

REVISTA DO

IBRAC

11 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 11 número 3

2004

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 11 número 3 - 2004

ISSN 1517-1957

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

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

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade, Jorge Fagundes.

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 2002

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

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 VIII LAUDO

José Luis López Cerviño 07

AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO?

Pedro Dutra 37

SPREAD, CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

Daniel K. Goldberg 63

O ABUSO E O ARBÍTRIO - O IMPACTO DAS AÇÕES ANTI-DUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS NAS EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS PARA OS ESTADOS UNIDOS

Aluisio de Lima Campos, Adriana Vito 87

O MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E A COMPETIÇÃO NO MERCADO DE TELEFONIA FIXA DE LONGA DISTÂNCIA

Edgard Pereira, Eleni Lagroteria 127

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC 165

ÍNDICE

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 VIII LAUDO

José Luis López Cerviño	07
I - Introducción	08
II - El laudo	11
III - Fundamentos del laudo. Su análisis	16
IV - Conclusiones	33

AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO?

Pedro Dutra	37
--------------------------	----

SPREAD, CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

Daniel K. Goldberg	63
1. Introdução	63
2. Concorrência, concentração e poder de mercado	70

O ABUSO E O ARBÍTRIO - O IMPACTO DAS AÇÕES ANTI-DUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS NAS EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS PARA OS ESTADOS UNIDOS

Aluisio de Lima Campos, Adriana Vito	87
Introdução	87
As teorias	89
Análise Setorial: o Caso dos Produtos Siderúrgicos	106
Lições para o exportador brasileiro	109
Conclusões	110
Bibliografia	111

O MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E A COMPETIÇÃO NO MERCADO DE TELEFONIA FIXA DE LONGA DISTÂNCIA

Edgard Pereira, Eleni Lagroteria	127
Introdução	127

Os Monopólios Naturais e o Objetivo da Regulação	134
Compartilhamento de Custos Comuns e Determinação de Tarifas de Monopólio Multiproduto	138
Mecanismos de Incentivo à Competição nas Indústrias de Rede	148
A Regulação por Incentivos e o Modelo de Regulação Brasileiro	158
Conclusão	162
Referências Bibliográficas	164
 RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	 165

**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 VIII LAUDO¹**

JOSÉ LUIS LÓPEZ CERVIÑO²

I. Introducción. II. El laudo. II.a. Consideraciones generales. II.b. La cuestión planteada. II.c. La posición paraguaya. II.d. La posición uruguaya. II.e. La resolución. III. Fundamentos del laudo. Su análisis. III.a. El principio de

¹ Aclaraciones previas: Debo anticipar al lector que el presente deriba de la ponencia que el autor presentara en ocasión del Iº Congreso internacional del MERCOSUR, celebrado durante los días 15 al 17 de abril de 2004 en la Ciudad de La Plata, Buenos Aires, República Argentina.

En igual sentido, es menester señalar que la presente producción fue realizada con anterioridad a la publicación de la Decisión C.M.C. 37/2003, por la que se aprobó el Reglamento del Protocolo de Olivos para la resolución de controversias en el MERCOSUR. No obstante lo cual, ello no torna anacrónico nuestros conceptos, todo lo contrario, pues las contradicciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR aquí señaladas pueden producirse también a partir de la aplicación de dicho Protocolo. Refuerza esta hipótesis el hecho de que el carácter transitorio del sistema de solución de controversias aún se mantiene, en espera del sistema definitivo y, además, por cuanto consideramos que a pesar de las innovaciones que en el Protocolo de Olivos se insinúan (facultad de elección de foro, articulación de la opinión consultiva, creación de un Tribunal Permanente de Revisión, entre otros), no se abandona totalmente el modelo primigenio, pues algunas de sus aristas siguen presentes, ni se configura la consagración institucional de un tribunal jurisdiccional permanente, con las connotaciones que ello implicaría y que *a priori*, nos obligan a ser renuentes a la hora de aventurarnos sobre una posición que avizore alguna posibilidad de desarrollo uniforme en la interpretación de la normativa mercosureña, que más bien, sigue apareciendo difusa y por ende, lo propio respecto de la seguridad jurídica intra bloque.

