorrencial um caráter de direcionadora da produção para os setores susceptíveis de assegurar melhor satisfação das necessidades dos consumidores (representados na coletividade) e, concomitantemente, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, qual sejam, os mais baixos custos e preços.

Logo, os destinatários da proteção promovida por essa Lei englobam os agentes de mercado, produtores dos “produtos” ou prestadores de serviços postos à venda, em outras palavras, os fornecedores. Os consumidores aproveitam dos benefícios conferidos por ela como consequência da manutenção das condições do mercado livre e organizado, mas não são eles os imediatamente tutelados pelo legislador.⁵³

De forma imediata, portanto, os fornecedores são os tutelados, ao passo que de forma mediata o consumidor, por via reflexa, é beneficiado pela lei antitruste. Assim, de uma forma ou de outra, assim como na Constituição, não há

⁵¹ MONCADA, Luis Cabral de *in* Direito Econômico, 2. ed., Coimbra Ed., p.313. citado *in* BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra *in* Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – São Paulo: Saraiva, 7º vol., 1998, p. 27.

⁵² MONCADA, Luis Cabral de *in* op. Cit.

⁵³ FORGIONI, Paula A. *in* Os Fundamentos do Antitruste – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 250

que se falar em privilégio de nenhuma das partes quanto ao gozo da proteção do Estado, uma vez que os malefícios que se busca evitar com a lei implicam em perda de riqueza de maneira ampla. Logo, a tutela do produtor e do consumidor, ainda que indiretamente, não desequilibra o jogo da alocação de riquezas, embora não haja nenhuma disposição expressa na lei quanto a isso.

4.3. A proposta de mudança

Atualmente, está em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro “Proposta de Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” revestida na forma de Projeto de Lei, elaborado “mediante o consenso obtido entre os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)”.⁵⁴

Tal Projeto transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia competente para julgar causas envolvendo Direito Antitruste, em Tribunal Administrativo, e reúne a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE – MF), responsável pela análise econômica dos casos, e a Secretaria de Direito Econômico (SDE – MJ), responsável pela análise jurídica dos casos, em uma agência única, a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que açambarcará as funções atualmente das duas Secretarias, alterando bastante a Lei n° 8.884/94.

Disposições versando sobre o bem-estar do consumidor constituem a inovação trazida pela proposta, que juntamente com a preocupação de promoção de bem-estar aos consumidores, têm em conta a geração de eficiências ao determinar os termos da análise antitruste. Para demonstração do afirmado, destaca-se: dois artigos contidos na “Proposta”:

“Art. 20. Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos ou práticas comerciais sob qualquer forma manifestados, que possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

(...)

§4º Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios cumulativamente:

I – não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à concorrência; e

II – compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

⁵⁴ www.cade.gov.br

(...)

Art. 54. Serão submetidos à ANC e ao CADE os atos de concentração em que de fato ou de direito:

(...)

§7º Os atos (...) poderão ser autorizados, desde que promovam eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, cabendo ao requerente o ônus da prova, e cujos benefícios, cumulativamente:

I – não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à concorrência; e

II – compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais”.

Como bem se vê, a Proposta de alteração da lei antitruste brasileira corresponde a um grande avanço na disciplina da concorrência, pois reforça ainda mais o seu caráter instrumental a serviço da Política Econômica do país e de promotora e fomentadora da alocação de eficiências, com vistas ao bem-estar coletivo e, especificamente, do consumidor.

5. Análise jurisprudencial no âmbito nacional – a introdução do bem-estar do consumidor como vetor de análise antitruste

A análise antitruste no Brasil, tradicionalmente, sempre esteve ligada a questões ideológicas, aos efeitos em curto prazo gerados (relação custo-benefício), à existência de ineficiências econômicas e às demandas por igualdade.⁵⁵ A utilização do bem-estar do consumidor, portanto, como vetor de análise configura-se numa grande novidade no que diz respeito à análise de atos de concentração e condutas pelos órgãos antitrustes brasileiros.

Não obstante, há na jurisprudência administrativa alguns casos em que tal conceito foi ventilado, seja expressamente ou na forma de bem-estar da coletividade, especificamente no que diz respeito aos destinatários da tutela da Lei nº 8.884/94. A esse respeito, cite-se voto da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado:

“(...) cabe à autoridade antitruste zelar pelo interesse da coletividade, a quem serve o bom funcionamento do mercado. A atividade de defesa da concorrência por meio do exercício da função preventiva não é assunto de interesse privado

⁵⁵ www.fazenda.gov.br/seae/docuemtnos/doctrabalho/doc_trab_n27..PDF

mediado pelo poder público, trata-se da defesa do interesse da coletividade de cidadãos-consumidores (...) A lei tutela um bem, o mercado, cujo titular é a coletividade. Significa que nunca se trata de avaliar o dano que uma operação possa vir a causar sobre um ou outro agente, mas sim sobre o mercado”.⁵⁶

Ainda, sobretudo no que cerne ao “bem-estar do consumidor”, há também julgados que se ocupam da análise da função do órgão antitruste de preocupar-se com a geração de benefícios, ou *eficiências*, gerados por uma operação que venham a compensar eventuais efeitos deletérios à concorrência.

Nesse sentido, conforme Lúcia Helena Salgado, caso se verifique potencial dano, é necessário que a operação apresente eficiências (benefícios) tais que compensem a redução da concorrência, de modo que o bem-estar da sociedade não sofra um decréscimo.⁵⁷

Concretamente, a tendência de tratamento do bem-estar do consumidor como vetor da análise antitruste foi também demonstrada no parecer-técnico emitido pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no caso da reestruturação do pólo petroquímico de Camaçari.⁵⁸ No corpo do “parecer” há diversas menções à prioridade dada à “busca do bem-estar do consumidor” e ao “exame à luz do bem-estar do consumidor” procedido pela Secretaria quando da análise do ato de concentração.

Conforme o artigo 20, \pm 1º da Lei nº 8.884/94, a eficiência econômica é a única justificativa mencionada para posição dominante em um determinado mercado, se configurando, portanto, como “excludente de ilicitude”.⁵⁹

Nada obstante, vez que o consumidor é incluído como um dos beneficiários das eficiências alcançadas, sob a perspectiva de um determinado mercado relevante, há também julgados que contêm reflexão quanto à competência do CADE de assegurar a partilha das referidas eficiências pelas empresas com os consumidores. Nesse sentido, é a posição da mencionada ex-Conselheira, transcrita a seguir:

⁵⁶ SALGADO, Lúcia Helena in “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadic

⁵⁷ SALGADO, Lúcia Helena in “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadic

⁵⁸ Ato de Concentração nº 08012.005799/2001-92.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto in “Direito Concorrencial – As Condutas” – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.

“A lei antitruste brasileira é clara quanto à necessidade de demonstração de ganhos econômicos que neutralizem o dano à concorrência, quando verificado. Claríssima é ainda quando menciona a necessidade de que tais ganhos sejam compartilhados com os consumidores. Se hoje a boa doutrina e prática ensinam que é preciso partir-se de uma presunção de eficiência como o moto, a racionalidade da operação, para a autoridade antitruste quando examina a geração de eficiência a questão é como compartilhadas, se apenas incorporadas pelas empresas na forma de redução de custos e aumento de lucros ou se compartilhadas com os consumidores, na forma de produtos melhores, ou se compartilhadas com os consumidores, na forma de produtos melhores, mais baratos e de maior variedade”.⁶⁰

O “bem-estar do consumidor” também foi tratado pela jurisprudência do CADE em algumas oportunidades ao longo dos últimos anos, porém o tema não foi profundamente abordado. Nos julgados, nota-se com frequência a associação entre ganhos de eficiência e o bem-estar do consumidor. Nessa linha, cite-se o voto do ex-Conselheiro Mércio Felsky como relator do Ato de Concentração cujas requerentes eram a White Martins S.A. e Unigases Comercial Ltda, julgado em 1.9.1999:

“De fato, a operação no mercado relevante da Região Sudeste gerou Substancial Poder de Mercado à White Martins sem que tenha percebido que as eficiências alegadas pelas requerentes tenham se convertido em aumento de bem-estar ao consumidor. Porém, é sempre problemático na análise *antitruste* pós-fato impor alterações de decisões de investimento de agentes privados já implementadas, como alienação de ativos, a menos que não se vislumbrem outras alternativas ao órgão *antitruste* no desempenho de suas funções de defesa da concorrência. No entanto, como lembra a Conselheira Lúcia Helena Salgado no mesmo voto mencionado acima “cabe ao CADE por outro lado – no desempenho de sua função preventiva – impedir que por razões alheias à eficiência econômica e por força do uso abusivo do poder de mercado – *players* independente e economicamente eficientes sejam de forma irreversível inviabilizados, reduzindo o bem-estar da sociedade”⁶¹

⁶⁰ SALGADO, Lúcia Helena in “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc

⁶¹ Ato de Concentração n° 78/96

Ademais, em Consulta n° 38/99 formulada pelo Pensamento Nacional Das Bases Empresariais – PNBE, que se tornou conhecida como “Guerra Fiscal”, o ex-Conselheiro Marcelo Calliari como relator do caso posicionou-se em seu voto no sentido de destacar a importância do bem-estar do consumidor, colocado paralelamente aos ganhos de eficiências, como fim da política de concorrência, apoiando inclusive esta tese nos ensinamentos de Robert Bork. Seguem trechos desse acórdão de 22.3.2000:

“A concorrência constitui um dos elementos centrais nesse processo forçando empresas a utilizarem melhor seus recursos e insumos e a transferirem esses ganhos para a sociedade, em benefício do *bem-estar do consumidor*. (...)”

Robert Bork, da escola de Chicago, no seu ‘Antitrust Paradox’, defende categoricamente que a defesa da concorrência deve ter como objetivo básico, senão único, a busca da máxima eficiência alocativa e, conseqüentemente, da maximização do bem estar do consumidor. Segundo ele, a interação de outros valores ou objetivos causaria insegurança entre os agentes econômicos e resultaria em decisões inconsistentes e ineficazes. Tal visão foi contestada mesmo nos Estados Unidos, por exemplo, por Areeda, Turner, Sullivan e Kovacic. Para este último, aliás, a jurisprudência predominante nos tribunais tem sido a de uma hierarquia de valores, dominada pela busca da máxima eficiência. Dominada, não limitada a ela.

No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei n° 8.884/94, art. 1°) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, muitos autores defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na defesa da concorrência. Nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil. É também nessa direção, sem dúvida, que tem caminhado a experiência jurisprudencial do CADE.

De resto, é como vem se desenvolvendo a questão no âmbito internacional, como resume trabalho do Banco Mundial e da OCDE analisando a experiência de diversos países, detectando que “nas últimas duas décadas o foco tem sido em atingir eficiência econômica, de forma a maximizar o bem estar do consumidor”. Depois de reconhecer que em muitos casos são múltiplos os objetivos visados pelas diferentes legislações de concorrência, e sem questionar a legitimidade destes, conclui o mesmo trabalho que ‘... As visões articuladas neste e em capítulos subseqüentes deste volume sugerem que a administração e aplicação da lei e da política de concorrência deveriam conferir o maior peso à promoção da eficiência econômica e do bem estar do consumidor’.

Assim, independentemente de ser esse o único ou um dos principais objetivos, a política de concorrência - e seu aplicador - deve sim se preocupar com as condições e os estímulos existentes na economia para que se maximize o bem estar do consumidor. (...)

Da mesma forma, o campo de jogo de uma economia concorrencial, por meio e decisões descentralizadas de cada empresa e consumidor, 'promove a alocação mais eficiente dos escassos recursos da sociedade, aumenta o bem estar do consumidor, e leva à eficiência dinâmica na forma de inovação, avanço tecnológico e do progresso da economia como um todo'. É sem dúvida, portanto, tarefa da defesa da concorrência assegurar que tais efeitos socialmente desejáveis não sejam bloqueados por práticas que impeçam o livre transcurso do jogo, como, por exemplo, uma falta ou a cooptação do adversário".⁶²

O nexo entre operações de concentração de agentes econômicos, o desenvolvimento de um país e o bem-estar da coletividade de cidadãos consumidores faz-se claro na medida em que a riqueza gerada através da atuação eficiente das empresas pode ser convertida em desenvolvimento tecnológico e vantagens ao consumidor.

A jurisprudência, portanto, também espousa o entendimento e que o bem-estar do consumidor é satisfeito por via reflexa, mormente por força do disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.884/94, na medida em que um mercado bem regulado propicia mais opções de escolha e possibilita melhores preços.⁶³ Assim, confirma-se que os consumidores aproveitam dos benefícios conferidos por ela como consequência da manutenção das condições do mercado livre e organizado, mas não são eles os imediatamente tutelados pelo legislador.⁶⁴

Atualmente, nota-se uma certa tendência à interpretação do conteúdo do parágrafo único referido artigo da Lei Antitruste de maneira a considerar os consumidores, por serem também beneficiários da tutela da concorrência, como os verdadeiros titulares dos bens jurídicos protegidos pela "lei" ao invés da coletividade. Tal tendência justifica-se pela não dissociação, no caso brasileiro, entre a disciplina das concentrações e a política econômica, característica comum ao caso europeu.⁶⁵

⁶² Consulta nº 38/99

⁶³ AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. *in* "A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor", Revista do Consumidor, nº 45, p. 36

⁶⁴ FORGIONI, Paula A. *in* "Os Fundamentos do Antitruste" – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 250

⁶⁵ FORGIONI, Paula *in* "Os Fundamentos do Antitruste" – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 164-165,369.

Logo, o fim maior perseguido pelo Estado, que depende das prioridades determinadas pelo governo da época, norteará as diretrizes a serem seguidas pelos órgãos antitruste no exercício de suas atribuições, em razão do “caráter instrumental” da Lei Antitruste.

Assim, conforme o “Programa de Política Econômica e Reformas Estruturais” estabelecido pelo atual Governo, os ditames da “inclusão social”, da “transparência” e da “eficiência econômica nos setores público e privado” norteiam ideológica e politicamente a atuação da Administração Pública, inclusive no que diz respeito à defesa da concorrência. Tais ditames divergem dos que compunham o “Programa” do governo anterior. Portanto, a mudança ideológica introduzida pode ser considerada como um fator determinante para a “nova interpretação” conferida ao termo “coletividade” contido na Lei Antitruste.

6. Conclusão

O Direito Econômico, à luz da orientação constitucional destinada à “Ordem Econômica e Financeira”, possui caráter eminentemente instrumental, vez que seus princípios formadores são postos a serviço de um bem maior, o interesse coletivo, visando “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput* da CF/88).

Nesse contexto, insere-se a defesa da concorrência como garantidora de um mercado livre, organizado e selecionador dos mais capazes, cujos benefícios da tutela deverão ser revertidos à coletividade. Daí urge a necessidade do estudo da melhor alocação dos excedentes gerados pelas transações comerciais efetuadas no mercado brasileiro, com vistas à definição de um paradigma de eficiência norteador das Políticas Públicas, evitando assim o desperdício de riquezas.

Ademais, além da preocupação com a eficiência alocativa para o desenvolvimento econômico de uma sociedade (como o aproveitamento conjunto das eficiências geradas por concentrações), especialmente a brasileira, imprescindível preocupar-se com o fomento do desenvolvimento tecnológico do país, que torna a indústria nacional mais competitiva. Por outro lado, o oferecimento de produtos novos e melhores, bem atendendo às necessidades dos consumidores traria ganhos à Economia, gerando eficiência produtiva.⁶⁶

Ainda, no que tange ao desenvolvimento econômico de um país, Paula Forgioni, ao interpretar as palavras de Marx, assevera que “a centralização do

⁶⁶ SALGADO, Lúcia Helena *in* “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc

capital na mão de poucos agentes econômicos faz com que se possa atingir um ‘progresso’ que não seria viabilizado (ou seria muito lento) caso o capital permanesse pulverizado em mãos de vários empresários”⁶⁷, na medida em que os investimentos podem ser focalizados.

Logo, a definição de um parâmetro de eficiência alocativa não pode desconsiderar a importância da eficiência produtiva, no que diz respeito ao bem-estar do consumidor e da coletividade, sob pena de não lograr êxito no objetivo do aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis no mercado.

No contexto de um país laico que aderiu à globalização econômica como o Brasil, as políticas públicas fazem parte do conjunto de diretrizes em que se baseia a “Política Econômica” nacional, cujo objetivo maior deve ser o de promover a estabilidade do mercado, de modo a propiciar segurança necessária aos investidores atuais e atrair eventuais novos investidores.

Investimentos são o que conferem à economia de um país sua motricidade, por meio da criação de empregos, crescimento das indústrias, atribuindo-lhe a competitividade necessária à conquista de novos mercados, e a conseqüente inserção no mercado internacional. Do contrário, a ausência de um ambiente concorrencial daria origem a um cenário verdadeiramente deletério, em que a economia terminaria por atuar como predadora de si própria, por conta dos abusos e da obsolescência do país diante dos demais na busca pela conquista dos mercados, sofrendo o consumidor prejuízos por via reflexa, devido à sensível redução no seu poder de escolha.

Diante disso, o fortalecimento da disciplina antitruste revela-se de extrema conveniência para o Brasil, haja vista sua grande demanda por investimentos em vários setores da Economia, que, infelizmente, não são suficientemente supridos pela iniciativa privada nacional, tampouco pelo Estado brasileiro.

Logo, a “Proposta de Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” revela-se uma iniciativa positiva no caminho do desenvolvimento. Nela reside a esperança do suprimento de diversas lacunas apresentadas a longo dos anos pelo atual sistema, que se concentra demasiadamente na análise de atos de concentração, ao invés de dedicar maiores esforços no combate a condutas anticompetitivas. Espera-se que a Proposta, caso aprovada e sancionada, contribua para o fomento e o fortalecimento de uma cultura antitruste e também para o aumento da credibilidade das autoridades antitrustes brasileiras. Assim, com a maior transparência dos procedimentos e da coordenação entre as autoridades e a sociedade, será possível tornar nosso sistema mais eficiente e

⁶⁷ FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 363.

direcioná-lo de maneira mais firme e coerente ao fim maior constitucional de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

7. Bibliografia

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

FARJAT, G. *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

CLARK, John Maurice *in* “Instituições Econômicas e Bem-estar Social”, tradução de Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 114.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1980, p. 32.

SILVA, José Afonso da *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 19ª ed., p.108.

NUSDEO, Fábio *in* “Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico”, 3ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 23-28.

MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, pp. 389-414.

VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.

FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora RT, 1998, p. 367.

AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. *in* “A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor”, Revista do Consumidor, n° 45, p. 26 e s.

SALGADO, Lúcia Helena *in* “A Economia Política da Ação Antitruste” – São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 87.

“Formas de Abuso de Poder Econômico”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – nova serie –RDM. — 26, 66,41, /abr-jun /1987, p.45 e s.

SALOMÃO FILHO, Calixto *in* “Direito Concorrencial – as estruturas” – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.168.

BORK, Robert *in* “The Antitrust Paradox; a Policy at War with Itself”, New York, Basic Books, 1993, p. 81.

HOVENKAMP, Herbert *in* “Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice”, St. Paul, Minn., second edition, Hornbook Series, West Group, 1999, p. 76.

LEÃES, L.G. Paes de Barros *in* O ‘dumping’ como Forma de Abuso do Poder Econômico, RDM 91/5, p.9. citado por Sérgio Varella Bruna *in* O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício – São Paulo, 1ª ed, Ed. RT, 2001, p. 135.

GRAU, Eros Roberto *in* A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) – São Paulo, Ed. RT, 1990, p.254.

MONCADA, Luis Cabral de *in* Direito Econômico, 2. ed., Coimbra Ed., p.313. citado *in* BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra *in* Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – São Paulo: Saraiva, 7º vol., 1998, p. 27.

SALGADO, Lúcia Helena *in* “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc Ato de Concentração nº 08012.005799/2001-92.

SALOMÃO FILHO, Calixto *in* “Direito Concorrencial – As Condutas” – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.

Consulta CADE nº 38/99

CRETELLA, José Júnior *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. VIII – Rio de Janeiro, 1ª ed., Ed. Forense Universitária, 1993, p.3976.

OLIVEIRA, Gesner de *in* Concorrência: panorama no Brasil e no mundo – São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, p.203.

Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp.167 e s.

Sites consultados

www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp

http://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act

http://en.wikipedia.org/wiki/Robinson-Patman_Act

www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_27..PDF

www.fazenda.gov.br





PÓS-GRADUAÇÃO







CONCORRÊNCIA BANCÁRIA E DETERMINANTES INSTITUCIONAIS DA TAXA DE JUROS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DE SÉRIES DE TEMPO*

*Ivan César Ribeiro***

Resumo

Este artigo examina o mercado de crédito, investigando duas das causas comumente associadas ao seu pouco desenvolvimento no Brasil: de um lado a *incerteza jurisdicional* (Arida *et al*, 2004), que se refere à incerteza da manutenção dos contratos e da retomada e execução das garantias nos financiamentos, associada a um viés-pró-devedor (Castelar, 2002), e de outro lado a existência de um ambiente pouco competitivo entre os bancos. Investiga-se também a interação entre as duas hipóteses, através da proposição teórica de que uma estrutura de mercado imperfeita fará com que as reduções de custo marginal decorrentes da melhora da justiça não sejam integralmente passadas aos preços ou, no caso, aos juros.

*Agradeço aos professores Denisard Alves da FEA/USP, Daniel Ferreira (EPGE-FGV/RJ) e Ana Beatriz Galvão (IBMEC) por todas as contribuições, em especial nas orientações quanto ao teste econométrico. Agradeço aos professores Décio Zylbersztajn, Rachel Sztajn e Sylvania Saes da FEA-USP e do CEDEO, bem como todos os participantes e palestrantes do CEDEO, que me proporcionaram as discussões de Nova Economia Institucional, aos economistas Armando Castelar Pinheiro e Pêrsio Arida pelas discussões quanto às hipóteses de incerteza jurisdicional durante esses mesmos encontros do CEDEO e também da AASP. Também agradeço aos participantes do Ronald Coase Institute Workshop de São Paulo, em especial aos professores e Ronaldo Porto Macedo da Faculdade de Direito-USP, Paulo Furquim (FGV-SP), Bernardo Muller (UnB), Lee Benham (Washington University - St. Louis), Lee Alston (University of Colorado), Mary Shirley (Ronald Coase Institute), Sérgio Lazzarini (IBMEC) e Elizabeth Farina (FEA-USP), pelas diversas discussões sugestões feitas aos meus primeiros trabalhos nessa linha de pesquisa. Agradeço também ao professor Yoram Barzel pelas discussões quanto aos aspectos de direito de propriedade em meus projetos, proporcionadas em seu curso em conjunto com o professor Décio. Agradeço a professora Ana Lúcia Pastore da FFLCH-USP e aos participantes de seu Grupo de Discussão de Metodologia de Pesquisa, membros do PET-CAPES da Faculdade de Direito-USP, pelas sugestões no aspecto metodológico e pelas críticas aos aspectos jurídicos. Agradeço a minha noiva Brisa Ferrão, pelas contribuições neste e em outros artigos.

** FEA/USP e FD/USP, Email: iribeiro@usp.br e ivan.césar@terra.com.br, editor-chefe da *Brazilian Review on Economic Development, Public Policies and Law*.

Um índice de qualidade institucional é elaborado, resultado da análise de 1.817 decisões judiciais. Estudo anterior concluiu, da análise desse índice e da edição de súmulas (Ribeiro, 2005a), que o chamado viés pró-devedor não mais existe, e sim um conjunto de manifestações visivelmente pró-credor. Verificou-se também naquele estudo que a edição de súmulas foi responsável pela redução de 264 pontos percentuais no total de ações judiciais, concluindo-se que no período de 1994 a 1998 a sucessiva edição de súmulas pró-devedor determinou um aumento de 12% a 17% na taxa de juros

A hipótese do poder de mercado é analisada no presente artigo através do episódio da compra do Banco Fiat, que reduziu a metade o volume de financiamento de veículos de bancos não tradicionais.

Através de modelos ARIMA, de análise de intervenção e de modelos de análise de resposta ao impulso, conclui-se que no período de 1999 a 2005 a redução dos litígios resultou em uma diminuição dos juros entre 1,6% e 3,2% apenas, enquanto que a concentração proporcionada pela aquisição do Banco Fiat elevou o ágio nas operações entre 4,3% e 3,2%.

Observa-se que, embora a relação de regras pró-credor tenha voltado aos níveis de 1994, não houve redução proporcional nos juros. O resultado endossa a hipótese de poder de mercado, sugerindo que os bancos se apropriaram de toda a redução de custos decorrente das reformas institucionais. Reforça o entendimento a constatação de que, embora a concentração do mercado não tenha determinado a queda de juros, implicou no aumento do ágio, o que é consistente com a idéia de apropriação dos ganhos pelo exercício de poder de mercado.

Ao final, linhas de pesquisa são sugeridas, e acredita-se que, além dos resultados da pesquisa empírica, o artigo avança na definição de formas de análise dos impactos da justiça sobre os negócios e a economia.

1. Introdução

Qual é a importância de um sistema financeiro bem desenvolvido para o crescimento econômico? A resposta é bastante clara considerando que uma maior relação de investimentos sobre o produto interno bruto está relacionada a um maior crescimento econômico (Barro, 1991, Levine, Renelt, 1991) – se investimento está relacionado ao crescimento e os bancos provêm financiamentos para projetos, estaria estabelecida a importância.

O impacto de um sistema financeiro adequado, entretanto, vai além disso. O crescimento eficiente requer que os investimentos sejam direcionados para as alternativas de maior retorno (Nóbrega *et al*, 2000). A aversão ao risco e os custos de coletar informações poderiam direcionar os investimentos para as alternativas mais seguras ou de obtenção de informação facilitada. Os investidores no

geral têm dificuldade em comprometer seus recursos por um tempo demasiado longo, pois não tem certeza de quando exatamente precisarão dos fundos de que dispõe. Em algumas situações o prazo de maturação de alguns investimentos pode ser maior do que a própria expectativa de vida do aplicador, e este tem alguma preferência por utilizar o seu dinheiro nesta vida e não em outra. Esse risco de liquidez pode ser resolvido através dos bancos, que podem oferecer imediata disponibilidade aos seus depositantes e longos prazos para projetos de alto retorno e grande tempo de maturação (Bencivenga, Smith, 1991). Esses bancos também podem permitir a formação de carteiras de investimento diversificadas, evitando os riscos idiossincráticos associados a cada investimento em particular e permitindo o investimento em projetos de alto retorno (Devereux, Smith, 1994).

Intermediários financeiros podem mitigar os custos de obter informação quanto aos investimentos, repartindo esses custos entre diversos investidores e permitindo a especialização na aquisição de informação. Um investidor pode assim escolher entre diversos investimentos sem gastar tanto para se informar sobre os projetos a serem financiados e contando com alguém especializado na análise de cada diferente negócio.

Financiadores externos, ao exigirem que os empresários candidatos aos financiamentos forneçam informações adequadas quanto às atividades da empresa, melhoram as formas de monitoramento e permitem um melhor controle da atividade empresarial, tornando possível a separação entre propriedade e controle (Grossman, Hart, 1986, Barzel, 1997, capítulo 4) e evitando os problemas de conflito entre agente e principal.

Levine (1997), em uma revisão da literatura, conclui por uma relação positiva e de primeira ordem entre o desenvolvimento financeiro e o crescimento econômico, fundado tanto em discussões teóricas quanto em evidências empíricas.

No Brasil, entretanto, os bancos parecem não cumprir o seu papel como provedores de fundos para os investimentos produtivos em geral. Belaisch (2004) ressalta que o sistema financeiro brasileiro é largamente dominado por bancos, mas sua participação nesse tipo de intermediação financeira é baixa. O tamanho do sistema bancário brasileiro, medido em termos de ativos como proporção do PIB, é comparável ao sistema bancário americano, mas tem apenas metade da proporção de empréstimos. Se comparado ao Chile, embora esses mesmos ativos sejam apenas 20% menores que os deste país, o volume de financiamentos é de pouco mais de um terço do observado no Chile. De fato, o mercado de crédito no Brasil pode ser resumido por duas características: a oferta reprimida e o custo elevado (Fachada, 2003).

Dois possíveis causas institucionais para essa situação têm sido discutidas recentemente, a primeira delas se refere à chamada *insegurança jurisdicional* e ao papel das garantias na redução dos juros e aumento da ofer-

ta. A segunda diz respeito à concentração no setor, que propiciaria ganhos extraordinários dos bancos pela exercício do poder de mercado.

1.1. A segurança jurídica do credor

As dificuldades criadas pelo sistema judicial para retomar a posse de bens financiados e executar garantias, bem como a existência de um viés pró-devedor, são prejudiciais à oferta de crédito, tendo como efeito final o aumento do prêmio de risco exigido, do ágio e das taxas de juros praticadas no Brasil (Arida *et al*, 2005, p. 16).

A garantia da execução dos contratos de financiamento não afeta apenas as escolhas de investimento dos agentes na economia, mas também a produtividade total dos fatores. Modelos e pesquisas empíricas comparativas mostram que o efeito das garantias judiciais é maior do que o dos custos de intermediação nesse aumento de produtividade (Antunes *et al*, 2005, Amaral e Quintin, 2004). Segundo Antunes *et al* (2005) se nos Estados Unidos o nível de garantia legal dos contratos fosse reduzido para o nível observado no Brasil (uma variação de menos de 50% no índice de garantia adotado no artigo), o PIB *per capita* decresceria entre 11% e 12%, com efeitos também sobre o nível de desigualdade social.

A segurança judicial, por fim, não assegura apenas um maior nível de segurança nos financiamentos. Um crescente ramo da literatura sugere e testa empiricamente os efeitos da garantia dos direitos de propriedade e da execução dos contratos para o desenvolvimento econômico (North, 1990). A origem desse subdesenvolvimento está na proliferação de custos de transação (Coase, 1937), impedindo o perfeito funcionamento do mercado e levando a necessidade de internalizar atividades na firma além do ponto eficiente. Na ausência de garantia da execução de contratos se observará um maior nível de verticalização também para evitar as possibilidades de *hold up* (Williamson, 1985, 1996).

Nesse contexto, a cláusula de alienação fiduciária é apontada como a responsável pelos menores ágios observados nas operações de financiamento de veículos (Secretaria de Política Econômica-MF, 2004, p. 43, Fachada *et al*, 2003, p. 6, Pinheiro e Cabral, 1998, p. 66 e p. 82). Ela aumenta a qualidade da garantia oferecida nas operações de crédito e torna mais rápida sua execução em relação a outros procedimentos judiciais mais demorados e onerosos.

Nesta modalidade de contrato o credor tem a propriedade resolúvel sobre o imóvel ou bem financiado, ficando obrigado a fazer a transferência desta ao financiado quando do resgate da totalidade da dívida. A Lei 10.931/2004 aumentou os poderes do credor, resolvendo a situação em que, embora podendo fazer a busca e apreensão do bem, forçava-se a que o financiador esperasse pela sentença transitada em julgado para consolidar a sua propriedade. Pela

nova redação do artigo 3º do Decreto Lei 911/69, modificada pela Lei 10.931/04 do governo Lula, a propriedade do bem se consolida em nome do fiduciante (ou pessoa a sua ordem) cinco dias após a apreensão do bem, arcando o fiduciante com pesada multa se provada má fé.

O procedimento simplificado para a retomada do bem influi na taxa de juros por dois meios – reduz o risco de crédito, assegurando o recebimento de uma parcela maior dos financiamentos, e reduz as despesas administrativas, permitindo a manutenção de um corpo jurídico menor, dada a simplicidade do procedimento (Fachada *et al*, 2003, p. 8).

Medidas adicionais procuram melhorar o desempenho da justiça nestas ações e a segurança do financiador – por exemplo, além da referida alteração do artigo 3º da lei de Alienação Fiduciária temos as alterações sugeridas no processo de execução pelo Projeto de Lei 3253/2004¹. Todas essas alterações marcham no sentido de propiciar maior segurança institucional ao investidor, estimulando a oferta de crédito.

1.2. O volume de financiamento dos bancos independentes

A falta de segurança quanto à execução das garantias não é o único aspecto considerado quando se analisa o baixo volume de empréstimos privados no Brasil. A presença de uma estrutura de mercado não competitiva pode ser uma explicação alternativa – bancos agindo como monopólios (ou oligopólios) locais terão um incentivo menor para aumentar sua eficiência, com reflexos no aumento do ágio e dos juros em geral.

Tonooka e Koyama (2003) chegam à conclusão diversa para o Brasil através da análise de indicadores de concentração de mercado e aumento de preços² (juros) em doze modalidades de financiamento, incluindo o financiamento de bens para pessoas físicas e jurídicas e o financiamento de veículos para

¹ Essas alterações eliminam, por exemplo, a necessidade de nova citação pessoal entre o processo de conhecimento e a execução e reduzem o escopo da defesa do réu no caso da existência de título judicial.

² Toonoka e Koyama discutem os resultados que testam a relação entre lucratividade e índice de concentração, concluindo que tal teste poderia causar confusão com a hipótese de eficiência (Demsetz, 1973, Peltzman, 1977). Por essa hipótese o que determinaria o maior ganho não seria o poder de monopólio, mas sim os ganhos de eficiência. Estudos controlando os testes por participação no mercado mostraram que a concentração não é relevante. Procurou-se, em diversos estudos (veja revisão da literatura de Gilbert, 1984), encontrar outras medidas no lugar do desempenho. Gilbert (1984) cita cinco estudos que utilizam a taxa de juros como medida de desempenho, linha seguida no presente trabalho.

pessoas físicas. O estudo conclui pela falta de indícios da existência de poder de mercado derivada da concentração do mercado bancário. O trabalho, entretanto, não observa a hipótese de monopólios regionais (Berger, Hannan, 1989). O estudo também não avança até 2003, quando se poderia observar o efeito da concentração na área de financiamento de automóveis – os autores reconhecem que a evolução dos índices de concentração³ poderia levar a conclusões diferentes no artigo. Por fim, índices de concentração e participação de mercado são medidas imperfeitas de poder de mercado (Nakane, 2003).

De fato, Belaisch (2003) encontra evidências da presença de estruturas não competitivas no setor bancário do Brasil. A autora, seguindo a linha proposta por Panzar e Rosse (1987), analisa os custos marginais dos bancos, associando um aumento nesses custos marginais a uma estrutura:

- a) Monopolista, se a produção e a receita total diminuïrem com o aumento;
- b) De concorrência perfeita, se as receitas crescerem na razão de um para um;
- c) Oligopolista, se as receitas crescerem menos que proporcionalmente ao crescimento do custo marginal.

A análise de dados em painel de 49 bancos brasileiros no período de 1997 a 2000, resultando em um total de 392 observações, concluiu estes agem de forma oligopolista, tanto os grandes quanto os pequenos, privados e estatais. A evidência de comportamento competitivo só foi encontrada entre os bancos de controle estrangeiro.

No mesmo sentido, Nakane (2001) chega à conclusão semelhante através da análise de todo o mercado bancário brasileiro. Sua hipótese testa a resposta da oferta de empréstimos do mercado ao aumento da oferta de crédito de um banco, em situações de alteração da curva da demanda através do seu deslocamento e giro. O autor rejeita a hipótese de concorrência perfeita e de monopólio ou cartel, concluindo que a estrutura do mercado fica entre os dois extremos.

A hipótese quanto a essa forma da estrutura de mercado, caracterizada como concorrência imperfeita por Nakane (2001) e Belaisch (2003), foi testada por Petterini e Jorge Neto (2003). Os autores analisam três soluções de equilíbrio no mercado de crédito bancário, o conluio, a competição Bertrand por grupos e a competição Bertrand. Na comparação com esta última e usando um teste de seleção de modelos de Vuong (1989) são rejeitadas as duas primeiras soluções, assumindo os autores que a estrutura mais compatível seria a Bertrand simples.

³ Nos moldes que se aponta aqui, do ocorrido com a compra do Banco Fiat pelo Itaú.

A conclusão dos autores, indicando a solução Bertrand como equilíbrio, implicaria um mercado próximo ao de concorrência perfeita, com os participantes auferindo lucro econômico zero. Uma solução Cournot como a sugerida no presente trabalho determinaria taxas de juros maiores (Tirole, 1990, cap. 5), e o crescimento dessas taxas após a aquisição do Banco Fiat implicaria em um mercado mais concentrado ainda.

1.3. A interação entre as duas hipóteses

A hipótese de concorrência imperfeita no mercado de crédito para aquisição de bens e automóveis com o uso da cláusula de alienação fiduciária têm conseqüências sobre a primeira hipótese, de insegurança jurisdicional. Aumentando a incerteza, aumentam os custos de transação e aumenta o custo marginal dos financiamentos. Vigorando uma condição de concorrência perfeita, onde a receita marginal forçosamente deve ser igual ao custo marginal, o aumento se daria na proporção de um para um do aumento do custo marginal. O aumento de preços na condição de monopólio, entretanto, poderá ser menos que proporcional a esse aumento dos custos marginais.

A análise de custos de cardápio e custos de aquisição de informações em situações de concorrência imperfeita conclui que quanto mais concentrada uma indústria, maior será a rigidez de preços (Carlton, 1987) e também que os preços mudarão menos e com menor freqüência em um monopólio do que em um duopólio (Rotemberg, Saloner, 1987). Estes últimos sugerem a extensão da conclusão para a entrada de mais competidores, tendo como conseqüência a maior flexibilidade de preços.

Desconsiderando-se esses custos de cardápio e de informação, ainda assim se pode ter o preço respondendo menos que proporcionalmente a um aumento de custos marginais – isso ocorreria em uma empresa com custos marginais constantes que encontra uma curva de demanda linear. Como essa curva de demanda tem metade da inclinação da curva de receita marginal, o preço subirá em metade do aumento do custo marginal.

As hipóteses que levariam a uma redução menos que proporcional à redução dos custos marginais merecem uma consideração mais longa, fora do escopo deste trabalho, entretanto pode ser tomada como um indicador da inexistência de concorrência perfeita.

2. A descrição do teste empírico

A comparação entre modalidades de empréstimo que exigem a apresentação de um colateral pelo tomador e as que se realizam sem a exigência desse

colateral pode levar a contraditória constatação de que estas últimas têm taxas mais atrativas em muitas situações. Isso ocorre por um fenômeno de seleção adversa – quando o agente financeiro não tiver informações ou não confiar na qualidade do devedor, vai exigir mais garantias e um prêmio de risco maior (Frank, Maksimovic, 1998). Para um teste bem sucedido deve-se encontrar uma operação que seja realizada sempre com a exigência de colateral, mas que tenha sofrido um choque exógeno no nível de garantia judicial da execução das garantias.

2.1. As ações judiciais como indicador institucional

As operações de financiamento de bens com base em cláusula de alienação fiduciária (Decreto Lei 911/69) podem reunir estas condições. Sendo uma lei que confere excepcionais poderes ao credor, sempre permitiu a rápida recuperação e execução das garantias. Através de um procedimento liminar onde o devedor é citado apenas no instante da apreensão do bem se evita a ocultação da garantia, podendo a não entrega do bem ensejar inclusive a prisão do devedor⁴.

Em meados da década de noventa, surgiu o movimento denominado de *Direito Bancário*, que voltou sua atenção para possíveis abusos cometidos pelos bancos em contratos de financiamento, com especial atenção para transgressões do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Doutrinadores passaram a apontar adequações a serem feitas pelas instituições financeiras para observar as novas garantias do consumidor (Marques, 1997a, 1997b, 1998). Em março de 1998 realizou-se em São Paulo o I Simpósio Internacional de Direito Bancário, sendo criada no mesmo ano a Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil, na Seccional São Paulo. Em 1999 essa comissão realizou, em conjunto com a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o I Curso de Direito Bancário.

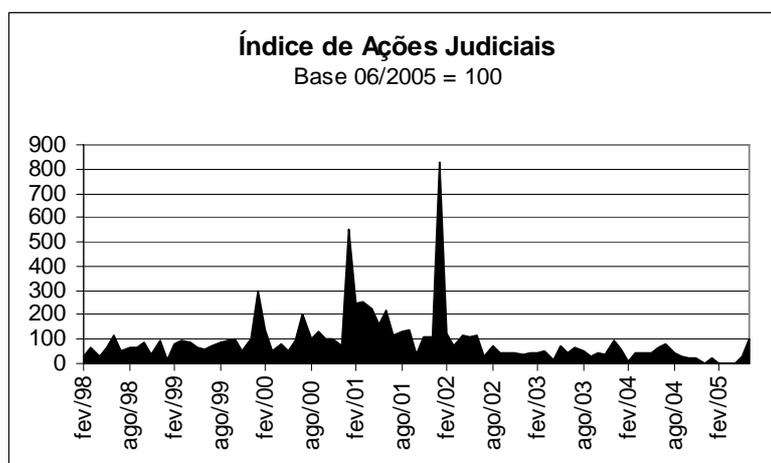
Um dos efeitos desta crescente e benéfica discussão, quanto ao melhor cumprimento por parte dos bancos da nova legislação do consumidor, foi a propositura de ações judiciais que, em muitos casos, apenas procuravam protelar pagamentos ou alterar condições de financiamento já pactuadas.

Para elaborar o primeiro indicador institucional, foram pesquisadas as ações sobre alienação fiduciária no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP),

⁴No caso de inadimplência do devedor, a propriedade consolida-se em mãos do credor e o devedor passa a ser mero depositário do bem, estando obrigado a fazer a devolução quando requisitado. A não obediência à ordem judicial de entrega do bem configura a chamada situação de depositário infiel, única possibilidade de prisão civil do direito brasileiro, além da execução por alimentos.

obtendo-se os dados apresentados no Gráfico 1. A série é, pois, o resultado da análise de 1.817 acórdãos, classificados conforme a data da sentença. A busca foi feita utilizando-se como argumento de busca “Alienação Fiduciária”.

Gráfico 1



Fonte: Autor, a partir de buscas de Processos no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Constatou-se um aumento da quantidade de litígios, com um pico no período 2000-2002. Verificou-se também o efeito da sazonalidade, com um número menor de decisões no período de dezembro, janeiro e fevereiro e também em julho. Estes períodos coincidem com as férias forenses, e refletem mais a flutuação nas atividades do judiciário do que propriamente um número menor de ações judiciais. O efeito do ritmo do judiciário também aparece nos períodos recentes de greve, a primeira no segundo semestre de 2001, que comprometeu severamente o processamento dos feitos judiciais, e uma nova greve em 2003. Estes efeitos podem ser percebidos pelo exame do total de ações judiciais incluídos nos bancos de dados do tribunal paulista.

Como as inclusões das informações de processos seguem um critério de proporcionalidade, constituindo os processos incluídos no cadastro do tribunal uma amostra aleatória de todos os processos julgados no período, procurou-se resolver os problemas de sazonalidade e das greves através da ponderação do total de ações objeto de pesquisa (alienação fiduciária) pelo montante de ações.

Os valores obtidos foram então expressos como um índice, tendo como base junho de 2005⁵, resultando na série apresentada no Gráfico 1.

A simples propositura das ações, entretanto, não deveria significar um maior ou menor nível de segurança jurisdicional. Afinal, se as decisões todas confirmarem os dispositivos da lei, apenas condenando as instituições financeiras quando essas se desviassem do cumprimento dos direitos do consumidor, nenhuma insegurança haveria. Entretanto, da análise dos 1.817 acórdãos verificou-se que em geral, quando havia apelação, esta era promovida pela entidade financiadora.

Essa predominância de recursos das entidades financiadoras é um indicador da insegurança jurisdicional. O instituto da alienação fiduciária, quando observado o disposto na lei, não permite a propositura de ação judicial de cunho meramente protelatório pelo tomador. Executada a busca e apreensão do bem, o recurso não suspende os efeitos da decisão, e a matéria que pode ser discutida pelo tomador em sua defesa é bastante limitada⁶. O resultado é que, quando existe recurso, na maioria dos casos este ataca uma decisão de primeiro grau que não concede a busca e apreensão, ou uma decisão que devolve o bem ao devedor⁷.

Em 2005, por força do disposto na Emenda Constitucional 45 (Reforma do Judiciário), o Segundo Tribunal de Alçada Cível foi extinto, sendo o seu pessoal e a competência daquela corte absorvida pelo Tribunal de Justiça. Como resultado, a análise aqui desenvolvida verificou o impacto das decisões judiciais sobre a taxa de financiamento para aquisição de bens por pessoas jurídicas no período de 1998 a 2005⁸ apenas.

A análise para o período anterior foi desenvolvida por Ribeiro (2005a), com base na observação da evolução da razão entre as súmulas pró-credor e as súmulas pró-devedor editadas pelos Tribunais de São Paulo e pelos Tribunais Superiores. O estudo, que divide a análise em um período anterior e um posterior à flutuação cambial, conclui que no período de 1994 até 1999 a piora na situação

⁵ Essa transformação não altera a forma do gráfico e permite expressar os resultados das análises de regressão em termos de variação porcentual do número de ações.

⁶ O financiado poderá apenas se manifestar para provar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais, conforme o artigo 3º, § 2º da Lei 911/69.

⁷ Isso se deu, por exemplo, nos casos em que o devedor alegava a existência de cláusulas abusivas ou alegava prejuízo ao exercício de atividade profissional no caso da tomada do bem.

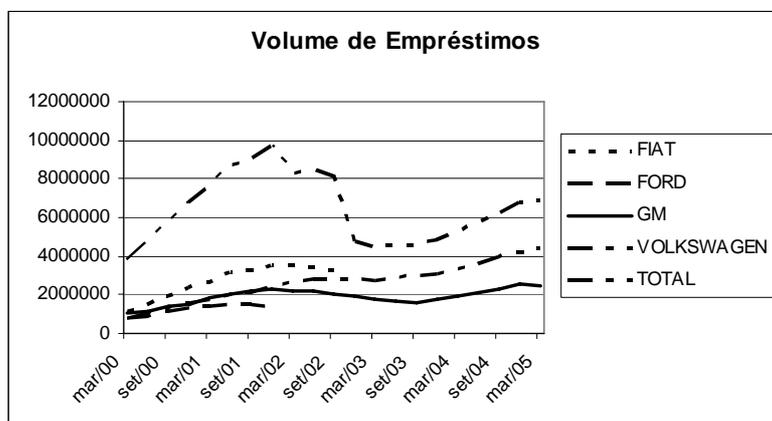
⁸ Uma pesquisa mais ampla quanto aos efeitos sobre a alienação fiduciária em geral poderia ser feita com os dados do Segundo Tribunal de Alçada Civil, entretanto a precariedade do sistema de informações desse tribunal torna a pesquisa muito mais difícil e dispendiosa.

do credor foi responsável por um aumento de 17% na taxa de juros dos financiamentos com cláusula de alienação fiduciária. Mesmo não podendo apresentar conclusões para o período de 1999 a 2005, pois os testes de raízes unitárias nesse período indicaram a presença de não estacionariedade para o índice, o estudo concluiu que a relação de regras pró-credor/regras pró-devedor voltou ao seu patamar histórico do início da série⁹, implicando também em uma redução de 264 pontos percentuais no total de ações.

2.2. A hipótese de poder de mercado

No caso dos financiamentos de veículos, as montadoras são uma das prejudicadas com o racionamento de crédito imposto por um possível comportamento de oligopólio do setor bancário, precisando limitar a sua produção. O alto valor cobrado nos financiamentos maximiza os ganhos dos bancos, e não das montadoras, elevando o componente dos juros no preço final do bem para o consumidor. As montadoras, como forma de contornar o problema, trataram de ampliar a oferta de crédito oferecido por seus bancos¹⁰, como se pode observar no Gráfico 2, com a evolução do volume de empréstimos dos bancos ligados às montadoras que figuram entre as 50 maiores instituições bancárias do país.

Gráfico 2



Fonte: Banco Central do Brasil, dados trimestrais.

⁹ Conforme se verificará ao final do presente estudo, esse retorno aos valores históricos implicou em uma redução de no máximo 3,2% da taxa de juros.

¹⁰ As grandes montadoras transformaram financeiras ligadas a elas em bancos. Essas coligadas operavam com volumes financeiros muito pequenos até meados da década de 90.

Nota-se o grande declínio em dezembro de 2002, efeito da aquisição do Banco Fiat pelo Itaú¹¹. Pode-se verificar que o evento redundou na redução do volume de empréstimos de bancos ligados às montadoras para metade de seu valor, fazendo retroagir o mercado para os níveis do início de 2001.

Pode-se assim determinar que a concorrência no financiamento de veículos, que vinha crescendo, sofreu uma abrupta interrupção em dezembro de 2002. O regime que se observava antes da aquisição do Banco Fiat era o de uma concorrência oligopolística, com as instituições financeiras das montadoras escolhendo o volume que iriam financiar (atrelado, provavelmente, à produção das montadoras as quais pertenciam) e, em uma segunda etapa, escolhendo os preços que equilibram o mercado dada a primeira escolha (Kreps, Scheinkman, 1983, Tirole, 1989, capítulo 5).

Alguns poderiam argumentar que a data da compra coincide exatamente com um período de turbulência econômica, e que eventualmente a significância de um teste refletiria mais as condições do período pré-eleição do que uma concentração do mercado. Na realidade, considerando a cotação do dólar indicador da instabilidade, verifica-se que o período de instabilidade se estende por um bom período após a compra do Banco Fiat, como se verifica no Gráfico 3. De qualquer maneira, foram testadas especificações alternativas incluindo a taxa de câmbio como variável explicativa.

Outra crítica à abordagem seria a de que a venda do Banco Fiat se deu por razões de saúde financeira, e que um critério mais rigoroso de concessão de financiamentos como política saneadora do banco naturalmente reduziria os créditos contratados, elevando o juro. O primeiro problema nessa abordagem é que ela é contraditória, no sentido de que uma redução do custo marginal levaria a um *aumento* nas taxas. O segundo problema é o de que o uso de um critério mais rigoroso de contratação, por demandar fixação de normas, contato com parceiros e treinamento de funcionários, levaria muito mais tempo para produzir efeitos do que a simples elevação das taxas de juro. Essa hipótese foi, de qualquer forma, testada com a inclusão da inadimplência nas análises feitas.

¹¹ Aquisição do Banco Fiat pelo Itaú, em 03.12.2002, “ITAÚ: Aquisição do banco Fiat é confirmada” no site Universia, disponível em http://www.universia.com.br/html/investnews/vernoticia_cejhad.html, acessado em 31.05.2005.

Gráfico 3



3. O modelo econométrico

O teste empírico realizado procura medir o impacto sobre a taxa de juros dos indicadores institucionais pesquisados:

- **Total de Ações:** Mostrando o total mensal de recursos em ações judiciais que versam sobre alienação fiduciária, ponderado pelo volume mensal de ações lançadas no sistema de informações de jurisprudência do TJSP.
- **Compra do Banco Fiat:** Incidente que fixa a data de dezembro de 2002 como a da mudança do regime de concorrência neste mercado.

A redução da concorrência ocasionada pela compra do Banco Fiat deve elevar a média dos juros praticados no mercado no período posterior à aquisição. O modelo pode ser estudado com o uso dos *modelos de análise de intervenção* (Box, Tiao, 1975), expresso pela equação:

$$y_t = a_0 + a_1 y_{t-1} + c_0 z_t + \varepsilon_t, |a_1| < 1 \quad (1)$$

Onde z_t é uma variável tipo *dummy* que assume o valor de zero no período anterior a dezembro de 2002 e um a partir de então, e ε_t é um ruído branco (isto é, com média zero e variância constante). Até a data da interven

ção, portanto, o valor de z_t é zero e a_0 é o intercepto da função. A média da série no longo prazo é $a_0/(1 - a_1)$ e o coeficiente c_0 é o impacto inicial da alteração no mercado. O efeito no longo prazo será de $c_0/(1 - a_1)$ (Enders, 2004, p. 241).

A estimação dos valores dos parâmetros será feita através de um modelo ARIMA(p, q, d), priorizando-se a parcimônia e verificando-se as condições de convergência da série. Os resíduos do modelo eleito deverão apresentar o comportamento de um ruído branco, sendo utilizados os critérios de informação para a determinação dos modelos mais adequados (Enders, 2004, capítulos 4 e 5).

A série do indicador institucional (quantidade de ações judiciais) é gerada por um processo estocástico, não sendo exógena no sentido que se observa quando se fala de um modelo linear geral. A suposição feita no modelo é a de que os valores passados da taxa de juros não têm influência sobre estes indicadores¹².

As três séries são assumidas como estacionárias, e a suposição é a de que a influência das variáveis institucionais sobre a taxa de juros é linear e dinâmica, na forma:

$$y_t - \nu_0 x_t + \nu_1 x_{t-1} + \nu_2 x_{t-2} + \dots + n_t \quad (2)$$

Ou adotando uma forma reduzida:

$$y_t = \nu(B) x_t + n_t \quad (3)$$

Onde $\nu(B) = (\nu_0 + \nu_1 B + \nu_2 B^2 + \dots)$ é um polinômio de ordem infinita e n_t é um ruído qualquer descrito por um modelo ARMA(p, q), independente de x . O polinômio $\nu(B)$ é o que a literatura de séries de tempo (Fava, 1999, Box, Jenkins, 1976) chama de *função de transferência* e a série de pesos $\nu_0, \nu_1, \nu_2, \dots$ é conhecida como *função de resposta ao impulso*. A função de transferência expressa por um polinômio de ordem infinita tornaria inviável o seu cálculo. Entretanto, aproximando-se o polinômio por dois outros de ordem finita, $\omega(B)$ de ordem s e fórmula (B) de ordem r , tem-se:

¹² Esta suposição foi relaxada e testada em Ribeiro (2005b) através de uma auto-regressão vetorial (VAR) utilizando o modelo simplificado de juros de Stock e Watson (2001) que inclui como variáveis endógenas a taxa de juros, a inflação, a taxa de desemprego, ao qual se acrescentou o indicador institucional. Foram testadas também outras especificações e realizados testes da causalidade de Granger, simulações de resposta ao impulso e análise da decomposição da variância. Embora em todos os casos os sinais fossem os esperados, as significâncias foram baixas. No caso do índice institucional, algumas das especificações ficaram muito próximas da significância.

$$v(B) = \frac{\omega(B)}{\delta(B)} = \frac{(\omega_0 + \omega_1 B + \omega_2 B^2 + \dots + \omega_s B^s)}{(1 - \delta_1 B - \delta_2 B^2 - \dots - \delta_r B^r)} \quad (4)$$

E a equação (2) pode ser expressa, supondo que a reação da taxa de juros ao indicador institucional seja defasada em b instantes de tempo, da seguinte forma:

$$y_t = \frac{\omega(B)}{\delta(B)} x_{t-b} + n_t \quad (5)$$

Para atender a condição de estacionariedade de y_t é necessário que as raízes da equação característica $\delta(B) = 0$ caiam fora do círculo unitário.

Pela teoria as taxas de juros nominais são estacionárias, podendo apresentar raízes unitárias se a amostra incluir períodos de inflação muito alta. Foram feitos testes com as séries de juros deflacionadas pelo INPC do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas (FGV), descontando-se a inflação passada¹³.

O modelo testado em sua versão mais geral foi:

$$R_t = \beta_0 + \beta_1 R_{t-1} + \beta_2 \Phi_D + \beta_3 \alpha_t + \beta_4' x_t + \varepsilon_t \quad (6)$$

Onde R_t é a taxa de juros, formula é a *dummy* que assume o valor um a partir da venda do Banco Fiat, formula é a série que mostra a evolução do número de ações judiciais versando sobre alienação fiduciária, ponderada pelo movimento judiciário, x_t é um vetor de variáveis de controle que inclui a inadimplência, a taxa de câmbio e a taxa de desemprego, formula é um ruído branco e os formula são os coeficientes. Especificações alternativas foram testadas, utilizando-se como variável dependente o ágio nas operações no lugar da taxa de juros.

4. O teste empírico

Segundo o modelo econométrico proposto, os testes empíricos procuram verificar a influência sobre a taxa de juros nos financiamentos de bens para pessoas jurídicas do *Total de Ações* e da *Venda do Banco Fiat*.

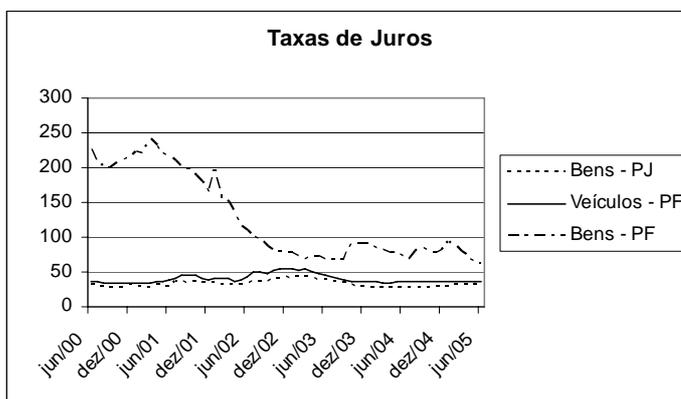
As taxas de juros testadas foram:

¹³ O uso da inflação futura faz com que se percam as últimas onze observações, o que pode ser problemático dado a tamanho limitado da série.

- A média mensal da taxa juros prefixados (em porcentual ao ano) das operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens por pessoa jurídica, conforme a série 3944 do BCB-DEPEC apurada no período jul/94 a jun/05;
- A média mensal da taxa juros prefixados (em porcentual ao ano) das operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens por pessoa física, conforme a série 3950 do BCB-DEPEC apurada no período jun/00 a jun/05;
- A média mensal da taxa juros prefixados (em porcentual ao ano) das operações de crédito com recursos livres para a aquisição de veículos por pessoa física, conforme a série 3948 do BCB-DEPEC apurada no período de jul/94 a jun/05;

A evolução das séries pode ser observada no Gráfico 4:

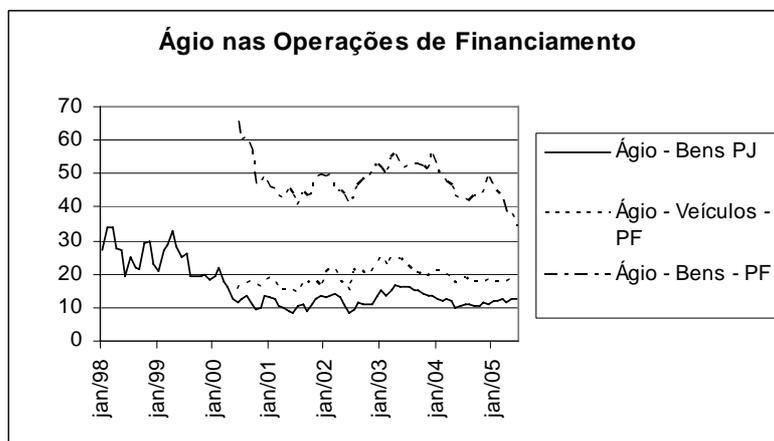
Gráfico 4



As séries relativas ao ágio em cada uma das operações testadas, que podem ser vistas no Gráfico 5, foram:

- Ágio nas operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens por pessoa jurídica, cf. a série 7923 do BCB-DEPEC apurada no período de jun/00 a jun/05;
- Ágio nas operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens por pessoa física, cf. a série 7933 do BCB-DEPEC apurada no período de jun/00 a jun/05;
- Ágio nas operações de crédito com recursos livres para a aquisição de veículos por pessoa física, cf. a série 7932 do BCB-DEPEC apurada no período de jun/00 a jun/05;

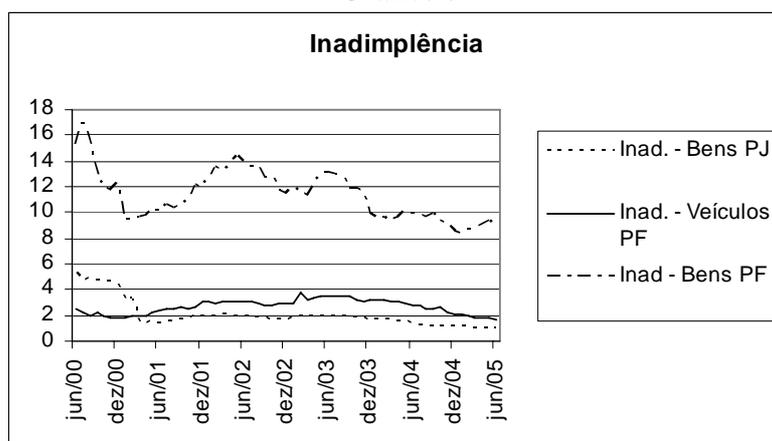
Gráfico 5



A inadimplência nas três operações, apresentada no gráfico 6, foi medida pela:

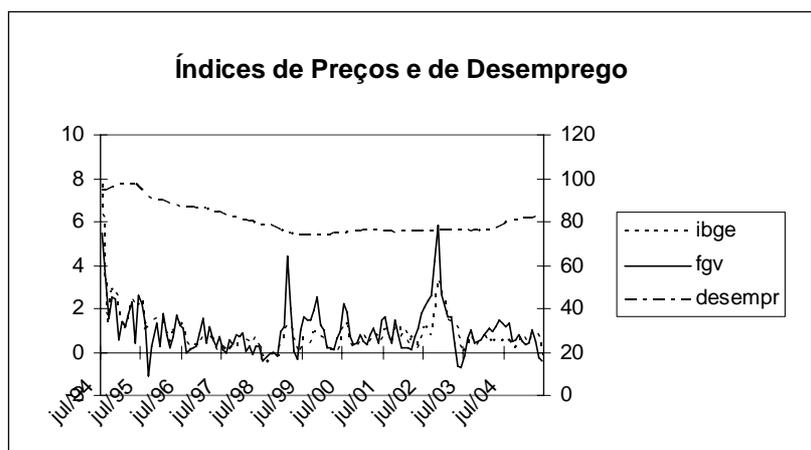
- Inadimplência acima de 90 dias em relação ao total em operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens para pessoas jurídicas, conforme a série 7923 – BCB-DEPEC no período de jun/00 até jul/05;
- Inadimplência acima de 90 dias em relação ao total em operações de crédito com recursos livres para a aquisição de bens para pessoas físicas, conforme a série 7933 – BCB-DEPEC no período de jun/00 até jul/05;
- Inadimplência acima de 90 dias em relação ao total em operações de crédito com recursos livres para a aquisição de veículos para pessoas físicas, conforme a série 7932 – BCB-DEPEC no período de jun/00 até jul/05;

Gráfico 6



As outras séries utilizadas no estudo são os índices de inflação, medidos pelo INPC do IBGE (utilizados no cálculo das taxas de juros reais) apresentados no eixo vertical da esquerda no Gráfico 7 e o índice de desemprego, medido pelo índice de pessoal empregado na indústria (dessazonalizado, média 1992 = 100) da Confederação Nacional da Indústria, Indicadores Industriais (CNI), no eixo da direita do mesmo Gráfico 7.

Gráfico 7



A taxa de câmbio utilizada foi a cotação de compra mensal média do dólar americano conforme a série 3697 do BCB-DEPEC, já mostrada no gráfico 3 (retro).

A mudança no regime cambial em janeiro de 1999, com a posterior adoção do regime de metas para a inflação em junho do mesmo ano, pode ter gerado algum efeito sobre a estabilidade dos parâmetros do modelo nos períodos anteriores e posteriores ao choque. Dividindo-se a amostra em dois subperíodos, o primeiro de julho de 1994 a dezembro de 1998 e o segundo de janeiro de 1999 a junho de 2005, pode-se estimar os parâmetros da regressão para cada um dos sub-períodos e os parâmetros obtidos para a série inteira, comparando a soma dos quadrados dos resíduos das três regressões (este é o chamado teste de Chow) através da estatística F ou da razão de verossimilhança.

O modelo estimado foi uma versão reduzida da equação 9, testando a taxa de juros para aquisição de bens de pessoa jurídica (a série mais longa entre as analisadas) desinflacionada pelo INPC do IBGE, na forma:

$$R_t = \beta_0 + \beta_1 R_{t-1} + \beta_2 \zeta_t \quad (7)$$

Os resultados são apresentados na Tabela 1, verificando-se que houve a mudança estrutural, levando à análise das séries de tempo apenas no período de janeiro de 1999 a junho de 2005¹⁴.

Tabela 1

Estatística	Valor	Probabilidade
Teste F	3,9629	0,0023
Razão de Verossimilhança	19,8666	0,0013

4.1. O período de 1999 a 2005

A análise no período 1999-2005 foi feita para as séries de juros para financiamento de veículos para pessoas físicas, para financiamento de bens para pessoas físicas e jurídicas e para o ágio nas três operações.

Para a determinação do modelo ARIMA aplicável é necessário analisar as autocorrelações e autocorrelações parciais das variáveis dependentes. Os gráficos de 8 a 13 mostram essas correlações para os índices deflacionados e para o ágio das operações em questão.

Gráfico 8

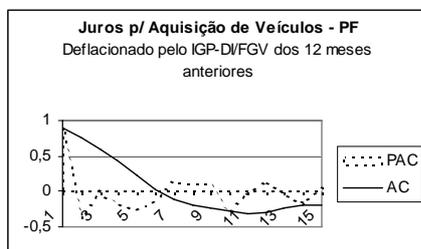
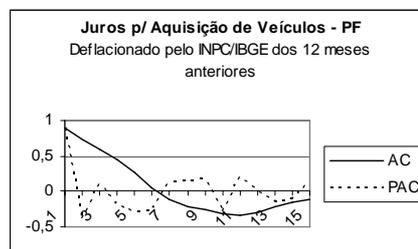
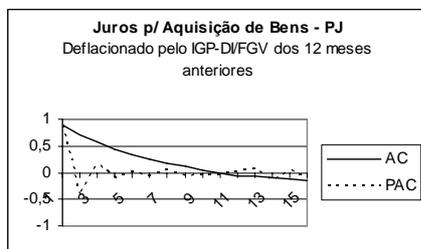
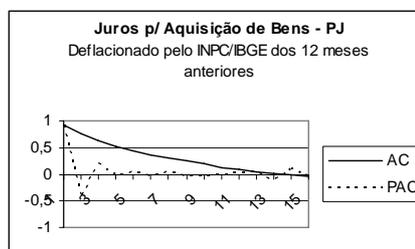
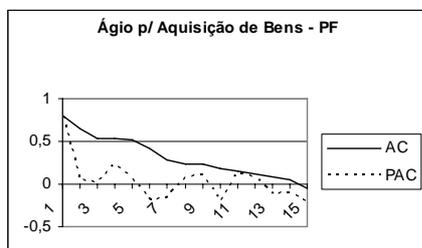
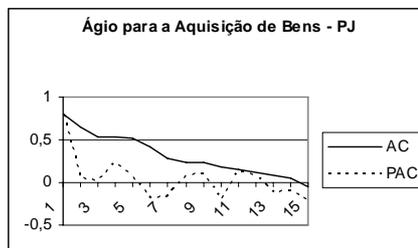


Gráfico 9



¹⁴ Como a maioria das séries só está disponível para o período de junho de 2000 a junho de 2005, a análise no período anterior ao regime de metas ficará restrita à análise das séries de taxas de juros para aquisição de bens para pessoa física e jurídica, tendo como variável explicativa apenas a relação de regras pró-credor/regras pró-devedor. Tanto a análise de intervenção para o advento da compra do Banco Fiat como o indicador fundado nas ações judiciais somente serão usados no segundo período.

Gráfico 10**Gráfico 11****Gráfico 12****Gráfico 13**

Em todos os casos se observa uma queda paulatina da autocorrelação e uma queda abrupta depois do primeiro período na autocorrelação parcial. Além da possível presença da não estacionariedade, que será testada a seguir, os gráficos endossam a escolha de um modelo auto-regressivo de ordem 1. A Tabela 2 mostra os resultados do teste da inexistência de raízes dentro do círculo unitário, condição que confirma a estacionariedade do modelo auto-regressivo, inclusive para as variáveis explicativas.

Tabela 2

Série	Ordem Integr.	Phillips Perron	ADF	p-valor 1%	p-valor 5%	p-valor 10%	Exógenas
Juros – Veículos – PF Defl. pelo INPC/IBGE Passado	0	-2,04	-2,49	-3,54	-2,91	-2,59	c
Δ Juros – Veículos – PF Defl. pelo INPC/IBGE Passado	1	-5,33***	-5,34***	-3,54	-2,91	-2,59	c
Juros – Veículos – PF Defl. pelo IGP-DI/FGV Passado	0	-2,14	-2,52	-3,54	-2,91	-2,59	c
Δ Juros – Veículos – PF Defl. pelo IGP-DI/FGV Passado	1	-5,09***	-5,16***	-3,54	-2,91	-2,59	c
Juros – Bens – PJ Deflacionado pelo INPC/IBGE	0	-2,12**	-2,20**	-2,59	-1,94	-1,61	-. -
Juros – Bens – PJ Deflacionado pelo IGP-DI/FGV	0	-2,40**	-4,64***	-2,59	-1,94	-1,61	-. -
Ágio na Compra de Veículos - PF	0	-2,65*	-2,68*	-3,54	-2,91	-2,59	c
Ágio na Compra de Bens - PJ	0	-1,10	-1,10	-2,59	-1,94	-1,61	-. -
Δ Ágio na Compra de Bens - PJ	1	-9,06***	-9,06***	-2,59	-1,94	-1,61	-. -
Índice de Ações Judiciais Base jun/2005 = 100	0	-6,67	-6,60	-3,52	-2,90	-2,58	c
Câmbio	0	-1,85	-1,31	-3,52	-2,90	-2,58	c
Δ Câmbio	1	-7,29	-7,24	-3,52	-2,90	-2,58	c
Desemprego	0	1,40	0,70	-3,52	-2,90	-2,58	c
Δ Desemprego	1	-4,57	-3,57	-3,52	-2,90	-2,58	c

1 – c para constante, t para tendência. *** significante a 1%, ** significante a 5%, * significante a 10%. 2 – Os valores críticos para o teste ADF neste caso foram 4,19, 3,52 e 3,19 respectivamente para 1%, 5% e 10% de significância.

Entre as variáveis dependentes, o ágio no financiamento da compra de bens para pessoa jurídica e as taxas de juros deflacionadas para a compra de veículos devem ser tomadas em primeira diferença. As variáveis de controle, ou seja, a taxa de câmbio, de desemprego e a inadimplência, também devem ser tomadas em primeira diferença. As restantes serão consideradas no nível. A Tabela 3 mostra o resultado das regressões para as taxas de juros.

Nas regressões foram eliminadas as especificações que apresentavam correlação serial dos erros, e entre as diversas especificações para cada variável dependente foi escolhida a que apresentava os critérios de informação mais baixos. Os regressores com coeficientes estimados não significantes só foram mantidos quando sua eliminação levava ao problema da correlação serial dos erros.

Tabela 3

Variável Independente	1 ¹	2 ²	3 ²	4 ³
Primeira Diferença da Taxa de Juros	0,3051***			
Veículos – PF - Defl. (INPC/IBGE) em t-1	(0,1060)			
Taxa de Juros Bens – PJ - Deflacionado (INPC/IBGE) em t-1		0,8931*** (0,0500)	0,8534*** (0,0569)	
Taxa de Juros Bens – PJ - Deflacionado (IGP-DI/FGV) em t-1				0,8620*** (0,0416)
Índice de Ações Judiciais Base: junho/2005 = 100	0,0040* (0,0023)	-0,0020* (0,0011)		3,84E-05 (0,0012)
Compra do Banco Fiat - Dummy	0,8264 (0,6802)		-0,7160 (0,4861)	0,9730 (1,2063)
Câmbio – Primeira Diferença	10,7870*** (2,1943)		4,8415*** (0,9370)	12,6922** (5,5607)
Desemprego	-0,3600 (0,9847)	-1,9323 (2,2255)		-3,1115* (1,8143)
Inadimplência na Compra de Bens - PJ			-0,4622** (0,2111)	
Constante	-0,9356* (0,5020)	2,8927** (1,3747)		2,3873** (1,1584)
Estatística F	8,00	301,16	78,8875	229,85
Crít. de Informação de Akaike	4,23	4,98	3,72	4,86
Crítério de Schwarz	4,46	5,11	3,89	5,05
Ljung-Box Q(8)	12,457 (0,132)	2,092 (0,978)	10,002 (0,265)	2,925 (0,939)
Ljung-Box Q(16)	20,791 (0,187)	7,850 (0,953)	15,979 (0,454)	7,182 (0,970)
Ljung-Box Q(24)	23,521 (0,489)	11,416 (0,986)	23,908 (0,467)	14,740 (0,928)
nº de Observações	55	73	61	73
R ²	0,45	0,93	0,85	0,94

Taxas de Juros - Regressões para o período 1999-2005. Erro padrão robusto de Newey-West entre parênteses.

1 – Primeira Diferença da Taxa de Juros Veículos – PF – Deflacionada pelo INPC/IBGE como variável dependente.

2 - Taxa de Juros Bens – PJ - Deflacionada pelo INPC/IBGE como variável dependente.

3 - Taxa de Juros Bens – PJ – Deflacionada pelo IGP-DI/FGV como variável dependente.

O montante de ações judiciais aumenta de forma significativa as taxas de juros nas duas modalidades de financiamento. A magnitude do aumento, entretanto, é bem pequena – para uma variação de um ponto percentual no índice, a taxa de juros evoluirá entre 20 e 40 milésimos de um ponto percentual. Para que se entenda a relevância destes números, basta acrescentar que a maior variação do índice de ações judiciais se deu entre o pico de 862,03 em janeiro de

2002 e o valor mínimo de fevereiro de 2004, com 8,41 – resultando em uma diferença de 816 pontos percentuais. Pois essa redução de 100 vezes no valor teve como resultado uma redução de 1,6% a 3,2% na taxa de juros.

Tabela 4

Variável Independente	Ágio na Compra de Veículos - PF	Ágio na Compra de Bens - PJ
Ágio na Compra de Veículos - PF	0,7792*** (0,1007)	
Ágio na Compra de Bens - PJ		0,6643*** (0,0940)
Índice de Ações Judiciais Base: junho/2005 = 100	0,0032** (0,0013)	
Compra do Banco Fiat - Dummy	0,9450** (0,4399)	1,0895* (0,5728)
Desemprego – Primeira Diferença	-1,4727** (0,6785)	-0,9251 (0,5795)
Inadimplência na Compra de Veículos – PF Primeira Diferença	-2,1090** (0,8501)	
Inadimplência na Compra de Bens – PJ		0,2732 (0,2210)
Constante	3,6507* (1,9904)	3,0802*** (0,8606)
Estatística F	23,687	27,260
Crit. de Informação de Akaike	3,80	3,29
Critério de Schwarz	4,02	3,46
Ljung-Box Q(8)	9,253 (0,321)	9,641 (0,291)
Ljung-Box Q(16)	13,895 (0,607)	13,517 (0,635)
Ljung-Box Q(24)	20,366 (0,676)	20,644 (0,660)
n° de Observações	56	61
R ²	0,70	0,66

Ágio - Regressões para o período 1999-2005.

1 – Erro padrão robusto de Newey-West

Verifica-se também que a *dummy* para a hipótese de aumento do poder de mercado, embora em algumas das especificações apresente o sinal esperado, não é significativa. Na Tabela 4 tem-se a análise para o ágio bancário nas duas operações.

No caso do ágio no financiamento das operações, a concentração do mercado implicou no seu aumento tanto para o financiamento de veículos quanto para o financiamento de bens. O total de ações aumenta significativamente apenas o ágio no financiamento de veículos. Para o ágio no financiamento de bens foram experimentadas várias especificações, nenhuma delas significativa e todas com critérios de informação piores.

O impacto no ágio também é de pequena monta, variando 2,75% entre o maior e o menor montante de ações judiciais. Já o impacto imediato da compra do Banco Fiat é o aumento de aproximadamente 1,0% no ágio das duas operações, com impactos de longo prazo de 4,3% no caso dos automóveis e 3,2% no caso dos bens¹⁵.

O impacto sobre o ágio e não sobre a taxa de juros pode ser explicado pelo aumento do poder de mercado. As reformas recentes têm levado à redução das despesas de captação¹⁶, entretanto os bancos, com o aumento do seu poder de mercado, têm se apropriado dessa economia. O ágio, portanto, tem crescido para baixo, com a compressão dos custos de captação, e não através da elevação da taxa de juros.

Reforça a conclusão a constatação de que o decréscimo da taxa de juros em resposta a excepcional redução das ações judiciais e ao enorme aumento na quantidade de regras favorecendo ao credor (Ribeiro, 2005a) é bastante diminuta. De fato, se persistissem as condições de concorrência perfeita o preço responderia a reduções nos custos marginais em proporções maiores. Assim, a pouca redução dos juros reforça a hipótese do exercício de poder de mercado com vistas à obtenção de lucros extraordinários pelos bancos.

5. Conclusões e futuras pesquisas

Possíveis extensões da pesquisa poderiam incluir a reprodução dos testes com observações para cada banco, com um tratamento de dados em painel. O projeto esbarra na falta de disponibilidade de dados quanto às ações judiciais separados por instituição financeira. Outra possibilidade de extensão da pesquisa é a de realizar o levantamento de acórdãos diretamente nos cartórios

¹⁵ Conforme o discutido no comentário ao modelo de análise de intervenção, o impacto de longo prazo pode ser obtido dividindo-se o coeficiente da *dummy* para a compra do Banco Fiat pelo resto da subtração do coeficiente do termo defasado da taxa de juros de 1 (um).

¹⁶ Nos últimos anos o Banco Central vem empreendendo esforços para levar a redução do ágio bancário e das taxas de juros em seu projeto “Juros e Spread Bancário” (Lundberg, 2003). O governo vem empreendendo reformas institucionais de sorte a propiciar mais segurança aos aplicadores, como, por exemplo, através da reforma da lei de falências e a planejada reforma do processo de execução, além da já citada reforma no DL 911/69 de alienação fiduciária.

dos tribunais, o que permitiria estender a série para um período anterior a 1998 – entretanto essa abordagem exigiria recursos de pesquisa bem mais abundantes do que os aqui utilizados.

Uma melhor modelagem dos erros nas séries poderia proporcionar resultados mais robustos para as especificações que não apresentaram resultados significativos (embora tal situação não tenha comprometido de forma alguma os resultados gerais da pesquisa). A análise de determinantes institucionais das taxas de juros carece de modelos matemáticos mais sólidos, o que não ocorre, por exemplo, quando se estuda a influência de variáveis monetárias e fiscais sobre os juros. Um desenvolvimento teórico mais apurado neste quesito poderia permitir o desenvolvimento de modelos VAR estruturais, lançando luz sobre a possível determinação conjunta entre variáveis econômicas e institucionais¹⁷.

O artigo conclui pela influência da chamada *incerteza jurisdicional* na taxa de juros, medida pelo volume de ações judiciais discutindo contratos com cláusula de alienação fiduciária. Conclui também pela existência de poder de mercado dos bancos, o que determinou significativa elevação do ágio bancário depois do episódio da aquisição do Banco Fiat. O resultado lança luz sobre o fenômeno da existência de menores taxas no mercado de financiamento de veículos. As taxas e o ágio são menores nesse mercado não apenas por conta da maior certeza da recuperação das garantias pelo credor, mas também pela forte concorrência patrocinada pelos bancos ligados às montadoras – a priorização que estes bancos dão ao financiamento da produção de suas empresas controladoras, desprezando eventuais ganhos do exercício de poder de mercado, leva a uma solução de equilíbrio do tipo Cournot no mercado de financiamento de veículos, reduzindo as taxas de juros em relação a uma solução mais próxima das práticas de monopólio.

A má notícia decorrente desse resultado é a de que a concentração do mercado, com a compra dos bancos ligados às montadoras por instituições financeiras tradicionais, deve levar a um aumento dos juros, dado o exercício do poder de mercado por parte destes bancos. O prejuízo não é apenas o da majoração da taxa de juros, e nem mesmo o da perda de bem estar que o monopólio traz ao fixar o nível de empréstimos em um nível abaixo do socialmente ótimo. Dado o efeito multiplicador do crédito, o seu racionamento por conta da busca de retornos extraordinários gera dano em toda economia, reduzindo a atividade empreendedora, o produto e a riqueza geral.

Outro aspecto negativo da constatação da estrutura de mercado imperfeito é o de que as reformas institucionais têm o seu impacto reduzido, como

¹⁷ Para modelos VAR estruturais, veja Enders (2004). Para o estudo quanto a previsões de quebras estruturais nestes modelos, veja Galvão (2005).

já se pode aferir dos resultados aqui apresentados. Sendo os preços menos sensíveis a flutuações do custo marginal na condição de monopólio (proposição teórica a exigir maior elaboração), o ganho das reformas institucionais têm sido inteiramente apropriado pelos bancos, através do exercício do poder de mercado, como também restou provado pela análise do impacto da aquisição do Banco Fiat sobre o ágio nas operações de financiamento.

Saliente-se, por fim, que essa melhora dos indicadores institucionais não é pouca. Verificou-se no decorrer da pesquisa que o alegado viés pró-devedor não existe mais, e se pode já falar em um viés francamente pró-credor. Verifica-se isso não apenas na sucessiva edição de regras favoráveis a estes últimos, mas também na fantástica redução das ações judiciais em matéria de alienação fiduciária (Ribeiro, 2005a).

Por fim, conclui-se que o grande obstáculo para que a sociedade colha os efeitos de todo o esforço de reforma das instituições feitos até o momento é o poder de mercado, que, frisando-se mais uma vez, não só aumenta os juros como impede que o benefício das reformas chegue a sociedade.

6. Referências

AMARAL, P.; QUINTIN, E.; *Making finance matter*. Working Paper, Federal Reserve Bank of Dallas, 2004. Disponível em <http://www.ssc.uwo.ca/economics/newsletter/misc/2004/AmaralDec9.pdf>, acessado em 02.06.2005.

ANTUNES, António; CAVALCANTI, Tiago; VILLAMIL, Anne. *Intermediation costs, investor protection and economic development*. Mimeo, In II ENCONTRO CAEN/UFC-EPGE/FGV DE POLÍTICAS PÚBLICAS E CRESCIMENTO ECONÔMICO, Fortaleza, CAEN/EPGE, 30 e 31 de Maio de 2005.

ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar e RESENDE, André Lara. *Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: Conjectures on the case of Brazil*, Rio de Janeiro: IEPE/CdG, Texto para Discussão n.2, 2003, Publicado em GIAVAZZI, F.; GOLDFAJN, I; HERRERA, S. (orgs.); *Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience, 1999 to 2003*. Cambridge, MA: MIT Press, may 2005.

BARRO, Robert. *Economic Growth in a Cross Section of Countries*. The Quarterly Journal of Economics, [S.l.], vol. 106, no. 2 (May, 1991), pp. 407-443.

BARZEL, Y. *Economic analysis of property rights*. 2nd Ed., New York: Cambridge University Press, 1997.

BELAISCH, Agnès. Do brazilian banks compete?. IMF working paper 03/113, maio, 2003. Disponível em www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Paper_Belaisch_Concorr%EAnCIA.pdf - Acessado em 12 set. 2005.

- BENCIVENGA, Valerie R.; SMITH, Bruce D.; *Financial intermediation and endogenous growth*. Review of Economic Studies, 58(2), p. 195-209, 1991.
- BERGER, Allen N.; HANNAN, Timothy H.; *The price-concentration relationship in banking*. The Review of Economics and Statistics, MIT Press, vol. 71(2), p. 291-99, 1989.
- BOX, G. E.; JENKINS, G. M.; *Time Series Analysis: Forecasting and Control*. San Francisco: Holden Day, 1976.
- CARLTON, Dennis W.; *The rigidity of prices*, American Economic Review, Vol. 76, No. 4, pp. 637-658, September, 1986.
- COASE, Ronald Harry; *The nature of the firm*, In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Org.), *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*, Reprint edition. New York: Oxford University Press, pp. 33-55, 1992.
- DEMSETZ, H.; *Industry structure, market rivalry, and public policy*. Journal of Law and Economics. Vol. 16, p. 1-10, 1973.
- DEVEREUX, Michael B.; SMITH, Gregor W.; *International risk sharing and economic growth*. International Economic Review, 35(4), p. 535-550, agosto, 1994.
- ENDERS, Walter. *Applied econometric time series*. 2nd Edition, New Jersey: John Wiley & Sons, 2004.
- FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo; Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil. Nota Técnica do Banco Central do Brasil nº 35, Março de 2003. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/NotasTecnicas/Port/2003nt35sistemajudicialmercadocredbrasilp.pdf>, acessado em 9.05.2004.
- FAVA, Vera Lúcia. Modelos de função de transferência e de análise de intervenção. In: VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; ALVES, Denisard Cnéio de Oliveira (Org.). Manual de econometria: nível intermediário, São Paulo: Atlas, p. 233-243, 2000.
- FAVA, Vera L.; ALVES, Denisard C. °; Indicador de movimentação econômica, Plano Real e análise de intervenção. Revista Brasileira de Economia, 51 (1), p. 133-143, Rio de Janeiro, jan-mar, 1997.
- FRANK, Murray Z.; MAKSIMOVIC, Vojislav, *Trade credit, collateral, and adverse selection*, SSRN Working Paper, January, 1998. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=87868> acessado em 30.06.2005.
- GALVÃO, A. B. Structural Break Threshold VARs for Predicting US Recessions using the Spread. Journal Of Applied Econometrics, v. a sair, 2005.
- GILBERT, R. Alton; *Bank market structure and competition: a survey*. Journal of Money, Credit and Banking. Vol. 16, p. 617-645, 1984.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, Journal of Political Economy, [S.l.], vol. 94, no. 4, p. 691-719, Aug. 1986.

HAMILTON, James Douglas. *Time series analysis*, 1st edition, Princeton: Princeton University Press, 1994.

ITAÚ: AQUISIÇÃO DO BANCO FIAT É CONFIRMADA no site Universia, disponível em http://www.universia.com.br/html/investnews/vernoticia_cejhad.html, acessado em 31.05.2005.

KANDIR, Antônio; MALAN, Pedro. Exposição de Motivos da Lei 10.931 de 1997 (Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário) acompanhando o projeto por ocasião do seu envio ao Congresso em 9 de junho de 1997.

LEVINE, Ross; *Financial development and economic growth: views and agenda*. Journal of Economic Literature, Vol. 35, p. 688-726, junho 1997.

LEVINE, Ross; RENELT, David; *A sensitivity analysis of cross-country growth regressions*. American Economic Review, Vol. 82, nº 4, p. 942-963, setembro de 1992.

LUNDBERG, Eduardo Luis (Org.). Juros e *spread* bancário no Brasil, Estudo do Departamento de Estudos e Pesquisas – DEPEP – do Banco Central do Brasil, Outubro de 1999. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf>, acessado em 15.03.2005.

MARQUES, Cláudia Lima; Contratos bancários em tempos pós-modernos- primeiras reflexões. In Revista Direito do Consumidor, v.25, p.19-38, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima; Cláusulas abusivas nos contratos imobiliários e bancários. In: XI CURSO BRASILCON DE DIREITO DO CONSUMIDOR; Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. 1997a.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários no CDC: o Paradigma da boa-fé objetiva. In: I SEMINÁRIO ITAÚ DE DIREITO DO CONSUMIDOR, São Paulo, Grupo Itaú, 1997b.

NAKANE, Márcio L.; *A test of competition in Brazilian banking*. Working Paper Series nº 12, Banco Central do Brasil, Março de 2001. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps12.pdf>, acessado em 31.05.2005.

NAKANE, Márcio L.; Concorrência e *spread* bancário: uma revisão da evidência para o Brasil. In: LUNDBERG, Eduardo L. (Org.), Economia bancária e crédito: avaliação de quatro anos do projeto juros e *spread* bancário. P. 58-67. Dezembro de 2003. Disponível em http://www.bcb.gov.br/ftp/rel_economia_bancaria_credito.pdf, acessado em 27.05.2005.

NOBREGA, Maílson da; LOYOLA, Gustavo; GUEDES FILHO, Ernesto Moreira; PASQUAL, Denise. O mercado de capitais: Sua importância para o desenvolvimento e os entraves com que se defronta o Brasil. Pesquisa da Série Estudos para

o Desenvolvimento do Mercado de Capitais da BOVESPA – Bolsa de Valores de São Paulo, disponível em www.bovespa.com.br, acessado em 19.06.2005.

NORTH, Douglass C.; Institutions, institutional change and economic performance. New York: Cambridge University Press, 1990.

PANZAR, J.; ROSSE, James; *Testing for 'monopoly' equilibrium*. Journal of Industrial Economics, 35. p. 443-456, 1978.

PELTZMAN, Sam; *The gains and losses from industrial concentration*. Journal of Law and Economics. Vol. 20, p.229-263, 1977. Disponível em <http://papers.nber.org/papers/w0163.v5.pdf>, acessado em 17.06.2005.

PETTERINI, Francis C.; JORGE NETO, Paulo de M.; Competição bancária no Brasil após o plano Real. Mimeo. VIII Encontro Regional de Economia do Nordeste, Fortaleza, Julho de 2003.

PHILLIPS, P. C. B.; PERRON, P.; *Testing for a unit root in time series regression*. Biometrika, 75, 335-346.

PINHEIRO, Armando Castelar; CABRAL, Célia; Mercado de crédito no Brasil: O papel do judiciário e de outras instituições, Ensaio BNDES nº 9, disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ensaio/ensaio9.pdf>, acessado em 11.08.2005.

RIBEIRO, Ivan César; Determinantes institucionais da taxa de juros: influência da incerteza jurídica e do poder de mercado. Mimeo, 2005a.

RIBEIRO, Ivan César; A Influência da Insegurança Jurídica sobre as Taxas de Juros na Alienação Fiduciária *In* Cavalcanti, Nicolau da Rocha; Ribeiro, Ivan César. Crédito Imobiliário, São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005b.

ROTEMBERG, Julio J.; SALONER, Garth; *The relative rigidity of monopoly pricing*, American Economic Review, vol. 77, p. 917-926, 1987.

SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA – MINISTÉRIO DA FAZENDA. Reformas microeconômicas e crescimento de longo prazo. Brasília, Dezembro de 2004. Disponível em http://www.fazenda.gov.br/spe/Texto_Versao%20Final%205.pdf, acesso em 19.06.2005.

SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL – MINISTÉRIO DA FAZENDA . Fundo de compensação de variações salariais – FCVS, texto disponível em http://www.stn.fazenda.gov.br/divida_publica/downloads/fcvs.htm, acessado em 21.06.2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Justiça em números - indicadores estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro, *In*: A Justiça ..., Brasília: Supremo Tribunal Federal, 12 e 13 de maio de 2005.

TIROLE, J. *“The Theory of Industrial Organization”*. Cambridge (Mass.): MIT Press. 1989.

TONOOKA, Eduardo Kiyoshi; KOYAMA, Sérgio Miki; Taxa de juros e concentração bancária no Brasil. Trabalho para discussão 62, Banco Central do Brasil, Fevereiro, 2003. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps62.pdf>, acessado em 02.06.2005.

VUONG, Quang H.; *Likelihood ratio tests for model selection and non-nested hypotheses*. *Econometrica*, 57, p. 307-333, 1989.

WILLIAMSON, O. E.; *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracts*. New York: The Free Press, 1985.

_____ ; *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996.



A PRÁTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO CADE

*Marina Moreira da Gama**

1. Introdução

No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Por isso, para determinar a prática da defesa da concorrência no Brasil é necessário avaliar as decisões dos órgãos antitruste nacionais que, no caso brasileiro, são proferidas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Avaliar as decisões do CADE é, portanto, avaliar a defesa da concorrência no Brasil. Um modo de avaliar a prática da defesa da concorrência brasileira consiste em observar se as decisões do CADE estão de acordo com as convencionais teorias utilizadas na análise antitruste. O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar a consistência teórica dos casos julgados do CADE no período de vigência da Lei 8.884/94, ou entre 1994 e 2004, pois é a partir daí que se define a prática política desta autarquia e sua relevância como instituição que se propõe reguladora da estrutura produtiva. Do ponto de vista econômico, avaliar a consistência teórica das decisões do CADE significa verificar se a teoria econômica utilizada como referência – aqui denominada de teoria antitruste – está sendo rigorosamente utilizada por esta instituição.

Para tanto, este trabalho se divide em seis seções, incluindo esta introdução. A segunda seção traz as referências teóricas da política antitruste. A terceira descreve esta teoria e seus procedimentos para avaliação de atos de concentração e práticas restritivas, tais como a delimitação do mercado relevante, a possibilidade de exercício de poder de mercado e a avaliação das eficiências econômicas líquidas. A quarta seção trata da metodologia de avaliação dos casos julgados pelo CADE. A quinta apresenta os resultados consolidados da análise sobre esta autarquia federal. E a última parte faz as considerações gerais sobre a prática antitruste no Brasil.

2. Referências teóricas da política antitruste

Como muitas das legislações positivas, as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria

* Economista (UNICAMP), advogada (PUCCAMP), doutoranda em economia pelo CEDEPLAR (UFMG).

econômica que lhes conferem sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma “invenção” da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; o Estados Unidos adotou o *Sherman Act* em 1890. Estas leis representaram uma reação política à turbulenta mudança econômica do final do século XIX que produziu indústrias extremamente concentradas e, muitas vezes, cartelizadas (GAMA, 2005b).

Já considerando a evolução teórica da política antitruste, é possível dizer que a defesa da concorrência foi baseada nas teorias de Organização Industrial que constituíram o chamado modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), tal como foi desenvolvido a partir dos anos 50 pela chamada “Escola de Harvard”. Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura. As políticas antitrustes elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada.

O Modelo ECD

Condições Básicas

Oferta: disponibilidade de insumos, tecnologia, aspectos institucionais, características do produto

Demanda: elasticidade-preço, presença de substitutos, sistema financeiro, distribuição de renda

Estrutura

número de produtores e compradores, diferenciação de produtos, estruturas de custos, integração vertical e diversificação

Condução

políticas de preços, estratégias de produto e vendas, pesquisa e desenvolvimento, investimentos em capacidade produtiva

Desempenho

Alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição equitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro

Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

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), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. Consoante BAIN (1956), o principal fator estrutural que afeta a conduta colusiva das empresas já estabelecidas é a concentração, já que a coordenação entre firmas ocorre mais facilmente quando seu número é reduzido no mercado em análise. Este entendimento estruturalista, segundo POSSAS (1985: 95), consiste em “tomar a concentração econômica como elemento básico da estrutura [de mercado] e a intensidade das barreiras à entrada como indicador chave do poder de mercado das empresas oligopolistas...”.

O problema desta visão, salientado por seus principais críticos, os teóricos da dita “Escola de Chicago”, é que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste. Isto porque, por um lado, concentração reflete apenas o número de concorrentes em um mercado e a desigualdade de tamanho entre eles, não havendo razão para supor que os comportamentos dos agentes serão simétricos e colusivos. Quanto a avaliação empírica, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o desempenho da firma, como lucratividade, margem de lucro e *markup*, são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da causalidade¹.

Assim, não mais se sustenta que a concentração seja uma indicação segura para a conduta dos competidores e por isso a justificativa para intervenção governamental via aplicação de legislação antitruste. Em poucas palavras, “a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por conseqüência para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.” (POSSAS *et al*, 1996: 21).

A “Escola de Chicago” rompe, assim, com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). Estruturas concentradas, se resultarem em uma economia de recursos que compense seus efeitos anticompetitivos, não podem ser consideradas ineficientes. Esta visão propõe a análise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos (SALGADO, 1997).

¹ Ver a resenha de GEROSKI (1988)

Em suma, a atual teoria antitruste foi construída tendo com referência essas duas escolas. A visão estruturalista sofreu uma modificação fundamental 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. De um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que gere algum efeito anticompetitivo envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado.

3. A teoria antitruste e o roteiro de avaliação

A análise antitruste parte da possibilidade de exercício de poder de mercado. Um ato de concentração ou uma conduta de uma firma só será considerado anticompetitivo se resultar em criação ou aumento de poder de mercado, compreendido como a capacidade da empresa em manter preços acima do nível competitivo por um determinado período de tempo.

Para que seja constatado que houve exercício de poder de mercado, a teoria antitruste faz a análise do caso seguindo um roteiro de avaliação que padroniza e, desta forma, agiliza o trâmite dos processos (OLIVEIRA & RODAS, 2004). Assim, ela se vale de três passos básicos seqüenciais: (i) a conceituação de mercado relevante; (ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; (iii) o exame das eficiências geradas pela operação. A partir destas considerações, o ato ou a conduta será aprovado ou condenado. Este roteiro tem como base a teoria antitruste convencional e é utilizado pelos órgãos de defesa da concorrência para avaliar atos de concentração e práticas restritivas. Por isso, ele será a referência para a análise da prática da defesa da concorrência no Brasil.

3.1. O conceito de mercado relevante

O mercado relevante, conceito rotineiramente utilizado na análise antitruste, é definido como o menor espaço econômico, em termos de produto e geográfico, no qual o poder de mercado 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 (HOVENKAMP, 1994; SCHERER & ROSS, 1990; CARLTON & PERLOFF, 2000). Portanto, a delimitação do mercado relevante deve ser feita con-

siderando-se a substituíbilidade da demanda nas suas três dimensões: a do produto, a geográfica e a temporal, além da substituíbilidade da oferta.

3.1.1 A substituíbilidade da demanda

A substituíbilidade da demanda considera a permuta entre produtos do ponto de vista do consumidor e possui três dimensões. Na dimensão do produto, a questão essencial é saber como muda o consumo de um produto a partir de mudanças no seu preço relativo. Por exemplo, se o preço do produto A aumentar em um percentual pequeno e significativo e, como resultado, os consumidores substituírem o produto A pelo produto B em quantidades relevantes, então A e B são bons substitutos e poderão, segundo esta dimensão, ser incluídos no mesmo mercado. Para determinar a extensão do mercado relevante em termos do produto, três testes (métodos) têm sido utilizados de forma recorrente (SCHERER & ROSS, 1990).

O primeiro teste consiste em se estimar as elasticidades cruzadas da demanda, que medem o percentual de mudança na quantidade demandada de um bem em resposta ao aumento de um ponto percentual no preço de outro bem. O segundo teste está baseado na suposição de que se dois produtos estão no mesmo mercado, então a variação de seus preços ao longo do tempo deverá ocorrer na mesma direção e em percentuais muito próximos (*Price Correlation Over Time*). Se o coeficiente de correlação calculado entre os preços de dois produtos for relativamente alto, presume-se que estes produtos estejam no mesmo mercado. Por fim, o terceiro teste é o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) proposto pelo Guia de Fusões Horizontais Norte-Americano (*GUIDELINES*, 1997)², que analisa a possível resposta dos consumidores diante de um aumento de preços de um certo produto, normalmente convencionado em 5%, mas ampliável para 10% ou 15%, durante um ano, realizado por um monopolista hipotético naquele mercado³. Aqui também é fundamental o conceito de elasticidade-preço da demanda, sobretudo quando não houver produtos substitutos para delimitar o mercado relevante.

A segunda dimensão da demanda a ser analisada na delimitação do mercado relevante é a geográfica. Utiliza-se o TMH ao se considerar que o aumento de preços de uma região afeta substancialmente o preço em outra região. Neste caso, ambas as regiões fariam parte do mercado. Esse processo deve ser repetido até que se conclua que os ofertantes da última área delimitada tomam suas decisões de política de preços sem se preocupar com os ofertantes da nova área proposta. O mercado relevante pode ser regional, nacional e até mesmo internacional.

² *Horizontal Merger Guidelines* (1997), do EUA.

³ Para melhor definição dos testes ver GAMA (2005a).

A terceira dimensão a ser destacada na definição de mercado relevante é a dimensão temporal da substituição, que incide sobre as outras duas dimensões, a de produtos e a geográfica. Quanto maior for o lapso de tempo considerado para avaliar a reação da oferta e da procura, maior será a amplitude do mercado delimitado, e vice e versa. Cabe notar, no entanto, que, se por um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal impede que se incorpore ofertantes potenciais, por outro, a sua ampliação desmesurada limita a capacidade de intervenção da agência reguladora. Convencionalmente, o período de tempo é próximo a um ano, podendo ser ampliado ou reduzido de acordo com as especificações do mercado.

3.1.2. A substituíbilidade da oferta

Completada a delimitação do mercado relevante pelo lado da demanda, a substituíbilidade do produto pelo lado da oferta também deve ser considerada para efeito de identificação dos participantes deste mercado. Isto é feito pela inclusão, no mercado relevante já definido em termos de produto, geográfico e temporal, dos ofertantes potenciais desse produto que podem fazê-lo com relativa facilidade, isto é, a baixo custo adicional e prazo relativamente curto, por já disporem de capacidade produtiva instalada, que pode ser remanejada para a produção do produto em questão.