² Abogado; Masterando en Derecho Empresarial (Fundación Alta Dirección -Mendoza, Argentina- y Universidad Católica de Cuyo -San Juan, Argentina); Profesor Adjunto en la Cátedra 'Integración y Cooperación Económica'; Facultad de Cs. Económicas y Empresariales, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina; Director del Instituto de Derecho Internacional y Comunitario del Foro de Abogados de San Juan; Miembro asociado a la Asociación Argentina de Derecho Internacional (A.A.D.I.); Delegado por el Foro de Abogados de San Juan ante la Comisión de MERCOSUR de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.).

igualdad de trato y no discriminación. III.b. La internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Miembros y la entrada en vigor de la norma MERCOSUR. III.c. Una vez más sobre las antinomias: i) “normas operativas vs. normas programáticas”, ii) “monismo vs. dualismo”. IV. Conclusiones.

I. Introducción:

Sobre la base del comentario al octavo laudo del MERCOSUR, intentaremos delinear algunas ideas que nos sirvan de guía para poder dimensionar cuál es la distancia que separa a este proceso de integración regional de la implantación de un verdadero orden jurídico comunitario, en términos de avance en el compromiso integrativo pergeñado en el Tratado de Asunción³, a partir de una incidencia más protagónica y decisiva por parte del órgano al que se consagre, finalmente, la administración del dilatado sistema permanente de solución de controversias.

La conformación de Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*⁴, para entender en cada caso en particular constituye el mecanismo adoptado por los Estados Partes⁵ para dirimir sus respectivas diferencias, como consecuencia de la aplicación del Tratado constitutivo y a los efectos de asegurar el cumplimiento del mismo y de las disposiciones que de él deriven.

El ámbito de aplicación definido en el Protocolo de Brasilia⁶ abarca en su enunciación a aquellas controversias que surjan entre los E.P. sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el T.A., de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común (C.M.C.) y de las resoluciones del Grupo Mercado Común (G.M.C.). El Protocolo de Ouro Preto⁷, completa: “[...] y de las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (C.C.M.)”.

A su turno, el Protocolo de Olivos⁸ añade un elemento nuevo en relación a su ámbito de aplicación, como es la posibilidad de elección a

³ Suscripto en Asunción del Paraguay el 26 de marzo de 1991. En adelante, T.A.

⁴ En adelante, T.A.A.H.M.

⁵ En adelante, E.P.

⁶ En adelante, P.B.

⁷ En adelante, P.O.P.

⁸ En adelante, P.O.

cargo de la parte demandante o, de común acuerdo, de someter la controversia a su órbita o a la de otros foros, en los que puedan ser sometidas las diferencias, sea ante la O.M.C. u otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los E.P. del MERCOSUR⁹.

La realidad nos indica cuatro premisas que no debemos soslayar: a) el sistema de solución de controversias que hoy rige, no es el definitivo¹⁰; b) las normas de derecho originario albergan la posibilidad de revisión institucional¹¹; c) no puede pretenderse que los laudos, emitidos por los T.A.A.H.M. cumplan (por muy buena que sea su *performance*), el rol que desempeñara el T.J.C.E.¹² al momento de erigirse los pilares del ordenamiento jurídico comunitario europeo; y d) si bien hubieron ciertas coincidencias interpretativas entre algunos laudos, respecto de similares cuestiones dirimidas y algunos principios de derecho comunitario fueron enunciados¹³ –en algunos casos con mayor claridad que en otros–, no es menos cierto que las contradicciones también se han producido, aún sobre tales principios –que en definitiva son los que hacen a la naturaleza de aquél–, desalentando su desarrollo en el MERCOSUR y constituyéndose en una amenaza permanente para la seguridad jurídica intra-bloque¹⁴.

⁹ Art. 1, inc. 2. Como se ve, lejos de avanzar hacia la conformación de una estructura judicial piramidal permanente, se propicia la elección facultativa entre una variada gama de sistemas de solución de controversias (a modo de *menú*), atentando contra la exclusividad del procedimiento o naturaleza obligatoria que el sistema adoptado debería imponer, con lo cual se alienta peligrosamente la proliferación de interpretaciones divergentes en detrimento de la mentada jurisprudencia uniforme, y con ello la postergación contumaz del sistema definitivo de resolución de controversias.