Segundo SALGADO (1997: 53), “a flexibilidade na oferta é importante para identificar os produtores que podem vir a ofertar para um determinado mercado previamente delimitado, diante de oportunidades de realização de lucro extraordinário”. Isto é, a capacidade produtiva já instalada, que poderá ser utilizável de forma suficientemente ágil na produção dos produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial suficientemente elástica dos mesmos, deve ser computada no cálculo da oferta e na delimitação dos participantes do mercado relevante (POSSAS *et al*, 1996). São os chamados *uncommitted entrants*, na terminologia do *GUIDELINES* (1997), porque sua entrada no mercado não requer investimentos significativos em custos irre recuperáveis (*sunk costs*).

3.2. As condições de exercício de poder de mercado

Uma vez delimitado o mercado relevante, a utilização de medidas de concentração de mercado, a análise da competição externa e a avaliação do nível das barreiras à entrada são os principais instrumentos de inferência da extensão do poder de mercado naquele mercado relevante concreto utilizados pela teoria antitruste.

3.2.1. Índices de concentração de mercado

Seguindo as proposições do enfoque estruturalista de Organização Industrial, a crença de que uma operação de concentração gera poder de mercado. Há dois tipos de índices mais comumente utilizados⁴: os índices de participação das maiores empresas do mercado (Ci), e o índice de *Herfindahl Hirschman* (HHI)⁵.

Os critérios para identificar se a concentração gera um controle sobre parcela relevante do mercado são diferentes entre os países. O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) considera uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante como um ponto crítico (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94). Para o GUIA Brasileiro (GUIA, 2001⁶), uma concentração gera o controle de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que: (i) a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%, e (ii) a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 20% do mercado relevante. Quanto ao HHI, o critério utilizado é o *GUIDELINES* (1997). O Quadro 1 sumariza esses convencionais procedimentos.

Quadro 1: Variações no Índice de Concentração HH

	Variações de Pontos do HH - X		
	X < 50	50 < X < 100	X > 100
HHI > 1800	Região Segura	Região de Alerta	Região de Alerta
1000 < HHI < 1800	Região Segura	Região Segura	Região de Alerta
HHI < 1000	Região Segura	Região Segura	Região Segura

Fonte: VISCUSI *et al*, 1995. Elaboração própria.

⁴ Existem outros índices para medir concentração de mercado. Ver KUPFER & HASENCLEVER (2002).

⁵ Os índices “Ci” medem a participação percentual das “i” maiores empresas no mercado relevante, e o HHI corresponde ao somatório dos quadrados das participações de todas as empresas no mercado ou $HHI = \sum S_i^2$.

⁶ Ver Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (2001) das secretarias SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e SDE (Secretaria de Direito Econômico).

3.2.2. Viabilidade da competição externa

A possibilidade de aquisição de um bem através da importação, mesmo que ainda não esteja efetivamente ocorrendo, é um dos determinantes da concorrência no mercado doméstico e, conseqüentemente, um fator capaz de inibir o exercício do poder de mercado (GUIA, 2001). Sendo assim, se a concentração ocorrer em um mercado cujas importações podem ser efetivadas, é pouco provável que um ato de concentração e/ ou uma conduta anticompetitiva gerem problemas concorrenciais (GUIA, 2001).

3.2.3. Condições de entrada de novas firmas

Uma análise das condições de entrada no mercado, em princípio independentemente do grau de concentração vigente, é fundamental, uma vez que uma entrada livre reduziria a necessidade de ação antitruste (GEROSKI, 1988). Em outras palavras, uma operação que aumente a concentração pode não criar nem reforçar poder de mercado se a concorrência potencial for vigorosa (BONNER & KRUEGER, 1991). Dessa maneira, pode-se dizer que a concorrência potencial tem a mesma relevância que a concorrência efetiva (HOVENKAMP, 1994).

Para o *GUIDELINES* (1997) e o GUIA (2001), a entrada deve ser realizada (ou possível de ser realizada, quando da ameaça crível de entrada) por agentes comprometidos com a estratégia de entrada no mercado (os chamados *committed entrants*), ou seja, os potenciais entrantes devem ser capazes de enfrentar eventuais barreiras existentes, incorrendo inclusive em custos irre recuperáveis. Além disso, a entrada (ou sua ameaça crível) deve satisfazer as três condições descritas a seguir:

1º Condição: A entrada deve se realizar em um período de tempo de aproximadamente, dois anos (*timeliness of entry*);

2º Condição: A entrada deve ser altamente provável, isto é, economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. (*likelihood of entry*);

3º Condição: A entrada deve ser suficiente para trazer os preços para os patamares verificados antes da concentração ou conduta e permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial (*sufficiency of entry*).

Satisfeitas as condições de entrada acima, o ato de concentração ou a prática restritiva é tido como incapaz de ofender à concorrência, não gerando maiores preocupação da parte das autoridades da defesa da concorrência.

Há um longo debate na teoria econômica sobre a natureza das barreiras à entrada. BAIN (1956) considera as barreiras à entrada como um atributo da estrutura do mercado. Barreiras à entrada, ou as vantagens que as firmas estabelecidas têm sobre competidores potenciais e que se refletem na capacidade das mesmas em elevar persistentemente os preços acima dos níveis competitivos sem atrair novas firmas para o mercado em questão, são, assim, estruturais, estáveis e se modificam lentamente no tempo (FAGUNDES & PONDE, 1997). Segundo esta visão estruturalista do mercado, existem quatro tipos básicos de barreiras à entrada: Diferenciação de Produto, Vantagens Absolutas de Custo, Economias de Escala, Investimentos Iniciais Elevados.

As definições de Bain sobre barreiras à entrada foram criticadas, como toda a visão estruturalista da economia, pela “Escola de Chicago”. Neste contexto, STIGLER (1968) argumentou que somente existem barreiras à entrada na presença de assimetrias entre as firmas, ou seja, quando custos devem ser incorridos pelas entrantes, mas não pelas firmas instaladas. Para este autor, economias de escala e elevados requisitos de capital, por exemplo, não devem ser considerados barreiras, na medida em que as firmas entrantes e as incumbentes têm acesso às mesmas tecnologias e dispõem do mesmo mercado de capital para financiar seus investimentos. De um modo geral, a reavaliação das barreiras estruturais propostas por Bain foi feita à luz da noção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), custos que a empresa deve necessariamente arcar na hipótese de saída rápida do mercado (VISCUSI *et al*, 1995). São, portanto, investimentos plenamente comprometidos (*committed investments*) com a entrada, cujos valores seriam inteiramente perdidos se não utilizados no mercado para o qual foram inicialmente destinados, ativos específicos na teoria dos custos de transação.

3.3. A avaliação das eficiências econômicas

O principal benefício propiciado por atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas é o seu potencial de gerar ganhos de eficiência (melhoria da qualidade e menores preços). Assim, deve ser avaliado qual será o efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos da operação (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995; CARLTON & PERLOFF, 2000).

As eficiências consideradas pela análise antitruste são as produtivas e as relacionadas a reduções dos custos de transação. Eficiências produtivas são aquelas que resultam de economias reais de recursos que permanecem no longo prazo e permitem à firma aumentar a produção ou melhorar a qualidade dos produtos. A vantagem destas eficiências é que podem ser comprovadas por documentos técnicos e contábeis (requisito legal). Já de acordo com a interpreta-

ção da teoria dos custos de transação⁷, a especificidade de ativos e o oportunismo podem gerar ineficiências econômicas, assim o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais a condutas das partes e iniciativas de integração ou quase-integração ao longo das cadeias produtivas constituiriam, muitas vezes, formas organizacionais que geram ganhos de eficiência.

Para avaliar o efeito líquido resultante de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva, WILLIANSO (1968)⁸ propôs analisar o *trade off* existente entre os ganhos de eficiência alocativa e os efeitos anticompetitivos do aumento de poder de mercado. Um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente do produtor em decorrência à redução de custos superar a perda de excedente do consumidor trazida pelo aumento de preços.⁹

O problema desta abordagem é que ela desconsidera os efeitos sobre a distribuição de renda derivados do exercício do poder de mercado. Ao desconsiderar o efeito distributivo, o modelo de Willianson acaba por tornar indiferentes situações de concorrência perfeita e de monopólio com discriminação de preços perfeita, dado que em ambos os casos o excedente total é máximo, sendo apropriado inteiramente pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo caso (POSSAS, 2002).

Em consonância com um critério distributivo, a outra abordagem de mensuração das eficiências é denominada na literatura como “Padrão de Preço” (FISHER *et al*, 1989). Nesta, a aprovação de atos ou condutas depende, no mínimo, da manutenção do excedente do consumidor, ou seja, não pode haver aumento do preço do produto (uma alocação ótima de Pareto). Para este critério, as eficiências decorrentes de uma fusão, aquisição, associação, ou conduta devem ser de tal magnitude que tornem suplante o poder de mercado implícito na operação.

A lei brasileira de defesa da concorrência prevê, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Desse modo, deveriam ser considerados na análise de casos brasileiros não apenas os efeitos da operação sobre o total do excedente econômico (“custo social do monopólio”), mas também os efeitos sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo padrão de preço se aproximaria mais do objetivo traçado pela Lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empre-

⁷ Sobre esta teoria e sua relação com a defesa da concorrência ver POSSAS *et al* (1997).

⁸ O artigo original de Willianson foi publicado em 1968, na *American Economic Review*, sendo posteriormente republicado algumas vezes com pequenas mudanças.

⁹ Ver CARLTON & PERLOFF (2000) para maiores detalhes sobre o tema.

sas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços. O GUIA (2001), por sua vez, exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, como requer o modelo de Williamson.

4. Análise da atuação do CADE entre 1994 e 2004

A teoria antitruste apresentada acima será utilizada para a avaliação dos casos julgados do CADE. Como observado, a preocupação estruturalista relacionada com a concentração de mercado foi combinada com a análise das eficiências econômicas, que busca contrabalançar os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos.

4.1. Metodologia

Segundo WILLING (1991), até 1982, o procedimento das autoridades antitruste em todo o mundo era bastante discricionário, valendo-se basicamente de valores de participação de mercado antes do ato ou da conduta e muito pouco preciso na forma de delimitação do mercado relevante. Somente com a publicação do GUIDELINES (1982) é que um conjunto de procedimentos destinados a medir o aumento de poder de mercado começou a ser utilizado de forma generalizada pelas cortes dos EUA. E mais, foi somente a partir da década de noventa que instrumentais econômicos passaram a ser usados para facilitar a aplicação, por intermédio do roteiro de análise, da teoria antitruste (OLIVEIRA & RODAS, 2004). É nesse contexto que se coloca a questão se a teoria antitruste está sendo consistentemente aplicada pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro. Aliás, não existe trabalho publicado de nosso conhecimento que tente analisar, da forma como propomos aqui, a relação entre teoria e prática antitruste no mundo e, particularmente, no Brasil.

Para tanto, é preciso avaliar como o CADE julgou, por meio do roteiro de análise antitruste, os atos e as condutas que deram ensejo a processos no período de julho de 1994 a dezembro de 2004. As decisões do CADE são proferidas por um Colegiado composto por um Presidente e seis Conselheiros. Para cada processo um Conselheiro é escolhido para fazer o relatório sobre o caso. Este relatório utiliza como referência, total ou parcialmente, aos pareceres da SEAE, SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público, quando existentes, e demais pareceres externos, quando contratados pelas partes. O Conselheiro-Relator justifica argumentativamente o seu voto, que poderá ser acatado ou não pelos outros conselheiros. É este voto que usamos como referência para o estudo a ser apresentado.

Os votos escolhidos foram retirados dos relatórios anuais do CADE de 1996 a 2003, que contêm todos os processos referentes a atos de concentração e condutas competitivas julgados no ano de referência. Os votos de 1994, 1995 e 2004 foram recolhidos na própria autarquia, ou, quando possível, no *site* do CADE na internet¹⁰.

Este trabalho restringiu-se também aos casos que tiveram julgamento de mérito e utilização parcial ou total do roteiro de avaliação de atos de concentração ou condutas anticompetitivas. O julgamento de mérito é um filtro que permite a análise dos casos que realmente poderiam acarretar em impacto(s) no(s) mercado(s) relevante(s), gerando possíveis efeitos econômicos. Desta forma excluíram-se os processos e as consultas arquivados e/ou extintos sem julgamento de mérito, e aqueles extintos e/ou arquivados por despacho referendado, entre outros (embargos à declaração, recursos e consultas). Além disso, cabe salientar que o ano considerado é o do julgamento e não da instauração do processo. Já a necessidade de julgados com análise segundo o roteiro básico proposto pela teoria antitruste foi outro importante filtro para este trabalho, pois somente é possível avaliar a consistência teórica e empírica do CADE estudando aqueles casos que sigam, mesmo que sem uma seqüência rígida, as etapas básicas da análise antitruste. Excluem-se, assim, todos os julgados que não geram a necessidade de delimitação do mercado relevante e, por conseguinte, avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e cômputo das eficiências líquidas, como as reorganizações societárias¹¹.

4.2. Casos selecionados

O CADE, ao longo de sua história julgou 3230 atos de concentração e 1058 processos administrativos referentes a práticas anticompetitivas, como mostra a tabela abaixo (GAMA, 2005b).

¹⁰ Endereço do sítio: www.cade.gov.br

¹¹ A reorganização societária é a transferência de controle entre os detentores que, por sua vez, mantém inalterada sua relação de controle com um único grupo a que todos pertençam, situação que, necessariamente, afastaria qualquer efeito anticoncorrencial.

Casos Julgados pelo CADE

JULGADOS	1963-1990	1991-1994*	1994**-2004
AC's	0	30	3200
PA's	117	128	930
TOTAL	117	158	4130

Fonte: SALGADO (1995) e CADE. Elaboração própria.

* De janeiro a junho de 1994.

** De julho a dezembro de 1994.

Entre os anos de 1994 e 2004, o CADE julgou 4.130 casos, sendo 3.200 atos de concentração e 930 processos administrativos referentes às condutas anticompetitivas (GAMA, 2005b).

Casos Julgados pelo CADE entre 1944 e 2004

ANO	PA's	AC's	TOTAL
1994*	26	21	47
1995	38	12	50
1996	97	19	116
1997	446	46	492
1998	90	144	234
1999	43	210	253
2000	39	523	562
2001	34	584	618
2002	35	518	553
2003	23	527	550
2004	59	596	655
TOTAL	930	3200	4130

Fonte: CADE. Elaboração própria

* de julho a dezembro de 1994

Neste trabalho, no entanto, seguindo a metodologia exposta acima, foram analisados 330 casos.

Casos analisados

<i>Tipos</i>	<i>Nº Casos</i>	<i>%</i>
Atos de Concentração	242	73.3
Processos Administrativos	88	26.7
<i>Total</i>	330	100

Os resultados obtidos com a análise dos casos julgados escolhidos serão distribuídos de acordo com o roteiro de avaliação exposto no item anterior. Como visto, a estrutura recomendada pela teoria antitruste (roteiro de avaliação) implica os seguintes passos na análise de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva: (i) a delimitação do mercado relevante; (ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; (iii) o exame das eficiências geradas pela operação.

5. Análise econômica do CADE entre 1994 e 2004

Da análise feita sobre a consistência teórica dos julgados do CADE, a primeira impressão é, sem dúvida, a heterogeneidade da aplicação da teoria antitruste. Os casos analisados são muito díspares quanto à aplicação da teoria antitruste e procedimentos de análise padrão, pois, apenas alguns casos esta análise abrange todos os pontos propostos pela teoria.

Para ilustrar esse argumento, observou-se que o emprego de teste para a determinação da substituíbilidade da demanda foi feito em apenas 14% dos casos em que a substituíbilidade foi analisada, e o emprego de método quantitativo para o cálculo da eficiência econômica líquida, em apenas 5% dos julgados com alegação de eficiência econômica.. A tabela abaixo mostra o panorama dos resultados encontrados.

	<i>Nº Casos</i>	<i>%</i>
1. Analisados	330	100
1.1 Substituibilidade da Demanda	205	62 (de 330)
1.1.1 Emprego de Teste na Dimensão Produto	29	14 (de 205)
1.2 Substituibilidade da Oferta	154	47 (de 330)
2. Concentração do Mercado	189	57 (de 330) e 100
2.2 Análise da Viabilidade da Importação	63	33 (de 189)
2.3 Análise das Barreiras à Entrada	114	60 (de 189)
2.4 Eficiências Alegadas	98	52 (de 189)
2.4.1 Emprego de Método Quantitativo	5	5 (de 98)

Fonte: elaboração própria.

Dos 330 casos analisados, na delimitação de mercado relevante, somente em 62% destes foi analisada a substituibilidade da demanda e em 47% a da oferta. E dentre os casos que analisaram a substituibilidade da demanda para delimitar o mercado relevante do ponto de vista do consumo (dimensão do produto e geográfica), somente em 16% houve o emprego de algum dos testes indicados pela teoria antitruste. Já em relação à concentração de mercado, 189 casos (57% dos 330 casos) geraram a possibilidade de exercício de poder de mercado. Considerando agora estes 189 casos como o total, a análise da viabilidade da importação foi feita em 33% dos casos e a análise das barreiras à entrada em 60%. As eficiências foram argüidas em 98 julgados (52%), mas somente em 5% destes houve o emprego de método quantitativo para cômputo da eficiência econômica líquida.

A tabela acima mostra que em 62% dos casos houve a análise da substituibilidade da demanda nas dimensões produto e geográfica, não importando se outros produtos ou regiões foram ou não incorporados no mercado relevante. Isto é, em 205 casos houve uma análise desta substituibilidade. A substituibilidade da demanda é condição indispensável para definir o(s) produto(s) e a(s) região (s) relevante(s). Seu cálculo, através de algum instrumental econômico, é imprescindível.

Também a elasticidade da oferta foi analisada em apenas 47% dos casos, sendo que em nenhum deles houve o exercício de se definir potenciais ofertantes que não incorreriam em custos irrecuperáveis para iniciar a produção.

O número de casos que tiveram seu mercado concentrado ou que ocorreram em mercados previamente concentrados é significativo (57% dos casos). No entanto, mesmo não havendo mudança nas participações de mercado entre as empresas, devido à entrada via aquisição, fusão ou associação pode haver mudança considerável na dinâmica concorrencial. Para verificar como a concentração de mercado é mensurada pelo CADE, foram analisados todos os casos em que houve concentração efetiva (189 casos ou 58% do total), que necessariamente teriam que referenciar algum índice de concentração ou, no mínimo, a participação de mercado. A análise mostra o emprego regular da participação de mercado em detrimento dos índices HH e Ci, que carregam maiores informações sobre a estrutura de mercado.

A importação é um importante fator de contestabilidade, isto é, é inibidor do abuso de poder de mercado. Deve-se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis. Segundo este estudo, no entanto, a análise da importação é relegada a um segundo plano pelo CADE, sendo realizada em apenas 33% dos casos em que houve concentração (189 julgados). Estes geralmente são casos que notoriamente a importação seria relevante pelo fluxo comercial internacional mais intenso.

As suposições feitas pelos Relatores nos casos em que a importação foi analisada, com raras exceções, não tiveram como contrapartida uma avaliação de preços FOB e dos custos de internação do produto (frete marítimo, seguro, imposto de importação e despesas de desembarço aduaneiro), recomendada pela análise antitruste. Na sua maioria, o parâmetro de comparação utilizado entre preços interno e externo foi apenas a alíquota de importação, procedimento superficial para avaliação do comércio exterior neste contexto.

Quanto às barreiras à entrada, é imprescindível incluir na definição de mercado relevante os ofertantes potenciais (*uncommitted entrants*), para que na etapa de avaliação da entrada sejam consideradas apenas aquelas firmas que agregarão (ou terão capacidade de agregar) capacidade produtiva ao mercado (*committed entrants*). Uma rigorosa avaliação das barreiras é necessária para se concluir sobre a efetividade do exercício de poder de mercado, pois nenhum ato ou conduta realizado em mercados relevantes onde as barreiras à entrada são baixas deve gerar maiores preocupações das autoridades antitruste. No entanto, para que uma entrada seja considerada possível e, portanto, o mercado seja considerado contestável, é necessária a satisfação conjunta das condições de temporalidade, de probabilidade e de suficiência de entrada. Muito frequentemente a entrada é considerada livre ou não sem que estas condições para entrada sejam verificadas conjuntamente.

O resultado dessa pesquisa mostra que a análise das barreiras à entrada foi feita em somente 60% dos casos em que era necessária (189 casos com con-

centração). Foram considerados como analisados aqueles casos em que apenas houve menção à existência ou não das barreiras. De fato, dos 330 casos analisados, somente o ato de concentração envolvendo a Abbott (AC de nº 08012.000210/02-41) trouxe aos autos a análise conjunta das três condições de entrada.

As eficiências foram alegadas em 98 casos ou 52% daqueles 189 com possibilidade de exercício de poder de mercado. A alegação da eficiência, entretanto, não significa que elas foram aceitas. Geralmente o CADE considera como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam especificados. Das eficiências alegadas, as produtivas compõem o maior grupo. Isto talvez seja decorrência de uma facilidade relativamente maior em se verificar e quantificar os ganhos de produtividade, em parte porque as informações necessárias são de conhecimento das empresas envolvidas. O que propõe a teoria antitruste é considerar um ganho de eficiência como um ganho de produtividade, resultando na redução de custos unitários. Por isso a aceitação das eficiências resultantes da economia de custos de transação foram restringidas a casos específicos, sobretudo àqueles que envolvem atos ou condutas de empresas verticalizadas.

As eficiências econômicas alegadas podem ser submetidas, se quantificáveis e aceitas, a um dos dois modelos (o padrão de preço e o critério de Williamson) que buscam mensurar o efeito líquido da operação ou conduta. No entanto, estes modelos foram empregados em apenas cinco casos.

6. A prática da defesa da concorrência no Brasil

A teoria de Organização Industrial gerou instrumentos analíticos capazes de fornecer uma orientação para o exame antitruste de atos de concentração e práticas restritivas por parte das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência. No entanto, este exame se depara com diversas dificuldades analíticas, sobretudo as referentes à operacionalidade de certos aspectos da teoria, tais como a definição do mercado relevante via utilização dos testes econômicos para inferir a substituíbilidade da demanda, e a aferição quantitativa do *trade-off* entre eficiência e poder de mercado. Estas dificuldades originam-se da formulação teórica destes temas em economia. Aqui, mais que em outros casos, a indeterminação econômica no plano conceitual conspira contra a premência jurídica por referências e parâmetros determinados. Assim, é preciso admitir que não se dispõe, na análise antitruste, de um critério normativo único e inteiramente satisfatório para avaliar e ponderar benefícios e custos sociais de atos de concentração e condutas anticompetitivas.

6.1. Delimitação mercado relevante

Quanto à delimitação do mercado relevante na substituíbilidade do consumo, o que o resultado do trabalho mostrou foi, sobretudo, uma dificuldade em realizar os testes indicados pela teoria antitruste. O problema provavelmente consiste na falta de praticidade da aplicação destes testes diante da frágil base informacional (ausência de dados setoriais consistentes, séries de tempo para preços de produtos e estudos setoriais defasados) e da dificuldade em se obter estimativas do comportamento dos consumidores diante de uma elevação nos preços do produto em questão (cálculo das elasticidades).

Já em relação à substituíbilidade da oferta, de modo geral o que se pôde perceber foi a existência de uma separação entre a análise das condições de demanda, tratadas na definição de mercado relevante, e as de oferta, tratadas no contexto das condições de entrada no mercado. Esta separação não teria maiores conseqüências não fosse a importância estratégica assumida pelo conceito de mercado relevante na aplicação da teoria antitruste.

6.2. Possibilidade de exercício de poder de mercado

A avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado tem início com uma análise da concentração de mercado, inclusive com sua mensuração. No entanto, como já enfatizado, a concentração não é pressuposta para o exercício de poder de mercado e, por isso, não deveria ser um ponto focal na análise antitruste como o é atualmente. O grau de concentração de um mercado, por si só, não deveria ser considerado pelo CADE como condição necessária e/ou suficiente para que uma determinada operação ou conduta anticompetitiva seja considerada danosa à concorrência. A concentração, medida através dos índices HH, Ci ou pela simples participação de mercado, serve apenas como um indicativo para a análise antitruste ao lado de outros elementos utilizados.

Outra questão importante a ser ressaltada é que não devem ser utilizados, *a priori*, parâmetros para concentração importados de outros países, como os 1800 pontos do HHI, ou o 75% do C4, dadas as peculiaridades da economia brasileira. Independente do indicador, a análise de impacto estrutural em economias como a brasileira deve levar em conta o tamanho mais reduzido de seus mercados, sobretudo quando se busca transplantar as faixas de referência do HHI utilizadas pelos órgãos dos EUA, ou do C4 utilizadas pela União Européia, economias maiores e estruturalmente diferentes da brasileira. Seria prudente, portanto, o estabelecimento de critérios próprios para definição dos parâmetros críticos de concentração no mercado brasileiro.

Além disso, é fundamental observar que não há como se estimar de maneira objetiva o impacto de uma concentração sobre a concorrência - isto é, sobre o poder de mercado. Isso dependerá de um grande número de atributos da estrutura do mercado, das características, portanto, de cada mercado e da forma como neles se manifesta a competição. Assim, percebe-se uma superestimativa da importância que se atribui ao grau de concentração do mercado como indicador supostamente decisivo para avaliar o impacto de uma operação sobre a concorrência, como era de se esperar de uma teoria econômica baseada no modelo ECD.

A avaliação do exercício do poder de mercado deveria não se prender a uma análise quase que fundamental da concentração, mas considerar mais rigorosamente outros fatores de contestabilidade de mercado, como a importação e a probabilidade de entrada (e.g. as três condições de entrada), mesmo que estas sejam relativamente menos favoráveis do que em economias mais desenvolvidas, em virtude da restrição do comércio exterior, imperfeição dos mercados de capitais e limitações de infra-estrutura, entre outros fatores. Ainda é importante ressaltar as dificuldades para mensurar o nível das barreiras à entrada. Não existe um instrumental econômico ou informações que classifiquem o grau de bloqueio à entrada. Dessa maneira, é sempre exigido algum exercício de juízo por parte do investigador.

6.3. *Análise das eficiências econômicas*

Quanto à análise das eficiências, o que fica claro é a dificuldade encontrada para se quantificar o efeito líquido de um ato de concentração ou prática restritiva. Como a estimativa das reduções de custos é de inteira responsabilidade das partes envolvidas, e os dados sobre os preços podem ser de difícil obtenção, a aplicação dos modelos, devido sobretudo à necessidade de se estimar resultados de mercado pós-fusão (redução de custo e aumento de preços), não é imediata. Uma solução parcial para esse problema seria a criação de equipes de técnicos e especializadas capazes de averiguar com maior conhecimento as informações técnicas enviadas pelas empresas. Tal dificuldade não passou despercebido por Williamson, que sugeriu o reconhecimento, *a priori*, de métodos de obtenção das economias de recursos (VISCUSI *et al*, 1995).

6.4. *Considerações finais*

Uma das maiores dificuldades imposta ao SBDC está relacionada à disponibilidade da informação. Por não possuir uma fonte de dados própria ou de outro órgão federal coligado, o SBDC fica impossibilitado de utilizar instrumentais econômicos próprios para inferir considerações sobre o mercado em análise.

se. Diante deste fato, a solução encontrada, sobretudo pelo CADE, foi a de utilizar, para diversos fins, dados provenientes de empresas privadas contratadas geralmente pela(s) empresa(s) envolvida(s) no ato ou prática restritiva e/ ou realizar avaliações dos trabalhos econômicos levados aos autos. O problema desse procedimento é a dúvida permanente sobre a imparcialidade das informações. Assim, apesar da necessidade da aplicação da teoria antitruste na tomada de decisão pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, é notória alguma dificuldade no emprego de certos instrumentos econômicos.

A falta de informação, aliada à falta de operacionalidade de alguns conceitos econômicos chaves para a análise antitruste, levam à adoção de uma prática de defesa da concorrência muitas vezes afastada da teoria econômica, mesmo dos seus procedimentos mais convencionais e menos complexos. Em suma, essa prática significa uma aplicação da teoria antitruste pelos órgãos de defesa econômica de forma heterogênea e fragilizada.

A aplicação heterogênea e pouco rigorosa da teoria antitruste pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil tem uma conseqüência importante: a criação de uma jurisprudência antitruste nacional. A consolidação de uma jurisprudência é resultado de uma prática antitruste, uma política específica que visa prevenir colusões entre firmas e abusos de poder econômico. Assim, é necessário que a política antitruste se consolide no Brasil através da aplicação pelo SBDC, sobretudo pelo CADE, da teoria econômica e seus preceitos para avaliação de atos de concentração e práticas restritivas, a fim de se construir uma jurisprudência nacional e inserir o Brasil no rol de países industrializados capazes de promover a competição.

7. Referências

- BAIN, J. S. Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries. Cambridge (Mass): Harvard University, 1956. 329p.
- BONNER, R. A., KRUEGER, R. The basics of antitrust policy: a review of ten nations and the European Communities. Washington, D.C.: World Bank, 1991. 127p. (World Bank technical paper, n.160)
- CARLTON, D. W., PERLOFF, J. M. Modern industrial organization. 3rd ed. Reading, Mass: Addison-Wesley, 2000. 780p.
- FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Barreiras à entrada e defesa da concorrência. Revista de Economia Contemporânea, v.1, n.2, p.61-89, jul/dez, 1997.
- FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. Price effects of horizontal mergers. California Law Review, v.77, n.4, p.777-827, July 1989.
- GAMA, M. Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil. Dissertação

(Mestrado em Economia) – Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais. 2005.

GAMA, M. Teoria Antitruste: Fundamentos e Estado da Arte. In: X ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA. (Texto para Discussão nº 258 CEDEPLAR/ UFMG). Campinas. Anais: SEP, 2005.

GEROSKI, P. Competition policy and the structure-performance paradigm. In: DAVIES, S., LYONS, B. (Eds.) Economics of industrial organization: surveys in economics. London: Longman. 1988. Cap.5, p.166-191.

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 17/08/01, Seção 1, p.12-15. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 17 ago. 2004

HARBERGER, A. Monopoly and resource allocation. American Economic Review, v.44, n.2, p.77-78, 1954.

HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. In: United States. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 8, 1997.

HOTELLING, H. Stability in competition. Economic Journal, v.39, p.41-57, Mar. 1929.

HOVENKAMP, H. Antitrust. 2.ed. St. Paul (Minn): West Publ., 1994.

KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (Orgs) Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002. 640p.

OLIVEIRA, G., RODAS, J. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Renovar. 2004.

POSNER, R. Antitrust law: an economic perspective. Chicago: University of Chicago, 1976. 262p.

POSSAS, M. L. Estruturas de Mercado em Oligopólio. São Paulo: Hucitec. 1985.

POSSAS, M. L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Revista do IBRAC, v.3, n.5, p.10-35, 1996.

POSSAS, M. L. (Org). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. 238p.

POSSAS, M. L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In.: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 23, 1995, Salvador. Anais. [São Paulo]: ANPEC, 1995. v.2. p.270-289.

POSSAS, M. L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Custos de transação e políticas de defesa da concorrência. Revista de Economia Contemporânea, n.2, p.115-

135, Jul.-dez. 1997.

RESOLUÇÃO Nº 20. do CADE. In.: BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Diário Oficial da União, de 28/06/99. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2004

SALGADO, L. H. A economia política da ação antitruste. São Paulo: Singular, 1997.

SCHERER, F. M, ROSS, D. Industrial market structure and economic performance. 3rd ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990. 713p.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. Economics of regulation and antitrust. Lexington, MA.: D.C. Heath and Company, 1995.

WILLIAMSON, O. E. Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs. American Economic Review, v.58, n.1, p.18-36,Mar. 1968.

WILLIG, R. Mergers analysis, industrial organization theory and merger guidelines. Brookings Papers on Economic Activity, vol. 1991, p. 281-312. 1991.



O SETOR DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA ESTRUTURA DE MERCADO

*Gabriela Laplane**

Resumo

O objetivo desta monografia é descrever e analisar a estrutura de mercado do setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil, identificando as principais características da demanda, dos custos, da infra-estrutura aeroportuária e da oferta do setor que a determinam. Adicionalmente, busca-se examinar as consequências das políticas regulatórias do setor sobre a estrutura desse mercado.

Palavras Chaves: transporte aéreo, estrutura de mercado, concorrência, regulação, Brasil

1. Introdução

Segundo o Departamento de Aviação Civil (DAC), o transporte de passageiros gerou 86,2% das receitas da indústria brasileira de transporte aéreo em 2004 (o equivalente à R\$ 8,7 bilhões).¹

O setor de transporte aéreo de passageiros compreende o transporte regular, o não-regular e as Linhas Aéreas Especiais. O primeiro consiste nas linhas aéreas internacionais (que têm como origem ou destino um aeroporto no exterior) e nacionais (rotas com origem e destino em território brasileiro). O segundo se refere aos vôos *charter*, serviços de táxi aéreo, entre outros serviços especializados. Finalmente, as Linhas Aéreas Especiais compreendem as ligações entre os aeroportos centrais – Santos Dumont no Rio de Janeiro, Congonhas em São Paulo e Pampulha em Belo Horizonte – e destes com o Aeroporto Internacional de Brasília.

Este trabalho tem por objetivo descrever e analisar a estrutura de mercado do setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil, identificando as principais características do setor que a determinam. Adicionalmente, busca-se examinar as consequências das políticas regulatórias do setor sobre a estrutura desse mercado.

*Economista da Macrotempo Consultoria Econômica, Mestrado em Economia pela FCLAr-Unesp.

¹ Estes dados se referem às linhas domésticas e internacionais. Ver BRASIL. DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 2004, vol. II, Dados Econômicos*. In: <http://www.dac.gov.br/dados/dados.asp>. (a partir de agora referenciado como DAC. *Anuário do Transporte Aéreo, vol. II*).

2. A demanda

A demanda por transporte aéreo de passageiros está associada a duas grandes categorias de consumidores: aqueles que viajam a negócios e aqueles que viajam a turismo. Estudo do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA) afirma que a parcela majoritária das viagens no segmento doméstico é motivada por negócios enquanto o principal motivo das viagens internacionais é o turismo².

Os passageiros que viajam a negócios têm preferência por vôos diretos, disponibilidade de horários e frequência de vôos. O preço das passagens representa um fator menos relevante para estes consumidores e, por esta razão, a sua elasticidade-preço da demanda é baixa. Inversamente, a segunda categoria de passageiros tem preferência por preços baixos, promoções e descontos. Portanto, a elasticidade-preço da demanda para os passageiros que viajam a turismo é alta.³

Estudo sobre o fluxo de passageiros no Brasil realizado pelo Instituto de Aviação Civil (IAC) aponta que a elasticidade-preço da demanda é baixa nas ligações aéreas entre o Aeroporto Internacional de Brasília e os demais aeroportos do país, entre os aeroportos da Região Sudeste, Sul e Centro-Oeste e entre as Linhas Aéreas Especiais. A demanda por estas ligações é composta, majoritariamente, por viagens de negócios, pois estas regiões concentram os principais pólos econômicos do país. Já as ligações aéreas entre as cidades da região Nordeste e destas com as demais regiões do país apresentam alta elasticidade-preço da demanda, pois os fluxos de passageiros têm como motivação principal o turismo, embora exista, também, uma demanda significativa de passageiros que viajam a negócios nestas rotas.⁴

Além da motivação da viagem, o desempenho econômico nos locais onde as companhias atuam constitui um fator extremamente relevante na determinação da demanda por transporte aéreo.

A demanda pelos serviços aéreos se retrai em momentos de crise e se expande em momentos de crescimento. Ao analisarem a demanda por transporte aéreo mundial, Pasin e Lacerda constataram que esta apresentou um crescimento de 11,6% ao ano entre 1966 e 1977, período em que a economia global se

² SNEA. *Reforma Tributária*. Setembro, 2000. In: <http://www.snea.com.br/estudos/reforma2/principal.htm>.

³ MARCHETTI et al. *Infraestrutura aeroportuária: fator de competitividade econômica. Modal Aéreo III. Informe Infraestrutura*, BNDES, nº 46, 2001, p. 5.

⁴ BRSIL. DAC. IAC. *Fluxo de passageiros nas ligações aéreas nacionais – 2002* (a partir de agora referenciado como IAC. *Fluxo de passageiros*). Foram consideradas as linhas que apresentaram, em 1999, demanda igual ou superior a quarenta mil passageiros. O período abordado pelo estudo é de 1995 a 2000.

expandiu intensamente. Por outro lado, observaram uma queda na taxa de crescimento da demanda para 7,8% ao ano na década de 1980 e para apenas 4,8% ao ano entre 1987 e 1997. Este período se caracterizou por um desaquecimento da economia global.⁵

No Brasil, a demanda por transporte aéreo também acompanhou o desempenho econômico. Houve um forte crescimento da demanda durante a década de 1970, quando o crescimento do PIB foi elevado. Nos anos 80 houve um declínio da demanda devido ao desaquecimento da economia. Já nos anos 90, o crescimento da demanda foi retomado.⁶

A Tabela 1 ilustra a evolução recente da demanda por transporte aéreo no Brasil.

Tabela 1. Evolução da demanda por transporte aéreo doméstico e internacional no Brasil (em bilhões de passageiros por quilômetro transportados pagos - pax.km transp. pg), 1998-2004

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Pax.Km Transp.Pg	50,0	44,7	48,1	48,7	48,5	46,7	51,2

Fonte: Anuário do Transporte Aéreo, vol. II. Diversos anos.

As flutuações econômicas no cenário interno e externo contribuíram para as variações recentes na demanda do transporte aéreo de passageiros. Segundo o DAC, em 1999 a maxidesvalorização cambial do real frente ao dólar reduziu, principalmente, a demanda por viagens internacionais, uma vez que os seus custos dependem diretamente do câmbio. Ademais, a desvalorização aumenta os custos das companhias aéreas, pois os principais insumos desta indústria são importados (*leasing* de aeronaves, seguro, manutenção, combustível, treinamento, suprimentos, entre outros). O aumento dos custos provoca uma elevação das tarifas que reduz ainda mais a demanda do setor⁷. Outro fator que influenciou a queda da demanda foi o baixo crescimento do PIB nesse ano com relação ao ano anterior, alcançando apenas 0,8% de crescimento real segundo o IBGE.⁸

⁵ PASIN, J. A. B. e LACERDA, S. M. A reestruturação do setor aéreo e as alternativas de política para a aviação civil no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, jun. 2003, p. 228.

⁶ IAC. *Fluxo de passageiros*, p. 15.

⁷ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 1999, vol. II*.

⁸ Dado extraído do site do IBGE: www.ibge.gov.br.

O crescimento da demanda por transporte aéreo de passageiros em 2000 acompanhou o crescimento real do PIB que atingiu 4,4%, segundo os dados do IBGE. Entretanto, vários fatores resultaram na queda da demanda nos anos seguintes. No cenário nacional, podemos citar, além das consequências da desvalorização cambial de 1999, a crise energética de 2001 (que contribuiu para o baixo nível de atividades no país) e o baixo crescimento do PIB em 2002 e 2003. Em 2004 ocorreu uma retomada do crescimento do PIB e da demanda por transporte aéreo.⁹

No cenário internacional, os fatores que contribuíram para o arrefecimento da demanda foram: o aumento dos custos das companhias pela elevação do preço do combustível para aviação devido ao aumento do preço do barril de petróleo no mercado internacional; a crise da Argentina em 2000; a recessão econômica dos EUA e o desaquecimento da economia mundial em 2001, e os ataques de 11 de setembro em Nova Iorque, que iniciaram uma nova tendência de queda na demanda mundial por transporte aéreo, principalmente no segmento internacional, e aumentaram os custos das companhias através dos gastos com segurança e cobertura de seguros.¹⁰

Uma análise econômica das Regiões brasileiras também corrobora a relação entre a demanda por transporte aéreo de passageiros e o desempenho econômico. O estudo do IAC mostra que as linhas aéreas que ligam as Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste e as Linhas Aéreas Especiais apresentaram, entre 1995 e 1999, as taxas médias de crescimento anual mais altas (mais de 16% e 24%, respectivamente). O fluxo de passageiros cresceu menos nas ligações entre as cidades da Região Norte e destas com as Regiões Sudeste e Nordeste (3,6%), assim como as linhas que ligam o Aeroporto Internacional de Brasília e os demais aeroportos nacionais (4,7%). No mesmo período, a média nacional de crescimento foi de 14% ao ano. O estudo conclui que a demanda por transporte aéreo está concentrada nas regiões onde o PIB é mais alto¹¹. De fato, segundo o IBGE, em 2002, a região Norte apresentou uma participação de 5,0% do PIB nacional, a região Nordeste 13,5%, a região Sudeste 56,3%, a região Sul 17,7% e a região Centro-Oeste 7,4%¹².

Diante do exposto, pode-se constatar que a demanda por transporte aéreo de passageiros apresenta duas características principais: a) ela possui um comportamento pró-cíclico, ou seja, tem uma relação direta com o desempenho econômico, e b) ela é segmentada, pois há dois grupos de consumidores (os que

⁹ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo de 2000 a 2003, vol. II.*

¹⁰ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo de 2000 a 2003, vol. II.*

¹¹ IAC. *Fluxo de passageiros*, p. 17, 37-8, 92, 133.

¹² Dados do IBGE. Site: www.ibge.gov.br.

viajam a negócios e os que viajam a turismo) que têm elasticidades-preço diferenciadas. Isto resulta, também, numa segmentação da demanda com relação aos trechos voados, uma vez que em algumas regiões prevalece a demanda de um grupo sobre o outro. Assim, observa-se que o mercado é relativamente diferenciável, o que possibilita a atuação de empresas ofertantes com perfis diferentes.

3. Os custos

Os custos do setor incluem encargos com pessoal (tripulantes técnicos, comissários de bordo), combustível, depreciação dos equipamentos de vôo, manutenção e revisão, seguro dos aviões, arrendamento de aviões, taxas de pouso e auxílio à navegação, os custos relacionados à organização terrestre, serviços ao passageiro e aqueles associados às despesas comerciais com passageiros, a administração e a carga.

Alguns componentes do custo fixo e do custo variável do transporte aéreo estão condicionados ao câmbio. No primeiro caso, podemos citar como exemplos o *leasing* de aeronaves, a manutenção e a revisão dos equipamentos e o seguro dos aviões. No segundo caso, enquadram-se o combustível de aviação e o treinamento de funcionários. Os passivos das companhias aéreas também sofrem as conseqüências de alterações no câmbio, posto que os seus investimentos são freqüentemente financiados por capital estrangeiro.¹³

O transporte aéreo é intensivo em capital, em tecnologia, em energia e em mão-de-obra e, por esta razão, estes são os principais componentes dos custos deste setor¹⁴. Ao analisar os dados do DAC sobre os custos do segmento doméstico e internacional do transporte aéreo brasileiro no período de 1992 a 2004, constatamos que os seus principais componentes são o combustível, as despesas corrigidas pela variação cambial, as despesas comerciais e os encargos com pessoal.¹⁵

Na Tabela 2 observa-se a evolução dos principais componentes dos custos do transporte aéreo. De um lado, a participação das despesas corrigidas

¹³ O protocolo de intenções assinado pela VARIG e pela TAM em 06 de fevereiro de 2003 ilustra a importância das despesas atreladas ao câmbio. Segundo a Nota Técnica da SEAE nº 29/2004/DOGDC-DF/SEAE/MF – Versão Pública de 21 de maio de 2004, este protocolo de intenções visava “um saneamento operacional e administrativo das duas empresas, a fim de que dívidas com *leasing*, manutenção de aeronaves, combustível, além de outras, pudessem ser redimensionadas”.

¹⁴ SNEA. *Reforma Tributária*. Setembro, 2000.

¹⁵ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 1997 a 2002, vol. II*.

pela variação cambial e os gastos com combustível aumentaram entre 1992 e 2004. De outro lado, as despesas comerciais flutuaram ao longo do período e se reduziram em 2004. Já os encargos com pessoal diminuíram significativamente entre 1992 e 2004.

Tabela 2. Evolução da participação dos principais custos das companhias aéreas brasileiras no mercado doméstico e internacional, 1992-2004

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Encargos com Pessoal	28,66	26,84	23,60	24,50	23,70	22,97	22,99	18,19	16,28	14,39	14,45	13,77	12,72
Câmbio	13,77	13,05	12,1	12,19	11,79	13,96	15,57	20,23	19,20	22,22	24,30	20,60	20,41
Combustível	14,62	15,34	14,25	13,02	13,75	14,27	12,96	12,44	16,11	16,99	19,48	21,73	29,14
Despesas Comerciais	15,51	15,92	17,65	17,2	18,17	18,83	17,00	19,69	21,97	19,69	16,00	15,65	14,85

Fonte: DAC. *Anuário do Transporte Aéreo, vol. II, diversos anos.*

Até 1998, os encargos com pessoal e as despesas comerciais eram os componentes mais importantes do custo e representavam, respectivamente, 22,99% e 17,00% do total dos custos da indústria nesse ano. Em seguida, estavam as despesas associadas ao câmbio (15,57%) e ao combustível (12,96%).

Desde 1992, os encargos com pessoal apresentaram uma queda na participação dos custos passando de 28,66% em 1992 para 12,72% em 2004. Segundo o estudo do SNEA, a redução dos encargos com pessoal no Brasil foi resultado do avanço tecnológico¹⁶. Entretanto, estes custos ainda são muito elevados quando comparados aos encargos com pessoal nos EUA. No Brasil, o estudo afirma que os encargos sociais representam 90% do total dos salários enquanto que nos EUA, esta razão é de 47%. Pego Filho chama a atenção para o fato de que as companhias aéreas brasileiras mais antigas como a VARIG, a Transbrasil e a VASP apresentaram grandes gastos com pessoal e encargos devido à falta de convergência entre os interesses dos acionistas e da empresa. Em contrapartida, as empresas mais novas, como a Gol, possuem gestão de pessoal mais racional¹⁷.

As despesas comerciais com passageiros apresentaram um aumento na participação no total dos custos da indústria de 15,51% em 1992 para 18,83% em 1997. A partir de 1998 sua participação se reduziu chegando a 14,85% dos custos em 2004.¹⁸

¹⁶ SNEA. *Reforma Tributária*. Setembro, 2000.

¹⁷ PEGO FILHO, B. Setor aéreo e as empresas brasileiras: situação atual e perspectivas. *Boletim de Conjuntura*, 59, IPEA, out-nov. 2002, p. 76-7.

¹⁸ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 1997, vol. II*.

¹⁹ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 1997, vol. II*.

A redução da participação destes dois componentes do custo (a partir de 1999 no caso dos encargos com pessoal e de 2000 com relação às despesas comerciais), é resultado da crise financeira enfrentada pelas companhias aéreas brasileiras nesse período que se estende até os dias atuais. Com o aumento dos gastos relacionados à variação do câmbio e ao combustível, as companhias aéreas brasileiras buscaram racionalizar seus custos, reduzindo estas despesas.¹⁹

Em 1999, a desvalorização cambial foi responsável pela inversão do papel dos principais componentes do custo da indústria de transporte aéreo. A primeira consequência foi o aumento da participação das despesas corrigidas pelo câmbio. Este componente que representava 15,57% dos custos em 1998 alcançou 24,30% em 2002 e 20,41% em 2004, representando atualmente o segundo principal componente dos custos.²⁰

A segunda consequência da desvalorização cambial de 1999 para a composição dos custos foi o aumento dos gastos com combustível que se constituíram no principal componente dos custos do transporte aéreo brasileiro em 2003 (quando os gastos com câmbio se reduziram para 20,60% do total). Este componente que representava 12,96% dos custos em 1998 alcançou 21,73% em 2003 e 29,14% em 2004. O estudo do SNEA aponta o ICMS como um fator de encarecimento do combustível brasileiro, que representava, em 2000, 33,3% do preço final do combustível²¹. Tavares acrescenta que o sistema de concessão da comercialização do combustível em aeroportos da INFRAERO possibilita a constituição do monopólio desta atividade, causando um alto preço do combustível e, conseqüentemente, as elevadas tarifas cobradas pelas companhias aéreas²².

Pego Filho ressalta a importância dos tributos na composição dos custos do transporte aéreo. Estes representam 35% dos custos das empresas, enquanto na Europa e nos EUA alcançam, respectivamente, 16% e 7,5%. Além disso, uma vez que as companhias aéreas são intensivas em capital e necessitam de financiamento para a implantação, operação e manutenção dos seus serviços, os altos juros praticados pelo Banco Central do Brasil contribuem para os custos elevados do setor. Os tributos e os juros são responsáveis em grande parte pela falta de competitividade das companhias brasileiras frente às companhias internacionais²³. Pasin e Lacerda atribuem a falta de competitividade

²⁰ DAC. *Anuário do Transporte Aéreo 1997, vol. II.*

²¹ SNEA. *Reforma Tributária.*

²² TAVARES, M. P. *O Transporte aéreo doméstico e a lógica da desregulamentação.* Brasília: Ministério da Fazenda, 1999, Documento de trabalho da SEAE n° 4, p. 24-5.

²³ PEGO FILHO. *Setor aéreo e as empresas brasileiras*, p. 76-7.

da indústria brasileira ao tamanho reduzido das companhias brasileiras em comparação às estrangeiras²⁴.

Pego Filho afirma também que existem outros custos no transporte aéreo referentes à relação direta com o cliente: marketing, bilhetagem, lojas/balcões para atendimento, sistemas de bônus, serviço de bordo, etc.. Estes custos, cujos valores variam de empresa para empresa, representaram 16,8% dos custos totais das empresas em 2001. A VARIG, empresa mais antiga e com a maior infraestrutura de atendimento ao cliente, é a que apresenta maiores custos devido a gerenciamentos mais antigos (sistema de emissão de bilhetes, serviço de bordo)²⁵.

Constatamos, assim, que a atividade de transporte aéreo é intensiva em capital e em tecnologia e, portanto, possui custos fixos (ou quase-fixos) elevados. Neste sentido, pode-se afirmar que o setor apresenta custos médios decrescentes resultantes do elevado peso dos custos fixos²⁶. Desta forma, observa-se a presença de barreiras à entrada no transporte aéreo, pois é necessária uma escala mínima para a viabilidade econômica em cada segmento de mercado (internacional, nacional ou regional). As características específicas do setor dificultam a rápida adaptação das companhias aéreas às flutuações econômicas, as quais alteram a demanda e, conseqüentemente, determinam a rentabilidade das empresas. Ademais, as companhias devem estar aptas a resistir à volatilidade do câmbio, dada a importância deste componente na formação dos custos e no aumento do passivo das empresas.