¹⁰ Sobre este tema, ver “Entrevista al Profesor ERNESTO REY CARO”, en *La Voz del Foro*, Publicación mensual del Foro de Abogados de San Juan, Año III, N° 15, págs. 3/4.

¹¹ Reza el artículo 47 del Protocolo de Ouro Preto: “*Los Estados Partes convocarán, cuando lo juzguen oportuno, a una conferencia diplomática con el objetivo de revisar la estructura institucional del MERCOSUR establecida por el presente Protocolo, así como las atribuciones específicas de cada uno de sus órganos*”.

¹² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

¹³ V.gr.: El Laudo N° 1 alude a “fines y objetivos implícitos”, “efecto útil”, “efecto teleológico o finalista”, interpretación a partir del “sistema del Tratado”, etc.; Laudo N° 2, “enfoque teleológico”; Laudo N° 3 y 5 (ver aclaratoria del 5° laudo), sobre la primacía de la normativa MERCOSUR respecto del derecho de los E.P (también en laudo N° 1); entre otros.

¹⁴ Sobre la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en el MERCOSUR, a la luz de mecanismo adoptado para la resolución de conflictos, ver: BAZÁN, VÍCTOR: “El MERCOSUR

Calificada doctrina europea escribió, lo que considero, resume algo de lo que intentaré transmitir: *“los autores de los tratados no sólo han querido dotar a la Comunidad de un poder judicial autónomo, sino también crear una relación orgánica entre el Tribunal comunitario y los órganos jurisdiccionales nacionales con vistas a una aplicación armoniosa y a un desarrollo coherente del derecho comunitario. Por ello el sistema judicial comunitario no reside exclusivamente en el Tribunal de Justicia sino en un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia. Y aun cuando este último es la única jurisdicción comunitaria (salvo la reciente creación del Tribunal de Primera Instancia), no es el único juez que aplica el derecho comunitario. La organización jurisdiccional comunitaria es, por tanto, una organización compleja, no porque existan múltiples jurisdicciones comunitarias, sino porque la competencia jurisdiccional de los tratados está compartida entre órganos jurisdiccionales nacionales y Tribunal de Justicia”*¹⁵.

La uniformidad interpretativa de las normas del MERCOSUR, el control de legalidad y el reconocimiento expreso de los principios que deben sustentar el *imperium* en el orden jurídico –todas ellas, condiciones necesarias¹⁶ para pretender alcanzar el estatus de *Comunidad*–, no pueden supeditarse a ser conquistadas –como en gran medida sigue sucediendo– ni desde la buena voluntad de los E.P., ni desde la coyuntura política o económica que las condicionen o determinen, *so pretexto* de no extrapolar o

en prospectiva: La dimensión constitucional del proceso integrativo. La opción axiológica a favor de la seguridad jurídica comunitaria y de la protección de los derechos fundamentales”, ED, 180 – 1360/1382, en particular, acápite V y El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As. 10 de diciembre de 1998, págs. 12/13. Otros trabajos del autor en relación al mismo tema: “Cuestiones que suscitan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Asunción, La Ley (Supl. Actualidad), Año LVIII, N° 229, 29-11-94, págs. 1/3 y N° 238, 13-12-94 (en esp. pág. 3); “Argentina y el MERCOSUR (2ª nota): La inseguridad jurídica” y, Argentina y el MERCOSUR (3ª nota): “¿Hacia una Corte Supranacional?”, Diario de Cuyo, San Juan, Argentina, de 11-04-97 y de 13-04-97, respectivamente, págs. 7 y 6.

¹⁵ ISAAC, GUY, “Manual de Derecho Comunitario General”, 3ª edición actualizada, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 256.

¹⁶ Mas no suficientes si consideramos que debe sumarse la adopción de la supranacionalidad, por parte de la totalidad de los Estados Partes y no sólo por algunos. En el caso del MERCOSUR, sólo Argentina y Paraguay están habilitados constitucionalmente, no así Brasil y Uruguay.

imitar el modelo europeo, y dejar que la “evolución natural” del proceso corone –a su tiempo– la conquista de un mercado común.

Si ésa es la elección que seguirá primando, el salto cualitativo hacia un ordenamiento jurídico comunitario yacerá en la estacada de una perpetua transitoriedad y provisoriedad que no se desentumecerán desde un *paso a paso*¹⁷ “estéril”, evidenciado por la carencia de convicción política por parte de los Estados involucrados y serán los efectos entrampantes de aquellas variables intrínsecamente aleatorias, las que fijarán el rumbo y la velocidad de marcha hacia el objetivo propuesto en el Tratado de Asunción, que no se limita, por cierto, a la libre circulación de bienes.

Desde esta perspectiva, la generación de una jurisprudencia rectora y vinculante cumple un rol sustancial e irremplazable, que los T.A.A.H.M. no alcanzan a garantizar y están viéndose superados para enfrentar con éxito el objetivo trazado en el Acuerdo Marco. Tal vez sea hora de repensar y decidir sobre lo que se pretendió y no se alcanzó, o no pretender más y alcanzar lo que se pueda.

II. El laudo

II.a. Consideraciones generales:

El día 21 de mayo del año 2002, en la ciudad de São Paulo (Brasil)¹⁸ se reúne el T.A.A.H.M. con el objeto de deliberar y dictar resolución respecto del caso elevado para su análisis. Dicho Tribunal se constituyó a efectos de dirimir la controversia planteada entre la República del Paraguay (parte reclamante) y la República Oriental del Uruguay (parte reclamada), en torno a la aplicación –por parte de la administración uruguaya– del “IMESI” (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos originarios de la República del Paraguay.

¹⁷ En contraposición al método funcionalista europeo *step by step*, enraizado en el proyecto de JEAN MONNET, quien postulaba que: “*Hay que cambiar el curso de los acontecimientos. Para ello, hay que cambiar el espíritu de los hombres. Las palabras ya no bastan. Sólo una acción inmediata sobre un punto esencial puede modificar el statu quo actual*”. (MONNET, JEAN, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, pág. 344. Cit. por FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, en “Manual de Derecho Comunitario”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1996, nota 12, pág. 36.

¹⁸ El Tribunal pretendió reunirse y emitir el presente laudo en la ciudad de Asunción del Paraguay. No obstante y por razones de salud de uno de sus integrantes, decidió emitirlo en la ciudad de São Paulo, Brasil y sí publicarlo en la sede del Tribunal, en la ciudad de Asunción del Paraguay, cnfr.: Laudo N° VIII, “Constitución del Tribunal”, numeral 8.8.

Fueron designados árbitros para esta oportunidad, el Dr. LUIZ OLAVO BAPTISTA (por Brasil) –quien revistió la calidad de Presidente del Tribunal–, el Dr. EVELIO FERNÁNDEZ ARÉVALOS (por Paraguay) y el Dr. JUAN CARLOS BLANCO (por Uruguay).

Como actos procesales previos llevados a cabo, de acuerdo a lo previsto en el P.B., es menester consignar que la controversia se inició mediante notificación de la reclamación presentada a la República Oriental del Uruguay, por la Sección Nacional de la República del Paraguay, en la XLVIª Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (C.C.M.), en el mes de noviembre de 2000¹⁹. La República Oriental del Uruguay presentó *a posteriori* su respuesta, por cierto, insatisfactoria a los reclamos del Paraguay, en la XLVIIª Reunión de la C.C.M., por lo que éste da inicio al Procedimiento de Negociaciones Directas²⁰. Dichas negociaciones fracasaron y concluyeron sin que las partes llegaran a un acuerdo satisfactorio.

Ante esta situación el Paraguay solicitó la conformación de un Grupo de Expertos para el tratamiento de la controversia²¹. Finalmente el Grupo Mercado Común (G.M.C.) resolvió considerar la diferencia en el marco de la XXIª Reunión Extraordinaria convocada a tal efecto.

Como resultado de la misma tampoco se alcanzó acuerdo entre las partes, concluyendo el G.M.C. su intervención. El paso posterior, lo constituyó la comunicación por parte del Paraguay a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (S.A.M.), de que su gobierno daría inicio al procedimiento arbitral previsto en el Cap. IV del P.B.

II.b. La cuestión planteada:

El asunto, inicialmente, no representaba una cuestión demasiado intrincada. En esencia la discusión se centró en dilucidar si las normas dictadas por el Uruguay, respecto a la aplicación del denominado Impuesto Específico Interno o “IMESI” –concretamente la forma de su cálculo, no la alícuota en

¹⁹ La reclamación se efectuó mediante la Consulta 53/00, por “Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI). Discriminación Impositiva”.