4. A infraestrutura aeroportuária

A infraestrutura aeroportuária determina o número de companhias que podem atuar em um aeroporto e, portanto, nas suas respectivas rotas, assim como a quantidade de aeronaves e passageiros que podem ser alocados pelas

²⁴ PASIN e LACERDA. A reestruturação do setor aéreo, p. 238.

²⁵ PEGO FILHO. Setor aéreo e as empresas brasileiras, p. 76-7.

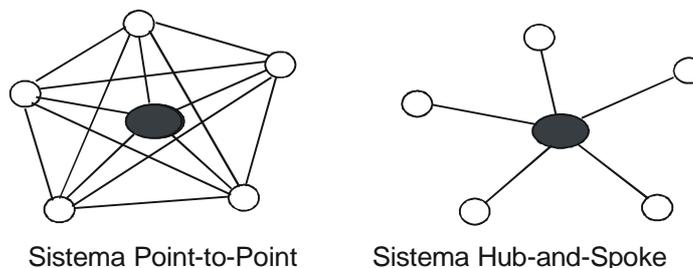
²⁶ Silveira constata que há evidências de economias de densidade (com retornos crescentes) no setor, porém não de escala para a empresa média. Segundo o autor, a diferença entre economias de densidade e de escala é que as primeiras decorrem de uma elevação na produção resultante de um aumento proporcional em todos os insumos (quantidade) mantendo-se constantes o número de aeroportos servidos, a etapa média de vôo e o preço dos insumos; enquanto a segunda resulta de um aumento em todos os insumos e também do número de aeroportos servidos. As economias de densidade sugerem a existência de custos médios declinantes no setor como um todo. SILVEIRA, J. A. *Transporte Aéreo Regular no Brasil: análise econômica e função de custo*. Rio de Janeiro, COPPE/UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2003, p. 56.

companhias. O grau de atuação de uma companhia aérea em um aeroporto é caracterizado pelo seu acesso a *slots* e *gates*. O *slot* é o tempo disponível para pouso e decolagem de uma aeronave em um aeroporto. Os *gates* são os portões de embarque aos quais as companhias aéreas têm acesso para embarcar e desembarcar os passageiros.

Uma vez que os *slots* e *gates* disponíveis em um aeroporto são limitados, estes constituem um fator de competitividade entre as empresas e representam fortes barreiras à entrada para novas companhias que desejam atuar no mercado. Borenstein alerta para o fato de que um dos determinantes da posição dominante de uma companhia aérea em um aeroporto é a utilização de grande parte dos *slots* e *gates* disponíveis neste aeroporto. Isto pode inibir a entrada de novas concorrentes no mercado, pois limita a capacidade física do aeroporto e pode permitir que a companhia influencie o regulador do aeroporto com relação às decisões de expansão do mesmo. Ademais, segundo o autor, a posição dominante da companhia aérea em um aeroporto central resulta na fixação de preços mais elevados das passagens por parte desta companhia. Este aumento dos preços se restringe à companhia dominante, ou seja, não é repassada às outras companhias que atuam nesse aeroporto e, por esta razão, o autor afirma que o mercado não é perfeitamente contestável.²⁷

Outro aspecto relevante da infraestrutura aeroportuária é o sistema de organização das linhas aéreas. As rotas aéreas podem ser organizadas nas formas *hub-and-spoke* ou *point-to-point*. O sistema *hub-and-spoke* centraliza primeiramente os vôos dos aeroportos secundários de uma região em um aeroporto central e então, redistribui os passageiros para outros aeroportos centrais. Segundo Berry o sistema *hub-and-spoke* reduz o número de viagens necessárias para transportar um dado número de passageiros a um conjunto de itinerários, gerando economias de escala e aumentando o número de passageiros por milhas voadas²⁸. Quando a economia de escala é maior do que o número de passageiros por milhas voadas, ocorre uma queda nos custos totais da empresa. Isto permite que as companhias ofereçam maior frequência de vôos. Já no sistema *point-to-point* todos os aeroportos se conectam entre si. A diferença entre estes dois sistemas pode ser observada na Figura 1:

²⁷ BORENSTEIN, S. Hubs and high fares: dominance and market power in the U.S. airline industry. *Rand Journal of Economics*, vol. 20, N° 3, Autumn 1989, p. 347-8.

Figura 1. Representação dos sistemas point-to-point e hub-and-spoke

Fonte: MARCHETTI et al. *Infraestrutura aeroportuária*, p. 2.

Segundo Borenstein, apesar do sistema *hub-and-spoke* resultar em uma redução dos custos para todas as companhias aéreas por milha voada devido à economia de escala e à diminuição do número de conexões entre aeroportos, apenas a companhia aérea dominante de um certo aeroporto pode aumentar os seus preços porque esta tem vantagens competitivas frente às demais que determinam a preferência do consumidor pelos seus serviços. Estas vantagens são: a reputação adquirida junto aos passageiros devido à maior quantidade de vôos oferecidos, aos programas de fidelidade e ao domínio do sistema de reservas dos agentes de viagens. Estes fatores representam elevados *sunk costs* para as companhias que pretendem entrar no mercado e inibem essa iniciativa de entrada.²⁹

Ao analisar o mercado dos EUA, Berry afirma que embora a firma dominante aumente os preços das suas passagens, evidências empíricas demonstram que as companhias servem um número maior de pessoas no sistema *hub-and-spoke*. O autor sugere uma análise do setor que considera a presença no aeroporto como uma diferenciação do produto e que os passageiros estão dispostos a pagar preços mais altos pelos serviços da companhia dominante. Assim, uma companhia dominante tem vantagens de custos (referentes ao sistema *hub-and-spoke*) e de demanda (porque atende à maior parcela da população).³⁰

Segundo estudo de Berry et al. os consumidores que viajam a negócios estão dispostos a pagar um prêmio de 20% do valor da passagem para demandar

²⁸ BERRY, S. T. Airport presence as product differentiation. *American Economic Review*, Vol. 80, n° 2, May 1990, p. 394.

²⁹ BORENSTEIN. Hubs and high fares, p. 361-2.

³⁰ BERRY. Airport presence as product differentiation, p. 394.

o serviço oferecido pela companhia dominante, enquanto que os passageiros que viajam a turismo estão dispostos a pagar um prêmio em torno de 5%.³¹

Ao longo da implementação da política de liberalização do transporte aéreo nos EUA, o sistema *hub-and-spoke* substituiu o sistema *point-to-point* neste mercado. Segundo Oliveira a desregulamentação do transporte aéreo brasileiro ainda é parcial e, por isso, o sistema *hub-and-spoke* ainda não foi totalmente desenvolvido³². A esse respeito, a SEAE afirma que no Brasil não há nem *hubs* nem aeroportos secundários, o que inviabiliza a implementação da estrutura norte-americana no país³³.

Quanto aos *slots* e *gates* no Brasil, a distribuição dos primeiros é realizada pelo mecanismo de mercado enquanto a distribuição dos segundos ocorre de acordo com a quantidade de partidas efetivas de cada companhia aérea.³⁴

A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) é a principal empresa federal responsável pela administração de aeroportos no Brasil. Sob a supervisão do Ministério da Defesa esta empresa administra 65 aeroportos públicos (que concentram 97% do transporte aéreo regular no Brasil) e 83 Estações de Apoio à Navegação Aérea no país³⁵. Segundo Marchetti et al. 41 dos aeroportos administrados por esta empresa são aeroportos domésticos³⁶.

A INFRAERO executa serviços de telecomunicações, controle de tráfego aéreo, meteorologia e proteção ao vôo no espaço aéreo brasileiro. Além de administrar os aeroportos, ela implanta, opera e explora a infraestrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea³⁷.

Uma das principais funções da INFRAERO é adequar a capacidade aeroportuária à demanda. Para expandir a capacidade de um aeroporto deve-se considerar as estratégias das companhias aéreas e o planejamento urbano local. Uma mudança no tamanho das aeronaves e/ou a expansão de atividades locais

³¹ BERRY et al. Airline hubs: costs, markups and the implications of customer heterogeneity. NBER, *Working Paper* 5561, 1996, p. 28-9.

³² OLIVEIRA, A. V. M. "Localized competitive advantage, entry and price reactions in the Brazilian airline industry". Preliminary Draft. Department of Economics, University of Warwick – UK. Sep 2003, p. 4 e 22.

³³ MINISTÉRIO DA FAZENDA, SEAE. Nota Técnica n° 29/2004/DOGDC-DF/SEAE/MF, Versão Pública de 21 de maio de 2004, p. 7.

³⁴ TAVARES. *O Transporte Aéreo Doméstico*, p. 13-4.

³⁵ INFRAERO. *Relatório Anual 2003*. Relatório da Administração, março 2004. p. 3.

³⁶ MARCHETTI et al. *Infraestrutura aeroportuária*, p. 4.

³⁷ INFRAERO. *Relatório Anual 2003*. p. 5.

como o turismo, podem exigir uma reestruturação da capacidade aeroportuária. Como exemplo, Marchetti et al. citam a eminente utilização dos jatos A-380 da AirBus. Nem todos os aeroportos estão capacitados para receber este tipo de aeronave. Este fato implica numa pressão pelo aumento da capacidade desses aeroportos.

Em suma, a infraestrutura aeroportuária é um fator relevante na configuração da estrutura do mercado. Ou seja, uma vez que a infraestrutura aeroportuária é limitada, a presença da companhia aérea no aeroporto torna-se um determinante da sua competitividade e, além disso, representa outra barreira à entrada para novas empresas que pretendem atuar no mercado.

5. A oferta

Para determinar a oferta do serviço de transporte aéreo, as companhias aéreas buscam antecipar os movimentos da demanda que, como vimos no item 2, é pró-cíclica. Uma vez que os custos fixos do setor são elevados, uma queda inesperada da demanda reduz imediatamente a rentabilidade das companhias aéreas. Além disso, o *leasing* de aeronaves, por exemplo, não permite que a empresa reduza (ou aumente) a sua frota imediatamente. Isso também poderia resultar na queda da atuação da companhia em alguns aeroportos (reduzindo o número de *slots* e *gates* utilizados), diminuindo a sua competitividade. Simetricamente, uma elevação inesperada da demanda pode resultar em um aumento da participação do mercado de uma companhia aérea que tenha capacidade ociosa. Assim, as empresas aéreas devem ser capazes de se adaptar às flutuações da demanda com o menor custo possível. A Tabela 3 ilustra a evolução recente da oferta da indústria.

Tabela 3. Evolução da oferta da indústria por transporte aéreo doméstico e internacional (em bilhões de assentos por quilômetro – ass.km oferecidos), 1998-2004.

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Ass.Km Oferecidos	80,7	77,0	74,9	78,2	78,0	70,6	73,8

Fonte: Anuário do Transporte Aéreo, vol. II. Diversos anos.

Assim como no caso da demanda, o desempenho da economia brasileira e o cenário internacional determinam as variações na oferta e nos resultados das companhias aéreas.

6. A estrutura de mercado

Atualmente, existem quatorze empresas brasileiras de transporte aéreo regular de passageiros no país. Todas atuam em linhas aéreas domésticas e apenas quatro delas operam, também, linhas aéreas internacionais.

No ano de 1998, as linhas aéreas domésticas estavam divididas em três categorias: as linhas aéreas nacionais (que eram operadas por companhias de transporte aéreo regular de âmbito nacional), as linhas regionais (nas quais atuavam companhias aéreas regulares de âmbito regional) e as Linhas Aéreas Especiais que eram operadas por todas as companhias aéreas de transporte aéreo regular. As companhias que serviam às linhas aéreas nacionais eram a VARIG, a VASP, a Transbrasil e a TAM Meridionais. Estas detinham, respectivamente, 46,1%, 23,3%, 20,3% e 10,2% de participação no mercado (medido em pax.km transportados pagos). Este mercado era composto por 16 companhias aéreas.³⁸

Em 2000, os mercados regionais foram abertos para a operação das companhias de âmbito nacional. Assim, o mercado doméstico passou a ser composto por dois grupos: o das linhas operadas por todas as companhias de transporte aéreo e o das Linhas Aéreas Especiais. Neste contexto, a TAM Meridionais fundiu-se com a TAM Regionais e passou a denominar-se TAM Linhas Aéreas. O Grupo VARIG, composto pelas companhias Nordeste, Rio Sul e VARIG, detinha a maior participação no mercado, 44,1%. A TAM Linhas Aéreas representava 27,2% do mercado, a VASP 14,9% e a Transbrasil 11,6%.³⁹

Em 2001, ocorreram novas modificações na estrutura do mercado doméstico brasileiro. A Gol iniciou suas atividades em janeiro e a Transbrasil saiu do mercado em dezembro. O Grupo VARIG continuava detendo a maior parcela do mercado. A TAM Linhas Aéreas aumentou a sua participação para 30,7%, a participação da VASP se manteve praticamente estável (14,4%), a da Transbrasil se reduziu para 7,8% e a Gol obteve 4,7% do mercado no seu primeiro ano de atuação⁴⁰.

O Grupo VARIG continuou apresentando a maior participação no mercado em 2002 (39,3%). A TAM apresentou uma participação de 34,9%, a VASP reduziu novamente a sua participação alcançando 12,7% e a Gol aumentou a sua parcela do mercado para 11,8%.⁴¹

³⁸ BRASIL. DAC. *Dados comparativos avançados. 1998/1999*. (referenciado a partir de agora como DAC. *Dados comparativos avançados*).

³⁹ DAC. *Dados comparativos avançados. 2000/2001*.

⁴⁰ DAC. *Dados comparativos avançados. 2001/2002*.

⁴¹ DAC. *Dados comparativos avançados. 2002/2003*.

Em 2003, a tendência de redução da participação do Grupo VARIG se manteve alcançando 33,7% o que praticamente igualou a sua participação à da TAM Linhas Aéreas (33,1%). A VASP manteve a participação em torno de 12,0%. A Gol aumentou significativamente a sua participação para 19,2%.⁴²

Em 2004, a TAM superou a participação da VARIG, chegando a 35,8%. A Gol apresentou novo crescimento e a VASP teve a sua participação reduzida para 8,9%.⁴³ A Tabela 4 mostra a evolução da participação das principais empresas no mercado doméstico.

Tabela 4. Participação no mercado de transporte aéreo doméstico (% em pax.km transportados pagos), 1998 a 2004

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Varig	46,1	45,7	44,1	40,5	39,3	33,7	31,1
Tam*	10,2	11,3	27,2	30,7	37,9	33,1	35,8
Vasp	23,3	21,7	14,9	14,4	12,7	12,0	8,9
Transbrasil	20,3	21,3	11,6	7,8	-	-	-
Gol	-	-	-	4,7	11,8	19,2	22,3

* Até 1999 a participação da TAM se refere à TAM Meridionais e após este ano à TAM Linhas Aéreas.

Fonte: DAC. Dados comparativos avançados. Diversos anos.

Constata-se que em 1999, o mercado era extremamente concentrado e composto basicamente por uma grande companhia (VARIG) que detinha uma participação significativamente maior do mercado com relação às demais (TAM, VASP, Transbrasil e outras) que, por sua vez, dividiam a parcela restante. A redução da participação da VARIG e o crescimento da TAM e da Gol a partir de 2000 resultaram, em 2004, numa mudança da estrutura de mercado, que passou a ser constituído por três companhias aéreas com participação semelhantes. Assim, o mercado continuou muito concentrado, porém composto por um oligopólio relativamente equilibrado.

Ao analisar o segmento doméstico, Tavares definiu o mercado relevante como sendo todo o mercado doméstico, dada a dificuldade de analisar as características de mercado trecho a trecho. Apesar desta definição causar uma diluição na concentração do mercado, foi observado pela SEAE que o mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros era altamente concentrado, como veremos a seguir.⁴⁴

⁴² DAC. *Dados comparativos avançados. 2002/2003.*

⁴³ DAC. *Dados comparativos avançados. 2003/2004.*

⁴⁴ TAVARES. *O Transporte aéreo doméstico*, p. 16.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que compreende a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) – o primeiro vinculado ao Ministério da Fazenda e os dois últimos vinculados ao Ministério da Justiça – considera que uma empresa pode exercer poder de mercado quando concentra mais de 20% dele ou quando as quatro maiores empresas que atuam no setor concentram mais de 75% do mercado. Em 2001, Tavares registrou que este era o caso do setor brasileiro de transporte aéreo de passageiros no âmbito doméstico⁴⁵. Tanto a VARIG como a TAM detinham, nesse ano, mais de 20% do mercado como vimos anteriormente e, juntas, as quatro maiores empresas detinham 95,4%.

Ao analisarmos os dados do DAC sobre o mercado doméstico, constatamos que essa situação se manteve no ano de 2004: o Grupo VARIG, a TAM Linhas Aéreas e a Gol apresentaram, cada uma, participação superior a 20% do mercado e, juntas, as quatro maiores companhias concentraram 98% do mercado doméstico.

A capacidade de exercer poder de mercado é intensificada pelas características de barreiras elevadas à entrada no setor que, segundo Tavares, são resultado da regulação do setor pelo Estado⁴⁶.

Assim, há um forte incentivo para a divisão do mercado e de acordos para a fixação de preços, como havia concluído Tavares em 2001.

Entretanto, como observado ao longo deste capítulo, as barreiras à entrada decorrem das características próprias do setor como os custos fixos elevados, a limitada infraestrutura aeroportuária, as vantagens das companhias dominantes com relação à preferência dos passageiros (pelas quantidades de vôos oferecidos, pelos programas de fidelidade, pelo domínio do sistema de reservas, etc.), entre outros. Assim, constata-se que embora a regulação do setor possa ter potencializado a concentração, esta é uma característica inerente ao transporte aéreo.

O estudo elaborado pelo IAC analisou a participação trecho a trecho da demanda por transporte aéreo. O estudo conclui que em 1999, de 130 ligações aéreas analisadas, as dez ligações mais importantes atendiam 40% da demanda nacional e que as cinquenta mais importantes atendiam 75% deste mercado.⁴⁷

No que se refere às linhas aéreas internacionais, o Grupo VARIG detém a maior parcela de mercado. Apesar da queda da participação no mercado doméstico, sua participação aumentou de 70,3% em 1998 para 85,4% em 2004 no trans-

⁴⁵ TAVARES. *O Transporte Aéreo Doméstico*, p. 17.

⁴⁶ A regulação do setor será tratada mais detalhadamente no Capítulo 2.

⁴⁷ IAC. *Fluxo de passageiros*, p. 144.

porte aéreo internacional. A TAM detinha 0,1% do mercado em 1998 e tornou-se a segunda maior empresa neste segmento em 2000, quando atingiu uma participação de 7,9%. Em 2004, sua participação foi de 14,5%. A VASP era a segunda maior empresa do mercado internacional em 1998 e representava 22,4% do mercado. Sua participação se reduziu para 16% em 1999 e, em outubro de 2001, a empresa encerrou as suas operações no mercado internacional. A Transbrasil finalizou as suas atividades ao final de 2001. Em 1998 esta companhia detinha 7,2% do mercado e era a terceira maior empresa. Outras duas empresas operam no mercado internacional brasileiro: a PENTA e a META. Suas participações foram, respectivamente, de 0,01% e 0,07% em 2003. Neste mercado, a indústria ofereceu 28,8 milhões de assentos por quilômetro em 2003 e 75% deste valor constituiu o número de passageiros por quilômetro pagos transportados.⁴⁸

Em 2004, a VARIG teve a sua participação no mercado internacional reduzida, enquanto a TAM chegou a 14,5% de participação⁴⁹. A Tabela 5 apresenta as participações das principais empresas no mercado internacional.

Tabela 5. Participação no mercado de transporte aéreo internacional (% em pax.km transportados pagos), 1998 a 2004

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Varig	70,3	75,2	80,0	82,1	87,4	87,9	85,4
Tam*	0,1	3,5	7,9	13,9	12,5	12,0	14,5
Vasp	22,4	16,0	5,1	-	-	-	-
Transbrasil	7,2	5,3	7,0	3,9	-	-	-

* Até 1999 a participação da TAM se refere à TAM Meridionais e após este ano à TAM Linhas Aéreas. Em 2004, a Gol iniciou as suas atividades no mercado internacional e apresentou 0,05% de participação nesse segmento.

Fonte: DAC. Dados comparativos avançados. Diversos anos.

Do exposto, pode-se afirmar que o mercado de transporte aéreo de passageiros no Brasil é altamente concentrado, tanto no segmento doméstico quanto no internacional. Ocorreram mudanças recentes na estrutura do mercado doméstico, configurando um maior equilíbrio no oligopólio. Apesar de alguns autores atribuírem a concentração à regulação do setor que vigorou até o final da década de 1980, vimos que as características próprias do setor o tornam não competitivo uma vez que não há livre entrada e saída do mercado.

⁴⁸ DAC. *Dados comparativos avançados. Diversos anos.*

⁴⁹ DAC. *Dados comparativos avançados. 2003/2004.*

7. A regulação e a desregulação do setor

Entre a década de 1920 e final da década de 1980, o setor era fortemente regulado pelo Governo. Na década de 1990, no âmbito da globalização e da liberalização dos mercados, a aviação civil passou por um processo gradual de desregulação. Entretanto, em 2003, o Governo formulou novas diretrizes para o setor que assinalam na direção de uma re-regulação.

A justificativa para a regulação do setor (principalmente a partir dos anos 60 e também em 2003) foi o excesso de oferta e a conseqüente crise financeira das companhias aéreas devido à baixa margem de retorno da indústria. Já a desregulação resultaria em ganhos para os consumidores, pois as companhias se tornariam mais eficientes através da concorrência.

Um dos resultados da regulação foi a redução do número de empresas atuantes no mercado: de 34 empresas em 1952 o número caiu para 10 em 1960 e para apenas 3 em 1975. Ocorreu também, nesse período, uma queda do número de cidades atendidas de 358 em 1950, para 254 em 1961 e para 92 em 1975. Apesar do esforço do governo em implementar políticas de fomento do transporte aéreo regional, as companhias aéreas concentraram os seus serviços nos mercados mais lucrativos.⁵⁰

A desregulação atingiu alguns de seus objetivos. As tarifas permaneceram estáveis entre 1996 e 2002 (com queda de apenas 0,5%), mas se convertidas em dólares observa-se, em termos relativos, uma queda de 51%⁵¹. A seguir, a Tabela 6 mostra que houve, ademais, um aumento do número de passageiros.km transportados pagos – considerando o mercado doméstico e internacional – de 28,2 bilhões em 1992 para 48,5 bilhões em 2002. No mesmo período a oferta de assentos.km se elevou de 49,3 bilhões para 78,0 bilhões.

A Tabela 6 ilustra, também, o índice de aproveitamento no mercado ao longo da década de 1990. Observamos que ocorreu uma queda acentuada desse índice em 1999, provavelmente devido à desvalorização cambial. Em 2000, o índice se recuperou, mas voltou a cair em 2001 e 2002. Finalmente, em 2003, ocorreu um novo aumento no índice de aproveitamento. O aumento desse índice demonstra uma melhora da eficiência das empresas já que os custos diminuem à medida que aumenta o número de assentos ocupados pagos em cada vôo. Em comparação com o índice de 70% observado para a média das companhias dos EUA, o nível apresentado pela indústria brasileira ainda é baixo.⁵²

⁵⁰ CASTRO, N. e LAMY, P. Desregulamentação do setor transporte aéreo de passageiros. *Texto para discussão* n° 319, IPEA, outubro de 1993.

⁵¹ GUIMARÃES e SALGADO. A regulação do mercado de aviação, p. 8.

⁵² ESPÍRITO SANTO et al. Flexibilização do Transporte Aéreo, p. 16.

Tabela 6. Resultados do Tráfego Aéreo Doméstico e Internacional

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Receita (R\$)	7.356.196.748	8.589.701.215	9.962.619.744	11.264.720.807	12.795.992.349	13.800.335.396
Despesa (R\$)	7.335.250.315	8.922.721.501	9.757.186.008	12.244.381.220	13.655.721.327	13.454.590.294
Resultado (R\$)	20.946.433	-333.020.286	205.433.735	-979.660.413	-859.728.977	345.745.102
Lucratividade (%)	0,28	-3,88	2,06	-8,70	-6,72	2,51
Ass.Km Oferecido (000)	80.670.255	76.958.158	74.889.574	78.227.442	78.044.268	70.597.311
Pax.Km Transp.Pg (000)	50.027.954	44.678.066	48.096.886	48.684.105	48.508.243	46.680.998
Aproveitamento Pg (%)	62	58	64	62	62	66
Break-even (%)	62	60	63	68	66	64

Fonte: Anuário do Transporte Aéreo, vol. II. Diversos anos.

	1992	1993	1994	1995	1996	1997
Receita (R\$)	5.287.885	111.106.101	2.631.889.733	4.317.020.371	4.987.578.359	5.808.887.252
Despesa (R\$)	5.891.600	116.559.371	2.448.709.934	4.038.493.405	4.995.643.593	5.526.942.014
Resultado (R\$)	-603.715	-5.453.270	183.179.799	278.526.966	-8.065.234	281.945.238
Lucratividade (%)	-11,42	-4,91	6,96	6,45	-0,16	4,85
Ass.Km Oferecido (000)	49.270.017	50.428.778	52.323.597	56.192.739	61.231.067	65.135.069
Pax.Km Transp.Pg (000)	28.225.049	29.713.574	32.546.809	34.881.593	37.376.475	41.328.390
Aproveitamento Pg (%)	57	59	62	62	61	63
Break-even (%)	64	62	58	58	61	60

Observa-se que os resultados operacionais da indústria foram positivos a partir de 1994, acompanhando o aumento do número de passageiros.km transportados pagos (com exceção de 1996, onde o resultado foi negativo). Em 1999, o resultado foi negativo, assim como nos anos de 2001 e 2002. O resultado de 2001, se deve principalmente ao aumento das despesas que foi da ordem de 25,5% (com relação ao ano anterior), enquanto a receita elevou-se em 13,1%. Em 2003, ocorreu uma recuperação dos resultados da indústria.

O número total de aeroportos servidos por empresas aéreas regulares aumentou de 281 em 1990 para 436 em 2000. Observa-se na Tabela 7 que o número chegou a 497 em 1999.

Tabela 7. Número total de aeroportos servidos por empresas aéreas regulares

1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
281	295	301	306	302	369	453	495	477	497	436

Fonte: Dados compilados a partir de SILVEIRA. Transporte Aéreo Regular no Brasil, p. 196.

Entretanto, alguns autores afirmam que a desregulação também apresentou resultados negativos. Espírito Santo Jr. et al. assinalam que o resultado da desregulação do setor foi o aumento da concentração do mercado de transporte aéreo regional, devido ao crescimento de empresas e à legislação que permitiu a aquisição destas companhias por outras, inclusive de âmbito nacional. Desta forma, não foi possível usufruir dos benefícios da desregulação (aumento da concorrência, por exemplo), uma vez que estes efeitos foram superados pela crescente concentração do mercado.⁵³

A Tabela 8 mostra a concentração do mercado regional. Podemos observar que juntas, as empresas TAM (regional) e Rio-Sul (excluindo a Nordeste) detinham, no início dos anos 90, 64,2% do mercado. Em 1999, a participação alcançou 74,3%.

Tabela 8. Participação no mercado regional regular. Oferta de assentos por quilômetro (%)

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
TAM	41,1	45,0	46,5	44,0	48,4	47,5	53,1	39,2	40,2
Rio-Sul	23,1	25,2	30,2	31,0	26,2	25,4	27,6	35,2	34,1
Demais empresas	35,8	29,8	23,3	25,0	25,4	27,1	19,3	25,6	25,7

Fonte: ESPÍRITO SANTO JR. Concentração no transporte aéreo e os possíveis impactos sobre os consumidores, a sociedade e a economia. Anais da XIV ANPET, Gramado-RS, 2000, p.4.

O mercado nacional regular também era intensamente concentrado, como mostra a Tabela 9. Em 1991, a participação das quatro maiores empresas era de 98,7% do mercado, em 1999, esse número caiu para 96,3% e, em 2003, para 95,4%.

⁵³ ESPÍRITO SANTO et al. Flexibilização do Transporte Aéreo, p. 9-12.

Tabela 9. Participação no mercado nacional regular. Oferta de assentos por quilômetro (%)

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Grupo Varig	43,7	44,3	48,7	46,0	45,4	45,5	43,6	43,6	39,1	40,6	40,2	37,5	35,4
Grupo Transbrasil	19,7	20,8	24,1	23,8	20,0	18,6	17,1	15,1	16,2	13,6	7,4	-	-
Grupo TAM	3,1	4,0	6,6	8,4	13,2	15,4	17,8	19,3	23,8	28,8	32,6	37,2	32,5
VASP	32,2	29,5	18,4	18,9	18,5	18,5	19,2	18,1	17,2	15,3	13,7	13,2	13,8
GOL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4,5	10,7	16,7
Demais empresas	1,3	1,4	2,2	2,9	2,9	2,0	2,3	3,9	3,7	1,7	1,6	1,4	1,6

Fonte: Nacional EBAPE-FGV/EMBRATUR de Monografias e Estudos de Caso do Setor de Turismo, 2004, p. 48.

A minimização da intervenção do Estado na economia, a desregulação e a liberalização resultaram em um aumento da concentração do mercado, tornando indispensável a política de defesa da concorrência também no transporte aéreo brasileiro. Nesse contexto, foi instituída a política antitruste nesse setor com o objetivo de aumentar a eficiência econômica através da promoção e do estímulo à concorrência. No caso específico do transporte aéreo, o número de atos de concentração envolvendo companhias aéreas no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) aumentou principalmente após a desvalorização cambial de 1999⁵⁴.

8. Conclusão

Observamos que os principais desafios do setor são manter a viabilidade econômica da atividade e tornar eficientes as companhias aéreas, aumentando a sua produtividade e diminuindo os seus custos.

Assim, tanto nos anos 60 quanto em 2003, a justificativa para a regulação do setor foi o primeiro fator identificado acima, ou seja, o excesso de oferta e a conseqüente crise financeira das companhias aéreas devido à baixa margem de retorno da indústria. Já a desregulação foi justificada pelo segundo fator: esta resultaria em ganhos para os consumidores, pois as companhias se tornariam mais eficientes através da concorrência.

No entanto, o que se verifica é que nenhuma das políticas adotadas conseguiu efetivamente resolver os problemas do setor. Ao regular o setor, o Governo conseguiu diminuir o excesso de oferta e melhorar a situação financeira das compa-

⁵⁴ OLIVEIRA. Competição, colusão e antitruste, p. 7. Como exemplo, ver os pareceres n° 363/2001/MF/SEAE/COGDC-DF, n° 008/COGDC-DF/SEAE/MF, n° 97 COGSI/SEAE/MF, n° 200/2002/COGDC/SEAE/MF, o ato de concentração n° 08012.000641/2003-98 e a nota técnica n° 29/2004/COGDC-DF/SEAE/MF.

nhas através de fusões e aquisições. Em contrapartida, ocorreu uma potencialização da tendência natural à concentração do setor, aumentando o poder de mercado das empresas. Apesar do esforço por parte do Governo em ampliar a oferta do serviço em linhas regionais, a baixa rentabilidade da atividade acabou concentrando a operação de linhas nas regiões centrais além de reduzir a frequência dos vôos.

Por outro lado, a desregulação do setor aparentemente beneficiou os consumidores com a redução das tarifas, diferenciação do produto, aumento da qualidade dos serviços, por exemplo, através do aumento da oferta. Entretanto, o resultado financeiro negativo das companhias aéreas já no ano de 2000 demonstra que este aumento da oferta é muitas vezes resultado da concorrência pela participação no mercado. Apesar do aumento do fluxo de passageiros, o aumento da oferta resultou em índices de aproveitamento constantes e até decrescentes em alguns anos, mas as companhias aéreas continuaram ofertando o mesmo número de vôos para não perder mercado. Além disso, não obstante a abertura do mercado à novas empresas, manteve-se uma elevada concentração do mercado, inclusive nas linhas regionais, devido ao crescimento das empresas que serviam estas linhas e ao movimento de aquisições que ocorreu no período.

Nesse contexto, ao longo dos anos 90, no âmbito da desregulação, foi introduzida a política de defesa da concorrência no transporte aéreo, com o objetivo de inibir as práticas anticompetitivas através da promoção da concorrência, dada a elevada concentração do setor. Mas, novamente, verificou-se uma crise financeira das companhias aéreas e, como solução, o Governo propôs a intervenção do órgão regulador (quando este julgar necessário), para garantir a continuidade dos serviços.

Do exposto acima, pode-se concluir que ao buscar sanar a crise financeira das companhias aéreas, a regulação potencializa a concentração do setor e, ao contrário, ao introduzir a concorrência para promover maior eficiência às companhias e benefícios para os consumidores, a desregulação potencializa a possibilidade das companhias incorrerem novamente em resultados financeiros negativos, sem conseguir eliminar a concentração “natural” do setor.

Cabe reconhecer que como afirmam Guimarães e Salgado, a crise financeira das companhias aéreas não pode ser atribuída, na sua totalidade, à desregulação. Gomes et al. sugerem que a vulnerabilidade das empresas frente à variação cambial e a falta de competitividade com relação às empresas estrangeiras, têm certamente um papel determinante nas flutuações econômicas do setor⁵⁵. Além disso, como visto ao longo do texto, a instabilidade cambial e a escala reduzida das companhias

⁵⁵ GOMES et al. *Aviação Regional Brasileira, Modal Aéreo IV. Informe Infraestrutura*, BNDES, n°50, novembro, 2002.

brasileiras para os parâmetros internacionais aumentam a vulnerabilidade das empresas e estabelecem limites para uma possível desconcentração.

Assim, definir um modelo de regulação adequado torna-se ainda mais difícil no Brasil e em outros países em desenvolvimento. Além das dificuldades inerentes a cada setor, a descontinuidade das políticas econômicas, as altas taxas de juros, as flutuações do câmbio e os tributos elevados configuram verdadeiros obstáculos para a implementação de um modelo regulatório adequado de longo prazo.

Então, é preciso formular um modelo de regulação mais adequado para o setor. Não cabe voltar ao modelo dos anos 60, mas também é preciso reconhecer que no atual momento a eficiência estática não pode ser o único, nem o principal objetivo. É necessário promover a expansão e consolidação do setor (objetivos de longo prazo). As características do setor tornam a concentração inexorável. A estrutura do setor é “naturalmente” oligopolista, pelas razões apontadas ao longo do texto. Há barreiras à entrada e a saída. O novo modelo regulatório deveria partir desta realidade que torna necessário o acompanhamento atento dos órgãos de defesa da concorrência e é preciso estabelecer uma política industrial de longo prazo que proporcione o desenvolvimento de companhias aéreas fortes, capazes de adaptar-se às flutuações econômicas. É imprescindível complementar esta política industrial com uma política de defesa da concorrência que promova a eficiência das empresas e impeça o abuso de poder de mercado sem, entretanto, inviabilizar economicamente a prestação do serviço.

Existe um conflito real entre a preservação da viabilidade econômica do serviço e a promoção da eficiência das companhias aéreas. Por isso, assim como em outros setores, é extremamente importante implementar uma política industrial e uma política de concorrência que garantam a estruturação do setor e o bem estar dos consumidores.

O modelo regulatório do transporte aéreo deve basear-se em estudos detalhados sobre o setor de modo a determinar as políticas adequadas para cada segmento, considerando as peculiaridades de cada região ou tipo de serviço. O modelo regulatório deve ser claro, transparente e crível, além de estar associado à uma política industrial de longo prazo e à uma política de defesa da concorrência compatível com a estruturação do mercado.

9. Bibliografia

Berry, S. T. Airport presence as product differentiation. *American Economic Review*, v. 80, n° 2, May 1990, p. 394-9.

Berry, S., Carnall, M. and Spiller, P. Airline hubs: costs, markups and the implications of customer heterogeneity. NBER, *Working Paper 5561*, 1996.

Borenstein, S. Hubs and high fares: dominance and market power in the U.S. airline industry. *Rand Journal of Economics*, vol. 20, n° 3, Autumn 1989, p. 344-65.

Castro, N. e Lamy, P. Desregulamentação do setor transporte aéreo de passageiros. *Texto para discussão* n° 319, IPEA, outubro de 1993.

Coutinho, L. G. Regulação e desenvolvimento: uma reflexão pós-neoliberalismo. *Conference on Economic and Social Regulation, Accountability and Democracy*, Cebrap e FGV-EDESP, São Paulo, março de 2004.

Espírito Santo Jr., R.A. Concentração no transporte aéreo e os possíveis impactos sobre os consumidores, a sociedade e a economia, *Anais XIV ANPET*, Gramado-RS, 2000, p. 239-251.

_____. Políticas, oportunidades e desafios para o binômio transporte aéreo-turismo no Brasil. Trabalho vencedor do Prêmio Nacional EBAPE-FGV/EMBRATUR de Monografias e Estudos de Caso do Setor de Turismo. Janeiro de 2004.

Espírito Santo Jr, R.A., Barreiro, J.H.L.C. e Santos, M.P.S. “Flexibilização do Transporte Aéreo no Brasil: ingresso numa era de maior competição?”. *XII Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes*, Fortaleza, 1998.

Gomes, S.B.V., Lacerda, S. M, Bastos, V.D. Castro, M.S. Aviação Regional Brasileira, Modal Aéreo IV. *Informe Infraestrutura*, BNDES, n°50, novembro, 2002.

Guimarães, E.A. e Salgado, L.H. *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. IPEA, out. 2003. (Nota Técnica 2).

Marchetti, D.S., Souza, R.M.A.T., Ávila, J.R.G. e Castro, M. S. Aspectos de Competitividade do setor aéreo. Modal Aéreo II. *Informe Infraestrutura*, BNDES, n° 42. Março, 2001.

_____. Infraestrutura aeroportuária: fator de competitividade econômica. Modal Aéreo III. *Informe Infraestrutura*, BNDES, n° 46, 2001.

Oliveira, A.V.M. “Localized competitive advantage, entry and price reactions in the Brazilian airline industry”. University of Warwick, Department of Economics, 2003.

Oliveira, A.V.M. e Turolla, F. *Competição, colusão e antitruste: estimação da conduta competitiva das companhias aéreas*. Mimeo, 2003.

Pasin, J.A.B. e Lacerda, S.M. A reestruturação do setor aéreo e as alternativas de política para a aviação civil no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, 2003, p.217-240.

Pego Filho, B. Setor aéreo e as empresas brasileiras: situação atual e perspectivas. *Boletim de Conjuntura*, 59, IPEA, out-nov. 2002, p. 73-8.



Silveira, J.A. *Transporte Aéreo Regular no Brasil: análise econômica e função de custo*. Rio de Janeiro, COPPE/UFRJ, Dissertação de Mestrado, 2003.

SNEA. Reforma Tributária. Set. 2000. In: <http://www.snea.com.br/estudos/reforma2/principal.htm>.

Tavares, M.P. *O transporte aéreo doméstico e a lógica da desregulamentação*. SEAE, Documento de Trabalho, 4 nov. 1999.



ESSENTIAL FACILITY THEORY: UMA APLICAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM SETORES REGULADOS

Alexnaldo Cerqueira da Silva¹

1. Introdução

As políticas de regulação da concorrência, de acordo com Possas *et alli* (1998), abarcam dois grandes tipos de intervenção. O primeiro é a regulação das atividades de infra-estrutura, que frequentemente estão associados ao controle estatal de monopólios naturais², e tem como objetivos a correção e o monitoramento das transformações estruturais de mercado através de instrumentos de controle direto. O segundo são as políticas de defesa da concorrência ou antitruste, tendo este, dois focos: a repressão de práticas anticompetitivas, e a prevenção de atos de concentração.

Farina *et alli* (1997) considera que é importante a intervenção estatal nos casos onde estejam combinados ativos essenciais, geralmente específicos à produção de determinado bem ou serviço, e subaditividade de custo³.

Os serviços de utilidade pública devido a sua essencialidade, são construídos de maneira a reafirmarem seu papel social na prestação de serviços à população, nos quais regem os princípios de continuidade da prestação e da universalidade, funcionando como instrumento de coesão social.

¹ Mestre em Economia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Especialista em Regulação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). O autor agradece especialmente ao Pedro Lyra, Paulo Roberto Semedo e a Daniela Ribeiro pelos preciosos comentários. E-mail: alexnaldo@anatel.gov.br

² Ocorre monopólio natural se e somente se o número de firmas que minimizam o custo total da indústria for igual a 1 (um). Formalmente, a condição de necessidade e de suficiência para a existência de um monopólio natural é: $C(q) = \min[N.C(q/N)]$, onde C é o custo total em função das quantidades q e N é o número de firmas no mercado.

³ Resumidamente, subaditividade de custos ocorre quando qualquer combinação entre os diferentes bens ofertados é feita a menor custo em uma única firma. Como destaca Farina (1997, p.118), caso situações de monopólio ou oligopólio resultem de subaditividade de custo, a presença de um grande número de concorrentes não é possível nem tampouco desejável.

Tanto no Direito como na Economia, o direito de propriedade sobre qualquer tipo de ativo dá ao seu possuidor a possibilidade de uso, tendo, porém em seu consumo um caráter de exclusividade, diferentemente dos chamados bens públicos. O problema é que as instalações essenciais se não são de domínio público possuem a capacidade de se diferenciar dos outros ativos por serem consideradas de interesse público, tendo pelo menos para a sociedade brasileira um valor importante.

Comumente, serviços de infra-estrutura, dentre os quais se encontram os serviços de telecomunicações, energia e saneamento, fazem parte do conjunto de serviços que são responsáveis por criar externalidades (efeitos positivos ou negativos) para as demais atividades econômicas. Antes considerados como “monopólio natural”, devido à forte presença de economias de escala de produção, distribuição, gerenciais e comerciais, agora com o desenvolvimento de novas tecnologias, os *policy makers* passaram a enxergar alguns pontos de pressão competitiva nesses setores.

Um setor como o descrito anteriormente tornava inviável, de maneira econômica, a fragmentação da estrutura de oferta dos serviços de infra-estrutura. Dessa forma, estes serviços se destacam pelo fato de servirem de insumo essencial para as demais atividades econômicas.

Neste instante, é preconizada a transformação dos mercados mediante a promoção e implementação das políticas de regulação e antitruste, sendo a concorrência capaz e, através de um processo atuante, atingir níveis maiores de eficiência. Contudo, a existência de insumos essenciais produzidos em regime de monopólio gera incentivos para que essa empresa, atuando de forma integrada, procure estender o seu poder para o outro mercado no qual a monopolista também atua, eliminando os concorrentes.

Assim, surge a necessidade de interferência dessas atividades por parte do Estado, no sentido de atenuar tais ocorrências, garantindo a oferta universal dos serviços e instrumento de coordenação para que os agentes privados possam ofertar, de maneira eficiente, os serviços com qualidade e baixo custo. Logo, o objetivo das políticas de competição - defesa da concorrência e regulação - é aumentar o nível de eficiência econômica dos mercados (Ferreira e Wholers, 1999).

O objetivo deste trabalho é buscar a relação existente entre antitruste e setores regulados, tendo como denominador comum o poder de mercado e probabilidade do exercício de praticas anticompetitivas que são derivados da posse da instalação essencial. Busca-se, portanto, o convencimento de que a aplicação *Essential Facility Theory* na análise da concorrência em mercados regulados não é só pertinente, mas também urgente devido à necessidade de implementação de um ambiente de maior competição.

Além desta introdução e das considerações finais, este texto possui mais três pontos. O ponto 2 será dedicado à descrição do ambiente regulatório e antitruste próprio para a aplicação da teoria das instalações essenciais, esboçando os principais incentivos econômicos para o exercício de práticas anticompetitivas que uma firma possui na detenção de uma instalação essencial, e tendo como objeto a conceituação da teoria das instalações essenciais e em que situações esta poderia ser aplicada. O terceiro ponto, em complementação ao tópico anterior, apresentará as principais práticas anticompetitivas associadas à posse da instalação ou insumo essencial às concorrentes. O quarto ponto apresentará algumas medidas de combate às práticas descritas no tema anterior.

2. Defesa da concorrência em setores regulados. Identificando o ambiente próprio da *essential facility theory*

2.1. Relação entre defesa da concorrência e regulação

De antemão, deve-se notar que não existe uma separação precisa entre defesa da concorrência e regulação de infra-estruturas. Não obstante estas se diferenciarem em vários aspectos, de um modo geral, suas bases são as mesmas. Ambas são autoridades de concorrência⁴ e têm papéis redistributivos na medida em que interferem, quando necessário, na estrutura e no desempenho do mercado. Mas existem dois pontos básicos que as diferenciam, quais são: i) a magnitude do relacionamento e; ii) o momento da ação.

Quanto à natureza das decisões na relação entre as autoridades de competição, o órgão regulador tende a possuir mais informação com respeito às suas indústrias específicas do que a autoridade antitruste tem como origem o relacionamento de longo prazo em setores específicos. A regulação é específica a uma certa indústria e existe um monitoramento e coleta de dados quase constante, ou seja, a regulação atende ao critério de especificidade, enquanto que a autoridade antitruste não.

Com respeito à segunda assertiva, de um modo geral a política antitruste se beneficia pelo acúmulo de informações passadas (*ex-post*), e a política de regulação de infra-estruturas, pelo critério de especificidade e pelo conjunto de ações de natureza técnica e econômica como a regulamentação de preços, nor-

⁴ No entendimento de que tanto a regulação como defesa da concorrência perseguem o mesmo objetivo, mas por instrumentos de ações diferentes, este trabalho refere autoridade de concorrência tanto o órgão regulador setorial como a autoridade antitruste. Além disto, há que se reconhecer o elevado grau de complementaridade entre esses dois tipos de políticas. Ver Mello (2002)

mas e procedimentos. Esta, por sua vez possui natureza *ex-ante*. O corolário no caso da regulação, é que os participantes das indústrias enfrentam menos incertezas, já que na regulação as incertezas são parcialmente resolvidas uma vez que as “regras do jogo” são postas anteriormente.

Tudo leva a crer que as atividades de defesa da concorrência e regulação são atividades complementares na sua forma de atuação. Existem algumas situações onde é eminente a ocorrência de uma articulação entre essas duas políticas, por exemplo, quando ocorre alguma denúncia de venda casada por parte de uma empresa que pertença a um setor regulado, de quem é a competência para analisar e dar providências a este caso? Sem uma articulação é provável que a solução dada venha até prejudicar a concorrência.

Diante disto, percebe-se que a articulação entre as autoridades de concorrência é muito complexa dependendo dos arranjos institucionais que sejam adotados. Será visto adiante que a principal fonte de litígio que colabora para que os mercados não alcancem níveis maiores de competição é exatamente o problema da posse da instalação essencial à prestação do serviço, geralmente feita por antigas monopolistas.

2.2. *Essential facility theory*

A regulação representa não apenas a implementação de políticas disciplinadoras de monopólios naturais, mas, sobretudo, um esforço de condução de situações não suficientemente concorrenciais para um ambiente de maior competição, logo, a regulação é de transição.

No âmbito do direito, o conceito traz subjacente a noção de função social da propriedade, uma vez que, no contexto brasileiro, a doutrina das instalações essenciais é norteada com as noções de domínio do Estado e do dever de assegurar livre acesso, ainda que remunerado. Ressalva-se que essa perspectiva é o fator principal de sua aplicação em setores de utilidade pública.

Essa preocupação decorre dos seguintes motivos: a existência de assimetria de poder de mercado, que se estabeleceu necessariamente nos setores após privatização, e a abertura para novos concorrentes, tanto no mercado com características de monopólio natural quanto nos mercados à jusante (*downstream*) que utilizam esses serviços como insumos para seus produtos. Portanto, os problemas concorrenciais em setores antes monopólio natural tem como núcleo a existência de insumos essenciais (*essential facilities*)⁵. Este tipo de insumo atribui grande poder de mercado.

⁵ Daqui por diante instalações, infra-estrutura, ativos e insumos essenciais passarão a serem considerados sinônimos, dependendo de sua aplicabilidade.

A justificativa de “falha de mercado”, nesses casos está relacionada com duas dificuldades: a externalidade de rede, segundo o qual o incentivo a adotar um determinado produto aumenta quanto maior o número de usuários, e o poder de monopólio. No entanto, o poder de monopólio no caso das utilidades públicas explica as externalidades de rede, e, por isso, elas não são mutuamente exclusivas. A evidência é que a detenção da rede não é a fonte do aumento do poder de mercado, mas a infra-estrutura que dá suporte à rede, ou seja, as instalações essenciais.

O conceito de *essential facility* sugere uma relação entre dois mercados, o mercado à montante (*upstream*) e à jusante (*downstream*). Frequentemente, as empresas que detém a instalação essencial atuam nos dois mercados, ou seja, são integralmente verticalizadas. Contudo, as empresas que demandam essa instalação, o que para elas é um insumo, atuam somente no mercado *downstream*, dando a primeira grande poder de mercado.

É possível que, em alguns casos, este conceito assuma uma natureza conflitual, pois o próprio nome traz um elemento privado de detenção da instalação (*facility*) e um aspecto coletivo relativo à sua utilização. A aproximação mais radical a esta teoria é aquela que aponta para a eliminação da contradição, apagando um eventual conflito de interesses entre a detenção e a utilização, impedindo a natureza privada da detenção, em última instância, isto representaria o retorno de determinadas infra-estruturas para o Estado. Todavia, é importante salientar que na realidade as pressões competitivas em setores submetidos a constantes inovações podem aumentar o seu grau de contestabilidade, os tornando cada vez menos uma instalação essencial.

A jurisprudência norte-americana⁶ sobre a doutrina das instalações essenciais ganhou popularidade na decisão do 7º Circuito da Justiça daquele país sobre o caso *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Company (AT&T)*. A acusação era que a AT&T estaria abusando de sua posição dominante sobre o mercado de acesso local para prejudicar a concorrência no mercado de telefonia de longa distância. Para tanto, a Corte americana estabeleceu um teste para identificar se a doutrina de *essential facility* seria aplicável àquele caso. Esse teste compreende quatro etapas, representadas por quatro questões (OECD, 1996, p. 87):

- Há controle de um insumo essencial por um monopolista?
- É viável a duplicação desse insumo ou existe a possibilidade de provimento por outros meios?

⁶ A doutrina de *essential facility* foi primeiramente utilizada nos EUA, no caso *United States v. Terminal R. R. Association*, de 1912.

- Houve recusa de provimento desse insumo a um competidor no mercado?
- O fornecimento desse insumo para um novo competidor afetaria a qualidade do acesso para as empresas que fazem parte desse mesmo mercado?