²⁰ Por medio de Nota 367/01 del 27 de marzo de 2001, la República de Paraguay da inicio al procedimiento previsto en el art. 2 del Protocolo de Brasilia.

²¹ Cfr.: art. 4, 2 del Protocolo de Brasilia.

sí misma– resultaban discriminatorias respecto al ingreso de determinados productos originarios del Paraguay –en el caso, cigarrillos–.

Acertar en el reclamo pretendido por parte de las autoridades paraguayas implicaría, cuando menos, declarar la incompatibilidad de la normativa uruguaya respecto de la normativa MERCOSUR y consecuentemente, la determinación del cese en su aplicación y efectos, por encontrar sustento –fundamentalmente– en una violación al principio de igualdad de trato y restricción al libre acceso de tales productos desde un E.P. y hacia otro E.P. del bloque de integración.

No obstante aquella conjetura apriorística, cierto es, que el caso se acrecentó en dificultad a la hora de determinar el alcance interpretativo de los artículos 1 y 7 del T.A., en tanto, enfrentó a dos posiciones en la disquisición de si en ellos se albergaba un carácter meramente programático o por el contrario, eminentemente operativo (o *auto ejecutorio*). Como condimento a la situación planteada, se sumó a la mesa de discusión la necesidad de clarificar el alcance de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio que –en su parte preambular– son enunciados por el T.A. y que en el marco del planteo defensivo expuesto por la República Oriental del Uruguay, representó un fuerte argumento en su estrategia de defensa.

Entre sus fundamentos de derecho, el Uruguay invocó la “*exceptio non adimpleti contractus*”, la que no fue admitida por el Tribunal por considerar que no hubo una violación sustancial del T.A., por parte del Paraguay, aplicando respecto de la misma un criterio restrictivo.

No menos trascendente, resulta la contradicción notable en la que –entendemos– cae el T.A.A.H.M., al expedirse sobre la jerarquía de la normativa MERCOSUR, en relación al derecho interno de los Estados miembros. Con posterioridad a la notificación del laudo, las partes solicitaron *aclaración* del mismo. En función a lo arriba expresado, e interesando ya en el tratamiento concreto del laudo seleccionado, daremos avance al objetivo propuesto.

II.c. La posición paraguaya:

La parte reclamante acudió ante el T.A.A.H.M., como ya lo hizo en las etapas procedimentales previas, denunciando la incompatibilidad de las normas uruguayas referentes a la aplicación del Impuesto Específico Interno (“IMESI”), respecto de la norma MERCOSUR. Concretamente lo que reclamó fue la forma o metodología de calcular el mismo. Sostuvo que el cálculo de la

base imponible era discriminatorio, ya que ésta fue determinada por medio de un mecanismo de ponderación que tomaba como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo luego por un coeficiente prefijado que establecía desigualdad de trato con similar producto de origen uruguayo (es decir, producto nacional) en relación al producto del país limítrofe y no limítrofe. Por tal motivo, además, el Paraguay entendió que la discriminación era “doble”, por no tratarse de un país limítrofe.

Paraguay fundó su posición bajo el argumento de que la aplicación del “IMESI”: a) rompía el principio de igualdad de trato; b) restringía el acceso de sus productos al mercado uruguayo, y c) inhibía la reciprocidad de derechos y obligaciones²². En esa dirección sostuvo en derecho que tal impuesto vulneraba lo estatuido por los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción, artículos a los que les otorgó un carácter eminentemente operativo. La parte reclamante apoyó además sus dichos en lo normado por la Decisión 22/00 del C.M.C., prorrogada por la Decisión 57/00²³.