A primeira questão demonstra a importância do conceito de essencialidade, porém, sua extensão deve ir além da mera utilidade do insumo. Em outras palavras, se houver a possibilidade de que um dado insumo seja substituído por um outro, em condições técnicas e de custo razoavelmente semelhantes, não há como considerá-lo essencial. Em geral, toma-se como essencial um insumo provido por um monopolista, e que seja indispensável para a produção de empresas, estabelecidas ou potenciais entrantes, no mercado *downstream*. Resumindo, essencialidade significa que o produto da firma dominante não pode ser duplicado de forma barata pelos entrantes a quem é negado o acesso. (Rey & Tirole, 2003, p.1).

Quanto à segunda questão, a experiência internacional reside nos casos de infraestrutura, geralmente caracterizados como monopólios naturais ou bens que envolvem grandes investimentos irrecuperáveis (*sunk costs*) e cuja duplicação por um concorrente seria ineficiente do ponto de vista do consumidor. Assim, quanto maiores os custos de duplicação, maior o poder do monopolista no mercado a montante (*upstream*).

No que se refere o terceiro quesito, a experiência dos EUA, por exemplo, considera que a recusa em prover acesso a um insumo essencial só é justificável sob duas condições. A primeira delas acontece quando a oferta para um determinado competidor torna-se impraticável tecnicamente. A outra possibilidade surge nas situações em que o acesso de mais um competidor ao insumo prejudica as condições de acesso dos demais.

Por fim, em resposta ao quarto ponto, a experiência internacional tem admitido como indícios de abuso na oferta de um insumo essencial os casos em que um monopolista estabelece condições de acesso (em termos de qualidade, prazo, preço) que se tornam inaceitáveis do ponto de vista dos concorrentes. Essa definição mais flexível procura limitar a possibilidade de exercício do poder dominante dos proprietários de um insumo essencial. Este é o aspecto antitruste do conceito, e, portanto, um espaço de atuação para o órgão de defesa da concorrência.

Observa-se que o conceito é caracterizado pelo grau de essencialidade, tomando como condição necessária o poder de monopólio, e como condição de suficiência o não cumprimento das necessidades dos demandantes do insumo essencial à operação e ao fornecimento do serviço aos consumidores, resultado obviamente da análise da função social da propriedade.

Deve-se atentar para uma premissa importante. Inicialmente, o campo de atuação privilegiado da aplicação da *Essential Facility Theory* é exatamente os serviços de utilidade pública. Entretanto, não se pode dizer que essa doutrina não seria aplicável em outras atividades econômicas, pois é suficiente que exista ameaça potencial à concorrência decorrente da posse de uma instalação ou insumo, criando barreiras para as outras empresas que participam do mesmo setor. Esta visão é freqüentemente, mas não exclusivamente, utilizada em casos como rede local de telefonia, dutos de gás natural, serviços postais, linhas e estações de transporte ferroviário e redes de transmissão de energia elétrica. Mas também encontra guarida nos casos de propriedade intelectual, pontes e até estádios.

Conforme Aragão (2005, p. 33) a importância disso em setores regulados são três:

“[...] 1º) Geralmente as normas reguladoras setoriais acompanham as diretrizes básicas da Teoria, 2º) No silêncio da norma regulamentadora do serviço os parâmetros da Teoria das Instalações Essenciais que são aplicados; 3º) Em caso de lacuna, contradição ou nebulosidade da regulamentação, a Teoria das Instalações Essenciais será um importante elemento integrador e interpretativo”.

Em resumo, o que está posto por Aragão (2005) evidencia que a teoria das instalações essenciais funciona como um amálgama entre as normas regulatórias e a defesa da concorrência, trabalhando no sentido de ampliar o viés pró-competição destas políticas. De fato, a forma interpretativa da teoria é justamente o que a explica, e que justifica a sua aplicação.

2.3. A economia das *essential facilities*

Para uma melhor compreensão do tema é importante buscar responder a seguinte pergunta: quais as implicações econômicas e, quais os incentivos que um monopolista detentor de uma *essential facility* tem em expandir seu poder de mercado, seja potencial, seja efetivo?

Quando o monopolista produtor de um insumo essencial também atua no mercado de um bem a ele integrante, têm-se estímulos suficientes para essa firma abusar de seu poder dominante. No limite, essa circunstância induziria ao fechamento do mercado (*foreclosure*). Esta proposição é confirmada pelo OCDE (1996, p.81):

“(...) foreclosure refers to any dominant firm’s practice that denies proper access to an essential input it produces to some users of this input, with the

intent of extending monopoly power from one segment of the market (the bottleneck segment) to the other (the potentially competitive segment)”.

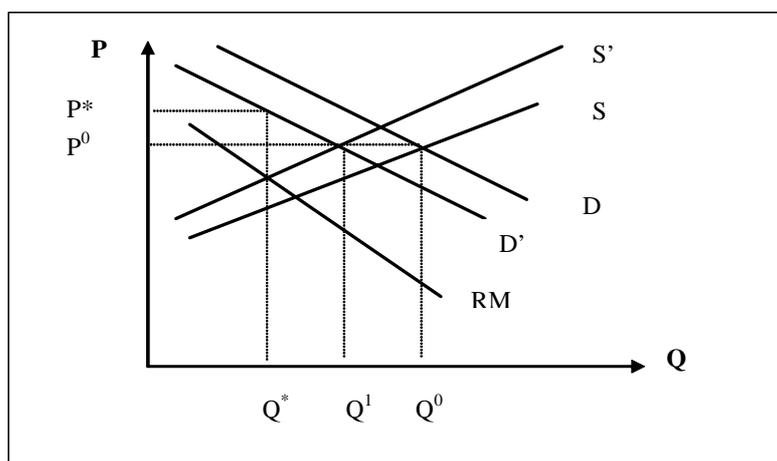
Aragão (2005) ressalta três condições para que o fechamento do mercado gere problemas concorrenciais. A primeira condição diz que o grau de integração entre os dois mercados foco da análise deve ser de tal ordem que uma possível entrante que queira entrar no mercado primário também o faça ao mesmo tempo no mercado secundário. A segunda é que a necessidade da entrada no mercado secundário torne a entrada no mercado primário mais difícil e menos provável de ocorrer em um prazo inferior a dois anos. E a última condição diz respeito às características vigentes no mercado primário, pois estas devem favorecer a existência de condutas anticompetitivas neste mercado.

As formas pelas quais a empresa integrada - aquela que atua nos mercados a montante e a jusante, ou mercados de insumo e produto, respectivamente - exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado podem variar. Os métodos mais comuns ocorrem via preços, discriminando em detrimento das empresas rivais, num movimento que pode ser considerado predatório. Dentre os exemplos podem ser citados, além da discriminação pura e simples, subsídios cruzados, *price squeeze*⁷ e preços excessivos. Mas as condutas também podem tomar a forma de negação de oferta de acesso aos concorrentes, ou de pelo menos limitá-lo em termos de quantidade e qualidade.

Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas presente no caso de integração vertical com insumos essenciais recebe o nome geral de “*raising rivals’ cost*” ou “aumento dos custos das rivais”. Uma agenda de pesquisa tem explorado esse tema nos últimos anos, desenvolvendo aplicações e testes, sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes. Logo abaixo, é possível visualizar os impactos de uma integração vertical com conseqüente aumento dos custos das rivais.

⁷Uma exposição teórica e bem fundamentada sobre este assunto e seus impactos na análise da regulação das indústrias de rede pode ser encontrados em Crocioni & Veijanovski (2003).

Gráfico I – Aumento dos custos das rivais devido a integração vertical



Fonte: Viscusi *et alli* (1998, p. 233)

Suponha que uma firma adquira um fornecedor de insumos, tornando-se auto-suficiente. Após a transação, a firma A passa a praticar o preço P^0 , igual ao custo marginal do fornecedor. Caso o mercado de insumos permanecesse competitivo após integração vertical, as novas curvas de oferta e demanda S' e D' , continuariam a cruzarem ao preço P^0 , de modo que os rivais desta firma não incorreriam em nenhuma desvantagem, visto que as quantidades cairiam para Q^1 . Entretanto, supondo que a estrutura do mercado à jusante se altera como resultado da integração vertical, as empresas remanescentes passam a se comportar de maneira monopolistas. Nessa hipótese, o novo preço do insumo para os rivais será P^* , gerando a partir da quantidade Q^* , onde a receita marginal (RM) iguala ao custo marginal, representado pela curva de oferta S' .

O desenvolvimento de modelos por autores como Economides (1998), Laffont & Tirole (2000), Balmaceda & Saavedra (2001) na teoria econômica indica que, sob certas condições, um aumento do custo de produção das rivais, derivado de uma elevação do preço do acesso, proporciona lucros crescentes para a firma integrada. Dessa forma, um monopolista no mercado de origem tem estímulo suficiente para elevar os custos dos rivais de sua subsidiária no mercado a ela integrado até eliminar todas as concorrentes do mercado, estendendo o monopólio do monopólio de origem ao mercado alvo.

De acordo com Possas (2002, p.399) “*Um dos principais desafios na regulação de empresas atuantes em setores de infra-estrutura é a preservação de condições competitivas em segmentos não-monopolistas com integração vertical e na presença de redes que se caracterizam como instalações essenciais [...]*”. Esta situação cria mecanismos de incentivos para a adoção de toda a sorte de práticas anticompetitivas, sobretudo àquelas associadas a condutas de natureza vertical. No âmbito horizontal, existem situações em que a *Essential Facility Theory* pode ser aplicada. Por exemplo, empresas com elevado *market-share*, sem domínio do mercado *downstream*, e vendem mercadorias que só funcionam de maneira adequada, caso combinada com os produtos da empresa dominante. Esta situação é comum em empresa do setor eletrônico ou produtos modulares.

3. Práticas anticompetitivas associadas à posse de uma *essential facility*

A doutrina das instalações essenciais não implica diretamente na probabilidade de concorrência entre a empresa estabelecida (*incumbent*) e entrante potencial, pois esta tem uma aplicação muito especial nos casos onde é constatado algum tipo de prática lesiva a competição.

Possas (2002) traz como exemplo o setor de telefonia como uma *essential facility*, argumentando que o setor possui elevados investimentos necessários em meios físicos, somado a grande capilaridade, tendo como consequência, a criação de assimetrias de poder de mercado em favor das concessionárias locais em detrimento às empresas entrantes. A difícil eliminação dessas assimetrias cria dificuldades para o sistema de regulação e de defesa da concorrência na abertura do setor nos vários segmentos de mercado de telecomunicações ou de outros serviços que dependam da rede de acesso ao usuário.

Ainda Possas (2002, p. 406) destaca as seguintes práticas restritivas de natureza vertical que são relacionadas à posse da rede local: i) recusa de venda do acesso a determinada instalação essencial; ii) subsídios cruzados para serviços de mercados verticalmente conexos; iii) aumento dos custos das rivais, prática conhecida como *price squeeze*, realizada por meio do preço de acesso; iv) vendas casadas de serviços prestados com base na posição dominante a outros mercados dominados.

No primeiro caso, a característica básica é o uso de expedientes procrastinatórios, mais especificamente consiste na ação das monopolistas em retardar ao máximo o fornecimento do acesso às redes dedicadas solicitados por um concorrente. Tomando ainda o exemplo das telecomunicações, é como se a Telemar, Telefônica ou a Brasil Telecom protelasse o acesso a Embratel ou a Intelig no mercado *downstream* - em geral comunicação de dados ou telefonia

de longa distância-, seja não respondendo à solicitação, seja alegando esgotamento da capacidade, e até mesmo, limitação técnica, não obstante os meios estarem sendo oferecidos pelas incumbentes com regularidade.

Isto tem como efeitos anticompetitivos a inviabilidade do atendimento das empresas entrantes ao cliente, devido à discriminação contra concorrentes das concessionárias. Também é possível verificar o aumento do *market-share* da incumbente em mercados verticalmente integrados.

Com respeito à prática de subsídio cruzado, ocorre quando as receitas que são obtidas no mercado onde a empresa possui o maior *market share* - resultado da atividade da incumbente em uma instalação essencial - e que na tentativa de alavancagem do seu poder de mercado, estes ganhos são revertidos para oferecer em outro mercado preços mais baixos através de sua subsidiária, geralmente abaixo do custo marginal, em prejuízo de novos concorrentes.

Sobre esse tema Possas (2002, p.408) adverte que “[...] *subsídios cruzados não sejam intrinsecamente prejudiciais à concorrência ou redutores de eficiência, o efeito especificamente anticompetitivo deste tipo de conduta está no seu conteúdo predatório em detrimento da concorrência*”.

O terceiro caso trata da fixação do preço de acesso em nível discriminatório para o concorrente, relativamente ao preço oferecido pela incumbente para si mesma ou sua subsidiária à jusante, de modo que os custos para os competidores efetivos ou potenciais aumentam, inviabilizando sua oferta a preço competitivo com relação à empresa estabelecida⁸. Nos serviços com suporte em rede, características de setores reguladas, existem incentivos em discriminar o preço de acesso, no caso das tarifas de uso da rede fixa, pelo teto tarifário a um concorrente no mercado de serviços à jusante, ao passo que o preço cobrado para si mesma através de sua subsidiária é bem inferior.

Os efeitos anticompetitivos são semelhantes à prática anterior, pois os rivais, tornando-os menos competitivos, podendo até mesmo inviabilizar suas atividades, com conseqüente aumento do *market share* das incumbentes⁹. É importante ressaltar que, dadas as dificuldades de comprovação dessas práticas o número de casos comprovados são extremamente menores do que se poderia presumir.

Por último, a venda casada (*tying*) quando associado à utilização da *essential facility*, e, portanto, na posição dominante, faz aumentar os custos de

⁸ Esta prática sempre vem acompanhada pelo aumento dos custos das rivais. Em alguns casos é difícil fazer a distinção uma da outra, sendo a segunda uma conseqüência natural da primeira.

⁹ Comparando com a prática de preços predatórios, o *price squeeze* não requer a eliminação de concorrentes por meio de preços abaixo dos custos variáveis, não implicando nem esforço financeiro e nem prejuízos de curto prazo.

transferência para os usuários, pois estes adquirem mais de um serviço. No caso de uma concorrente que precise do insumo da concorrente para prestar seus serviços no mercado em que a dona da *facility* também atua. Esta por sua vez, usa sua posição para dificultar indiretamente a concorrente impondo condições a esta para oferecer serviços que no momento não seria possível de cumprir, inviabilizando o negócio. De acordo com a Resolução 20 do CADE (1999) os principais efeitos anticompetitivos estão relacionados a alavancagem de poder de mercado de um produto para outro, elevando os lucros em detrimento dos adquirentes, sejam consumidores sejam ofertantes que necessitem desse bem, que para estes são insumos.

Não importando o caso, é verificada a presença de alavancagem do poder de mercado oriundo da detenção da instalação (insumo) essencial. Em todos os casos qualquer que seja a situação, o resultado é a elevação dos custos das rivais. Nota-se também que a detenção de uma instalação cria uma situação de dependência de um agente para outro agente econômico, inviabilizando o acesso ou o fornecimento de certos produtos ou serviços.

4. Medidas para combater os efeitos anticompetitivos

Como foi visto, as práticas anticompetitivas, geralmente de natureza vertical, são extremamente sutis, e, por isso, exigem das autoridades de concorrência grande poder de monitoramento e rapidez na execução do papel repressivo.

Apesar da experiência brasileira em concorrência ser recente, o histórico internacional, principalmente o norte-americano, oferece evidências de que existe uma alta probabilidade que tais práticas poderão ocorrer também no caso brasileiro, tendo conseqüências ainda maiores por se tratar de um país com economia frágil e dependente de capital externo, via de regra.

De acordo com Possas (2002) as maneiras pelas quais são possíveis os enfrentamentos de práticas anticompetitivas relacionadas à posse de uma instalação ou insumo essencial tem passado por dois mecanismos: i) o estímulo à entrada, seja na forma usual de instalação de nova capacidade (*facility-based*), seja em formas alternativas; ii) através da regulação da interconexão e do preço de acesso.

No primeiro caso, destaca-se a adoção de incentivos diferenciados aos entrantes, caracterizando o que se chama regulação assimétrica, e a desagregação de elementos da rede (*unbundling*), especialmente no caso da rede local e a revenda de serviços, como forma alternativa. No segundo, o monitoramento nos casos onde exista um mercado de interconexão entre a detentora do insumo essencial e uma ou mais demandantes deste insumo, atuando através do estabelecimento de um preço máximo considerado adequado tanto para o fornecimento do serviço na quantidade como na qualidade apropriada para os consumidores finais.

Apesar de nenhuma medida ter o poder de substituir com vantagem a concorrência, a entrada de empresas é uma maneira preferível na maioria dos casos, já que isto exigiria um comprometimento de longo prazo da entrante devido aos investimentos em ativos específicos, desta forma reduzindo a entrada oportunista (*hit and run*).

Todos aqueles fatores levam os *policy makers* a impor aos operadores históricos da rede (incubente) a obrigação de compartilhar sua infra-estrutura com as empresas entrantes, sobretudo quando estes tratam de serviços com obrigações de universalização e continuidade, princípios ressaltados anteriormente.

Mesmo em setores como energia e telefonia, onde já existe amparo legal para as novas empresas atuarem e mesmo incentivo para tal, seria inócua caso não permitisse a estas o acesso irrestrito às redes que são essenciais para a prestação do serviço. Portanto a barreira a ser transposta pelas entrantes, no caso brasileiro seria a econômica, pois como foi visto, existe incentivos para aumentar os custos das rivais de maneira artificial.

Busca-se com essas políticas desenhar estruturas de mercado mais competitivas nos segmentos em que se verifica a existência de instalações essenciais com alguma pressão competitiva. Porém é importante ressaltar que elas não eliminam por si só as assimetrias de mercado baseadas em instalações essenciais, nem os incentivos à adoção de práticas anticompetitivas por parte das empresas estabelecidas, requerendo uma atuação rápida e eficaz das autoridades de concorrência.

No caso da regulação da interconexão, como afirma Possas (2002), a preocupação primordial reside na regulamentação da própria exigência da interconexão. Como já foi dito anteriormente, a demora da regulamentação da política de interconexão, não impede, as concessionárias de praticarem atos anticoncorrenciais¹⁰, mesmo levando em conta as exigências feitas pelo órgão regulador como o acesso amplo aos meios físicos, inclusive com adaptações quando necessário.

Deve-se ter a preocupação, em última instância, de assegurar o uso eficiente da rede, assim como buscar impor condições não-discriminatórias de acesso a essas infra-estruturas necessárias a prestação do serviço, principalmente no mercado *downstream*¹¹.

¹⁰ Cita-se no setor de telefonia o caso Embratel e Telesp (Parecer n°: 129/COGSE/SEAE/MF. Representação n° 08700.001639/2003- 88. 11 de junho de 2003). E também o caso das teles, único no Brasil, é possível visualizar no Procedimento Administrativo N° 08012.005660/2003-19, encontrado em <http://www.justica.gov.br/noticias/2003/outubro/PA%20Intermar%C3%ADtima-tecon.pdf>

¹¹ Não trataremos neste trabalho regulação do preço de acesso. Para um breve

Especificamente, a adoção do *unbundling* tem conseqüências, no ponto de vista da concorrência, bem diferentes. Esta tem como vantagens a facilitação da entrada, evitando a venda casada de elementos desnecessários da rede, e auxilia o concorrente a realizar uma aproximação gradual do usuário, sem a necessidade de investimentos iniciais pesados na infra-estrutura da ultima milha. Porém possui como principal desvantagem a possibilidade de que este tipo de política venha por desestimular os investimentos.

Posto isto, segundo Considera (2002, p.22) “[...] *caberia ao regulador restringir o escopo dos componentes a serem ‘desvinculados’ aos que, de fato, constituem-se em instalações essenciais*”. É também igualmente importante definir, a partir de critérios estabelecidos pela análise antitruste, quais serviços ou elementos de rede podem ser consideradas instalações essenciais. Portanto, nesses casos o compartilhamento deve ser imposto pela autoridade de concorrência.

5. Considerações finais

Segundo Araújo (1999, p.1), setores regulados possuem as seguintes características: seus produtos são considerados básicos, e, portanto, de utilidade pública; apresentam significativas externalidades em seu funcionamento, constituindo-se como um caso especial de monopólio natural, sendo chamados de indústrias de rede; tendem a necessitar de altos investimentos com prazo médio de retorno muito longo; e por último, estes investimentos são específicos (ativos específicos) ao setor, e, portanto, tem grande grau de irreversibilidade, ou em outras palavras, custos irrecuperáveis significativos.

É também perceptível que a concorrência não advém do mercado de maneira espontânea, mas ela é induzida. Também não virá através da privatização e nem da simples abertura, mas sim da atuação forte das autoridades de concorrência, seja qual for a ênfase que seja adotada, ou regulando assimetricamente ou permitindo concentrações com vistas ao fortalecimento da indústria nacional.

O poder de mercado não depende da existência do monopólio natural, sendo este relacionado com outros fatores, e no caso, com a detenção das instalações essenciais. Por isso, existem aspectos importantes no ponto de vista da promoção da concorrência: a ocorrência do monopólio do acesso a utilização destas instalações; tanto em termos de custos ou de viabilidade técnica ou mesmo física para a duplicação da instalação; por último, pelo fato da incumbente deter a insta-

survey dos principais modelos de preço de acesso, como o *price-caps*, ECPR (regra do preço eficiente), LRIC (custo incremental de longo prazo) entre outros, ver Mattos (2005) e Possas (2002).

lação essencial, exercer poder de mercado, seja recusando o acesso, ou dificultando com medidas procrastinatórias, ou ainda criando custos diferenciados.

A necessidade de levar em consideração tais dificuldades evoca o papel repressivo das autoridades de concorrência, sendo indispensável à capacidade de reprimir condutas lesivas para a competição, não tratando o assunto apenas utilizando instrumentos como acesso e entrada a novos concorrentes, políticas de abertura de acesso ou mesmo o simples compartilhamento (*unbundling*) à *essencial facilities* - aspectos de estrutura. Estes mecanismos de atuação se demonstraram insuficientes, requerendo assim, das autoridades de concorrência o monitoramento constante das condições de concorrência e as relações entre as prestadoras para o aumento da eficiência.

Portanto, a regulação da transição do monopólio natural para uma situação de competição em setores de infra-estrutura acaba por esbarrar com a presença de redes e de seu suporte físico, levando as empresas concessionárias (incumbentes) a possuir um grande poder de mercado.

Este trabalho se dedicou a demonstrar que a *Essential Facility Theory*, se configura não só como fonte interpretativa nos casos em que haja indícios de práticas lesivas a concorrência, mas também como um instrumento de promoção daquela, na medida em que traz uma preocupação no aumento da eficiência dos setores. Privilegiou-se a abordagem econômica neste trabalho.

Pelo caráter transitório da regulação e pela emergência da aplicação das normas de concorrência, é que a teoria das instalações essenciais deve ser levada em consideração, desde que sirva para o aperfeiçoamento o processo de concorrência.

6. Referências bibliográficas

ARAGÃO, A. S. Serviços públicos e concorrência. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE%20ARAGÃO.pdf>>. Acesso em 03 de Ago. de 2005.

ARAÚJO, J.L.R.H. Regulação de monopólios e mercados: questões básicas. Rio de Janeiro: IE-UFRJ, 1999. Disponível em : <<http://www.ie.ufrj.br/grc>>. Acesso em 10 de jan. 2003.

AREEDA, P. Essential Facility: An Ephitet in Need of Limiting Principles. *Anti-trust Law Journal*, 1990, p. 852 ss.

BALMACEDA, F.; SAAVEDRA, E. Strategic alliances in an industry with essential facilities. Mimeo. Universidade Alberto Hurtado, 2001. Disponível em: <<http://www.economia.puc.cl/seminarios/23Ago.PDF>> Acesso em 12 de Jan. de 2005.

BRASIL, CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 10 de Jul. de 2005.

CONSIDERA *et alli*. O modelo brasileiro de telecomunicações: aspectos concorrenciais e regulatórios. *SEAE/MF* Documento de Trabalho nº 18. ago 2002.

CROCIONI, P.; VELJANOVSKI, C. Price squeeze, foreclosure and competition law. *Journal of Network Industries*, v. 4, nº 1. 2003.

ECONOMIDES, N. Raising Rival's Costs in Complementary Goods Markets: LLCs Entering into Long Distance and Microsoft Building Internet Explorer. Nova York: Stern School of Business. Mar. 1998 Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=81248>. Acesso em 02 de fev. 2004.

FARINA, E.M.M.Q; AZEVEDO, P.F; SAES, M.S. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997. 289p.

FERREIRA Jr. Hamilton e WHOLERS, Márcio. Estratégias competitivas em novos negócios de telecomunicações. FGV-EBAP, 1999.

LAFFONT, J.J. ; TIROLE, J. Competition in telecommunications. Cambridge. MIT Press, 2000.

MATTOS, C. Regulação em telecomunicações – interconexão e preços de acesso. Módulo V (Curso de formação ao cargo de especialistas em regulação). Brasília. Cespe/UNB. Jan/2005.

MELLO, M.T.L. Regulação e defesa da concorrência. IE/UFRJ. Rio de Janeiro: Encontro da Anpec, Dezembro de 2002.

OECD. The Essential facility concept. OCDE/GD 113, Paris.1996

POSSAS, M.L. Regulação e restrições à concorrência em telecomunicações no Brasil. *Economia*. v. 3, nº 2, p. 399-430. jul/dez. 2002.

POSSAS, M.L.; PONDÉ, J.L.; FAGUNDES, J. Defesa da Concorrência e Regulação de Setores de Infra-Estrutura em Transição. In: Anais do XXVI Encontro Nacional de Economia. Vitória. v. 2.1998.

REY, P.; TIROLE, J. A primer on foreclosure. Working paper, 2003. Disponível em: <<http://venus.unive.it/roson/papers/primer20030716.pdf>>. Acesso em 20 de Jun. de 2005.

SALGADO, L.H. A Economia Política da Ação Antitruste. São Paulo: Singular. 1997. 205p

VISCUSI, W. Kip; VERNON, Jonh M; HARRINGTON Jr, Joseph E. Economics of Regulation and Antitrust. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1995. 896p.



BREVE ABORDAGEM COMPARADA TEÓRICO-PRÁTICA ACERCA DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CONCENTRAÇÕES VERTICAIS E A CONTRIBUIÇÃO DE STEVEN SALOP³

*Vicente Bagnoli**

I. Introdução: Concentrações empresariais

No mundo existem aproximadamente 80 países que dispõem de legislação antitruste e aproximadamente 45 países com alguma forma de análise de concentrações de empresas. A maioria dessas leis foram promulgadas a partir da década de 90, muitas em países sem tradição histórica na defesa da concorrência e com sistemas econômicos distintos¹.

Acompanhando a realidade econômica, constata-se a tendência das empresas crescerem em seus próprios mercados habituais, como também em diversificar suas atuações, procurando mercados até então tidos como incompatíveis com as suas atividades, ou, sobretudo, mercados complementares às suas atividades tradicionais².

As concentrações de empresas, da mesma forma que podem gerar eficiências³ ao mercado e benefícios ao consumidor, podem também limitar a con-

* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Ari Marcelo Solon; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; bagnoli@bgadv.com.br

¹ LEARY, Thomas B. *A Comment on Merger Enforcement in the United States and in the European Union*, 2001.

² Escreve Waldirio Bulgarelli que “o fenômeno concentracionista, que tomou extraordinário impulso atualmente entre nós, não é novo. Proveniente das transformações verificadas na economia dos países inicialmente, europeus, como a Inglaterra e a França, e, posteriormente a Bélgica, Itália, Áustria, Países Baixos e Alemanha, alcançando os Estados Unidos e, em seguida, o Japão, busca, na época da revolução industrial, aglutinar forças para aumentar a produção e a produtividade, sobretudo através das novas técnicas que exigem grande capital”, in *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 19.

³ A Lei nº 8.884/94 dispõe em seu art. 54, §1º, que o CADE poderá aprovar os atos referidos no *caput* do art. 54, desde que objetivem aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico

corrência, razão pela qual devem ser analisadas e avaliadas antes de serem aprovadas, à luz das legislações que procedem na análise estrutural do mercado⁴.

O termo concentração na maioria das vezes significa a perda da autonomia decisória de uma das partes envolvidas na operação (ou até mesmo as partes), ou a implantação de um controle decisório compartilhado, ou ainda quando uma parte adquire ativos ou fração do patrimônio da outra parte.

As legislações que atendem aos anseios do Direito da Concorrência têm a previsão da análise estrutural, seja nos casos de concentrações empresariais horizontais, verticais, ou ainda conglomeradas, que podem alterar a estrutura do mercado e apresentar efeitos positivos ou negativos à concorrência e, conseqüentemente, ao bem-estar econômico do consumidor.

Escreve Vicente Bagnoli⁵ que:

“Entende-se por *concentrações horizontais* aquelas que ocorrem entre concorrentes, ou seja, entre agentes que atuam num mesmo mercado relevante. As *concentrações verticais* se dão entre agentes que atuam nos diferentes estágios de uma cadeia produtiva, freqüentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos / serviços entre os agentes. Já as *concentrações conglomeradas* significam o crescimento de um agente mediante a concentração com um outro agente, que não seja seu concorrente (caso contrário ter-se-ia uma concentração horizontal), nem tampouco fornecedor ou cliente (senão ocorreria uma concentração vertical)”.

ou econômico, que os benefícios sejam distribuídos entre os requerentes e os consumidores, não impliquem a eliminação da concorrência. Poderão também ser aprovados quando por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

⁴Neste sentido, oportuna a declaração do Conselheiro do CADE, Roberto Pfeiffer, acerca da atuação do órgão na análise de fusões: “Já no caso das fusões, o Cade está procurando intervir ‘o mínimo necessário para que se restabeçam as condições suficientes para haver concorrência’, definiu Pfeiffer. Assim, se houver um domínio de mercado elevado de uma empresa, com prejuízos a concorrentes, o Cade procura mandar vender os ativos mínimos necessários para restabelecer a competição. Essa nova tendência encerrou a era de decisões que implicavam alterar o comportamento das empresas no mercado. As chamadas ‘decisões comportamentais’ eram comuns nos anos 90. Nelas, o Cade mandava companhias ajudarem concorrentes, ou as obrigava a não discriminar preços. Agora, prevalece a época das ‘decisões estruturais’, com a obrigação de vender ativos. ‘O Cade não quer atrapalhar o desenvolvimento econômico das empresas’, justifica Pfeiffer”. in Valor Econômico, 21-10-2005, meio eletrônico.

⁵ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 167.

A análise dos atos de concentração visa fomentar o crescimento eficiente das empresas no mercado, oferecendo uma melhor concorrência, como também coibir eventuais abusos de poder econômico, ou seja, "...diz respeito à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação (*market share*), de maneira a impor aos outros *players* condição tal que não consigam resistir à disputa"⁶.

Pelo exposto até o momento, evidentemente faz-se necessária a análise das concentrações empresariais pelas autoridades de defesa da concorrência em prol do mercado concorrencial e do bem-estar econômico do consumidor. Entretanto, das formas de concentração já apontadas (horizontal, vertical e conglomerada), entende-se que as concentrações horizontais e conglomeradas, não menos importantes, já são bastante discutidas, bem analisadas e de compreensão de seus efeitos um pouco mais simplificadas.

Contudo, as concentrações verticais são merecedoras de destaque por exigirem do estudioso ou operador do antitruste uma análise mais perspicaz, conforme se verificará nesta "breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop".

II. Concentrações verticais

A defesa da concorrência hesitou por anos na análise pormenorizada das concentrações verticais, em grande parte porque das formas verticais surgem complicados problemas de análise em como resolver o conflito geralmente conhecido pela eficiência originada da relação vertical e o potencial prejuízo competitivo.

Até o final dos anos 70, o governo norte-americano contestou inúmeras concentrações verticais, até mesmo aquelas com poucos graus de restrições. Em casos como *Brown Shoe Co. x EUA*⁷⁻⁸ e *Ford Motor Co. x EUA*⁹, as cortes

⁶ in BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 149.

⁷ Conforme escreve Paula A. Forgioni, a Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Brown Shoe* considerou mercados relevantes materiais distintos aqueles de sapatos para homens, mulheres e crianças e não apenas o mercado relevante de calçados em geral. Este exemplo foi utilizado para demonstrar que "como salienta a doutrina estrangeira, a caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma operação de concentração entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro desse mesmo mercado. Restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o

analisaram criticamente até pequenas quantidades de restrições e geralmente tratavam com desdém as eficiências que poderiam resultar das consolidações verticais.

Do mesmo modo que ocorreu com a repressão às concentrações não verticais, a análise das cortes norte-americanas acerca das concentrações verticais começou a mudar no final da década de 70. Algumas cortes primárias estavam quase indulgentes com as contestações às concentrações verticais, até quando as participações de mercado (*market shares*) eram relativamente significantes. Em 1982 o Departamento de Justiça (DOJ) revisou seu Guia de Concentrações (*Merger Guidelines*), o qual liberalizou de maneira significativa o tratamento das concentrações verticais. Não foi surpresa que durante a década de 1980 praticamente não ocorreu nenhuma contestação às concentrações verticais.

Mais recentemente as autoridades de defesa da concorrência começaram a analisar criteriosamente as concentrações verticais e têm contestado

aumento da dimensão do mercado acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização” in *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 217.

⁸ Porém, é na doutrina de Hebert Hovenkamp que se encontram os comentários que explicitam o caso *Brown Shoe* na presente análise de concentração vertical. “*The Court went much further in the first vertical merger decision under amended §7. In Brown Shoe Co. v. United States it condemned a shoe manufacturer’s acquisition of shoe retailer when the manufacturer’s market share was about 5% and the retailer’s market share in the same market was about 1%. In justifying condemnation on such small market shares the Court cited a ‘definite trend among shoe manufacturers to acquire retail outlets,’ followed by a ‘definite trend for the parent-manufacturers to supply an ever increasing percentage of the retail outlets’ needs, thereby foreclosing other manufacturers from effectively competing for retail accounts’. The ‘necessary corollary’ of these trends, concluded the Court, was ‘the foreclosure of independent manufacturers from markets otherwise open to them’. The result was that other shoe manufacturers and retailers were forced to integrate vertically as well’.* (...) “*They were forced to integrate not because outlets or sources of supply were unavailable, but because only vertical integration would enable them to compete with integrated firms*”, in *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St.Paul, Minn: West Publishing Co., 1994, p. 343.

⁹ Com relação ao caso *Ford Motor Co.* escreve Hebert Hovenkamp que: “*a related argument against vertical mergers is that they enhance the merging firm’s market power by making entry into the industry more costly or more difficult. If incumbents are vertically integrated a prospective entrant may have to enter at two levels instead one. The Supreme Court relied on this ‘barrier to entry’ argument in Ford Motor Co. v. United States, when it condemned Ford’s acquisition of Autolite, a spark plug manufacturer*”, in *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994, p. 343.

diversas operações. Em parte, deve-se às cuidadosas análises econômicas dos efeitos das concentrações verticais, e das restrições verticais em geral. Nesses casos, as autoridades não têm reavivado as análises simplistas de gerações anteriores que encontravam violações apenas se houvesse significantes restrições ou exclusões ao mercado. Preferivelmente, tem-se centrado no real impacto dessas restrições ou exclusões na concorrência.

Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, tanto as cortes judiciais, quanto as autoridades antitruste, têm se deparado com dois questionamentos relacionados à concentrações verticais:

- i) Como as concentrações verticais causam danos à concorrência?
- ii) Como as autoridades competentes devem analisar as substanciais eficiências geradas pelas concentrações verticais?

As concentrações verticais ocorrem entre firmas que atuam em diferentes patamares da cadeia de produção ou distribuição, mas em complementaridade. Exemplos comuns incluem a concentração entre fabricante e distribuidor, como de um laboratório de remédios e uma rede de farmácias, ou uma concentração entre dois fabricantes, sendo que um fabrica o produto final e o outro produz um componente necessário para a fabricação desse produto final.

Normalmente, as concentrações verticais podem oferecer ganhos de eficiência, são concentrações entre empresas que não concorrem entre si e o produto de uma é um componente necessário ou complemento do produto da outra. Tais concentrações podem alcançar benefícios pró-competitivos, reduzindo custos de transação, propiciando ganhos de sinergia em *design*, produção e distribuição do produto final e assim acirrar a competição. Contudo, elas também podem revelar efeitos anticoncorrenciais.

Como refletido no *1984 Merger Guidelines*¹⁰, algumas concentrações verticais podem ser anticompetitivas por criarem ou aumentarem barreiras à entrada que conduzam a preços mais elevados ou a qualidade ou inovações reduzidas para os consumidores. Por exemplo, nas indústrias com extensas cadeias, muitas empresas já detém poder de mercado por meio de suas propriedades de cadeias estabelecidas ou bases instaladas envolvendo vultoso fundo perdido (*sunk costs*). As concentrações verticais podem, em certos casos, aumentar ainda mais barreiras de entrada, elevando custos e reduzindo inovação e qualidade para o consumidor.

¹⁰ Guia de análise de atos de concentração da *Federal Trade Commission*.

Uma indústria pode se tornar tão altamente integrada verticalmente que dois níveis de entrada passam a serem necessários, ou seja, um entrante tanto no mercado jusante (*downstream*) quanto no mercado montante (*upstream*) depara-se com a necessidade de ingressar em ambos. Caso a entrada nos dois níveis é mais arriscada, difícil ou consome mais tempo do que a entrada em apenas um dos mercados, uma concentração que aumenta integração vertical poderia aumentar barreiras à entrada e assim ser anticompetitiva.

Integrações verticais poderiam excluir um concorrente no mercado jusante de adquirir suprimentos necessários, isto é, a empresa integrada poderia utilizar sua posição de fornecedora para prejudicar concorrentes que não estejam integrados e desse modo causar danos à concorrência, como restringindo suprimentos ou elevando os preços.

Com essa forma de concentração pode-se também facilitar a colusão tanto no mercado jusante quanto no montante. Integração entre um fornecedor e um adquirente pode criar oportunidades para imprópriamente monitorar os fornecedores concorrentes montantes. Pode também envolver a compra de um adquirente jusante, eliminando um comprador que concorria com a empresa montante, tal concentração pode facilitar colusão no mercado montante.

Concentrações verticais, por exemplo, podem permitir que produtores aumentem os custos de seus rivais. No caso norte-americano do laboratório farmacêutico Eli Lilly, o laboratório poderia tornar mais difícil ou caro para seus concorrentes distribuírem seus respectivos produtos farmacêuticos nas farmácias PCS de propriedade da Lilly. Concentrações verticais também podem facilitar interações coordenadas, por exemplo, quando o nível de empresa integrada jusante (*dowstream*) recebe sensíveis informações concorrenciais de competidores do nível de empresa montante (*upstream*); tal informação poderia ser utilizada para coordenar o comportamento do mercado.

Em relação à concentração Lilly / PCS, a Federal Trade Commission (FTC) entendeu que o laboratório Lilly após a operação estaria numa posição de obter da PCS informações de preços e ofertas submetidas por outros laboratórios farmacêuticos. Essas informações poderiam permitir que a Lilly fizesse ofertas com preços abaixo de seus concorrentes de forma anticoncorrencial.

Evidentemente a experiência norte-americana talvez seja a mais farta para prover de exemplos concretos, e não restringir a presente análise apenas a casos hipotéticos.

III. Análise teórico-prática das concentrações verticais nos Estados Unidos da América

Analisando o mercado de telecomunicações nos anos recentes, verifica-se uma grande quantidade de aquisições e alianças que se multiplicam, como os casos WorldCom / MCI, Ameritech / SBC, AT&T / TCI, Bell Atlantic / GTE, e AT&T / Media One. O interessante no mercado de telecomunicações é que freqüentemente essas operações implicam em concentrações horizontais e verticais.

No tocante às implicações verticais, já que esse é o propósito da presente análise, elas essencialmente procuram uma resposta para o seguinte questionamento: a operação cria ou aumenta substanciais oportunidades e incentivos para a empresa concentrada negar acesso necessário ao competidor? A operação AT&T / Media One permite fazer esse questionamento.

A AT&T já possuía a TCI, a maior operadora de cabo dos Estados Unidos da América (EUA). Será que com a aquisição da Media One estaria aumentado o poder da AT&T para favorecer imprópriamente suas afiliadas e negar programação e outros acessos necessários para o mercado de telecomunicações a cabo? Colocado de outra forma, será que a AT&T obteria o monopólio local de serviço de provedora que a permitiria comprometer o comportamento do mercado?

Percebe-se a importância que se tem em estudar e, sobretudo, atentar às concentrações verticais que podem resultar em sérios efeitos ao mercado concorrencial.

Os casos de integração vertical podem apresentar ameaças competitivas iguais ou maiores do que aquelas típicas de integração horizontal, e são freqüentemente interessantes para serem estudados.

No grau mais simplista de análise, a teoria da defesa da concorrência em casos de concentração vertical focaliza integrações em diferentes estágios da cadeia de fornecimento, daqueles que reúnem e fornecem matéria-prima, para aqueles que manufaturam o produto, e ainda àqueles que distribuem e vendem os produtos para os consumidores. Muitas vezes essas integrações são pró-competitivas.

As integrações verticais podem, por exemplo, permitir que uma maior quantidade de produtos ingresse mais rápido e com menor custo no mercado. Por outro lado, tais integrações podem restringir a concorrência. Elas podem criar *bottlenecks* (estrangulamentos), congelar a competição, limitar a escolha de produtos, resultar em preços mais elevados, além de outros efeitos anticoncorreciais.

Algo comum em todos esses casos é o conceito denominado pela doutrina norte-americana de *foreclosure* (restrição). O *foreclosure* ocorre quando uma integração vertical fecha alguma parte ou todo o mercado para concorrentes permitindo desse modo o exercício de poder de mercado. *Foreclosure* pode

ocorrer a montante (*upstream*), tal como cortando o acesso de rivais a suprimentos necessários ou consumos, ou a jusante (*downstream*), por exemplo, restringindo o acesso de distribuidores e clientes. Alguma das formas que *foreclosures* podem prejudicar a concorrência incluem: (i) excluir rivais do mercado; (ii) aumentar barreiras à entrada; e (iii) aumentar os custos dos concorrentes; todos podem resultar em preços mais elevados para os consumidores.

O mercado de eletricidade é outro exemplo bastante oportuno para a análise concorrencial das concentrações verticais.

No caso Dominion Resources, a *Federal Trade Commission* (FTC) deparou-se com uma concentração vertical que ameaçava a concorrência. Essa operação, entretanto, prometia diversas sinergias que seriam benéficas aos consumidores. Contudo, uma parte do negócio era problemática.

O combustível utilizado para operar as turbinas que geravam energia elétrica no sudeste do Estado da Virgínia (EUA) era o gás natural. Uma das companhias de gás subsidiárias, a Virginia Natural Gas, era a distribuidora primária de gás natural dessa região. Ou seja, a fornecedora primária de eletricidade estava adquirindo a fornecedora primária de gás natural.

Em trabalho conjunto com o Estado da Virgínia, a FTC obteve um acordo consensual das partes envolvidas na operação pelo qual a companhia de gás subsidiária seria vendida, como consequência da concentração. Essa alternativa tornou possível a novas empresas geradoras de energia negociarem com uma fornecedora independente, ao invés de negociarem com empresa de propriedade e operada pela maior concorrente.

Em outro caso, agora no mercado de livros, Barnes & Noble, Inc., maior varejista de livros dos EUA propôs se concentrar com o Ingram Book Group, maior atacadista norte-americano. Depois de uma grande análise da FTC e a imprensa noticiar que estavam sendo avaliadas imposições, as partes abandonaram a operação.

A principal teoria vertical no caso era de que a concentração ameaçava elevar os custos dos concorrentes. Essa teoria prognosticou que após a operação, Barnes & Noble poderia elevar os custos suportados por rivais como livrarias independentes e varejistas da *internet*. Com a operação a Barnes iria obter a condição para excluir seus concorrentes varejistas do acesso de uma importante fornecedor montante (*upstream*).

A teoria de elevar os custos dos concorrentes foi desenvolvida na literatura econômica e centrava no real impacto da restrição (*foreclosure*) à concorrência. Por essa teoria, uma concentração vertical tem o potencial para causar resultados anticoncorrenciais somente quando as alternativas remanescentes (*upstream* ou *dowstream*) são: quer inferiores, inadequadas, ou mais custosas,

assim impondo custos mais altos aos rivais da empresa integrante e permitindo que ela aumente seus próprios preços. É importante notar que uma exclusão absoluta não é exigida. Sem dúvida, relações concorrenciais também nascem se os concorrentes são forçados a utilizar alternativas mais caras e menos eficientes.

Outro caso bastante interessante, também no setor de telecomunicações, envolveu três gigantes da mídia: Time Warner, Turner e TCI. Os mercados em análise eram o de programadoras de tv à cabo e operadoras de tv à cabo¹¹.

A Time Warner indiretamente era a proprietária do HBO e do Cinemax, canais “a cabo” de filmes tidos de “primeira linha”, e também era a segunda maior distribuidora de tv a cabo, atendendo aproximadamente 11,5 milhões de assinantes ou algo em torno de 17% do mercado norte-americano de tv a cabo. A Turner era a programadora líder de tv a cabo, e detinha vários canais de destaque como CNN, TNT e TBS Super Station. Competia primordialmente no mesmo nível do HBO e do Cinemax. A TCI era a maior distribuidora dos EUA, atendendo aproximadamente 27% de todo o país com serviço à cabo. A TCI também era a fornecedora líder de programação à cabo.

Pelo acordo da Time Warner com a Turner, a Time Warner adquiriria 80% das ações em aberto da Turner. A TCI e suas afiliadas tinham aproximadamente 24% de participação na Turner. Negociando suas participações na Turner por uma participação na Time Warner, a TCI adquiriria aproximadamente 7,5% de participação na Time Warner, com o potencial, nos termos do acordo, de aumentar sua participação em mais de 17%.

Três aspectos dessa operação merecem destaque para a presente análise: (i) a potencial restrição aos programadores concorrentes em ter acesso à distribuição da Warner e restrição aos concorrentes de sistemas a cabo controladores de programação pelas partes concentrantes; (ii) a potencial restrição ou exclusão a um canal alternativo de notícias que pudesse concorrer com o CNN; e (iii) os interesses da TCI em sua participação na Time Warner.

No que se refere às restrições à programação, é muito importante a elevação do grau de concentração vertical que ocorreria com a operação no mercado de tv a cabo. A Time Warner sozinha iria controlar mais do que 40% da programação relevante. Time Warner e TCI, os dois maiores sistemas de tv a

¹¹ Em artigo intitulado *A Defesa da Concorrência e o Significado dos Canais de Esporte nas TV's por Assinatura*, Vicente Bagnoli explica que as operadoras de tv's por assinatura são distribuidoras de programação multicanal por meio de tecnologias de tv a cabo, MMDS e DTH, enquanto as programadoras são empresas que produzem e disponibilizam programação pelos canais abertos e de televisão por assinatura. in *Revista do IBRAC*, vol. 10 n° 1, 2003, p. 68.

cabo dos EUA, iriam controlar o acesso de aproximadamente 44% de todos os assinantes. À luz da jurisprudência norte-americana esses níveis de concentração poderiam ser problemáticos para a concorrência no mercado.

No tocante aos tipos de programação, após a concentração a Time Warner teria posição de liderança no segmento dos canais de notícias, no qual existiam poucos substitutos e a CNN era disparado o mais significativo concorrente. Novos entrantes não deveriam ter sucesso porque a aquisição do canal CNN pela Time Warner daria à ela tanto a habilidade quanto o incentivo para negar acesso ao seu vasto sistema de distribuição.

Quanto à participação da TCI, apesar da participação inicial adquirida ser de aproximados 7% na Time Warner, a TCI teria a possibilidade de aumentar sua participação em 17% sem outras análises de defesa da concorrência, o que poderia causar outros problemas concorrenciais.

No primeiro aspecto apontado foram impostas três provisões para consignar o impacto da operação em barreiras à entrada. Primeiro, a Time Warner ficou proibida de fazer “pacotes” (*bundling*) de canais relevantes com aqueles menos procurados. Segundo, a FTC tomaria conhecimento de eventuais discriminações da Time Warner em carregar solicitações de programadoras concorrentes. Terceiro, as barreiras à entrada foram reduzidas pela eliminação de acordos de serviço de programação (PSAs, sigla em inglês).

Já no segundo aspecto, para remediar o potencial efeito anticoncorrencial a Time Warner precisou prover acesso a um canal de notícias em seus sistemas a cabo.

Por fim, no terceiro aspecto, considerando que a participação acionária poderia influenciar a decisão da Time Warner em carregar programação que concorresse com a TCI, a FTC eliminou esse incentivo em agir de forma anticompetitiva tornando a participação da TCI verdadeiramente passiva.

IV. Análise teórico-prática das concentrações verticais na União Européia

A história do controle de concentrações empresariais na União Européia (UE) é muito mais recente do que a experiência norte-americana, tanto que até 1989 não existia nenhum instrumento que permitia a Comissão Européia de Concorrência (DG-4) controlar sistematicamente esse tipo de operação, data em que o Conselho adotou a Regulação de Concentração.

Sob a análise dessa Regulação, uma concentração é autorizada se ela não criar ou tornar mais forte uma posição dominante, com a qual a efetiva competição fosse significativamente impedida.

Mesmo a experiência da Comissão Européia sendo mais recente é possível analisar a evolução da política da UE em relação às concentrações verticais. O aperfeiçoamento da Comissão nesta área permite compará-la com a experiência norte-americana.

Os aspectos verticais estão entre os principais interesses da Regulação de Concentrações. O art. 2º dispõe que restrição (*foreclose*) é o ponto central na análise da UE aos aspectos verticais das concentrações. Isso indica que quando a Comissão faz sua apreciação da operação, deve-se levar em conta a posição no mercado das empresas relacionadas e suas forças econômicas e financeiras, as alternativas disponíveis para fornecedores e usuários, o acesso à suprimentos ou mercados, ou barreiras à entrada.

No 21º Relatório Anual de Concorrência datado de 1991, a Comissão fez suas primeiras diretrizes relacionadas à integração vertical. Considerou que a principal área de atenção é a de condições de acesso para consumidores e distribuidores e o risco de que a entidade concentrada possa afetar essas condições por meio de integração vertical. Restringindo o acesso à consumidores e distribuidores, a entidade concentrada pode tornar-se dominante ou reforçar sua dominação.

Por essa razão, a atenção da Comissão está centrada na análise tradicional dos efeitos excludentes resultantes de uma concentração vertical, mas somente se esses efeitos possam criar ou reforçar uma posição dominante¹².

A criação ou o fortalecimento de uma posição dominante é o teste mais relevante para avaliar uma concentração na UE. A prevalência desse teste na UE tem conseqüências diretas na análise da Comissão em relação à doutrina da eficiência.

A jurisprudência européia também é bastante rica e oferece valorosas experiências.

No caso British Interactive Broadcasting a decisão tomada oferece um bom exemplo da ação da Comissão para assegurar que o poder de mercado não seria estendido de uma “arena” para outra sem impor excessivas condições para que se preservasse a efetiva concorrência. Este caso envolvia uma *joint venture* entre a BT, líder no Reino Unido em carregar transmissões, e a BSkyB, uma transmissora de programação de tv paga e promotora de tv paga interativa digital.

¹²Escreve Vicente Bagnoli que: “...a posição dominante estaria relacionada diretamente com a participação de mercado (*market share*), e seria alvo da atuação das autoridades antitrustes no caso do agente detentor dessa condição abusar dela em desfavor do mercado”. in *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 149.

Como condição de aprovação, a BSKyB concordou em distribuir canais de filmes e esportes em bases não discriminatórias e na forma individual da escolha do consumidor de maneira a prevenir possíveis vendas por atacado de “pacotes” de canais que ocorreria em detrimento dos concorrentes da *joint venture* e dos próprios concorrentes da BSKyB.

No caso MSG Media Service, a Comissão vetou a formação de uma *joint venture* para o desenvolvimento de serviços administrativos e técnicos de uma tv paga digital para outras transmissoras entre a Bertelsmann, maior companhia de mídia da Alemanha, a Kirsh, transmissora e fornecedora líder de filmes de entretenimento, e a Deutsche Telekom, proprietária e operadora de quase todas as redes de transmissão em banda larga da Alemanha.

A Comissão concluiu que uma posição dominante duradoura seria criada em razão da proposta de desenvolvimento da infraestrutura da *joint venture* e da integração vertical. A operação foi julgada tanto por ameaçar a potencial concorrência entre as partes (*co-ventures*), quanto por excluir potenciais entrantes que não iriam empreender os investimentos exigidos para desenvolver uma rede competitiva.

Desta forma, ficou decidido que apesar da operação poder criar demanda para novos serviços, ela era igualmente anticoncorrencial, ao ponto de impedir progressos técnicos e econômicos à longa duração.

Outro caso merecedor de citação foi a operação MCI / WorldCom, no qual as partes propuseram uma concentração que as daria o controle de aproximadamente 50% em determinados sistemas de transmissão via *internet*. A Comissão expressou sua preocupação de que as partes concentrantes poderiam cobrar taxas de monopólio para interconectar milhares de pequenos provedores de serviço.

Uma das mais notáveis facetas do caso é a aparente adoção da Comissão da teoria das externalidades da rede (*theory of network externalities*), segundo a qual um produto se torna mais atrativo aos consumidores conforme o tamanho de sua base de consumidores cresce. Quando um participante controla um *bottleneck* (estrangulamento) em modelos próprios de infraestrutura, as externalidades da rede podem criar um efeito em cadeia como um grande número de usuários serem sugados pelas redes dominantes.

A Comissão decidiu impor como condição para desobstruir a operação, a exclusão das atividades de negócios de *internet* da MCI.

V. A contribuição de Steven Salop

Entende-se que a análise desenvolvida até o momento já seria suficiente para demonstrar toda a cautela que merece ser dada no exame dos diversos casos de concentrações verticais. Contudo, o estudo ficaria incompleto se

não observasse as relevantes contribuições acerca dos aspectos das concentrações verticais apontados por Steven C. Salop¹³.

Em seu trabalho *Vertical Mergers and Monopoly Leverage*¹⁴⁻¹⁵, escreve Salop que no caso Griffith, a Corte Suprema dos Estados Unidos da América sugeriu que o poder de monopólio pode ser utilizado para restringir a concorrência, para obter vantagens competitivas ou para eliminar um concorrente. Em linguagem econômica, os recentes oponentes das concentrações verticais manifestaram-se que as integrações verticais por um monopolista montante permitem ao monopolista exercer seu monopólio para alcançar um segundo monopólio no mercado jusante.

Examinadores da Escola de Chicago como Bork¹⁶ e Bowman¹⁷ argumentaram que efeitos anticoncorrenciais jamais ocorreriam. Um monopolista montante (*input market*) não teria motivos para integrar-se com o propósito de discriminar concorrentes jusantes (*output market*). Isto ocorreria porque um monopolista montante que se integrasse verticalmente num mercado jusante não acharia lucrativo recusar-se a negociar ou discriminar preços dos seus concorrentes jusantes.

A resposta não estaria baseada na ética, mas sim porque não haveria nenhum incentivo econômico, já que integrações verticais não seriam necessariamente realizadas para obter lucros de monopólio. Ao invés, um monopolista montante sem integrar-se poderia alcançar todos os lucros decorrentes do monopólio simplesmente por cobrar (conforme um monopolista) pelos suprimentos vendidos para as empresas jusantes.

Resumidamente, os críticos da Escola de Chicago estabelecem que existiria uma única vantagem do monopólio e que poderia ser auferida pelo monopolista apenas uma vez. Não seria vantajoso utilizar seu poder em integrações verticais para criar um segundo monopólio. Integrações verticais e restrições contratuais verticais devem ser motivadas por eficiências, porque não pode haver motivos lógicos anticompetitivos.

Salop faz sua análise crítica aos entendimentos expostos pela Escola de Chicago e seus seguidores. Inicialmente, manifesta-se acerca do exemplo numérico do lucro singular de um monopólio.

¹³ Professor de Economia e Direito, Faculdade de Direito da Universidade Georgetown, EUA.

¹⁴ Georgetown University Law Center: Washington D.C., 2001.

¹⁵ Concentrações Verticais e Efeitos de Monopólio (tradução livre).

¹⁶ BORK, R. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978.

¹⁷ BOWMAN, W. *Tying Arrangements and the Leverage Problem*. Yale Law Journal 67: 19-36, 1957.

Conforme escreve Salop, suponha que um monopolista montante esteja vendendo um produto para uma série de compradores homogêneos que concorrem num mercado jusante perfeitamente competitivo. Suponha que o produto do monopolista é utilizado em determinadas proporções com outros produtos; isto é, suponha que todo produto final produzido pelos vendedores jusantes necessite de uma constante quantidade de certo produto, incluindo o produto vendido pelo monopolista montante (por exemplo, todo automóvel necessita de uma bateria e quatro pneus). Suponha que as empresas jusantes tenham constantes custos marginais iguais a \$10, mais o custo do produto que elas compraram do monopolista montante. Suponha ainda que os próprios custos marginais do monopolista montante do produto seja \$40 e, se integrado ao mercado jusante, os custos jusantes marginais seriam \$10, o mesmo das empresas jusantes individuais.

Considere agora a lucratividade da integração vertical. Caso o monopolista montante estivesse integrado verticalmente com a empresa do produto jusante e recusasse negociar com qualquer uma das outras empresas, ele deteria todo o mercado do produto jusante. Por qual preço seria vendido o produto jusante? Obviamente, seria vendido pelo preço de monopólio. Suponha que o preço de monopólio do produto jusante seja \$100. Sendo assim, o monopolista integrado verticalmente receberia lucros de \$50 por unidade (exemplo, $\$100 - \$40 - \$10$). Este é o grau de lucratividade do monopólio integrado verticalmente.

Agora é simples visualizar a crítica ao efeito do lucro singular monopolista. Suponha que as leis de defesa da concorrência ou particulares regulações existissem para prevenir o monopolista montante de integrar-se verticalmente. Suponha que ao invés disso a integração é limitada justamente para o monopólio montante. Isso reduziria sua lucratividade? Os consumidores seriam beneficiados?

A resposta depende do preço que é cobrado pelo produto montante. Suponha que o monopolista ponha o preço do produto montante no seu custo montante marginal de \$40. Nesse caso, os custos marginais das empresas jusantes seriam \$50 (ou seja, $\$40 + \10). Por serem empresas jusantes perfeitamente competitivas, o preço competitivo jusante igualaria seus custos agregados marginais. (Como exemplifica Salop, a qualquer preço mais elevado as empresas iriam concorrer até os preços caírem; a qualquer preço mais baixo as empresas perderiam dinheiro e sairiam do mercado). Neste sentido, caso o monopolista cobre \$40 pelo produto montante, o preço de equilíbrio jusante será \$50.

Naturalmente, o monopolista montante seria tolo se estabelecesse um preço pelo produto igual ao seu custo marginal de \$40. Procedendo dessa forma eliminaria todos os seus próprios lucros. Suponha ainda que o monopolista montante cobrasse pelo produto o equivalente a \$90. Sendo assim, os custos marginais das empresas jusantes subiria para \$100 ($\$90 + \10). Como resultado, eles

seriam conduzidos a cobrar pelos produtos jusantes o equivalente a \$100. Este preço é, certamente, o preço de monopólio. Embora as empresas jusantes sejam concorrentes, elas cobrariam o preço de monopólio jusante em razão do produto do monopolista montante elevar seus custos.

Este valor, \$90, é a maximização de lucros do preço para o monopolista montante. Além do mais, o monopolista montante alcançaria lucros de \$50 por unidade ($\$90 - \40), exatamente o mesmo valor de lucro monopolista se o monopolista montante estivesse integrado verticalmente.

Resumidamente, o monopolista montante não ganha pela integração vertical. Ele pode atingir o mesmo patamar de lucratividade e o mesmo preço de monopólio jusante simplesmente por maximizar seus lucros como uma monopolista montante individualmente. A integração vertical não permite que o monopolista detenha um segundo monopólio: existe apenas um único lucro monopolista e a integração vertical seria desnecessária para obtê-lo. Além disso, conclui Salop, os consumidores nada ganhariam com proibições às integrações verticais, o consumidor pagaria \$100 de qualquer forma.

Passa-se, então, a verificar a análise crítica de Salop quanto às implicações do lucro singular do monopólio.

De acordo com a análise apresentada, a teoria do efeito aparenta ter uma séria imperfeição. Um monopolista nunca teria o incentivo de atingir os efeitos de seu monopólio em um segundo mercado. Mas, surge uma questão: se o efeito não é razão fundamental para a integração vertical, então o que é? Os examinadores da Escola de Chicago respondem que o motivo para a integração vertical deve ser baseada em eficiência – para reduzir custos, produzir melhores produtos ou eliminar concorrentes *free riding*¹⁸.

Como esses benefícios da eficiência afetariam o exemplo numérico? Suponha que os custos marginais do monopolista no mercado jusante são inferiores do que aqueles das empresas individuais, diga-se \$5 ao invés de \$10. Neste caso, se o monopolista se integrar verticalmente e cobrar o preço de \$100, seu lucro será \$55 ($\$100 - \$40 - \$5$). Está acima dos lucros que ele teria apenas como monopolista montante. Assim, a economia de custos propicia uma base de eficiência para incentivar a integração. Além do mais, neste grau de custo baixo, é provável que a empresa tenha o incentivo de reduzir seu preço jusante abaixo de \$100, por exemplo \$98. Neste caso, os consumidores também se beneficiariam com a integração vertical.

¹⁸ Concorrente *free riding* é aquele que se beneficia dos esforços de outro concorrente.

Para Salop está claro em sua análise dos benefícios da eficiência de que a integração vertical pode sem dúvida aumentar eficiência e produção. Esses benefícios podem constituir a motivação para uma empresa adotar uma estratégia de integração vertical. Eles podem também conduzir a preços mais baixos se as empresas de fato se integrarem. Em adição, eles explicam como concentrações verticais e integrações contratuais verticais podem aumentar eficiência e o bem-estar econômico do consumidor. Na verdade, existe uma série de tipos de eficiência de integrações verticais e controles verticais que tendem a reduzir os preços dos consumidores, como coordenações mais desenvolvidas entre as empresas e a eliminação de uma dupla marginalização.

Afrouxando os entendimentos da teoria do lucro singular do monopólio, Salop em sua análise aponta três presunções: (i) o produto montante é usado em determinadas proporções pelas empresas montantes; (ii) o vendedor jusante é um monopolista; (iii) os preços jusantes e montantes são irregulares. A integração vertical sob esses aspectos pode aumentar ganhos ou perdas no bem-estar do consumidor.

Analisando a racionalização das práticas jusantes, aponta Salop que o resultado do lucro singular monopolista assume os produtos jusantes como sendo utilizados em determinadas proporções. Onde os produtos jusantes são utilizados em variáveis proporções, existe o potencial para a substituição jusante. Neste caso, a integração vertical pode conduzir tanto a ganhos de eficiência como a preços mais altos.

Salop chama atenção a outros dois aspectos ligados a integração vertical. Primeiramente a facilitação em discriminar preços, segundo evadir da regulação.

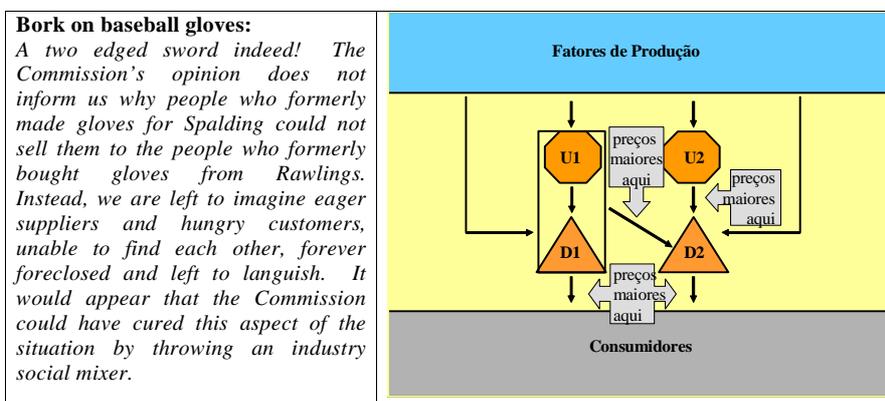
No primeiro aspecto ela pode aumentar as condições da empresa em discriminar preços. A discriminação de preço pode aumentar a quantidade de produção e ser vista como economicamente benéfica. Contudo, em outras circunstâncias, a discriminação de preços pode reduzir a quantidade de produção e o bem-estar econômico.

Já no segundo aspecto ela pode permitir a um monopolista regulado evadir da regulação de preço. A integração vertical pode ajudar uma empresa regulada a evadir da regulação do custo baseado de preço limitado a um dos mercados mudando seus lucros para o mercado não regulado. Pode também ajudar uma empresa evadir de regulações que proíbam discriminação de preço. Mais uma vez é a racionalidade econômica do que está regulado que dirá se esses dois efeitos são eficiências ou anticoncorrenciais.

Quanto às restrições verticais, escreve Salop que a teoria do lucro singular monopolista é baseada na presunção de que a empresa é uma monopolista montante. Quando essa presunção é derrubada, a integração vertical pode en-

volver efeitos anticoncorrenciais e restrições verticais. As restrições verticais se referem à idéia de que a integração vertical pode restringir a oportunidade de vendedores concorrentes a negociarem com a divisão jusante da empresa integrada e deve restringir a oportunidade das empresas jusantes a adquirirem produtos da divisão montante da empresa integrada.

Essas teorias foram inicialmente criticadas como violadoras da teoria do lucro singular monopolista. Adicionalmente, teorias de restrições (e casos de antitruste como Brown Shoe, anteriormente citado) têm sido criticadas pelos comentaristas da Escola de Chicago como Bork¹⁹, no sentido de que restrições verticais não reduzem a rede de suprimento de produtos (ou compradores) aos rivais; ao invés elas apenas re-alinham a ordem de compras entre as empresas concorrentes. O exemplo a seguir auxilia este entendimento²⁰:



Mais recentemente, as teorias econômicas formularam rigorosos modelos de restrições anticoncorrenciais e destacaram tanto a análise crítica do monopólio singular quanto a análise crítica do realinhamento. Como ressaltam Steven Salop, Janusz Ordover e Garth Saloner²¹, o vendedor montante não é um

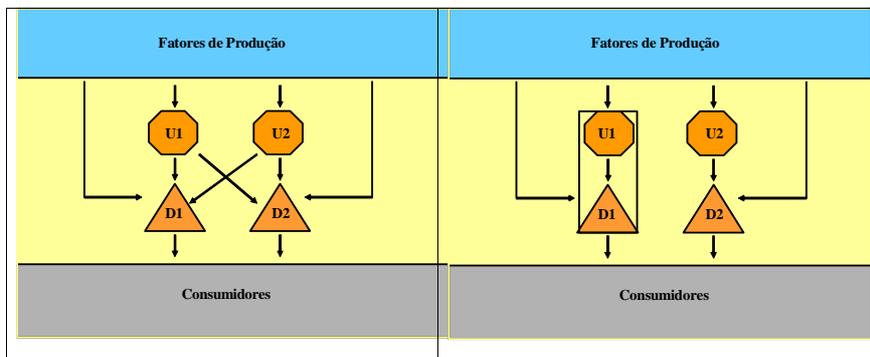
¹⁹ BORK, R. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978.

²⁰ in *Competitive Effects of Vertical Mergers*: Michael H. Riordan and Steven C. Salop: "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach". *Antitrust Law Journal*, 1995. (tradução livre)

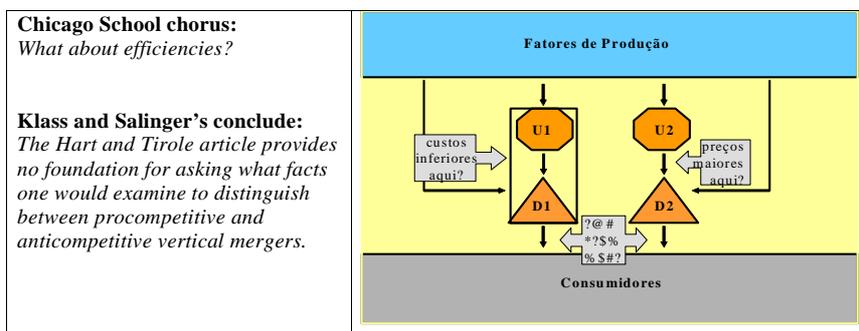
www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt

²¹ ORDOVER, J.; SALONER, G.; e SALOP, S. *Equilibrium Vertical Foreclose*. *American Economic Review* 80: 127-142, 1990.

monopolista e demonstram como de fato as restrições ocorrem, conforme o organograma a seguir intitulado *Equilibrium Vertical Foreclosure*²²:



O. Hart e J. Tirole²³ afirmam que a força monopolista do vendedor é compelida por limitações obrigacionais. Entretanto, conforme observam Michael Klass e Michael Salinger²⁴, o entendimento de Hart e Tirole é o que Fisher se refere como uma “teoria exemplificativa”. Ela provê um exemplo que demonstra um efeito que pode ocorrer teoricamente. Contudo, o exemplo criado desconsidera qualquer efeito pró-competitivo e considera apenas efeitos anticoncorrenciais²⁵.



²² in *Competitive Effects of Vertical Mergers*; Michael H. Riordan and Steven C. Salop: “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”. *Antitrust Law Journal*, 1995. (tradução livre) www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt

²³ HART, O; e TIROLE, J. *Vertical Mergers and Market Foreclose*. *Brookings Papers on Economic Activity* (Special Issue) 205-276, 1990.

²⁴ Michael Klass and Michael Salinger. *Do New Theories of Vertical Foreclosure Provide Sound Guidance for Consent Agreements in Vertical Merger Cases?*. *Antitrust Bulletin*, 1995

²⁵ in *Competitive Effects of Vertical Mergers*; Michael H. Riordan and Steven C. Salop: “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”. *Antitrust Law Journal*, 1995. (tradução livre) www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt

Duas modalidades de teorias de restrição também foram distinguidas nas aplicações das teorias de restrições na defesa da concorrência por Michael H. Riordan e Steven C. Salop²⁶. Os ganhos em eliminar a dupla marginalização podem ser significantes, e Riordan e Salop reconhecem que as autoridades antitrustes provavelmente tenham que equilibrar os ganhos de eficiência contra prováveis efeitos anticompetitivos.

Já as restrições montantes se referem a condutas exclusivas da divisão montante da empresa integrada com o propósito de excluir rivais do acesso a importantes produtos montantes ou aumentar seus custos para tais produtos. A razão para isso é simples. Elevando os custos ou por outro lado excluindo os concorrentes jusantes, uma empresa integrada pode colocar os competidores jusantes num custo de desvantagem no mercado montante. Outros fornecedores montantes podem não atender a demanda, porque suas condições de expansão são limitadas, seus poderes de mercado aumentaram, ou as restrições montantes facilitam coordenações de preço entre os fornecedores montantes.

Quanto ao impacto da integração em incentivos concorrenciais, os incentivos induzidos pela concentração para aumentar os preços montantes devem-se ao fato de que a demanda montante e a jusante estão interrelacionadas. Antes da concentração, as divisões montantes e jusantes fazem maximização de lucros no preço e as decisões jusantes não consideram os efeitos dessas decisões nos lucros dos demais que circulam dessas interdependências da demanda. Depois da concentração, essas externalidades da demanda podem ser vistas em aumentos de incentivos da divisão montante em elevar seus preços em razão do benefício à divisão jusante.

Contudo, apesar da internalização dessas externalidades da demanda, a integração vertical inevitavelmente não conduz a preços mais elevados, até mesmo se não há benefícios de eficiência.

Em estudo das análises de mercado das restrições montantes, escreve Salop que ignorando por ora o impacto nas economias de custo, a lucratividade pós-concentração em aumentar os preços dos produtos montantes pode ser determinada pela análise em dois momentos da estrutura e comportamento nos mercados montantes e jusantes. Esta análise também pode ser utilizada para avaliar o provável impacto nos lucros da divisão montante. O primeiro momento avalia o impacto nos preços montantes e nos custos dos rivais. O segundo momento avalia o impacto nos preços jusantes conduzidos por qualquer aumento de custo.

²⁶ RIORDAN, M.; e SALOP, S. *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. *Antitrust Law Journal* 63: 943-950.

Escreve ainda Salop que a força de mercado de exclusão é a força em aumentar ou manter o preço acima do nível competitivo, conduzindo esses aumentos os custos ou de outra forma colocando em desvantagem concorrentes no mercado jusante.

Caso a concentração vertical envolva particularmente um comprador isolado montante que compete no mercado jusante, isso deve facilitar o aumento de preços pelos vendedores no mercado montante que conduzem a restrições montantes de sucesso. Similarmente, caso o sócio jusante na concentração vertical seja um *maverick*, ou seja, como define Salop um competidor particularmente vigoroso e isolado no mercado jusante, isso deve facilitar aumentos de preço no mercado jusantes após a concentração.

As restrições de consumidores referem-se às condutas de exclusão que excluem fornecedores rivais montantes do acesso à base de consumidor suficiente.

Salop conclui sua análise com o balanço dos prejuízos anticoncorrenciais e dos benefícios, eficiências. A integração vertical pode conduzir a benefícios, eficiências, ao mesmo tempo que conduz a pressões anticoncorrenciais de preço. Talvez a mais controvertida forma de política de integração vertical envolve a adequada aproximação dos conflitos de custos e benefícios.

Alguns comentaristas como Reiffen e Vita²⁷ recomendam que integrações verticais deveriam ser encaradas como legalmente *per se*, pelas seguintes razões: primeiro porque as integrações verticais normalmente conduzem a benefícios de eficiências; segundo porque significantes benefícios de eficiências (notavelmente a eliminação da dupla marginalização) freqüentemente ocorrem precisamente nas estruturas de mercado onde os prejuízos anticoncorrenciais são provavelmente mais alegados; e terceiro porque é muito difícil, senão impossível, balancear os benefícios concorrentiais com os prejuízos concorrentiais.

Por outro lado, outros comentaristas como Riordan e o próprio Salop²⁸ entendem que os efeitos dos benefícios de eficiências em preços são normalmente menores do que os efeitos anticoncorrenciais nos preços (ou até mesmo inexistentes). Isto porque a intensa concorrência pode conduzir a preços competitivos (e eliminar o benefício da dupla marginalização da integração vertical) ainda que o mercado não aparente estruturalmente competitivo. Em complementação, benefícios (eficiências) podem ser freqüentemente alcançados por acordos contratuais de pouca integração. Em seu balanço, Riordan e

²⁷ REIFFEN, D.; e VITA, M. *Is There New Thinking on Vertical Mergers: A Comment*. Antitrust Law Journal 63: 917-942, 1995.

²⁸ RIORDAN, M.; e SALOP, S. *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. Antitrust Law Journal 63: 943-950.

Salop concluem que uma corte competente ou uma autoridade reguladora pode com sucesso fazer o balanço dos benefícios e dos prejuízos, justamente como é feito em outros casos em que se utiliza a regra da razão²⁹.

VI. Conclusão

Conforme verificado, além das formas de concentração horizontal e conglomerada, talvez mais fáceis de se constatar possíveis benefícios ou perdas ao mercado e ao consumidor, a autoridade de defesa da concorrência deve estar apta a se defrontar com casos de concentrações verticais, saber distingui-los e utilizar análise técnicas jurídico-econômicas para ponderar os ganhos e as perdas decorrentes dessa operação, para assim concluir pela aprovação ou não da operação.

A experiência norte-americana e a européia, conforme demonstrado, além de oferecerem rica jurisprudência, revelam o aperfeiçoamento no estudo das concentrações verticais e, como decorrência, na análise em cada um dos casos das eficiências e dos prejuízos à concorrência que as operações podem resultar.

A contribuição de Salop em sua análise crítica aos comentadores da Escola de Chicago contribui ainda mais para a convicção de que concentração vertical é modalidade sempre atual e que deve, até pelos potenciais efeitos ao mercado, sejam pró-eficiências, sejam anticoncorrenciais, ser detalhadamente estudada caso a caso.

Com isso, é necessário utilizar alternativas com relação as concentrações verticais para garantir a concorrência, por exemplo: (i) a proibição da empresa integrada negar aos seus concorrentes acesso aos produtos necessários ou recusar a distribuição desses produtos; e (ii) estabelecer impedimentos concretos para prevenir que companhias tenham vantagens com o acesso a informações restritas de concorrentes.

Evidentemente, essas são alternativas comuns, mas é a análise de cada caso que poderá mostrar se determinada operação oferece prejuízo à concorrência e, a operação sendo aprovada, quais as alternativas específicas daquele caso para se evitar potenciais danos ao mercado.

Cada caso de concentração vertical apresenta uma análise criteriosa. Contudo, um estudo completo de todos os aspectos do mercado, incluindo a utilização da regra da razão, permitirá um julgamento dos particulares impactos concorrenciais da operação. Deve-se, sobretudo, examinar as proporções dos

²⁹ Escreve Paula A. Forgioni que “pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável*”. Deve-se, entretanto, estar atento que “a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde”, in *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 184 e 186.

efeitos das restrições no mercado e observar o que estaria, ou está acontecendo, no todo do mercado. Pode-se também observar outros mercados para obter um juízo se os preços que os provedores integrados estão ofertando parecem relativamente competitivos. É claro que se a concentração vertical realmente tem o escopo de excluir a concorrência ou aumentar os preços dos produtos, sua análise deve resultar no veto da operação. Por último, é fundamental avaliar se as eficiências apresentadas são de fato reais e se existem outras alternativas menos restritivas pelas quais a integração vertical poderia alcançar tais eficiências.

VII. Referências bibliográficas

- ANTHONY, Sheila F. *13th Annual Advanced ALI-ABA Course of Study Vertical Issues in Federal Antitrust Law*, 1998. (www.ftc.org)
- ANTHONY, Sheila F. *Vertical Issues: The Federal View*, 2000. (www.ftc.org)
- BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.
- BOAST, Molly S. *Report from the Bureau of Competition*, 2001.
- BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 2^a ed., São Paulo: Atlas, 1996.
- Competitive Effects of Vertical Mergers*: Michael H. Riordan and Steven C. Salop: "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach". *Antitrust Law Journal*, 1995. www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GELFAND, David I; e NELSON Mark W. *Developments in US Merger Control*, The Antitrust Review of the Americas: A Global Competition Review Special Report, 2000.
- HOVENKAMP, Hebert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Publishing Co. St.Paul, Minn., 1994.
- LEARY, Thomas B. *A Comment on Merger Enforcement in the United States and in the European Union*, 2001. (www.ftc.org)
- LEARY, Thomas B. *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, 2002. (www.ftc.org)
- MILLER, W. Todd. *Antitrust in Telecommunications*, The Antitrust Review of the Americas: A Global Competition Review Special Report, 2000.
- Non-Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice Merger Guidelines. (www.usdoj.gov)
- Nouel, Gide L. *Competition Assessment of Vertical Mergers and Vertical Agreements in the New Economy: final report*, 2001. (www.europa.eu.int)

PITOFISKY, Robert. *Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: a U.S. perspective*, Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 1997. (www.ftc.org)

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Revista do IBRAC, vol. 10 n° 1, 2003

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOP, Steven C. *Vertical Mergers and Monopoly Leverage*. Gerogetown University Law Center, Washington, D.C., 2001.

VARNEY, Christine A. *Efficiency Justifications in Hospital Mergers and Vertical Integration Concerns*, 1995. (www.ftc.org)

VARNEY, Christine A. *Vertical Merger Enforcement Challenges at the FTC*, 36th Annual Antitrust Institute, 1995. (www.ftc.org)

www.valor.com.br

* algumas das referências bibliográficas que têm como fonte o *site* da Federal Trade Commission (www.ftc.org) podem também ser encontradas no *site* da American Bar Association (www.abanet.org).





ASPECTOS CONCORRENCIAIS E REGULATÓRIOS DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO

Hirdan Katarina de Medeiros Costa¹

1. Introdução

A regulação de determinadas atividades exercida pelo Estado tem geralmente um aspecto de efetivação de políticas públicas, visto a ótica de maximização do bem-estar do consumidor e de harmonização das forças econômicas atuantes no mercado.

Dentro desse contexto, insere-se o serviço de distribuição de gás natural canalizado, identificado como serviço público e, sendo assim, submetido a princípios de continuidade, de modicidade tarifária, dentre outros.

Destarte, para se abordar a atividade de distribuição de gás natural canalizado se faz interessante verificar a cadeia desse energético, desde a exploração até a comercialização, a fim de compreender as peculiaridades de cada uma de suas etapas e de se extrair observações sobre os arranjos comerciais e normativos que podem influenciar o alcance de uma maior competição na indústria do gás natural.

Em seguida, far-se-á uma breve exposição sobre aspectos preliminares de regulação econômica de monopólios naturais, apontando suas principais características e implicações quando se está diante de uma indústria de rede.

Assim, introduz-se a temática de interação entre a regulação federal, a estadual e os órgãos de defesa da concorrência, em virtude de averiguar a atuação desses entes e de constatar a forma pela qual ocorre a troca de sinergia e de informações, tendo em vista a organização da indústria do gás em termos institucionais.

É relevante deixar claro que o objetivo desse trabalho é a análise da distribuição de gás natural canalizado em seus aspectos regulatórios e concorrenciais, em especial, no tocante à inserção de mecanismos de entrada de outros agentes por meio de cláusulas dos contratos de concessão de serviços públicos existentes no Brasil (como, por exemplo, a figura do *by pass* comercial² ou de um livre acesso à rede consoante a que existe no transporte).

¹ Hirdan Katarina de Medeiros Costa - Formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Mestranda do Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, do Instituto de Eletrotécnica e Energia, da Universidade de São Paulo. Bolsista do Programa de Recursos Humanos da ANP (PRH/ANP/MCT) n° 04.

² O *by pass* comercial ocorre quando um agente econômico (comercializador) vende gás

2. Aspectos regulatórios da distribuição de gás natural canalizado

2.1. Visão geral das etapas da cadeia de gás natural

O estudo da cadeia do gás natural, formada pela exploração e produção, pelo transporte, pela comercialização e pela distribuição, permite verificar o porquê de estruturas que admitem a livre concorrência e de outras as quais sob o regime de monopólio natural ensejam a regulação de forma mais intensa.

Além disso, esse mercado possui características que tornam a verticalização uma boa opção do ponto de vista econômico, haja vista a possibilidade de redução de custos de transações, da existência de economias de escala e de escopo, o que em última análise admite o financiamento de uma determinada etapa por outra.

Há de se ressaltar que ações voltadas à implantação de um ambiente competitivo devem incorporar todos os segmentos da cadeia, sob pena da criação de incoerências que acarretariam oportunismos dos agentes econômicos envolvidos nessa cadeia. Assim, empreende-se nesse tópico uma análise da cadeia, bem como dos aspectos pertinentes à integração e ao atual estágio dessa indústria no Brasil.

2.1.1. Exploração e produção

Como já foi dito, a indústria de gás natural possui setores eminentemente competitivos e segmentos com características de monopólio natural. O que permite agregar desregulamentação³, em virtude da flexibilização do monopólio da União (exploração, produção e transporte) e dos Estados (distribuição), com regulação. Daí se destacar a atuação de três esferas de poderes com o intuito de verificar as condutas e as atividades das empresas integrantes dessa indústria, a fim de fomentar um ambiente competitivo.

As primeiras etapas a se considerar são as de exploração e produção de gás natural, as quais incluem as fases de desenvolvimento e de declaração de comercialidade de determinado poço. Elas consistem “no reconhecimento e estudo das estruturas propícias ao acúmulo de petróleo e/ou gás natural” (SANTOS, 2002, p.80).

natural a usuários livres utilizando a rede de gasodutos da distribuidora local de gás natural canalizado.

³ Desregulamentação consiste na substituição de regras rígidas por normas mais flexíveis, dentro de um contexto mais dinâmico que a globalização sugere. Por outro lado, desregular significa o deixar de orientar ou de ordenar a economia por meio de aparato normativo emitido pelo Estado.

Esses segmentos possuem um risco⁴ bastante elevado, visto que a comprovação da existência de gás natural em determinado poço, apesar do trabalho de sísmica e a análise de material coletado, somente será assegurada com a sua perfuração. E, assim, não sendo encontrado gás, nem óleo, nos poços pioneiros, os investimentos realizados não serão recuperados (*sunk costs*).

Além disso, após a perfuração, ao se ter contato com uma formação de gás natural produtiva, é importante “testar a formação para determinar se a companhia poderá lucrar pela extração desse bem” (MEDEIROS, 2000, p.19).

Depois de averiguada essa viabilidade, desenvolve-se o campo e se adiciona, a esse, a infra-estrutura necessária ao escoamento do gás natural. Em seguida, o gás poderá ser utilizado no processo de geração de energia nas unidades produtoras, na reinjeção dos campos e se faculta destinar parte para a Unidade de Processamento de Gás Natural (UPGN), onde ele será desidrato e fracionado, objetivando atender os requisitos mínimos para os diversos usos finais (SANTOS, 2002).

Com a flexibilização do monopólio da União sobre essa indústria, em especial nesse segmento, foi possibilitado, a outras empresas além da Petrobrás, o exercício das atividades integrantes da cadeia do petróleo e do gás, o que a princípio demonstrou o objetivo de ampliar a concorrência, aumentar e atrair investimentos para esse setor.

Dessa maneira, passou a ser importante a definição, dentro da cadeia em comento, dos setores que poderiam ser desregulamentados e quais ainda estariam sob o crivo da regulação, até porque a teoria econômica a muito já constatou que determinadas fases de uma cadeia não são concebidas de forma concorrencial (SCG-ANP, 2005, p.02).

Nesse sentido, o segmento de exploração e produção foi concebido de maneira que a competição⁵ fosse implementada por meio de licitações promovidas

⁴ Vale ressaltar que o risco se divide em três espécies: o geológico, atinente às incertezas quanto às estimativas de reserva e de desempenho de produção; aos contratuais, referente às incertezas quanto à aplicabilidade e eficácia nos contratos de fornecimento; e os comerciais, relacionados ao acesso de mercados potenciais e ao êxito da exploração desses (SCHWYTER, 2001).

⁵ Nesse sentido também se manifesta Pfeiffer (2004, p.73) que explica ser este segmento capaz de funcionar dentro do modelo de concorrência, haja vista a publicação de editais de licitação para a exploração e produção, porém, acrescenta que medidas regulatórias adicionais são importantes para estimular maior concorrência neste setor.

pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)⁶, órgão competente para tal, conforme definido nos termos da Lei nº 9.478/97, o que vem acontecendo desde 1999, com a primeira rodada de licitações, haja vista a rodada zero ter ocorrido com a assinatura de 397 contratos de concessão com a Petrobrás.

A ANP, dentre outras atribuições, exerce a regulação por meio de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão de exploração de bem público firmado com o concessionário ou consórcio vencedor do processo licitatório, além de desenvolver estudos para a delimitação dos blocos e demais aspectos geológicos e geofísicos.

No que tange à participação da Petrobrás nesse elo da cadeia, registra-se que ela é a principal vencedora nas licitações ocorridas, bem como nos consórcios de empresa, ela é preferencialmente a empresa líder (operadora). Segundo o levantamento dos dados dos blocos concedidos, a Petrobrás atua como operadora em 206 e como não-operadora em 25, de um total de 343 blocos⁷ (ANP, 2005). Daí se constatar de que o fim do monopólio “legal” da Petrobras, não significou o término do monopólio de “fato”.

A importação de gás natural também deve ser considerada para efeito de análise da verticalização da sua cadeia, assim, em termos de arcabouço regulatório a ANP autoriza a realização da atividade de importação dentro de certos requisitos técnicos estabelecidos pela Portaria nº 43/98. Os preços praticados e outros aspectos concernentes aos contratos são acordados entre as partes, prevalecendo à autonomia da vontade.

2.1.2. Transporte

O uso final do gás natural requer a construção de uma rede de infraestrutura ou a modificação de seu estado físico para o transporte em navios criogênicos. No primeiro caso, o transporte se faz por dutos⁸ ou por cilindros em

⁶ Esse ano a ANP realizou, em meados de outubro, a sétima Rodada de Licitações. Os resultados no tocante ao número de concessões são os seguintes: primeira Rodada de Licitações (1999) – 12 blocos concedidos; segunda Rodada de Licitações (2000) – 21 blocos concedidos; terceira Rodada de Licitações (2001) – 34 blocos concedidos; quarta Rodada de Licitações (2002) – 21 blocos concedidos; quinta Rodada de Licitações (2003) – 101 blocos concedidos; sexta Rodada de Licitações (2004) – 154 blocos concedidos. Nas seis rodadas realizadas até este momento no Brasil, foram concedidos 343 blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, totalizando 239 mil quilômetros quadrados (ANP, 2005).

⁷ Não foi considerada, para efeito de análise, a sétima rodada de licitação ocorrida em meados de outubro de 2005.

⁸ Segundo Medeiros (2000, p.27) “a maioria dos gasodutos, que são de aço, medem em

alta pressão (gás natural comprimido - GNC). No caso de modificação de seu estado físico, o gás natural torna-se liquefeito (GNL) a partir da redução de seu volume em 600 vezes, para ser, em seguida, transportado em navios com temperatura de -160° C. É necessária a existência de equipamentos para, posteriormente, “revaporizá-lo” (SANTOS, 2002).

Santos (2002, p.85) inclusive apregoa que o transporte de gás natural pode ser visto de forma mais abrangente, englobando o transporte como eletricidade e como produtos líquidos e/ou sólidos sintetizados⁹.

Por esse segmento ser atividade econômica e ter características de monopólio natural, constituindo uma típica *essential facility*, a ANP irá estabelecer regras que garantam o livre acesso de terceiros às instalações de transporte, bem como cuidará da resolução de possíveis conflitos, conforme dispõe o art. 58 da Lei do Petróleo¹⁰.

Ocorre, que após a revogação da Portaria 169/98 a qual regulamentava a matéria, essas barreiras institucionais à entrada foram amplamente discutidas e culminaram em cinco normas, são elas: (i) resolução de livre acesso às instalações de transporte de gás natural¹¹; (ii) portaria que regulamenta o processo de resolução de conflito; (iii) portaria de informações a serem enviadas pelos transportadores e carregadores de gás natural à ANP, ao mercado e aos

geral de 10 a 32 polegadas de diâmetro. Quando o gás natural é transportado por um gasoduto, é transferido a pressões muito altas (15 a 100 kgf-cm²) para se reduzir o volume do gás e prover uma força suficiente para empurrar o gás pelo tubo. Para manter o nível de pressão exigido a fim de mover grandes volumes de gás por um gasoduto, o gás precisa ser comprimido periodicamente. Isto exige a instalação de compressores estacionários a cada 80 a 160 km ao longo do gasoduto”.

⁹ No tocante à eletricidade, a escolha será produzir a eletricidade próxima ao campo de gás natural e transportá-la em linhas de transmissão, ou carregar o gás (com gasodutos ou GNL) até próximo dos mercados consumidores e então transformá-lo em eletricidade para conectá-los às redes de distribuição de energia elétrica. Além disso, registram-se as formas sintéticas de transportar o gás natural através da alteração do gás em produtos sólidos na indústria gasquímica. Ademais, tem-se resgatado e desenvolvido tecnologia da produção de combustíveis sintéticos a partir do gás natural (*Gas to liquid* – GTL em inglês, traduzindo se tem Líquidos Sintéticos de Gás Natural) (SANTOS, 2002).

¹⁰ O art. 8º, inciso VI, desse diploma legal prescreve que “é atribuição da ANP estabelecer os critérios para o cálculo das tarifas de transporte”; somando ao art. 58 e seus parágrafos se entende que o valor da tarifa em caso de conflito deverá ser fixado pela ANP; já em caso de acordo, a ANP deve verificar se o valor é compatível com o mercado.

¹¹ A Resolução nº 27, 14/10/2005, em seu artigo 1º, anuncia que irá regulamentar o uso das instalações de transporte dutoviário de gás natural, mediante remuneração adequada ao Transportador.

carregadores; (iv) resolução de cessão de capacidade de transporte de gás natural¹²; e (v) resolução de critérios tarifários¹³.

Vale ressaltar a importância de tais medidas, tendo em vista a criação de um acesso não discriminatório aos empreendedores situados no *upstream*¹⁴, a fim de assegurar uma maior concorrência no setor, sem inviabilizar o uso da infra-estrutura e do ingresso em outras atividades à jusante¹⁵.

2.1.3. Distribuição

A distribuição de gás natural dar-se a partir do *city gate*, sendo a entrega ao consumidor final por meio da empresa estadual, em virtude da competência constitucional dos Estados sobre essa matéria (art. 25, § 2º da CF). O uso final pode ser residencial, comercial, industrial, automotivo, dentre outros. Ocorre, em regra, por meio de gasodutos de ferro fundido, aço ou polietileno, em baixa ou média pressão (entre 4 a 20 atm).

Nessa etapa o gás deve atender aos padrões especificados em lei, bem como conter odorante, a fim de identificar facilmente qualquer tipo de vazamento. Santos (2002) sugere que nos locais em que ainda não existe infra-estrutura de rede se pode antecipar a chegada do gás natural por meio de distribuição a granel de GNL, ou até mesmo por GNC, conhecido como gasoduto virtual.

Medeiros (2000) acrescenta que esses gasodutos precisam ser monitorados 24 horas por dia durante todo o ano¹⁶. Para tanto, as empresas transportadoras e distribuidoras mantêm supervisores que controlam o sistema de aquisição de dados, os quais são sistemas computadorizados que permitem a

¹² A Resolução nº 28, de 14/10/2005, regulamenta, conforme prescreve o seu artigo 1º, a cessão de capacidade contratada de transporte dutoviário de gás natural.

¹³ A Resolução nº 29, de 14/10/2005, estabelece, consoante seu artigo 1º, critérios para cálculo de tarifas de transporte dutoviário de gás natural.

¹⁴ Termo utilizado como sinônimo das palavras “exploração e produção” de gás natural.

¹⁵ Há de se registrar, também, o Projeto de Lei nº 226/2005, que “dispõe sobre a importação, exportação, processamento, transporte, armazenagem, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural”, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho, e que atualmente se encontra na Câmara dos Deputados para apreciação.

¹⁶ Segundo esse mesmo autor, o transporte e a distribuição de gás natural canalizado é uma das formas mais seguras de transporte de energia, para tanto, apresenta dados do Departamento Norte-americano de Transporte (dados de fins da década de noventa), em que a corrente elétrica é responsável por mais de 100 mortes por ano, durante a transmissão e distribuição; já no mesmo ano foram registrados 14 fatalidades de acidente em gasodutos (MEDEIROS, 2000).

aquisição de informações e o controle do fluxo de gás ao longo da rede por meio da leitura de satélites ou sistemas de comunicação por telefone¹⁷. Isso permite a confiabilidade do suprimento, além da segurança de operação do sistema¹⁸.

Por causa desses fatores, a integração vertical da cadeia pode ser enxergada pelo empreendedor como uma forma de se fortalecer no mercado, bem como de ter capital suficiente para se expandir, além de assegurar o consumo final do seu produto.

Ademais ao se integrar verticalmente, o agente econômico proporciona segurança de fornecimento para o seu cliente e pode almejar uma compensação de fluxos de caixa em atividades não tão lucrativas que sejam importantes para o uso final do seu gás obtido por meio de um contrato de *take or pay*, por exemplo.

Por isso Santos (2002, p.185) leciona que a indústria do gás natural continua constrangida por sua rigidez inerente, principalmente nos sistemas de transporte e distribuição, pois “a volatilidade própria dos gases e a sua baixa densidade energética em comparação com o petróleo e o carvão tornam muito mais complexos e caros o transporte e a distribuição dos hidrocarbonetos gasosos”.

Nessa perspectiva, urge a relevância da criação de um ambiente propício ao incremento da infra-estrutura imprescindível para o crescimento do uso racional do gás na matriz energética brasileira, seja pela interação entre a oferta e a demanda e pela adoção de uma política governamental clara e transparente, seja pelo uso de mecanismos instigadores de um ambiente mais competitivo.

2.1.4. Comercialização

As empresas de comercialização compram o gás natural e o vendem para as companhias distribuidoras ou para os próprios usuários finais. Contudo, essas firmas têm que contratar o serviço de distribuição de gás canalizado para entregá-lo aos respectivos destinatários. Ou seja, separam-se as atividades de distribuição e de comercialização de gás natural. Para regulamentar essa matéria, a edição de normas é de competência dos Estados da Federação (PFEIFFER, 2004).

¹⁷ Outro método citado pelo autor é o de PIGs inteligentes, que são dispositivos de inspeção robotizados, usados na inspeção das paredes interiores dos gasodutos para medir a corrosão, defeitos, o diâmetro interior de uma seção do tubo e remover material acumulado ao longo de suas seções.

¹⁸ Pela tecnologia empregada, nota-se a dimensão dos custos envolvidos os quais serão relevantes nessa atividade (investimento inicial elevado e com um longo prazo para o retorno do capital).

Dessa maneira, a relevância da atividade de comercialização seria a de transformar o detentor da rede de infra-estrutura num prestador de serviço, ocasionando a concorrência pela possibilidade de vários consumidores poderem comprar o produto (gás natural) a diversos comerciantes de gás.

Todavia, na maior parte dos Estados brasileiros os contratos de concessão não trazem a previsão de separação da distribuição e da comercialização, conforme estudo da SCG-ANP, somente os contratos de concessão das empresas concessionárias de distribuição de gás natural canalizado em São Paulo e no Rio de Janeiro possuem cláusulas nesse sentido (SCG-ANP, 2005).

2.2. Características e implicações regulatórias dos setores de infra-estrutura: ênfase na distribuição de gás natural canalizado

Dentre as características do gás natural apontados pela doutrina tem-se o elevado custo de transporte (incluindo a distribuição) e a existência de energéticos substitutos, os quais implicam na existência de custos rígidos ao longo da cadeia (produção, transporte, distribuição e comercialização¹⁹) (CECCHI, 2001).

Nesse diapasão, a atividade do órgão regulador passa a ser “imprescindível” para organizar o ingresso de novos participantes no mercado, definir regras, regulamentos e procedimentos, a fim de zelar pela implantação da concorrência; bem como resolver conflitos entre operadores, agentes, distribuidores e consumidores, além de estimular a inovação tecnológica.

É oportuno assinalar que a instauração de um mercado com maior nível de competição é um fator de estímulo à inovação e ao incremento da qualidade, sem esquecer a questão ambiental, bastante enfocada na atualidade, que prega a concepção do gás natural como uma opção para a redução da emissão dos gases de efeito estufa em comparação aos demais combustíveis fósseis.

Acrescentam-se outras características as quais dizem respeito à existência de externalidades positivas, pois a construção da rede acarreta a estruturação da economia em seu entorno e integra as relações econômicas e a organização social.

Ademais, esses setores apresentam ativos indivisíveis, ou seja, se as estruturas não forem construídas, como um todo, deixam de ser eficientes, tornando-se um simples desperdício de recursos.

Igualmente, a oferta nesses mercados deve responder a fortes oscilações de demanda e ao crescimento sustentado e de longo prazo. A consequência

¹⁹ A necessidade de interconexão do sistema oferta, quais sejam, produção, exploração, transporte e distribuição, caracteriza o setor de gás natural como indústria de rede.

gerada pela ausência de capacidade de atender a demanda convenientemente é a formação de gargalos de estrangulamento, ocasionando a falta de credibilidade no uso final do gás natural. Por tal fato, a oferta tem que acompanhar a demanda, sob pena de gerar um desestímulo em seu consumo.

Outro fator significativo no setor de infra-estrutura aqui estudado é o elevadíssimo custo de implantação, em que o investimento inicial é significativo e com prazo de maturação bastante elevado, refletindo em economias de escopo e na necessidade de coordenação dos empreendimentos.

Somam-se, a isso, os elevados *sunk costs* que implicam no aumento do risco da decisão em investir, tendo em vista a possibilidade da não cobertura dos investimentos iniciais. Para tanto, vale salientar que, em regra, essas estruturas mostram a forte interdependência dos agentes integrantes da cadeia.

Ocorre também a existência de economias de integração em que as “empresas envolvidas nessas atividades não apenas são monopolistas, como normalmente procuram integrar, dentro da firma, todas as etapas da cadeia, de forma a assegurar uma coordenação ótima entre os ativos especializados e evitar qualquer risco de ruptura do fornecimento” (CECCHI, 2001, p.27).

Destacam-se, também, as economias de aprendizagem que geram o trancamento, isto é, alto grau de irreversibilidade das opções iniciais. O fornecedor e o consumidor adquirem os equipamentos e a experiência que determinem um ponto de não retorno, em função da natureza específica do investimento, dos custos das mudanças e dos benefícios já acumulados.

Observou-se que na indústria de infra-estrutura os rendimentos de escala não eram apenas inicialmente crescentes como também não se tornavam decrescentes jamais. O monopólio incide em função da elevada “escala mínima de eficiência” da indústria, pois o mercado não comporta mais de uma firma operando em escala e em escopo eficientes.