A su turno, rebatió a la defensa uruguaya afirmando que los artículos 1 y 7 del T.A. sí tenían carácter *auto ejecutorio* y contrarrestó los argumentos sostenidos por aquélla, en relación a la interpretación que cabría respecto de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. En torno a ello, la posición del Paraguay acusó a su contraparte de efectuar una interpretación incorrecta de los mismos, argumentando que si bien no se niegan dichos principios invocados por la parte reclamada, la correcta traducción que debe hacerse de ellos identifica a la gradualidad, con la construcción de un mercado común integrado, por etapas sucesivas y con la adecuación del ordenamiento jurídico de cada E.P. con la situación de un mercado nuevo y ampliado – régimen que, según sostuvo la parte reclamante, expiró en diciembre de 1999–; a la flexibilidad, con la objetivación de proteger o reconocer determinadas situaciones especiales, que comprendan ventajas circunstanciales y excepcionales y, al equilibrio, con la pretensión del desarrollo armónico de las medidas para la integración, de forma a distribuir tanto el costo económico y social como los beneficios de la integración.

Finalmente contradujo a la posición uruguaya, en relación al

²² Ello, en base a que –sostuvo en sus argumentos– “el acceso de los cigarrillos originarios del Uruguay al Paraguay, es irrestricto”.

²³ Decisión 22/00 del C.M.C.: “Relanzamiento del MERCOSUR – Acceso a mercados”; Decisión 57/00 del C.M.C.: “Acceso a mercados”.

principio también invocado por ésta, de la “*exceptio non adimpleti contractus*”, tanto en lo que refiere a su naturaleza, cuanto a su aplicación en el contexto del proceso de integración regional.

II.d. La posición uruguaya:

La parte reclamada cuestionó la interpretación efectuada por la reclamante en relación a los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción. El Uruguay, otorgó a los mismos un carácter meramente programático, es decir no operativo, por entender que aunque el artículo 7 contuviera un mandato de carácter imperativo, su carácter de *autoejecutoriedad* debía ser interpretado de acuerdo al objeto y fin del tratado y según el principio de equilibrio y reciprocidad.

Como elemento a distinguir por su particularidad, se destaca que el Uruguay no negó, ni se opuso a los argumentos paraguayos que calificaron al impuesto en cuestión de “discriminatorio”. En su defensa alegó que la aplicación del “IMESI” no violaba la normativa MERCOSUR y que el régimen establecido para su cálculo era compatible con la misma, por entenderlo incluido dentro de las medidas clasificadas como de Políticas Públicas que Distorsionan la Competencia (PPDC), sujetas éstas –según argumentó– a un proceso multilateral de armonización y eliminación que todavía no había concluido²⁴, por lo que entendía –y así lo sostuvo– que “Mientras se encuentra en curso un proceso instaurado por las Partes en forma unánime y jurídicamente obligatoria no puede exigirse a una de ellas el desmantelamiento unilateral de medidas tributarias sujetas a ese proceso colectivo”.

Además, como parte de su plataforma de defensa, el Uruguay sostuvo que el hecho de que la República del Paraguay exigiera la eliminación inmediata del “IMESI”, implicaba no respetar los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, pretendidos por el T.A., apoyando sus dichos en que el precitado acuerdo reunía características de un Tratado marco, “que establece principios generales que se concretan a partir de una normativa vinculante que emana de sus órganos”.

Finalmente, la parte reclamada en este laudo, evoca el principio de

²⁴ Uruguay, apoya sus dichos en las Decisiones 20/94 del C.M.C. (Políticas públicas que distorsionen la competencia), 9/95 (Programa de acción del MERCOSUR hasta el año 2000), 15/96 y 22/00.

derecho internacional “*exceptio non adimpleti contractus*”, en el sentido que –según la posición sostenida– “... cuando el propio Paraguay aplica normas discriminatorias a los demás países del MERCOSUR, no puede exigir que no se le apliquen normas discriminatorias”.

II.e. La resolución:

El T.A.A.H.M. constituido para la resolución del caso en estudio, y luego de emitir sus fundamentaciones –las que a continuación procederemos a desbrozar puntualmente y que se erigen como punto nodal del presente trabajo– arribó a la siguiente decisión:

“1) Por UNANIMIDAD: Que el Uruguay cese los efectos discriminatorios en relación a los cigarrillos paraguayos, basados en la condición de país no fronterizo; 2) Por MAYORÍA: Que también cesen los demás efectos discriminatorios que resultan de su aplicación por vía administrativa en relación a los cigarrillos de origen paraguayo; 3) Por UNANIMIDAD: Establecer el plazo de 06 (seis) meses para el cumplimiento, por el Uruguay, de lo resuelto; y 4) Por UNANIMIDAD: Que los costos y costas del proceso sean abonados en la forma que determina el Artículo 24 del Protocolo de Brasilia y los Artículos 31 al 34 de su Reglamento; y dispone que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR”.