Os economistas usualmente definem essa estrutura de mercado como aquela onde há a presença de economias de escala, em que o custo de acréscimo de uma unidade do produto é decrescente, implicando na possibilidade de um baixo preço final do produto, criando barreiras à entrada de outras empresas, porque a exploração por uma única firma possui uma maior racionalidade.

Essa falha de mercado corresponde a quando “uma única empresa pode oferecer o bem ou serviço para o mercado inteiro a um custo menor do que o fariam duas ou mais empresas” (MANKIW, 2001, p.318). Assim, para a teoria econômica, tal figura aparece quando existe economia de escala ao longo da faixa relevante da produção, ou seja, os custos de produção de uma unidade a mais são barateados (os custos tendem a serem declinantes com o aumento da produção). Sendo assim, quando advém a divisão de mercado entre mais de uma

empresa num setor com características de monopólio natural, o custo total médio sobe e cada uma delas produz menos.

A visão geral dada sobre a estruturação da indústria brasileira de gás natural, com o predomínio da integração vertical²⁰, traz para a presente análise a existência de dois aspectos negativos ao bem-estar, quais sejam: a assimetria de informações, que permite ao monopolista distribuir entre os elos da cadeia os custos econômicos de suas atividades e a concorrência imperfeita no fim da cadeia, ocasionando o abuso de poder econômico. Dentre as vantagens da verticalização podem ser apontadas as reduções nos custos fixos e de transação, situando as desvantagens em torno de práticas anticompetitivas (LEE e HAMILTON, 1999).

Vale destacar como bem frisa Salomão Filho (2002, p.201) que, em geral, o monopólio natural serve para justificar “o ponto de partida para a maioria das teorias que procuram explicar as razões do Estado no domínio econômico”. Esse autor enuncia um conceito mais amplo do monopólio natural, ao partir “da própria denominação utilizada”, ou seja, as características de monopólio são intrínsecas ao mercado, e não um dado criado pelos agentes econômicos.

Berg e Tschirhart (1988, p.22), partindo de estudos da doutrina norte-americana concernente a monopólio natural, afirmam que dois conceitos são fundamentais para o entendimento e delineamento da matéria, quais sejam: que o custo médio é decrescente e a existência sub-aditividade na sua função (de custos). Sendo o significado do primeiro atinente aos custos decrescentes na medida em que ocorre incremento na produção. Já no segundo, apregoam que uma empresa ao aumentar os custos de sua unidade é capaz de produzir a um dado nível de custos menores do que uma empresa multiprodutora²¹.

²⁰ A verticalização seria uma forma de assegurar a estabilidade de suprimento dos insumos para o processo produtivo. Assim, não apenas se deve considerar a *commodity* oferecida em determinada indústria de rede, mas também a disponibilidade do seu serviço. Nos setores de rede esta questão se coloca na medida em que a operação dos ativos de determinado segmento está amarrada ao demais estágios, numa forma de externalidade (de rede), no sentido que a ação de uma agente na cadeia tem reflexos sobre terceiros e sobre o sistema como um todo (SCG, 2005).

²¹ Oliveira e Rodas (2004, p.134) expressam esse entendimento da seguinte forma: a função custo de uma empresa MN qualquer é sub-aditiva quando o custo de produzir uma quantidade q^* é inferior a qualquer combinação de produções de outras k empresas. A fórmula que a expressa é deduzida por: $C_m(q) = C(q_1) + C(q_2) + \dots + C(q_k)$; onde $q^* = q_i$, $i = 1, 2, \dots, k$. Assim, para esses autores que acompanham o entendimento de Berg e Tschirhart é necessária a existência de econômicas de escopo e de escala para que ocorra um monopólio natural, pois em uma firma multiprodutora tal condição não se verifica.

Vale salientar que o monopolista goza de poder de mercado e sem a devida supervisão pode não atender às necessidades da sociedade, provocando a redução dos impactos positivos gerados pelas indústrias de infra-estrutura (externalidades de rede).

Nesse contexto, por mais que a regulação da atividade econômica seja abrangente, num regime de monopólio natural, justifica-se a sua existência por causa das seguintes características: custos irrecuperáveis elevados e circunstâncias propícias ao comportamento oportunista; necessidade de monitoramento permanente do mercado; demanda por conhecimento altamente especializado; emissão sistemática de regulamentos; e, resolução freqüente de litígios (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p.134).

Em virtude de tais fatores “a literatura tradicionalmente consagra a situação de monopólio natural como o único tipo de estrutura de mercado suscetível de justificar teoricamente a regulação pública, na expectativa de que os ganhos de custos unitários associados à instalação e operação de uma única unidade (planta ou empresa) mais que compensem os custos e os riscos de ineficiência de sua regulação” (POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ, 2001, p.101). Por isso, esses autores corroboram no sentido de que a regulação²² dentro desse ponto de vista passa a ser defendida como a solução para se evitar a:

livre operação de uma única empresa privada que acabará por restringir a quantidade ofertada e praticar preços de monopólio; a livre operação de varias empresas privadas com escalas sub-ótimas, o que implica preços e custos elevados, embora as margens de lucro possam ser reduzidas; e a produção estatal com uma escala de produção eficiente, mas sujeita a ineficiências oriundas de uma gestão politizada ou meramente sem incentivos para buscar ganhos de produtividade e qualidade.

Nesse desiderato, é importante que um agente (poder concedente) influa nesse poder de mercado, proporcionando a harmonização das forças produtivas. Daí o registro da tradição norte-americana²³, em que as empresas pri-

²² A acepção de regulação de forma ampla foi incorporada ao trabalho de Salomão Filho (2001, p.15) que englobou o termo como “toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de policia”. No âmbito econômico a acepção gira em torno da redução da intervenção do Estado e do aumento da concentração econômica.

²³ A regulamentação da indústria de gás natural nos Estados Unidos teve início em 1938, com a imposição de limites ao preço do gás, passando a encarar essa indústria como monopólio natural. No tocante à regulamentação do livre acesso à rede de transporte de gás natural, observa-se que nos Estados Unidos esse debate se iniciou com a *Federal*

vadas estavam sob o âmbito de um ente de regulação. Constatava-se, destarte, que a alocação ótima dos recursos exigia a supervisão de um ente externo, sob controle público. O Brasil, como já foi abordado, apresentou inicialmente o Estado como financiador, empreendedor e gestor da construção e desenvolvimento da indústria de infra-estrutura. Porém desde a década de 1990 alterou-se tal paradigma e se caminhou para a regulação de mercados.

Para tanto, a regulação irá agir de forma a manter a produção capitalista e a restrição da autonomia das decisões dos agentes privados, “substituindo a busca do lucro por regras administrativistas na determinação do comportamento da empresa regulada em certas áreas”. Assim, tais regras giram em torno de três categorias: “limitações quanto à entrada e à saída em um mercado; especificações quanto à qualidade dos produtos fornecidos; e fórmulas para a determinação dos preços dos produtos oferecidos” (POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ, 2001, p.102).

3. Panorama da distribuição de gás natural canalizado no Brasil

O setor de distribuição de gás canalizado ao possuir as características tratadas no tópico anterior introduz o estudo atinente à maneira de como foram

Power Commission (FPC), nos anos 30. Em 1985, com a Order 436, o tema concernente ao livre acesso foi novamente retomado, não obstante o insucesso dessa medida, tendo em vista a continuidade do exercício de poder mercado pelas companhias transportadoras.. Todavia, em 1988, editou-se a Order 497 em que se estabeleceu a uniformização das transações realizadas entre carregadores, afiliados ou não. Em seguida, foi promulgada a Order 636, em que a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) visou ao cumprimento dos objetivos de efetivação do livre acesso (CECCHI, 2001). Cremer, Gasmí e Laffont (2003, p.05) apontam exatamente essa tendência de competição na indústria do gás a partir da década de oitenta, quando os países se concentram na importância da concorrência e nos benefícios desta para o consumidor, assim, dizem “the last two decades have witnessed a general trend throughout the industrialized world to promote competition in the natural gas industry. A number of countries have launched extensive programs of structural reforms aimed at introducing gas-to-gas competition which is expected to bring economic benefits to consumers. An important component of these deregulatory policies is the need to liberalize access to the networks of pipelines which, prior the reforms, were under the complete control of regional or national incumbent monopolies”. Importante, contudo, é realçar que a indústria de gás se encontra em diferentes estágios de desenvolvimento ao redor do mundo. No caso dos Estados Unidos, já se enxerga uma indústria madura, com extensa rede de gasodutos, o que é muito diferente no Brasil. Portanto, as reformas regulatórias nesse país devem levar em consideração tais fatores e verificar a situação fática para que a norma tenha eficácia e proporcione bons resultados.

realizadas as concessões ao longo das unidades federativas. Essa atividade é de competência dos Estados da Federação, assim, com o advento do art. 25, § 2º da Constituição Federal, a partir da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 05/95, esses entes passaram a exercerem diretamente ou por meio de concessão tal serviço²⁴.

Em primeiro lugar, ao se tratar esse setor como pertencente ao âmbito de serviço público no Brasil, há de se realçar as especificidades da configuração constitucional e contratual existentes. Em segundo lugar, por ser um dos últimos segmentos da cadeia de valor do gás natural, passa a ser relevante os aspectos relacionados à integração entre áreas concorrenciais e monopolistas, principalmente na ótica de possíveis mecanismos para dinamizar a competição no setor, apesar da existência de ampla regulação sobre preços, entrada e qualidade.

Nesse sentido, Marques Neto (2001, p.108), em trabalho sobre a matéria em comento, expõe que:

a eficiência econômica perseguida pela competição deve ser posta em cotejo com a eficácia das políticas públicas elegíveis para tal segmento. Nos quadrantes da Constituição vigente, não se põe aceitável privilegiar o ângulo da competição nos serviços públicos sem assegurar meios e condições para o atendimento de metas e de parâmetros de universalização e continuidade da prestação da utilidade pública. E na identificação do ponto de equilíbrio entre estas duas dimensões deve-se adotar, como chave, a identificação dos beneficiários potenciais, evitando que parcelas hipersuficientes da sociedade se beneficiem em detrimento de segmentos menos afortunados e excluídos da fruição do serviço público.

Portanto, a regulação da atividade de distribuição dentro desse novo arcabouço delineado para a área do gás natural no país deve se pautar, dentre outros, pelos seguintes princípios: (i) promoção da concorrência nos segmentos da indústria nos quais a mesma seja viável; (ii) correção das imperfeições do mercado; (iii) determinação de regras para o livre acesso às redes de distribuição de gás; (iv) garantia de modicidade tarifária; (v) estímulo à eficiência; (vi) garantia da qualidade do serviço; e (vii) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão²⁵ (SGC, 2005). Apesar de alguns desses pontos estarem longe de aplicabilidade por fatores que

²⁴ Desde a década de noventa, com exceção dos Estados de São Paulo e de Rio de Janeiro (as quais já possuíam empresas de distribuição local), as demais unidades federativas passaram a instituir as suas concessionárias de gás natural.

²⁵ Vale salientar que tais setores são regidos pelos seguintes dispositivos e diplomas: artigo 175 da Constituição Federal de 1988, Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) e a Lei nº 9.074/95.

serão ventilados nos parágrafos seguintes, as suas previsibilidades reforçam a tendência de inserção de vetores de competição nesse segmento.

Dentro de uma visão geral desse setor, tem-se que excetuando os concessionários dos serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado do Espírito Santo²⁶, de Minas Gerais²⁷, do Paraná²⁸, do Rio de Janeiro²⁹ e de São Paulo³⁰, as demais apresentam a seguinte configuração em termos de capital acionário: o governo estadual controla a distribuidora com 51% de seu capital, a Petrobrás Gás S.A. (GASPETRO – subsidiária integral da Petrobrás) dispõe de 24,5% de participação e a iniciativa privada detém os 24,5% restantes (SCG, 2005).

Ressalta-se também a instituição paralela das agências ou secretarias de regulação desses estados, com o intuito de, dentre várias funções, fiscalizar e regular a implementação dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado, bem como exercer o monitoramento das tarifas de distribuição, da qualidade dos serviços prestados e dos investimentos a serem realizados pelos concessionários³¹.

²⁶ No caso do Espírito Santo, a concessão para a exploração do serviço público de gás canalizado foi outorgada a Petrobrás Distribuidora S. A., durante um período de 50 anos, a contar de 16 de dezembro de 1993.

²⁷ Já em Minas Gerais, o controle majoritário da distribuidora local, GASMIG, pertence à Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG).

²⁸ No Paraná, a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) é proprietária de 51% do capital votante da concessionária local (COMPAGÁS), possuindo a Petrobrás como acionista.

²⁹ No Rio de Janeiro as companhias CEG e CEG-Rio S.A. (RJ) foram privatizadas em julho de 1997, sendo, atualmente, controladas pela Gas Natural SDG, S.A.

³⁰ A privatização da COMGÁS (SP) ocorreu em abril de 1999, passando seu controle acionário às empresas BG International e Shell. Quanto às distribuidoras paulistas Gás Brasileiro (SP) e Gás Natural São Paulo Sul (SP), elas são controladas, respectivamente, pelos grupos ENI International B.V./Italgas e Gas Natural SDG S.A.

³¹ Dentre as agências ou secretarias que ficaram com a atribuição de fazer às vezes do poder concedente se citam: a ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas Amazonas; ARSAM – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Amazonas; AGERBA – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia; Ceará ARCE – Agência de Regulação do Ceará; ADERES – Agência de Desenvolvimento em Rede do Espírito Santo; AGR – Agência Goiânia de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos; AGER/MT – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Mato Grosso; AGEPAN – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul; ARCON – Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Pará; AGEEL – Agência Estadual de Energia da Paraíba; ARPE – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Pernambuco; AGERNERSA – Agência

Dentre as características desses contratos de concessão, além do grande prazo de concessão, destacam-se (i) condições de prestação dos serviços de distribuição; (ii) metas de expansão das redes e de qualidade dos serviços prestados; (iii) investimentos a serem realizados pelas concessionárias; (iv) prerrogativas e deveres das concessionárias; (v) direitos e obrigações dos usuários; (vi) metodologia de cálculo e reajuste das tarifas de distribuição; (vii) fiscalização dos serviços pelo Poder Concedente; (viii) penalidades aplicáveis às concessionárias; (ix) casos de intervenção e encampação dos serviços; e (x) extinção da concessão e reversão dos bens vinculados (SCG, 2005).

Segundo estudo da Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural da ANP (SCG, 2005), esses contratos estão divididos em três grupos bem nítidos. O primeiro refere-se aos de elevado prazo e com a incorporação da comercialização na distribuição de gás canalizado, ou seja, contratos extremamente rígidos, sem qualquer cláusula que permita um *by pass* comercial depois de determinado período da concessão. O segundo grupo agrega o contrato estabelecido pelo órgão regulador do Estado do Rio de Janeiro, que possui cláusulas mais avançadas na ótica de incremento da competição. E, finalmente, o modelo contratual firmado no Estado de São Paulo, que é considerado o mais adequado à idéia de desenvolvimento de mercado de gás natural, inclusive, a área desse estado foi dividido entre três empresas concessionárias, o que denota a intenção de ampliar os horizontes concorrenciais.

Assim, há de se realçar a existência do *by pass* comercial³² como um instrumento de incremento da competição, pois permite que um maior número de fornecedores forneça o gás sem necessariamente o usuário final ter que comprá-lo da distribuidora. Ou seja, adquire-se o gás diretamente do comercializador e apenas se paga uma tarifa à distribuidora pelo uso da sua rede.

No caso do Rio de Janeiro, para usuários com um consumo acima de 100.000 m³/dia é previsto o *by pass* comercial após 10 anos da vigência do contrato de concessão. Com relação a São Paulo, foi estabelecido o prazo de doze anos, a partir da assinatura do contrato de concessão³³, para a efetivação

Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro; ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte; AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS; CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia (São Paulo); ASES – Agência Reguladora dos Serviços Concedidos do Estado de Sergipe. Para maiores detalhes, *vide*: www.abar.org.br.

³² Registra-se que o *by pass* físico, “no qual o consumidor liberado opta por não utilizar os serviços e nem mesmo a rede da distribuidora, conectando-se diretamente ao sistema de transporte”, não se encontra previsto em nenhum contrato (SGC, 2005, p.21).

³³ Essa regra vale para o caso da COMGÁS, em relação às outras empresas concessionárias.

do *by pass* comercial, excetuando-se os usuários residenciais e dos comerciais para os quais permanecem a exclusividade da distribuidora local de gás natural canalizado durante todo o período de concessão (30 anos)³⁴.

Dentro da lógica acima esposada, Viscusi, Vernon e Harrington (2000) informam que além da variável referente ao preço, o número de firmas também é determinante para a alocação e para a eficiência produtiva³⁵. Nesse sentido, é importante observar que a ausência de mecanismos que permitam a entrada de agentes no mercado de distribuição de gás canalizado, na maioria dos contratos de concessão dos Estados brasileiros, não se encontra condizente com os princípios da Ordem Econômica elencados no art. 170 da Carta Magna.

4. Apontamentos sobre a interação entre regulação e concorrência: o caso da distribuição de gás natural canalizado

Pelo desenho estrutural apresentado, o transporte de gás natural pertence à seara de atividade econômica em sentido estrito³⁶, bem como se visualiza ações da ANP no tocante à regulação econômica e técnica, com destaque para a regulamentação do livre acesso à infra-estrutura, visando ao acesso não discriminatório a terceiros interessados.

Por seu turno, a distribuição de gás natural canalizado se enquadra como serviço público e pode ser composta por mecanismos de fixação de preço, de entrada e saída de agentes e de controle da qualidade, previstos tanto no contrato de concessão de serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado, como na legislação estadual que trata essa matéria.

rias, Gás Natural São Paulo Sul e Gás Natural Brasileiro, o prazo é de 20 anos da assinatura do contrato de concessão ou de 12 anos a partir da entrada em operação da Estação de Transferência de Custódia, o que vier primeiro.

³⁴ Além dessa regra, o contrato de concessão do Estado de São Paulo prevê restrições à integração vertical, pois o concessionário é impedido de fornecer mais do que 30% do volume total de gás a empresas a ele vinculado, bem como é vedada a sua atuação no setor térmico e condiciona-se a validade dos contratos firmados entre a empresa concessionária e outras empresas do grupo controlador após o seu exame pelo órgão regulador (CSPE, 2005). Para maiores detalhes, *vide*: www.cspe.gov.br.

³⁵ Viscusi, Vernon e Harrington (2000) também citam o controle da quantidade do produto a ser vendido como mecanismo de regulação, contudo explicam que no caso do gás natural não há restrições a quantidade quando ocorre regulação pelo preço, pois essa ao se empregada controla o fluxo da oferta e da demanda. No tocante ao controle de entrada e de saída de agentes, esses autores trazem à tona o caso da regulação do mercado de telecomunicações entre as cidades, em que na oportunidade a permissão da FCC outorgou a entrada da MCI em 1969.

Assim, perante a atividade de distribuição de gás natural canalizado e diante de uma proposta de análise da interação entre regulação e concorrência, surgem duas questões. A primeira é referente à possibilidade de imunidade da aplicação do direito concorrencial quando existe uma autorização ou concessão.

A segunda é pertinente ao cabimento da aplicação das regras de direito antitruste em mercados regulados, ou seja, se uma norma regulatória pode dispor de forma contrária ao direito antitruste.

Em sede de diferenças das áreas concorrenciais e regulatórias valem registrar que os objetivos da defesa da concorrência são mais restritos, em virtude da consecução da eficiência alocativa, enquanto os fins da regulação demonstram um maior conjunto de metas.

Ademais, o método de trabalho da autoridade antitruste é caracterizado pela utilização de mecanismos de mercado, já a regulação procura substituí-los; no tocante ao momento de atuação, a ação antitruste, em regra, é posterior, sendo a regulação, por sua vez, anterior. Igualmente, a autoridade antitruste tem preferência por remédios estruturais os quais, uma vez adotados, restabeleceriam o funcionamento dos mecanismos de mercado; por seu turno, a autoridade regulatória teria propensão a adotar remédios comportamentais (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

Diante de uma interação entre entes regulatórios³⁷ e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência “sugere-se que uma possível configuração seja a concentração das atividades da autoridade antitruste na aplicação universal da defesa da concorrência, ficando o regulador setorial incumbido da regulação técnica e econômica” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 131).

Dessa forma, a interação entre a defesa da concorrência e a regulação no que tange ao estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar ou, pelo menos, atenuar as falhas de mercado. Agindo de forma a estabelecer preceito que impeça o monopolista de abusar de sua posição.

Oliveira e Rodas (2004) lecionam que tendo em vista o caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos, bem como do fato de as condições de custo, tecnologia e demanda variarem consideravelmente no tempo, algumas estruturas de monopólios naturais ao invés de serem

³⁶ Dessa forma, aplica-se o artigo 173 da Constituição Federal por tal atividade pertencer ao domínio econômico. O § 4º, desse dispositivo, prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico.

³⁷ O desenho institucional das agências reguladoras segundo os teóricos a fim de diminuir o risco e aumentar o investimento são a independência, a transparência, delimitação precisa de competência, autonomia financeira, gerencial e excelência técnica.

permanentes se configurariam como temporárias e, portanto, poderiam ser regidos por regras de mercado.

Esses autores, ainda, apontam que os mecanismos de interação da regulação e da concorrência são de suma importância para o processo de modernização da economia, porém a inércia e rigidez institucional, bem como os custos de coordenação (custos burocráticos de transação) são elencados como fatores que geram entraves para essa interação.

Além disso, é importante lembrar que as divisões de competência existentes ao nível de regulação federal e estadual muitas vezes não colaboram para a harmonização institucional. Para se ter uma idéia de tal fato, a ANP se diz competente para regular a distribuição de GNC e GNL, pois na sua interpretação a Constitucional Federal apenas considerou a competência dos Estados no concernente à distribuição de gás canalizado. Todavia, muitas agências estaduais não concordam com esse entendimento e continuam legislando sobre esse assunto.

Quanto ao que deve ser submetido à seara do direito antitruste, ou melhor, a existência de imunidade nesse âmbito, Salomão Filho (2001, p.152) conclui que:

- a não ser no caso da atividade estatal planejada e dos serviços formal e materialmente públicos, em que há uma clara intenção de substituição do sistema concorrencial, não é possível insentir do controle antitruste comportamental e estrutural qualquer tipo de atuação do Estado. Como critério para a verificação da legalidade da regulação em ambos os casos aparecem (i) a verificação da existência de poderes efetivos para regular a matéria concorrencial e (ii) a assunção efetiva da função de verificação dos aspectos concorrenciais pelo órgão governamental ou pessoa jurídica primariamente encarregada do controle respectivo. O judiciário e/ou o CADE deverão aplicar, no caso de exercício ilegal de poder regulamentar, ao Estado, e no caso de autorização para prática de atividade, ao particular – com base na ampla definição de sujeitos ativos dos delitos concorrenciais contida no art. 15 da Lei 8.884, de 1994 -, as sanções pelas ilegalidades cometidas.

A partir da exposição supra, esse autor nota a necessidade de manifestação da lei em substituir o regime concorrencial pelo regulamentar ou quando o Estado “cria diretamente a utilidade pública” determinando as variáveis pelas quais as empresas se pautarão. Dessa forma, encaixam-se as empresas concessionárias ou delegadas de serviços públicos, em razão do contrato de concessão trazer as regras pelas quais as firmas deverão se comportar perante o Poder Concedente (SALOMÃO FILHO, 2001).

Por outro lado, Silva (2002, p.130) expõe que com “a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição, setores inteiros da eco-

nomia passam a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste (...), o que está em jogo é a aplicação cabal da Lei 8.884 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado”. A questão perpassa não somente pela articulação de competências entre as agências e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas também pela inserção desse Conselho na nova configuração regulatória³⁸.

Nos segmentos característicos de atividade econômica em sentido estrito, não se verifica nenhum tipo de imunidade ao direito antitruste, pelo contrário a ANP e os órgãos do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) possuem, inclusive, acordo de ações conjuntas.

Todavia, em relação ao setor de distribuição de gás canalizado por se tratar de serviço público, cabe refletir se a razão estaria com Salomão Filho (2001) que apregoa a existência de uma imunidade, pois a atividade regulamentar já cobriria todo plano de atuação da empresa concessionária. Ou com Silva (2002) que enxerga a mudança do papel do Estado como um novo propulsor da aplicação da Lei Antitruste como harmonizador de todo o mercado.

Doutrina mais amena, no caso da indústria de redes, defende Faraco (2003, p.295), pois segundo esse autor, o direito concorrencial adquire um papel mais restrito, “sem prejuízo de poder-se verificar a sua aplicação em âmbitos nos quais o exercício do poder econômico não for suficiente contido ou limitado pela regulação existente”.

Assim, em sede de controle de estruturas, de forma prática, as concentrações são, em regra, autorizadas pelas agências, o que não afasta o controle posterior pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Por sua vez, as concentrações não autorizadas pelas agências, por não estarem concretizadas no plano fático, não serão sequer examinadas pelo CADE.

Outrossim, as condutas reprimidas no âmbito regulatório podem não ensejar a repressão na seara da defesa da concorrência e vive-versa, em virtude dos agentes regulados terem a liberdade de ação limitada pela regulação. Dessa forma o antitruste é aplicado na medida em que não compromete as finalidades regulatórias.

³⁸ Na concepção desse autor, por mais que a maioria dos setores regulados seja dotada de imperfeições estruturais, os quais legitimam a regulação, não se pode afastar aplicação do antitruste. Nesse sentido, Salomão Filho explica que a aplicação dos princípios constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa ao tratar de setores regulados, em razão do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados concentrados. Assim, no caso da ANATEL a Lei que a criou (Lei 9472/97) atribuiu a essa agência as funções pertencentes a SDE e a SEAE, ocorrendo a nítida divisão de trabalho, em que a agência cuida da regulação técnica e econômica, enquanto o CADE cuida da defesa da concorrência por meio da aplicação da lei antitruste.

No que tange à possibilidade de o CADE censurar os atos das agências reguladoras por essas não obedecerem a critérios de proporcionalidade e de mínima intervenção (principalmente em setores de atividade econômica em sentido estrito), Silva (2001) expõe que os princípios da ordem econômica alcançam tanto agentes privados quanto públicos. Portanto, a aplicação da Lei Antitruste irá atingir as agências reguladoras, conforme interpretação dada ao art. 7º, X, desse diploma, com a previsão de o CADE poder requisitar dos agentes públicos às medidas necessárias ao cumprimento da Lei.

Nesse sentido, o conselheiro Mercio Felsky, no caso da privatização da CEG (Companhia de Energia e Gás), pronunciou-se no sentido de que o CADE somente poderá expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei. Por outro lado, o conselheiro Gesner de Oliveira expõe um entendimento mais amplo e traz a comento que o CADE poderá requisitar desses órgãos o cumprimento da Lei Antitruste. Todavia, registra esse conselheiro que a interpretação do art. 7º ainda não é pacífica na doutrina, porém “não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências” (SILVA, 2001).

Uma outra questão significativa é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares por acaso deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam risco à ordem concorrencial. Silva (2001) ilustra que a jurisprudência do CADE tem admitido uma competência residual em matéria de regulação.

Todavia, a posição de Salomão Filho (2001, p.148) é bastante elucidativa ao apontar que os atos fiscalizatórios ou normativos das agências “não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais”, esse autor pugna pela submissão de tais atos ao judiciário conforme dispõe a Constituição Federal. Inclusive, quando a regulação for além da delegação legislativa, o órgão de controle competente é o legislativo.

No tocante ao controle concorrencial dos monopólios naturais, de acordo com Silva (2001, p.150), pelo prisma constitucional e legal, o CADE deve ter uma postura mais ativa, apesar da regulamentação emitida pelas agências. Continua esse autor enfatizando que “isso não afasta a atuação do CADE, já que conflitos envolvendo compartilhamento trazem repercussões à economia como um todo, influenciando a concorrência em diversas etapas da cadeia produtiva e afetando grande número de consumidores”.³⁹

³⁹ Milagres (2002, p.319) corrobora que “a competência dos entes de regulação não se confunde com aquela própria do CADE (...). Trata-se, em verdade, de competências distintas

No plano dos abusos que podem ser vislumbrados em se tratando de *essential facilities*, Oliveira e Rodas (2004) mostram que as condutas mais freqüentes em primeiro lugar se cingem ao preço de acesso, em que o órgão regulador deve defini-lo e o órgão concorrencial precisa zelar para que este valor não represente uma barreira à entrada. Em segundo lugar se citam os preços de interconexão (no caso do gás se tem o livre acesso), ou seja, os cobrados pelos serviços prestados intra-rede no sentido de integrar as várias partes do sistema. A terceira área de abuso ocorre pela verticalização, no qual o mercado de origem é o da infra-estrutura essencial, que ao se constituir como um monopólio natural influencia o segmento de destino e gera mais barreiras à entrada.

A doutrina norte-americana ao aplicar a acepção de infra-estrutura essencial apresenta quatro elementos caracterizadores de um caso de abuso de poder de mercado por parte de uma empresa detentora da *essential facilities*, quais sejam, o controle dessa por um monopolista, a impossibilidade de duplicação da infra-estrutura, a possibilidade de oferta de serviços associados, a efetiva verificação de recusa do uso (FARACO, 2003).

Nesse desiderato, Oliveira e Rodas (2004) continuam explicando que caberá à autoridade antitruste analisar se o detentor da infra-estrutura essencial não estaria elevando artificialmente o custo do concorrente mediante discriminação de preços, recusa de negociação, exigência de venda casada, entre outras praticas restritivas. Assim, segundo esses autores a regulação por si só não seria aplicada, contaria com a presença do órgão antitruste.

As autoridades de regulação e de defesa da concorrência se defrontam freqüentemente com decisões difíceis, pois um rigor excessivo no acesso à rede por parte de concorrentes pode desestimular o investimento e induzir uma postura oportunista por partes dos entrantes. Tal fato leva ao subinvestimento, ocasionando a inibição da concorrência no médio prazo. Se por outro lado, as autoridades não tomarem atitudes relacionadas a coibir as práticas restritivas de detentores de infra-estru-

e complementares, os entes distintos do CADE, regulam as condições de concorrência no âmbito das atividades que lhe são afetas, esse ultimo, por sue turno, não regula nenhum setor da econômica, apenas julga, a teor da Lei n. 8.884/94, atos concretos de concorrência, em manifesta atividades de adjudicação”. Assim, importante realçar conforme dito por Silva (2001, p.28) que a defesa da concorrência é também um vetor da atuação das agências reguladoras, ainda que sob aspectos diferenciados em relação a atuação do CADE. Para esse autor “as agências possuem um raio de atuação autônomo, que não se confunde com a atuação do CADE, relativo à tarefa de implementar e tutelar a concorrência em setores específicos – alguns com descendência direta de monopólios naturais (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, etc), por meio de mecanismos regulatorios previstos em lei”.

tura essencial, o monopólio não será contestado, ocasionando prejuízo para o funcionamento do mercado e para o consumidor (OLIVEIRA e RODAS, 2004).

No mercado em estudo é forçoso ressaltar que a maneira pela qual serão aplicados os mecanismos de livre acesso poderá implicar no desestímulo quanto à extensão da rede e a conseqüente inviabilidade do crescimento da oferta, acarretando a necessidade de uma postura adequada do órgão regulador.

No exemplo do transporte de gás natural a ANP detém competência específica para regular o livre acesso às redes por terceiro, consoante se nota do art. 58 da Lei do Petróleo. Igualmente, o art. 10 desse diploma, prevê que a ANP ao tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração, deverá comunicar ao CADE e a Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como o parágrafo único desse artigo dispõe que independente de comunicação, o CADE notificará a ANP do teor de decisão relacionada a alguma infração da ordem econômica cometida por empresas atuantes no setor petróleo e gás.

Contudo, ao se criar o livre acesso no segmento de transporte e ao se manter barreiras à entrada de agentes nos setores mais à jusante da cadeia (manutenção da união entre as atividades de comercialização a distribuição), estar-se-ia criando incoerências nesse sistema, assim, apesar das características específicas da distribuição de gás canalizado, a atuação do órgão regulador deve ser pautado em criar mecanismos estruturais que permitam a agregação de uma cultura competitiva nesse segmento.

Atualmente, constata-se a necessidade de previsão da forma de articulação dos sistemas regulatórios e de defesa da concorrência na lei criadora da agência estadual e/ou no decreto que conceda os serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado. Em se tratando de omissão, recomenda-se a celebração de convênios de atuação conjunta e sistemática entre esses órgãos (GARCIA, 2002).

5. Considerações finais

A constatação de que um ambiente competitivo é a melhor alternativa para o desenvolvimento dessa indústria aconteceu desde o século passado, levando diversos países a legislarem sobre o livre acesso a rede de transporte. Pois como foi visto, o problema crucial do gás não é a sua extração, mas a sua chegada nos mercados consumidores, tendo em vista a necessidade de que exista uma infra-estrutura de escoamento.

Todavia, a sistemática de competências previstas no transporte e na distribuição de gás canalizado acarreta políticas regulatórias distintas, em virtude de ao nível federal existir um intuito de efetivar a concorrência naquele setor; e,

por outro lado, no âmbito estadual (exceção dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro) permanecer estruturas pautadas na preservação de fatias de mercado, em razão de contratos de longo prazo de duração, além de ausência da separação entre distribuição e comercialização.

Assim, enxerga-se a necessidade de uma avaliação, pelas instituições regulatórias e concorrenciais, dos contratos de concessão de distribuição de gás canalizado existentes visando a instigar mecanismos que permitam a entrada de agentes nesse mercado e, por conseguinte, a ampliação dos benefícios oriundos da competição.

6. Referências

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP (2004). Boletim mensal do gás natural: setembro de 2004. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de dezembro de 2004.

_____. Contratos das Distribuidoras de Gás. In: <http://www.anp.gov.br>. Acesso em 03 de maio de 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, n. 02, 2004, p.144-201.

BERG, Sanford V., TSCHIRHART, John. *Natural monopoly regulation: principles and practice*. New York: Cambridge, 1988.

CECCHI, José Cesário. Indústria Brasileira de gás natural: regulação atual e desafios. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA – CSPE. Contratos de Concessão. In: <http://www.cspe.sp.gov.br>. Acesso em 08 de setembro de 2005.

CREMER, Helmuth, GASMI, Farid, LAFFONT, Jean-Jacques. *Access to pipelines in competitive gas markets*. *Journal of Regulatory Economics*. 24:1, p.5-33, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e direito concorrencial (as telecomunicações). São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. Conflito de Competência entre o CADE e as agências reguladoras que atuam no campo dos serviços públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, a. XI. Alexandre Santos de Aragão (coord.). São Paulo: Lumen Juris, 2002.

HAMILTON, Jonathan H., LEE, Sang Hyup. *Using market structure to regulate a vertically integrated monopolist*. *Journal of Regulatory Economics*. 15, p. 223-248, 1999.

MANKIW, N. G. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 4, 2001, p. 95-122.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 305-321, 2002.

MEDEIROS, Gilson. Fundamentos do Gás Natural. Centro de Tecnologia do Gás (CTgas). Notas de aula, Natal, 2000.

OLIVEIRA, Gesner, RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Aspectos concorrenciais do gás natural. *Revista do Direito da Energia*, n. 01, 2004.

POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge, PONDÉ, João Luiz. Defesa da Concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 8, p. 99-121, 2001.

SANTOS, Edmilson Moutinho dos (coord.). Gás Natural: estratégias para uma energia nova no Brasil. São Paulo: Annablume, FAPESP, Petrobrás, 2002.

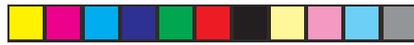
SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Nova era da defesa da concorrência: o Direito antitruste e os mercados regulados. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 9, n. 1, p. 127-153, 2002.

_____. As agências reguladoras e a defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, a. 8, n. 2, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo Malheiros, 2001.

SCHWYTER, Anton A. SAUER, Ildo Luís. A regulação da distribuição de gás natural em São Paulo: questões e desafios (On-line Site-BT IEE-USP), 2001.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3 ed. Cambridge, Massachusetts, 2000



PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROTEÇÃO DA CAPACIDADE DE INOVAR: A PRÓXIMA FRONTEIRA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

*Edson Beas Rodrigues Junior**

1. Introdução

A partir da década de 70 e das duas grandes crises do petróleo, o eixo auto-motriz da economia baseado em energias não renováveis ruiu, e buscou-se novas alternativas para a expansão econômica. Desde então, o Brasil – como reflexo do que vem ocorrendo no mundo – passou por um processo de substituição do paradigma econômico da sociedade industrial fordista e atualmente se encontra em processo de consolidação do paradigma da sociedade da informação.

Nos anos 70, durante o milagre econômico brasileiro, a economia brasileira tinha como pilares o capitalismo das grandes empresas fordistas de produção em massa; o território – seguindo ainda a lógica de Barão de Rio Branco – era elemento de poder; e o combustível catalisador do desenvolvimento industrial era o petróleo. Neste modelo econômico, o direito das obrigações e o direito do trabalho eram os ramos do direito de maior relevância para a economia.

A partir da década de 80¹, em um período marcado pela estagnação e transição econômica, nos países desenvolvidos dá-se início a mudança do paradigma econômico - que se refletirá no Brasil apenas tardiamente, a partir da década de 90 – ciclo que apresenta como pilares: Ciência & Tecnologia, Pesquisa & Desenvolvimento; a economia passar a ter como eixo de desenvolvimento a universidade como pólo gerador de inovação. No campo do direito, há a emergência do direito da propriedade intelectual e do direito dos contratos como instrumentos para garantir e aprofundar o fluxo de tecnologias das universidades para as empresas e das empresas para outras empresas. Este é o prenúncio da sociedade da informação.

Na década de 90, apresentando uma expansão do ciclo que se iniciou na década de 80 de forma mais tímida, há a consolidação da sociedade da informação, as novas tecnologias são indiscutivelmente o fio condutor da nova eco-

* Estudante de Direito da USP.

¹ Este novo ciclo é inaugurado pela aprovação pelo Congresso dos EUA do Bay Dohle Act de 1980 e pela decisão da Suprema Corte dos EUA no caso Diamond versus Chakrabarty. Aquela legislação investe todas universidades locais no direito de patentear os resultados de suas pesquisas que tenham sido financiadas parcial ou totalmente com recursos públicos. O caso Chakrabarty inaugura a era da biotecnologia nos EUA: a partir de então, a Suprema Corte passou a considerar patenteável “tudo sob o sol feito pelo homem”.

nomia; e a pilastra do poder é o conhecimento e a informação especializada. O eixo da economia é a biotecnologia, a tecnologia da informação, a química fina, as nanotecnologias. Os ramos do direito que emergem, ao lado de um aprofundamento internacional dos regimes de proteção da propriedade intelectual, são o direito da regulação e o direito antitruste.

A substituição de um ciclo criador econômico por outro é marcado pelo processo schumpeteriano de destruição criadora: em um momento de decadência de lucratividade, destrói-se inconscientemente o paradigma de produção anterior por intermédio da criação de novos modos de fazer negócio, de produção econômica, gerando-se novos patamares de lucratividade, período este que será seguido por um período de monopólios ou oligopólios de fato de alta lucratividade, os quais serão seguidos por uma fase de assimilação das novas tecnologias pelos competidores, diminuindo os patamares de lucratividade das empresas do fronte da inovação, instigando uma maior geração de inovação a partir da concorrência, quebrando-se o paradigma antigo de produção econômica mais uma vez, fato que dará lugar a um outro mais eficiente que terá maior potencial de distribuição de bem-estar social. Este conhecido processo de destruição criadora, que tem como pedra de toque a livre concorrência e a liberdade de iniciativa está em risco, e este é pouco conhecido e reconhecido no Brasil: os monopólios intelectuais ou Direito da Propriedade Intelectual (DPI).

O termo Direito da Propriedade Intelectual é extremamente criticável por abarcar ramos e interesses completamente diferentes: direitos autorais, patentes, marcas e sinais distintivos, variedades de plantas, programas de computadores, dentre outros. Porém, há algo de comum que permeia todos estes ramos aparentemente tão diferentes: a informação. O objeto de proteção do DPI é a informação. Apenas para ficarmos nas ramificações mais conhecidas, no direito autoral, o objeto da proteção é a expressão da informação e no direito patentário são as informações per se. E para o ciclo econômico em que vivemos, informação é condição *sine qua non* para desenvolvimento econômico e social. A Propriedade Intelectual não é um mal em si mesmo como alguns assinalam, especialmente, as organizações não governamentais, mas a partir do período inaugurado por TRIPS – a chamada fase global de proteção da propriedade intelectual – o DPI está se desvirtuando de seu objetivo primário, qual seja: estimular e difundir inovação, criação, expansão do bem-estar econômico, material e cultural da população. O Estado temporariamente concede este direito, apenas quando o direito exclusivo terá o potencial de oferecer maiores benefícios à sociedade que uma situação tradicional de livre concorrência – passando a desempenhar o papel de proteção de mercados cativos de empresas transnacionais, impedindo a entrada de novos competidores no mercado de forma quase permanente: enquanto a informação protegida tiver algum valor comercial.

Logo, o DPI está trabalhando para quebrar ou, pelo menos, para desacelerar a mudança dos ciclos econômicos. Seu papel de fato é o de manter o *status quo* dos grandes *players* da economia mundial da atualidade. É neste fato que se encontra o potencial de tensão entre o DPI e o direito concorrencial.

O DPI vem passando desde o final do século XIX por um período de ampla valorização, expansão de seus domínios, aprofundamento e sofisticação de suas regras. Este fenômeno, sob a batuta dos países industrializados, embora tenha como discurso público o objetivo de suprimir distorções no comércio internacional de bens que incorporam inovação e criatividade², fomentar transferência de tecnologia dos países industrializados para os de menor desenvolvimento, difundir bem-estar material³, na realidade dos bastidores, tinha e tem como verdadeiro intuito manter as corporações dos países industrializados permanentemente na dianteira do desenvolvimento econômico mundial, de forma inatingível e soberana.

A expansão dos DPI é tida como desarrazoada por ser marcada pelas seguintes características: expansão do escopo de proteção, de forma a incidir em áreas tradicionalmente tidas como de domínio público⁴; por outro lado, os freios e contrapesos destes regimes que se revelam nas normas limitadoras (limitações e exceções) estão em período de extinção. Em resumo, de um lado os monopólios intelectuais se expandem e se aprofundam, e por outro, ganham cada vez mais o caráter de direitos absolutos⁵, ao preverem cada vez menos limita-

² Primeiro considerando do Acordo TRIPS da OMC diz “Os Membros (...) desejando reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo (...)”;

³ Artigo 7 de TRIPS dispõe que “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

⁴ A título de ilustração, biodiversidade e recursos genéticos até meados da década de 90 eram recursos tidos como inalienáveis.

⁵ Esta é a posição do Prof. Denis Barbosa refletida em dois pareceres recentes de sua autoria: A Inconstitucionalidade da anuência da ANVISA no procedimento de concessão de patentes como manifestação discricionária da Administração Federal”, documento disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/anuencia.doc> e parecer sobre patenteabilidade de novos usos (documento sem título), disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/segundo.rtf>.

ções; e as poucas limitações que restam são de aplicação tão burocrática, que equivalem a normas programáticas⁶.

Em resposta à esta realidade iníqua, organizações da sociedade civil, grupos de consumidores⁷ conduzem um coro uníssono contrário ao DPI. Estes grupos vêem o DPI como obstáculo quase que intransponível para um acesso amplo a medicamentos e cultura e novas tecnologias pelos países em desenvolvimento. Os discursos destas organizações, embora defendam valores indiscutivelmente relevantes, em geral, são simplesmente tidos como descartáveis pelos governos e empresas ao apresentar um viés “excessivamente” humanitário e nada econômico. O que a sociedade civil, principalmente aquela dos países em desenvolvimento, ainda não percebe é que o DPI não apenas limita o acesso a medicamentos, à cultura, a novas tecnologias pelos países em desenvolvimento, mas, acima de tudo, restringe de forma cada vez mais firme a entrada de concorrentes no mercado que poderiam produzir estes mesmos bens em valores mais acessíveis. É neste contexto de monopólios legais de tendências ilimitadas em termos de escopo e duração que os abusos são praticados e o acesso à informação especializada é obstaculizado.

O DPI apenas será “re-limitado” e re-equilibrado com a necessidade de maior concorrência se esta necessidade for apresentada pelos atores econômicos que não podem concorrer em determinados setores vitais, devido aos novos patamares de proteção do DPI. Para isto, o Direito Concorrencial pode ganhar um novo papel: o de limitação externa ao DPI, protegendo-se, pois, a livre concorrência e livre iniciativa. O direito da propriedade intelectual, sob a perspectiva da mais moderna doutrina estrangeira, apresenta normas limitadoras tanto intrínsecas ao próprio sistema quanto as externas⁸. Tradicionalmente, os direitos fundamentais⁹ são as normas externas mais utilizadas pelo judiciário para limitar os abusos do

⁶ Ver Rodrigues Jr, Edson Beas. Influência do TRIPS na Harmonização das Regras de Licenciamento Compulsório. In: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, n. 73, 2004. Este artigo apresenta uma análise de mais de trinta legislações estrangeiras sobre licenciamento compulsório de patentes e reflete algumas das dificuldades enfrentadas por países desenvolvidos e em desenvolvimento (especialmente estes últimos) para usar de tal instrumento em casos de abuso de direitos de propriedade intelectual.

⁷ Ver em www.cptech.org o trabalho da organização Consumers Project on TEchnology no setor do ativismo contra a expansão da propriedade intelectual.

⁸ Christophe Geiger: Fundamental Rights , a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law? International Review of Industrial Property and Copyright Law. Max Planck Insitute for Intellectual Property, Competition and Tax Law. Heft 3, Munich, 2004.

⁹ Abbe E.L. Brown, The Interface Between Intellectual Property, Competition and Human Rights: Overview of Field and Proposed Contribution to Knowledge. Disponível em: <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/publications/online/overview.htm>

DPI em casos em que haja conflitos entre interesses individuais humanos e dos titulares de Propriedade Intelectual; mas o direito concorrencial também pode servir de baliza de contenção do DPI, sendo um instrumento firme de defesa da concorrência nos casos de abusos incorridos pelos titulares de propriedade intelectual¹⁰. O que propomos aqui é que o DPI seja analisado e revisto pelos olhos do Direito Concorrencial, desmantelando a idéia de direito absoluto atemporal.

No presente artigo, apresentaremos um breve histórico da expansão do DPI, e como durante sua expansão o caráter anticoncorrencial foi se fortalecendo como característica onipresente neste ramo do direito; fixar-nos-emos no direito patentário e em recentemente inovações que apresentam caráter desmedidamente anticoncorrencial, assinalando a necessidade de uma aproximação imediata entre expertos em DPI e expertos em direito antitruste, de forma a se reformar a legislação e política brasileira de proteção da propriedade intelectual, refletindo, quiçá, no futuro, um regime efetivamente pró-concorrência, que desempenhe genuíno papel de catalisador de inovação e bem-estar econômico e social.

2. Um breve histórico do direito da propriedade intelectual

A evolução da proteção do direito da propriedade intelectual passa por quatro fases: i) a fase territorial é caracterizada pela ausência de um regime internacional de proteção; ii) a fase internacional, a qual se inicia em fins do século XIX é marcada pela celebração das Convenções de Paris e de Berna; ii) a fase global inicia-se em 1986, quando os EUA inserem com sucesso o tema propriedade intelectual no mandato negociador da Rodada Uruguai do GATT, culminando, em 1994 na formação da Organização Mundial do Comércio e na adoção do acordo TRIPS¹¹. Finalmente, a quarta fase apresenta um aprofundamento dos patamares de proteção da propriedade intelectual de TRIPS, é neste aprofundamento que o caráter anticoncorrencial torna-se mais palpável.

(i) O período territorial

O período territorial é dominado pelo princípio da territorialidade, significando que os direitos de propriedade intelectual não se estendem além do território soberano que concedeu os direitos, ou seja, o regime de proteção da

¹⁰ Jonathan BERGER, *Advancing public health by other means: Using competition policy to increase access to essential medicines*, University of the Witwatersrand, África do Sul, 2004.

¹¹ Para uma visão mais completa do assunto consultar Basso, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

propriedade intelectual aprovado pelo país A não se aplica no país B. Por conta deste princípio, os titulares dos direitos de propriedade intelectual enfrentaram um caso clássico de apropriação; alguns países se beneficiaram, pois, destas externalidades positivas¹². A tensão entre apropriação e externalidades positivas conduzem os Estados para a próxima fase de proteção da propriedade intelectual: o período internacional.

(ii) O período internacional

Durante o século XIX, os Estados europeus mais desenvolvidos passaram a se interessar em celebrar acordos de cooperação em matéria de propriedade intelectual, a fim de evitar apropriação das inovações e obras literárias e artísticas de seus residentes. Inicialmente, estes acordos tomaram a forma de bilaterais, e com a ineficiência gerada pelo excesso destes acordos, a solução mais eficiente encontrar foi a de celebrar acordos multilaterais. Neste período, existiam dois pólos claros: um formado por aqueles países que queriam banir, ou pelo menos, mitigar a chamada “pirataria”, e os outros que se beneficiavam das “externalidades positivas”, como é o caso dos Estados Unidos. Estes últimos protegiam apenas obras de cidadãos e residentes locais, propiciando a apropriação de obras e invenções de cidadãos estrangeiros.

Os dois principais movimentos em direção à uma cooperação internacional em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual se consubstanciaram em dois acordos multilaterais: a Convenção de Paris de 1883, cujo escopo é o de proteger propriedade industrial (marcas, patentes, regras de concorrência desleal), e a Convenção de Berna de 1886 para proteção de obras literárias e artísticas. Ambas convenções internacionais tinham como pilares o Princípio do Tratamento Nacional – obrigação de concessão de tratamento igual a todos os cidadãos e residentes dos Estados-membros das convenções-, e existência um rol mínimo de direitos pré-convencionados em favor dos titulares.

As convenções de Berna e de Paris conduziram à uma proliferação de acordos multilaterais para proteção da propriedade intelectual¹³. E esta expansão do regime internacional de proteção da propriedade intelectual conduziu à

¹² Sobre o papel desempenhado pelo não reconhecimento de proteção para obras estrangeiras para o desenvolvimento norte-americano, ver Khan, Zorina, *Intellectual Property and Economic Development: Lessons from American and European history*. Study paper 1a. Londres, Comissão Britânica para Direitos da Propriedade Intelectual, 2001.

¹³ Vide, por exemplo, a lista de acordos de proteção da propriedade intelectual administrados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual em: <http://www.wipo.int/treaties/en/>

criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 1967, a qual, passou a integrar a família das Nações Unidas em 1974, como o braço especializado em propriedade intelectual.

A despeito desta expansão ímpar de acordos de cooperação em matéria de proteção dos direitos de propriedade intelectual, não houve, porém, uma harmonização das regras técnicas, nem uma real observância destas regras, por falta de um regime sancionador atrelado ao de proteção. Os Estados mantiveram sua discricionariedade para estabelecer os patamares de proteção dos direitos de propriedade intelectual, e a falta de harmonia entre os patamares de proteção da propriedade intelectual forçou sua entrada na era global.

(iii) O período global

Após a segunda Guerra Mundial, muitos países em desenvolvimento aderiram à Convenção de Paris e de Berna. E por conta da regra “um país, um voto”, os países em desenvolvimento formaram uma coalizão internacional contra os interesses dos países industrializados, bloqueando toda e qualquer negociação que pudesse se contrapor aos interesses daqueles países. A lógica que permeou a estratégia política dos países em desenvolvimento era o de aumentar o acesso a tecnologias e bens intangíveis cujo acesso era restrito. Durante o período internacional, apropriação/pirataria era mais ou menos tolerável, por conta da falta de um mecanismo de aplicação das normas de proteção da propriedade intelectual. O único mecanismo de aplicação era a Corte Internacional de Justiça da ONU, instância esta nunca utilizada

Os Estados Unidos, liderados pela sua indústria farmacêutica, do entretenimento e da cultura de massa, criaram redes de influência em âmbito nacional e internacional de forma a cooptar apoio governamental suficiente, dentro do mundo desenvolvido, para se inserir o tema proteção da propriedade intelectual na agenda de negociações do GATT, interligando propriedade intelectual e comércio, dando, por consequência, um caráter universal à propriedade intelectual.

Mas para se levar à uma aceitação maciça dos Estados, alguma pressão era imprescindível¹⁴. Em 1984, os EUA reformaram o Trade Act de 1974,

¹⁴ Sobre o histórico que levou à celebração do acordo TRIPS no âmbito do GATT/OMC ver Susan K. Sell, *Private Power, Public Law : The Globalization of Intellectual Property Rights* (Cambridge Studies in International Relations), Cambridge University Press, 2003. Sobre como o Brasil foi pressionado a aceitar TRIPS durante as negociações da Rodada do Uruguai do GATT ver Maria Helena Tachinardi, *A Guerra das Patentes: o conflito Brasil X EUA sobre Propriedade Intelectual*. Editora Paz e Terra, 1993.

inserindo a Section 301¹⁵, a qual investe à autoridade comercial norte-americana (United States Trade Representative) na competência de julgar o nível de desrespeito da propriedade intelectual norte-americana em terceiros países, e a entrar em negociações com estes para remediar a situação. Em caso de insucesso, os países que desrespeitassem os interesses norte-americanos seriam retaliados comercialmente. Este foi o caso do Brasil, na segunda metade da década de 80, por não reconhecer como matéria patenteável produtos farmacêuticos. A lição que se pretendeu ensinar era que se os países não protegessem a propriedade intelectual em termos aceitáveis para os EUA, aqueles enfrentariam ações retaliatórias norte-americanas.

¹⁵ A seção 301 do *Trade Act of 1974* é a principal ferramenta norte-americana para combater práticas de outros países consideradas pelos EUA como desleais. Esta seção é aplicada para proteger os direitos dos EUA contemplados em acordos multi- e bilaterais, assim como para remediar práticas comerciais estrangeiras consideradas como não-razoáveis, injustificadas ou discriminatórias que restringem ou infringem o comércio norte-americano. Existem três categorias de ações 301:

- 301 Original: para práticas comerciais desleais;
- 301 Especial: para identificar os países que não dispõem de uma proteção efetiva e adequada dos direitos de propriedade intelectual ou não oferecem acesso justo e equitativo a seus mercados para cidadãos e/ou companhias norte-americanas. Aqueles países, cujas políticas e práticas comerciais afetam de forma importante os interesses dos EUA, ou que não participam de boa-fé em negociações, ou não que não realizam progressos significativos no sentido de solucionar estes problemas, são identificados como “países prioritários” e poderão ser objeto de investigação por parte do governo norte-americano. Seis meses depois de listados como “prioritários”, a situação desses países será reexaminada, a fim de se verificar se a situação contrária aos interesses norte-americanos no campo da propriedade intelectual persiste. Se a sim, decidir-se-á qual ação será tomada, e inclusive os EUA poderão vir a aplicar sanções comerciais unilaterais. Existe ainda uma lista de observação, onde figuram países, cujas práticas comerciais provocam um dano não apenas importante, mas sério aos interesses de empresas e cidadãos americanos;
- 301 Super: para identificar as práticas prioritárias que geram maiores barreiras comerciais, e cuja eliminação beneficiaria significativamente os EUA. Anualmente o Representante de Comércio dos EUA apresenta uma lista de práticas estrangeiras consideradas desleais, que poderão desencadear sanções comerciais unilaterais.

As sanções que podem ser impostas são: a) suspensão ou retirada de benefícios comerciais; b) imposição ou aumento de taxas tarifárias ou outras restrições comerciais; imposição de multas ou restrições de importações de determinado país por certo período de tempo, a ser determinado pelo Representante Comercial dos EUA; c) imposição de acordo, por meio do qual o país estrangeiro se comprometa a: 1) eliminar ou suspender a lei, política ou prática; 2) eliminar qualquer gravame ou restrição às atividades de empresas e cidadãos norte-americanos; 3) oferecer aos EUA benefícios comerciais compensatórios.

Em 1986, durante a Reunião Ministerial de Punta Del Este, Uruguai, propriedade intelectual foi incluída no mandato negociador. Oito anos mais tarde, em abril de 1994, a Rodada do Uruguai foi concluída em Marrakesh, Marrocos, culminando na formação da Organização Mundial do Comércio e em um pacote de acordos de liberalização do comércio internacional, e um destes acordos é conhecido como TRIPS. Por intermédio da regra do “single undertaking”, os Estados Membros da OMC não poderiam fazer qualquer reserva ou deixar de aderir a algum dos acordos do pacote de Marrakesh, ou seja, a regra do ou tudo ou nada, passando propriedade intelectual a permear o comércio internacional de forma ampla.

(iv) Era pós-TRIPS: o recrudescimento do caráter anticoncorrencial da propriedade intelectual

Por meio da conexão permanente entre propriedade intelectual e comércio internacional, o acordo TRIPS alcança todos Estados-membros do sistema multilateral de comércio. TRIPS suprime a discricionariedade dos Estados de eleger o patamar de proteção da propriedade intelectual mais adequado: tudo no acordo é obrigatório.

O acordo TRIPS opera sob os auspícios de um sistema institucional desenhado a promover a observância de suas obrigações: a OMC. O acordo da OMC estabeleceu o Conselho para TRIPS, que tem o papel de monitorar a implementação, pelos membros da organização, das obrigações assumidas. A não implementação das obrigações em termos aceitáveis pode levar à abertura de procedimentos especiais perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O significado deste sistema é que propriedade intelectual, ao contrário do que ocorria até então, durante o período internacional, deixou de ser uma mera “carta de princípios”, que os Estados escolhiam implementar e observar ou não, de acordo com seus interesses nacionais, e passou a ser obrigatório, com o estabelecimento de um órgão sancionador internacional.

O período pós-TRIPS não é marcado apenas pelo período de implementação e adequação dos Estados aos novos patamares de proteção do DPI, mas também por um processo de expansão de negociação e celebração de novos acordos bilaterais, regionais e sub-regionais de proteção da propriedade intelectual, cujo escopo é o de expandir os poderes dos titulares destes direitos, reduzindo e, se possível, suprimindo a concorrência pelo período mais amplo possível¹⁶. A era TRIPS-plus surge a partir dos embates entre países em desen-

¹⁶ O acordo para estabelecimento da Área de Livre Comércio das Américas, o acordo Comunidade Européia e Mercosul, o Acordo sobre Livre Comércio entre América Central

volvimento e países desenvolvidos na OMC acerca de propostas destes para fortalecimento dos patamares de proteção da propriedade intelectual além do previsto em TRIPS. Encontrando dificuldades em se aprovar normas no âmbito multilateral, negociações bilaterais e regionais foram os meios mais simples de se aprovar estes patamares¹⁷.

Estes acordos TRIPS-plus, conforme já mencionado, apresentam normas cujo único escopo é expandir os poderes dos titulares atuais de propriedade intelectual, por meio da restrição da livre concorrência pelo período de tempo mais amplo possível. A seguir apresentamos as normas mais comuns TRIPS-plus presentes nestes acordos:

- Expansão da matéria patenteável e dos direitos conferidos: supressão das flexibilidades previstas no Artigo 27.2 e 27.3 do TRIPS¹⁸
- Extensão do período de proteção das patentes
- Extensão do período de proteção dos direitos autorais
- Limitação da capacidade dos governos de adotar medidas de proteção à saúde pública: impede-se a possibilidade dos Estados de utilizarem as novas flexibilidades introduzidas pela Declaração de Doha sobre TRIPS e Saúde Pública que, em resumo, sustenta que DPI está abaixo do direito dos Estados de gerir sua saúde pública.

e EUA são todos acordos ou minutas de acordos que apresentam carácter TRIPS-plus. Sobre o assunto ver: Maristela Basso, *Propriedade Intelectual na Era Pós-OMC*. Livraria do Advogado, 2005.

¹⁷ No site www.bilaterals.org está disponível a maior parte dos acordos bilaterais e regionais de comércio celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que apresentam normas TRIPS-plus.

¹⁸ 2 - Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

3 - Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

- a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;
- b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema “sui generis” eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

· Direitos exclusivos sobre dados farmacêuticos: informações clínicas são geralmente exigidas pelas autoridades governamentais para aprovar a comercialização de novas drogas. De acordo com o TRIPS, os Estados Membros da OMC devem proteger os resultados de testes e outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, “contra seu uso comercial desleal”. Os Membros também devem adotar providências para impedir que esses dados sejam divulgados “exceto quando necessário para proteger o público”¹⁹. Os Acords TRIPS-plus exigem direitos exclusivos de comercialização sobre esses dados e informações por um prazo mínimo de cinco (5) anos, limitando a entrada de produtos genéricos no mercado, no caso de emissão de licenças compulsórias.

- Maior burocratização do uso de licenças compulsórias
- Inexistência de disposição sobre tratamento diferencial e especial para em desenvolvimento e com menor desenvolvimento relativo.

O resultado da expansão do DPI a patamares anticoncorrenciais: a tragédia dos “anticommons”

A propriedade comum é apontada como a principal causa para a má gestão de recursos escassos; não havendo limites nem instrumentos legais para se impedir que terceiros utilizem os recursos comuns de maneira não-razoável, os indivíduos não terão outra alternativa senão explorar ao máximo aqueles recursos, em detrimento de sua conservação. Esta super-exploração dos recursos comuns gera a “tragédia da propriedade comum” (*tragedy of the commons*). Garret Hardin cunhou esta expressão ao tratar sobre como um recurso comum sofreria tal destruição se estivesse sujeito à exploração de muitos e ninguém tivesse o direito de impedir terceiros de fazê-lo²⁰. Este é um dos argumentos mais frequentes para justificar a propriedade privada em detrimento da propriedade comum ou estatal. Propriedade privada é tida, conseqüentemente, como muito mais eficaz, uma vez que o titular privado da propriedade tem o objetivo de melhor administrá-la para maximizar os seus benefícios. Para a escola utilitarista, as falhas intrínsecas à propriedade comum dos bens podem ser sobrepostas apenas por meio de sua privatização. Entretanto, os teóricos que trabalham com a justificação do direito de propriedade baseado na expansão de sua eficiência ignoram uma conseqüência igualmente nefasta associada ao seu reconhecimen-

¹⁹ Artigo 39.3 do TRIPS.

²⁰ Michael A. Heller e Rebecca S. Eisenberg. Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research. Revista Science, volume 280, maio de 1998, pág. 698 e ss.

to cada vez mais amplo: a tragédia dos “anticommons”, ou seja, a possibilidade de sub-utilização dos bens quando muitas pessoas detêm o direito de excluir terceiros de sua fruição. O termo refere-se a um tipo de propriedade, na qual muitos detêm direitos em relação a determinados bens e ninguém tem qualquer direito de usá-los, exceto quando for autorizado pelos demais titulares. Este é o caso atual da propriedade intelectual²¹.

A propriedade intelectual, diferentemente da propriedade sobre bens tangíveis, pode ser fruída de forma não-exclusiva, ou seja, seu consumo por um indivíduo não impede que terceiros também os consumam, além disso, embora seu desenvolvimento seja custoso, sua reprodução implica em baixos custos. Decorre desta realidade que os inventores, criadores não tendo certeza sobre a possibilidade de se receber recompensa pelo trabalho e investimentos incorridos, não se estimulam em inovar e criar. Logo, para se suprimir o efeito destas externalidades que desencorajam inovação e progresso, o Estado estabelece marcos legais de proteção da propriedade intelectual, oferecendo incentivos para inovar, criar, limitando apropriação dos bens intangíveis por terceiros. Entretanto, no período atual de uma corrida do patenteamento, gerar e introduzir novos produtos mais eficientes e modernos no mercado passou a ser um desafio extremamente caro, moroso e imprevisível, que envolve não apenas os altíssimos investimentos em Pesquisa & Desenvolvimento, mas também aqueles decorrentes de licenciamentos de tecnologias detidas pelos concorrentes²². Em resumo, a expansão das normas de propriedade intelectual está gerando um solapamento das pesquisas que estão sendo bloqueadas por conta do número cada vez maior

²¹ Giuseppe Colangelo, *Avoiding the tragedy of the anticommons: collective rights organizations, patent pools and the role of the antitrust*. LE Lab Working Paper number IP – 01 – 2004.

²² O desenvolvimento de novas tecnologias, produtos, processos pode envolver dezenas de diferentes tecnologias protegidas por patentes. Para se colocar novos produtos no mercado, deve-se, pois, negociar acordos individuais de licenciamento. Porém, dependendo do número de patentes de competidores envolvidas no novo produto, o seu lançamento pode não apenas tornar-se extremamente custoso, fadando-o ao insucesso comercial, impedindo a entrada de novos competidores no mercado, mas tal fato pode simplesmente bloquear a sua entrada no mercado. O caso Golden Rice é interessante neste sentido: um tipo novo de arroz rico em pró-vitamina A foi desenvolvido para suprir as deficiências desta vitamina em populações do sudeste asiático, região em que a cegueira decorrente da falta de vitamina A atingiu níveis alarmantes. Este novo tipo de arroz envolveu dezenas de patentes, porém, uma única patente deteve o poder de bloquear o lançamento do produto, de forma filantrópica, no mercado asiático: a empresa Astra Zeneca. Ver em: <http://www.i-sis.org.uk/rice.php>

de títulos de DPI²³ que, por sua vez, implicam em altos custos de licenciamento, imprevisibilidade (devido aos riscos de processos judiciais e devido à possibilidade de concorrentes utilizarem suas patentes para impedir a entrada de novos produtos concorrentes no mercado). Em poucas palavras: o que não foi previsto pelos legisladores é que a privatização dos resultados das novas pesquisas pode ter um efeito contrário ao de estimular concorrência e inovação: muitos titulares de direitos sobre “tijolos” que serão a base para o desenvolvimento de novas tecnologias e produtos podem bloquear o seu desenvolvimento.

Como estão sendo gerados questão anticoncorrenciais por intermédio do DPI?^{24, 25}

I) **concessão de patentes sobre fragmentos concorrentes:** patentes concedidas sobre fragmentos de genes e ferramentas de pesquisas, que formam espécies de tijolos na construção de bens de valor comercial criam um direito de propriedade fragmentado que, embora não tenha em si o valor comercial de um produto pronto e acabado a ser introduzido no mercado, representa necessariamente uma ferramenta para alcançá-lo. Logo, a estratégia é licenciamento: e licenciamentos podem ser muito custosos; os titulares destes “tijolos” podem exigir royalties leoninos, co-propriedade sobre a pesquisa resultando do uso deste material protegido. Quando se pensa que um novo produto de valor comercial pode envolver muitos “tijolos” – e em geral, envolvem – multiplicar os custos econômicos decorrentes destas negociações individuais, pode facilmente desestimular qualquer entrada de novos produtos e, conseqüentemente, concor-

²³ Empresas do setor das novas tecnologias estão reivindicando mais e mais patentes sobre “fragmentos de invenções” que não apresentam qualquer valor inovador, ou seja, reivindicam-se patentes sobre fragmentos de genes, sobre incrementos de invenções passadas que figuram como tijolos na construção de outras invenções. Tais patentes apresentam **caráter defensivo**: novas invenções genuinamente inventivas podem envolver dezenas, centenas e até milhares de outras invenções patenteadas. A mera necessidade de se negociar acordos individuais de licenciamento com cada titular de patente é por si só um desestímulo para se inovar e entrar no mercado. No mais, cada titular de patente está investido no poder de bloquear o lançamento das novas invenções, adquirindo o poder de barganhar altas taxas de royalties sobre sua comercialização ou até mesmo co-propriedade, aumentando os custos ao consumidor, restringindo o acesso às novas tecnologias, ou até mesmo impedindo a entrada de novos concorrentes, quando isso for mais interessante economicamente. Nesta última hipótese, restaria a possibilidade de se pedir judicialmente uma licença compulsória, mas a morosidade do judiciário esvaziaria a pesquisa.

²⁴ Heller e Eisenberg, op.cit.

²⁵ Relatório Final da UK IPR Commission de 2003, capítulo 6, disponível em: http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/Ch6final.pdf

rentes no mercado. O resultado disto será toda a espécie possível e imaginável de abusos na ordem econômica.

II) Ineficiência no exame e concessão de patentes biotecnológicas e farmacêuticas : embora possa ser dito, tecnicamente, que o mero depósito de um pedido de patente não é uma patente, na prática, a incerteza decorrente do escopo da patente e da concessão (ou não) da patente, obriga empresas a celebrarem acordos de licenciamento em relação a tecnologias que talvez nem venham a ser protegidas ao final do período de exame, de modo a não postergar ainda mais o desenvolvimento de suas pesquisas. Conseqüentemente, gerar-se-ão maiores custos no desenvolvimento das novas tecnologias que serão repassados ao produto final, sem se mencionar a que durante o período de pendência de uma patente, no caso do depositário da patente se negar a negociar sua tecnologia, não será possível, legalmente, pedir, perante o judiciário, uma licença compulsória para uso da tecnologia. No Brasil, atualmente, o exame de uma patente leva em média 8 anos, enquanto no mundo desenvolvido leva apenas a metade, e na Índia, a partir da aprovação de sua nova legislação patentária em 2005, prevê-se que levar-se-á apenas um ano para o exame e concessão da patente²⁶. A demora gera um monopólio de fato mais poderoso que a própria patente, uma vez que tal “monopólio” não poderá ter sua validade impugnada, uma vez que a legislação brasileira de propriedade industrial apenas permite a impugnação judicial ou administrativa após a concessão efetiva da patente; o receio de que a patente seja concedida bem como aquele decorrente do direito retroativo do titular da patente à data do depósito a receber indenizações, impede o desenvolvimento de novos produtos e o surgimento de novos concorrentes.

III) Reach through license agreements (RTLAs)²⁷ – RTLAs ou acordos de licenciamento de amplo alcance sobre ferramentas de pesquisa patenteadas investem nos titulares destas patentes – as quais são utilizadas em pesquisas em estágio pré-comercial – direitos sobre os produtos decorrentes – direta ou indiretamente – do uso destas ferramentas. Tais direitos tomam a forma de royalties sobre as vendas dos produtos finais, direito à uma licença exclusiva ou não-exclusiva de uso sobre o produto final, ou ainda, o direito de negociar contratos de licença que envolvam o produto final que foi desenvolvido a partir da ferramenta patentada, expandindo, pois, o poder da titular da patente sobre a ferramenta de pesquisa para além do escopo de proteção da patente, criando-se,

²⁶ Informações fornecidas pela Dra. Ruchi Tiwari, atual Controller of Patents and Designs da Índia.

²⁷ Sobre as práticas de licenciamento no setor biotecnológico ver Government, University and Biotechnology Licensing. Disponível em: <http://www.lexisnexis.com/practiceareas/ip/pdfs/531CH6A.pdf>

na prática, uma patente de escopo variável e ampliável, quase que ilimitada.

As dificuldades gerenciais e econômicas de se acessar diversos bens protegidos por direitos de propriedade intelectual necessários para o lançamento de um novo produto vêm estimulando o surgimento de associações, comunidades que congregam os titulares destes direitos, reduzindo os custos de transação. A indústria do entretenimento, aviação, automobilística tradicionalmente se unem organizações que congregam os grandes players do setor, facilitando a celebração de acordos de cross-licensing, entretanto, no setor farmacêutico e biotecnológico a realidade é diferente: estas empresas, em geral, não trabalham no esquema de patent pools.

V) estratégia evergreening: O acordo TRIPS, no tocante à matéria patenteável, estabelece apenas que qualquer invenção seja de produto ou de processo, em todo e qualquer setor tecnológico, deverá ser protegível, desde que preencha os tradicionais três requisitos de patenteabilidade, a saber: novidade, passo inventivo e, por fim, aplicação industrial²⁸. Ao não definir esses requisitos, o acordo deixa espaço aos Estados-membros da OMC para definirem o conteúdo de cada um de forma a refletir suas peculiaridades econômicas e sociais. Sendo mais claro, os Estados podem usufruir desta discricionariedade legal a fim de estabelecer standards de patenteabilidade mais ou menos altos, dependendo dos interesses locais a serem resguardados. Os países desenvolvidos estão reduzindo os patamares de patenteabilidade em seus países, ou seja, estão adotando ficções jurídicas que permitem o patenteamento de técnicas, produtos, processos que já fazem parte do estado da arte, expandindo a duração das patentes. Um caso típico é o das patentes de segundos e novos usos: Patentes envolvendo novos usos farmacêuticos se referem à descoberta de novos usos para substâncias, princípios ativos, moléculas, composições já previamente conhecidos, e muitas vezes, já em domínio público. Novos usos farmacêuticos envolvem tanto a segunda indicação quanto as subsequentes, ou seja, envolve a descoberta de um novo uso para um produto que já era aplicado no campo médico. O INPI do Brasil passou a conceder patentes sobre novos usos, embora não haja previsão legal. O fundamento da concessão é apenas um ato administrativo interno que extrapola na capacidade do INPI de legislar.

3. Federal Trade Commission e a propriedade intelectual: uma diretriz para o Brasil

Em um período de inovação rápida, expansão dos setores

²⁸ Artigo 27.1 do TRIPS.

biotecnológicos e farmacêuticos, e o paralelo fortalecimento do DPI como instrumento para estimular a expansão destes setores, surge a pergunta: qual é o ponto de equilíbrio entre proteção da propriedade intelectual e concorrência e bem-estar social e econômico? Vivemos, no caso brasileiro, em um cenário de inexistência de regras fortes dos direitos de propriedade intelectual até meados da década de 90, e atualmente experienciamos uma situação inversa: expansão contínua dos DPI, e, conseqüentemente, sub-geração de novas tecnologias genuinamente nacionais, a partir da privatização de informações que tradicionalmente eram parte do domínio público. Quando se trata que a expansão do DPI, embora possa, num primeiro momento, ser tido como um elemento positivo ao oferecer estímulos para geração de inovação, este mesmo instrumento apresenta num segundo momento obstáculos para esta mesma inovação, gerando crescente obstáculo para a livre-concorrência: a propriedade intelectual, a partir de TRIPS perdeu o seu carácter de instrumento de desenvolvimento econômico a partir da inovação, passando a desempenhar papel de proteção de mercados cativos de grandes empresas transnacionais, criando obstáculos atemporais para a entrada de novos concorrentes em seus mercados²⁹.

Tendo consciência desta realidade, em novembro de 2002, o Departamento de Justiça e o Federal Trade Commission dos EUA co-organizaram uma série de audiências que congregou especialistas em direito concorrencial, patentes, inventores, empreendedores, representantes de pequenas e médias empresas, visando explorar, de maneira mais aprofundada: i) a interface entre concorrência e patentes; ii) meios para viabilizar a expansão da economia da informação a partir da inovação; iii) meios para a criação de regime em que coexista harmonicamente concorrência e direito patentário, com vistas à geração de inovação e bem-estar econômico e social. Em Outubro de 2003, o FTC publicou um estudo³⁰ que sumariza os resultados das discussões travadas nos

²⁹ Uma das críticas mais ferozes ao TRIPS é o efeito gerado pelo princípio da não discriminação entre produtos produzidos localmente e no exterior, previsto no artigo 27. Na prática, esta disposição cria a seguinte situação: empresas transnacionais no setor de novas tecnologias patenteiam seus produtos e processos em todos os mercados relevantes, e produzem tais produtos em determinados países, distribuindo-os globalmente a partir destes pontos focais, suprimindo suas linhas de produção nos outros países. Conseqüentemente, o DPI passam a ser meros instrumentos de proteção de mercados, vetando a entrada de competidores locais no mercado. Sobre o assunto ver: Paras Gorasia, *The Impact of Article 27 of the TRIPS Agreement on Foreign Direct Investment and Transfer of Technology to Developing Countries*, 2002.

³⁰ Federal Trade Commission, *To Promote Innovation: the proper balance of competition and patent law and policy*.

Workshops de 2002, apresentando uma série de sugestões de reforma do sistema patentário norte-americano a fim de torná-lo “innovation-friendly”. Embora o sistema patentário brasileiro apresente algumas diferenças em relação ao regime norte-americano de proteção, o Brasil, a partir de 1997 vem seguindo mais e mais – mesmo que de forma velada – as diretrizes norte-americanas de patenteabilidade, logo, o estudo do FTC deve servir de guia para repensarmos nosso marco legal e política em inovação.

Tanto a competição quanto política patentária podem fomentar inovação, mas cada um destes regimes exige um equilíbrio com as regras do outro para se alcançar tal objetivo. Competição entre firmas é o meio mais eficiente para se conseguir os melhores preços, quantidades, qualidade dos produtos e serviços para os consumidores, maximizando o bem-estar dos consumidores. As patentes também podem ser um instrumento de fomento à inovação. A patente, ao conferir ao seu titular o direito de excluir terceiros de produzir, usar ou comercializar o produto/processo protegido por um período de vinte anos do depósito do pedido, estimula a competição para desenvolvimento e lançamento de novos produtos no mercado: o que chegar primeiro no escritório de patentes pode vir a ser o empreendedor de maior sucesso. Ainda, o direito patentário ao exigir que haja publicação da invenção e de seu *modus operandi*, promove a disseminação de informação técnica, favorecendo inovações que partem das inovações publicadas.

O FTC reconhece que patentes não necessariamente conferem poderes monopolísticos para seus titulares, e mesmo quando uma patente confere um poder monopolístico, este não automaticamente gera uma infração anticoncorrencial. O direito patentário reflete intrinsecamente um equilíbrio entre a necessidade de se encorajar inovação e aquela de se evitar monopólios que possam bloquear concorrência, sem necessariamente haver avanços científicos e das artes. Os critérios de patenteabilidade (novidade, inventividade e aplicação industrial) são fundamentados na noção de que as informações que são óbvias devem permanecer no domínio público, e este apresenta aos criadores e inventores o ferramental básico para novas criações. Consequentemente, a concessão de uma patente sobre uma invenção óbvia prejudica a competição. O estudo do FTC menciona um caso de uma patente concedida em 1895 em benefício de George Selden, a qual reivindicava proteção para todo e qualquer automóvel. A reivindicação presente na carta-patente era tão ampla que abarcava não apenas o automóvel especificamente desenvolvido por Selden, mas também todo e qualquer automóvel que viesse a ser desenvolvido. A associação que licenciou a invenção de Selden acabou restringindo o lançamento de novos automóveis no mercado norte-americano ao encarecer as licenças de uso da tecnologia, até que Henry Ford, dentre outros, impugnou a validade da patente e restringiu o escopo de proteção da patente de Selden em 1911.

Ao mesmo tempo, uma aplicação “ultra-zelosa” do direito concorrencial à propriedade intelectual pode também restringir usos competitivos de patentes válidas. Por isto a necessidade de um equilíbrio entre os dois regimes legais.

4. Conclusões e recomendações do FTC

Em regra, o regime de proteção patentária apresente um equilíbrio com políticas de defesa da concorrência, ao conceder direitos de exclusivo apenas quando há a necessidade de se incentivar geração de inovação, desenvolvimento comercial de determinado setor comercial ou publicação/difusão de uma inovação. Entretanto, a comunidade empresarial norte-americana observou que patentes de baixa qualidade (as chamadas “bad patents”³¹) e procedimentos administrativos e judiciais fracos e deficientes – tendenciosos em favor dos depositários de patentes - para analisar pedidos de patentes pode inadvertidamente conferir poder de mercado indesejável e aumentar os custos para inovar, restringindo competição, que deveria existir para gerar inovação.

Durante as audiências públicas, representantes da indústria de biotecnologia sustentaram que muitas pesquisas estão sendo abortadas por envolverem tecnologias que são protegidas por patentes amplas, para se evitar possíveis litígios de infração a direitos patentários. Por conseqüência, as “bad patents” freiam a entrada de empresas no setor de pesquisas que são cobertos por estas patentes, bloqueando, indiretamente, a entrada de novos competidores no mercado, o desenvolvimento de novas tecnologias, suprimindo a concorrência nestes mercados. Se a empresa competidora escolhe conduzir pesquisas no setor coberto por uma “bad patent” de duas uma: ou estará sujeita a processos milionários de infração a direitos de patente ou, caso escolha negociar uma licença de uso da tecnologia coberta pela “bad patent” e pagar royalties pelo uso, os custos para inovar e desenvolver novos produtos podem ser proibitivos para o lançamento dos produtos no mercado. E mesmo que se escolha o caminho de se impugnar administrativa ou judicialmente a validade destas patentes de baixa qualidade, estes procedimentos são extremamente custosos, morosos. Ou seja, todos os caminhos inibem futuras pesquisas, e, por conseqüência, a entrada de novos competidores no mercado.

³¹ Bad patents ou patentes de baixa qualidade ou questionáveis são aquelas que provavelmente seriam inválidas se tivessem sido examinadas mais detidamente pelos examinadores de patentes ou apresentam reivindicações de proteção muito amplas, expandindo seu escopo de proteção para outras invenções que serão ainda gestadas por outras empresas.

A seguir apresentaremos algumas das sugestões do FTC, flexibilizadas para serem aplicadas no Brasil, bem como algumas outras que podem viabilizar uma melhor coexistência entre direito patentário e concorrência, entre direitos exclusivos e inovação e difusão de informações:

I) ampliação da possibilidade de impugnação da validade das patentes por via administrativa: no Brasil, muito mais que nos EUA, o tempo do judiciário é extremamente moroso, gerando-se decisões iníquas e contrárias ao interesse público. Ainda é importante frisar que o judiciário brasileiro não está totalmente habilitado para atuar eficientemente em causas envolvendo DPI, especialmente, patentes. Atualmente, no Brasil, apenas é possível se impugnar a validade de uma patente pela via administrativa (INPI), no período de até seis meses a contar-se da data de concessão da patente. Após este período, o judiciário é a última e única alternativa. Logo, recomenda-se que a possibilidade de oposição seja permanente, bem como que um tribunal administrativo de patentes se substituía ao judiciário nestas causas que tenham sido originariamente lá apresentadas, restringindo as possibilidades de uso de recursos para esvaziar a eficiência do processo.

II) Regras de impugnação de validade de patentes fundamentadas no princípio da “predominância da evidência” em substituição ao princípio da “evidência clara e convincente”: o Instituto Nacional de Propriedade Industrial do Brasil, órgão responsável pelo exame dos pedidos de patentes aqui depositados, encontra-se em gravíssima crise econômica e em termos de recursos humanos, e a consequência disto é a fraqueza das patentes concedidas por este órgão. O regime patentário, por si só, já favorece a concessão de patentes, uma vez que apenas o depositário da patente participa do processo sozinho, os examinadores de patentes do INPI estão sobrecarregados de trabalho e detêm poucos recursos para examinar os pedidos, havendo poucas possibilidades de se fazer uma avaliação adequada do estado da arte e do preenchimento dos critérios de patenteabilidade do pedido de patente depositado. Não há a possibilidade de intervenção de terceiros durante o processo de exame de pedidos de patentes, inibindo a possibilidade de se evitar a concessão de patentes de baixa qualidade. Por estas razões, todo o procedimento é tendencioso em favor do depositário da patente, logo, a regra para invalidar estas patentes deve transferir aos titulares das patentes o ônus de provar que sua invenção preenche os critérios de patenteabilidade, devendo-se substituir a regra da “evidência clara e convincente” das provas apresentadas para impugnar a validade de patentes, pela da “predominância da evidência”, facilitando o procedimento de revogação de “bad patents”.

III) fortalecimento dos standards legais utilizados para se avaliar inventividade: inventividade é o critério que verifica se uma determinada invenção envolve um desenvolvimento técnico significativo que não poderia ser previsto por um técnico

co habilitado naquele setor da técnica, ou seja, verifica-se se a inovação era ou não previsível para um conhecedor da área. Se o estado da arte sugerir a possibilidade de desenvolvimento de certa invenção, logo, esta invenção não será inventiva. Tanto os EUA quanto o Brasil estão abusando de interpretações legais que levam ao evergreening³², ou seja, uso de interpretações legais e ficções legais que levam à concessão de patentes óbvias que, por sua vez, conferem poder de mercado injustificado para os titulares destas patentes, coibindo a livre concorrência. O marco regulatório brasileiro é o único no mundo que apresenta um instrumento controverso, porém eficaz de bloqueio na concessão de patentes de baixa qualidade no setor de fármacos: o mecanismo conhecido como Anuência Prévia. Este mecanismo permite que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária examine pedidos de patentes sobre produtos e processos farmacêuticos conjuntamente com o INPI. Em geral, há um conflito claro entre o INPI e a ANVISA: O real conflito decorre da adoção pelos dois órgãos de diretrizes conflitantes para análise dos pedidos de patentes na área farmacêutica. O INPI consubstanciou sua linha de trabalho no documento “Diretrizes para o exame de pedidos de patentes nas áreas de biotecnologia e farmacêutica depositados após 31.12.1994”³³. Já a ANVISA sabidamente adota uma postura mais restritiva que a adotada pelo INPI; um quadro incompleto sobre sua linha de trabalho é formado a partir de declarações, decisões, notas técnicas que paulatinamente vão vindo ao conhecimento público. Logo, o verdadeiro conflito entre os dois órgãos está no nível dos standards de patenteabilidade: enquanto o INPI adota standards mais próximos aos dos países desenvolvidos, a ANVISA adotou, dentro das flexibilidades do TRIPS, standards mais rígidos, permitindo a patenteabilidade apenas de invenções que atinjam esse nível mais elevado de inventividade e novidade. A postura mais interessante da ANVISA é a de evitar a concessão de patentes que tenham caráter *evergreening*. O argumento da ANVISA é que este tipo de patente cria obstáculos para um amplo acesso a

³² Evergreening is a mechanism most commonly associated with pharmaceutical drug manufacturers of “blockbuster” (high volume) drugs. The process involves filing “new use” patent claims over the process, dosage form, or method of administration, rather than the active ingredient itself. When successful, the patent term effectively is extended for either the “new use” or even the “old use”. This extension of the pharmaceutical company’s monopoly delays the generic manufacturer’s entry into the market. (...)Evergreening is seen by some as the single most important strategy used by US drug manufacturers to retain profits from “blockbuster” drugs for as long as possible. http://www.corr.com.au/corr/site/web.nsf/Content/Pub_3420588M_InBrief_IP_161204_Generics_See_Evergreening_as_Red

³³ Ver em <http://www.agif.com.br/download/INPI-diretrizes%20para%20exame.doc>.

medicamentos. Este instrumento muito mais do que útil para proteção da saúde pública brasileira, é um instrumento único para proteção do equilíbrio entre patentes e concorrência. A anuência prévia está em risco de não sobreviver por muito tempo, por pressões da indústria farmacêutica internacional. Ao nosso ver, os expertos do direito concorrencial e empresas nacionais deveriam apoiar mais explicitamente a manutenção deste mecanismo, bem como sua expansão para outras áreas, protegendo o mercado de posturas anticoncorrenciais.

IV) necessidade de maiores investimentos no INPI, principalmente em recursos humanos³⁴;

V) necessidade de se esclarecer que o INPI está a serviço do interesse público e não dos depositários de patentes: o INPI deve proteger o interesse público contra a concessão de patentes inválida que podem coibir a livre concorrência, o livre desenvolvimento de novas tecnologias, etc. Apenas para ilustrar esta necessidade, referiremo-nos a um episódio que presenciamos recentemente: durante seminário organizado pela organização Médicos Sem Fronteiras sobre os dez anos do acordo TRIPS, em abril de 2004, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, representantes de alta hierarquia do INPI declararam que o órgão tem a mera função de avaliar pedidos de patentes, sendo um órgão neutro, sem qualquer viés social.

VI) necessidade de estudos de impacto econômico e concorrencial antes de se propor qualquer emenda legislativa para expandir o escopo de proteção da propriedade intelectual. Vale lembrar que o artigo 5, XXIX da Constituição Federal dispõe que a proteção da propriedade industrial tem como balizas o desenvolvimento humano, social e tecnológico do Brasil.

VI) emenda da legislação brasileira de propriedade industrial a fim de se possibilitar a apresentação de *amicus curiae* tanto por terceiros interessados quanto pela Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça em casos privados envolvendo DPI que tenham conseqüências concorrenciais.

VII) necessidade de estabelecimento de um canal de diálogo permanente entre o INPI e a SDE, criando-se a obrigação da SDE de intervir em processos patentários (administrativos e judiciais) que sabidamente envolvam patentes que possam interferir na livre concorrência.

VIII) incorporação na legislação brasileira de PI de todas as flexibilidades oferecidas por TRIPS, dentre elas: ³⁵: a exceção de *early working*³⁶ para genéricos,

³⁴ CRISE FINANCEIRA QUASE LEVA INPI À FALÊNCIA, Valor Econômico, 23 de junho de 2003. Ver ainda: http://www.universia.com.br/html/materia/materia_ecbj.html

³⁵ Para outras opções, ver em World Bank (2002), páginas 141 e 142.

³⁶ A exceção de *early working* se relaciona à situação de um potencial competidor –

limitação da extensão da proteção de dados de testes³⁷, adoção do princípio da exaustão internacional de direitos de propriedade intelectual/importação paralela³⁸, vedação da patenteabilidade de polimorfos³⁹.

normalmente um produtor de genéricos – usar uma invenção protegida, sem o consentimento do detentor da patente, para se praticar atos necessários para a obtenção de aprovação regulatória e registro de um produto genérico, antes da patente expirar. O fito desta exceção é a de não estender, na prática, o período de validade de uma patente, ao favorecer que os produtores de genéricos lancem seus produtos no mercado imediatamente após o fim do monopólio patentário. Musungu, Villanueva e Blasetti, Op.cit., p. 16 e 17.

³⁷ O artigo 39.3 do TRIPS estabelece que “*Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos, que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal*”. Os Estados tem a discricionariedade de limitar a extensão desse direito de exclusividade, quando tal direito for utilizado em detrimento do consumidor, ou seja, o interesse público se sobrepõe quando o direito de exclusividade sobre os dados for utilizado como um obstáculo legal para a entrada, em tempo razoável, de medicamentos genéricos no mercado. Musungu, Villanueva e Blasetti, ob.cit., p.18.

³⁸ Importação paralela se refere a uma situação onde uma terceira parte, sem o consentimento do detentor local da patente, importa um artigo estrangeiro colocado no mercado exterior de forma legítima pelo detentor da patente ou por seu licenciado, de forma a se criar uma competição local entre estes produtos e aqueles produzidos localmente pelo detentor da patente ou por seu licenciado. Esta prática é baseada no princípio que o detentor da patente foi remunerado quando da primeira venda do produto protegido, e o controle sobre futuras revendas do mesmo produto engessaria o comércio e a concorrência, ou seja, uma vez comercializado o produto, o detentor da patente teria seu direito exaurido. O artigo 6º do acordo TRIPS permite que os Estados-membros da OMC decidam qual regime de exaustão de direitos adotarão. Uma vez que empresas farmacêuticas fixam preços diferenciados para um mesmo produto em países diferentes, a importação paralela possibilita aos consumidores terem acesso ao produto sem afetar o direito do detentor da patente de ser remunerado no país onde a primeira venda é efetivada. Musungu, Villanueva e Blasetti. Ob.cit., p.13-14. Sobre o assunto ver Herman Cohen Jehoram, ‘International exhaustion versus importation right: a murky area of intellectual property law’, *GRUR International* 1996-4, p. 280-284.

³⁹ Polimorfismo é a capacidade que têm um composto de se cristalizarem em diversas formas. Estas formas podem ser consideradas parte do estado da técnica se forem produ-

VIII) apoio da comunidade empresarial brasileira à proposta feita pelo Brasil e Argentina perante à Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em 2004, para estabelecimento da Agenda do Desenvolvimento.

IX) criação pela Secretária de Direito Econômico de guidelines sobre práticas de licenciamento de tecnologia anticoncorrenciais.

5. Conclusões

Proteção da propriedade intelectual é um caminho sem volta, no curto e médio prazo, porém, os seus limites são negociáveis. Todas as críticas feitas ao regime corrente de proteção da propriedade intelectual são feitas por organizações da sociedade civil que, muitas vezes, adotam um tom de ruptura inviável. O regime de propriedade intelectual, conforme discutimos, tem um forte potencial anticoncorrencial devido à natureza da sua expansão durante a última década, porém este desequilíbrio pode e deve ser corrigido. O próprio acordo TRIPS, de forma tímida, reconhece que o DPI pode dar ensejo a práticas anticoncorrenciais e abusos, oferecendo aos membros da OMC a possibilidade de instituição de regras que inibam tais práticas⁴⁰. Entretanto, poder não é dever, e raros são os casos em que os países em desenvolvimento implementaram tão flexibilidade.

O ambiente internacional nunca esteve tão propício à reforma do regime internacional de propriedade intelectual, entretanto, meras manifestações panfletárias de ativistas não terão qualquer efeito para se alcançar um equilíbrio entre DPI e concorrência. Está nas mãos das comunidades empresarial e dos expertos de direito concorrencial trabalharem para influenciarem negociadores e parlamentares na aprovação de reformas que viabilizem maior transferência e difusão tecnológica, concorrência desembaraçada, maior espaço para a livre iniciativa.

Na esfera internacional, o Brasil está no fronte das negociações para equilíbrio do DPI, no interno não. Mas mesmo assim, há espaço para se mudar: a diretora da SDE é especialista em direito antitruste e DPI, sendo sensível a possíveis projetos que gerem uma aproximação entre DPI e concorrência, o Brasil utiliza largamente o mecanismo da anuência prévia, sem ter consciência que está defendendo a livre concorrência. Para nós outros, uma solução para as atuais incongruências da legislação brasileira – que refletem as incongruências internacionais – apenas será construída a partir de uma aproximação entre expertos da

tos que são inevitavelmente obtidos ao se seguir o processo da patente originária sobre o princípio ativo ou se estiverem cobertas pela patente de produto anterior. Correa, Ob.cit., 2000, 53.

⁴⁰ Artigo 8 de TRIPS.



propriedade intelectual e do direito concorrencial – só a partir deste diálogo, intercâmbio e trabalho conjunto será possível o estabelecimento de um regime que gere inovação e difusão de bem-estar social e material em países em desenvolvimento.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol./Nº
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Alexandre, Letícia Frazão	A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro	12-2
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial' do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Alves, Rodney Almeida	The free trade ares of the Americas (FTAA) and a the Brazilian perspective	11-2
Amaral, Caroline dos Reis	A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis	12-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8-3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A política da concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração regional e política de concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Arruda, Gustavo Fávaro	Entendendo o dumping e o direito antidumping	12-6
Bagnoli, Vicente	Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop	13-1
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura	10-1
Bagnoli, Vicente	O direito da concorrência	11-2
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da defesa da concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bertran , Maria Paula	Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável	12-2

Bogo, Jorge	Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
Campos, Aluisio de Lima	Nineteen proposals to curb abuse in antidumping and countervailing duty proceedings	11-4
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência	4-6
Carlos Botassi	Servicio de telecomunicaciones en la Argentina	11-4
Carpena, Heloísa	Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte-americana no direito da concorrência	12-6
Carvalho, Arilson Coelho de	O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação	12-3
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cavalcante, Léia Baeta	Poder de compra do varejo supermercadista	11-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Cerviño, José Luis López	Contradicciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo	11-3
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Coelho, Cristiane de Oliveira	Os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN	13-1
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
Considera, Claudio Monteiro	Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência	9-5
Costa, Hirdan Katarina de Medeiros	Aspectos concorrenciais e regulatórios da distribuição de gás natural canalizado	13-1
Costa, Maurício de Moura	Medidas anti-evasão de direitos anti-dumping na comunidade européia	12-4
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2

Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Domingues, Juliana Oliveira	Considerações sobre os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço	12-2
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
Dutra, Pedro	Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP	9-5
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Dutra, Pedro	Agências reguladoras - reforma ou extinção?	11-3
Dutra, Pedro; Anders, Eduardo Caminati	A revogação da lei nº 8.884/94: projeto de lei nº 5.977/05	12-6
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
Fagundes, Jorge	Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências	12-6
Fagundes, Jorge	Critérios alternativos de eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência X e custos de transação	12-4
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8-3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Fagundes, Jorge	Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price standard	10-5

Fagundes, Jorge	Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste	11-4
Fagundes, Jorge, e Kanczuk, Fabio	O uso de modelos de simulação em análises de fusões	11-4
Fagundes, Jorge, Kanczuk Fabio	Uma visão mais técnica do algoritmo de simulações de fusão	12-4
Faria, Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria, Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinício Chein	Agências reguladoras - Uma visão crítica	12-4
Feres, Marcos Vinício Chein Feres	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionabilidade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8-3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, João Bosco Leopoldino da	Revisitando as tabelas	12-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
Franco, Leandro Alexi	A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência	12-2
Franco, Leandro Alexi	Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal	12-3

Freitas Pereira, Viviane de	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações	11-1
Fujiwara, Thomas	O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados	11-1
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
Gaban, Eduardo Molan	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
Gama, Marina Moreira da	A práxis da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do Cade	13-1
Gama, Marina Moreira da	A teoria antitruste no Brasil: Fundamentos e estado da arte	12-4
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Goldberg, Daniel K.	Spread, concentração e concorrência no setor bancário	11-3
Gomes, Carlos Jacques Vieira	Os escopos sociais do direito antitruste	11-2
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: a importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências	8-2
Guimarães, Eduardo Augusto	Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	11-2
Holtz, Ludmila Passos	Bem-estar do consumidor – Uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira	13-1
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Junior, Edson Beas Rodrigues	Propriedade intelectual e proteção da capacidade de inovar: a próxima fronteira da defesa da concorrência no Brasil	13-1
Junior, Marco Aurélio Serau	Os princípios constitucionais da ordem econômica no contexto da globalização	12-4
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9

Lagreca, Rodrigo Holtermann	O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrências: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros	12-3
Laplane, Gabriela	A estrutura de mercado do setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil	13-1
Leal, João Paulo G.	Paralelismo de preços e o "cartel da ponte aérea"	12-4
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
Lilla, Paulo Eduardo	Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais	11-1
Lima, Edilson Vitorelli Diniz	A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil	12-2
Lima-Campos, Aluisio	O abuso e o arbítrio - o impacto das ações anti-dumping e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os estados unidos	11-3
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovanni Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marco Antônio Ribeiro Tura	A autonomia das agências reguladoras	11-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
Martinez, Maria Beatriz	Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil	12-2
Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4

Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mattos, Ubiratan Andrade, Maria Cecília Vieira, Caroline Sanselme	Regulation 2004 - Brazil	11-2
Mazucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Melo, Murilo Otávio Lubambo de	Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial	13-1
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	Concorrência e propriedade intelectual: harmonização	12-2
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	A ordem econômica e a propriedade intelectual	12-3
Mestmäcker, Ernst Joachim, Bielefeld	Poder, direito, constituição econômica	12-4
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	3-8
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Nogueira, José Carlos da Silva	Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais	11-4
OECD	Suggested Issues for Discussion III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Paim, Maria Augusta Fonseca	Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais	12-4
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	O Marco Regulatório Brasileiro para o Setor de Telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância	11-3

Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, Edgard Antonio; Leal, João Paulo G.	Crescimento (e verticalização) da indústria de cimento no Brasil	12-4
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pereira, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações	10-1
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pinto, Gustavo Mathias Alves	Concorrência no setor bancário: contribuição ao estudo do caso brasileiro	13-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Polido, Fabrício Pasquot	Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração na defesa da concorrência	12-2
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer Directv X Globo	8-7
Ribeiro, Amadeu Carvalhaes	Critérios para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
Ribeiro, Ivan César	Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo	13-1
Ribeiro, Maurício Portugal	Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário	12-6
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolívar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Sampaio, Luiza Saito	Sinergia entre defesa da concorrência e comércio internacional	13-1
Sampaio, Luiza Saito	O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis	12-3
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos	9-5
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI	10-1

Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Alexnaldo Cerqueira da	Essential Facility Theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados	13-1
Silva, Anderson Souza da	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da	Transgênicos e direito da concorrência	12-2
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Spadotto, Rafael de Castro	The Brazilian economy under the FTAA Agreement: is it possible stop the negotiations, with basis on the constitution?	12-4
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Stephoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stephoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Teixeira, José Elaeres Marques	Controle judicial das decisões do CADE	12-6
Tura, Marco Antonio Ribeiro	A autonomia das agências reguladoras	11-2
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Carafba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9

188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemicals Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccaim Foods e Pratiigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Compans e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12

62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3

Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10
CADERNO LEGISLAÇÃO AGOSTO 2005	12-6

TRANSCRIÇÃO DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

"Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste"	1-3
"Dumping e Concorrência Externa"	1-3
"Concorrência no Mercosul"	1-3
"Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade"	3-1
II Seminário Internacional de Direito da Concorrência	3-6
V Seminário Internacional de Direito da Concorrência	7-4
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6
VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2
III Seminário sobre Comércio Internacional	10-6
IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-1