III. Fundamentos del laudo. Su análisis.

III.a. El principio de igualdad de trato y no discriminación:

En los Considerandos, el laudo califica al problema que se presenta para su tratamiento como de “doble naturaleza”, aludiendo a la “igualdad de trato”, por un lado y a la “armonización de las normas del MERCOSUR en lo que esas puedan limitar la libre circulación de bienes”, por otro.

Respecto del primer punto, si bien el Tribunal efectúa un expreso reconocimiento en torno a que la regla de la igualdad en el MERCOSUR, en su esencia, se identifica con la que se deduce de los Tratados de Montevideo, G.A.T.T./1947 y persistente aún en O.M.C.²⁵ –acuerdos a los que todos los Estados miembros del MERCOSUR pertenecen–, se permite, no obstante,

poner de manifiesto que la misma adquiere cierta especificidad en el ámbito del MERCOSUR y ensaya una suerte de propia definición: *“La igualdad de trato en el MERCOSUR ha de concretarse, en primer lugar en la existencia de hecho y de derecho de la no discriminación entre los Estados miembros en la práctica. Es decir, que una norma que aparentemente no fuera discriminatoria, se lo es de hecho y con más razón si la norma en sí misma tiene discriminación, son incompatibles con la igualdad de trato establecida en el Tratado del MERCOSUR”*.

Desde esta plataforma argumental el Tribunal determina que el “IMESI” es incompatible con la regla de tratamiento nacional existente tanto en MERCOSUR, G.A.T.T./O.M.C. y A.L.A.D.I.²⁶, expresando que: *“El Uruguay, y otro Estado Miembro de MERCOSUR puede gravar los bienes dentro de su propio territorio, pero no lo puede hacer de manera a que un producto originario de otro país sea tratado de forma discriminatoria relativamente a productos similares nacionales [...]”*, menos aún si no está fundado en alguna de las excepciones previstas dentro del ámbito del MERCOSUR o del G.A.T.T./94 –destaca–.

Respecto de la aplicación del artículo 7 del Tratado de Asunción, el Tribunal aclara que: *“la obligación de trato nacional que ahí se establece es aplicable cuando los impuestos internos de un país atribuyen un trato diferente a los demás países, el cual constituye un obstáculo al comercio. Todo impuesto aplicable de acuerdo a la cláusula de igualdad no representa una distorsión ya que no se caracteriza el obstáculo al comercio si el producto importado circula con la misma libertad que el producto nacional”*.

²⁵ Como ha señalado la doctrina especializada, dentro del ámbito del G.A.T.T./O.M.C., el principio de igualdad de trato o de no discriminación incluye dos sub-principios: “nación más favorecida” y “trato nacional”. En el caso aquí planteado se aprecia la aplicación del segundo mencionado, que implica dispensar igual trato en materia de tributación y reglamentaciones interiores. Vale decir, que una vez ingresados los productos importados y abonados los respectivos impuestos, no pueden ser sometidos a un trato impositivo dentro del mercado interior diferente al que se aplica a similares productos nacionales. Al respecto, se sugiere cotejar el art. 7 del Tratado de Asunción con la Parte II, art. III del G.A.T.T./47 “Trato nacional en materia de tributación de reglamentaciones interiores” y el art. 46 del Tratado de Montevideo de 1980. Puede verse también: BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 539; “Con el comercio hacia el futuro”, Organización Mundial del Comercio, 2ª edición revisada, Marzo de 2001; entre otros.

²⁶ Punto A, i) de los fundamentos del laudo en estudio.

Dando paso al análisis del segundo aspecto que también surge de los propios Considerandos, el laudo sostiene que: “*La norma que establece el deber de armonización y eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes nace de la naturaleza misma del Tratado y es deducida de algunos puntos de eso*²⁷, y ha sido, también, recordada en decisiones de Tribunales anteriores²⁸”.

A partir de allí, el laudo efectúa una digresión no del todo afortunada, por cuanto –entendemos– incursiona en un tema que no es menor (tal es el caso de la internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Partes y la vigencia de la norma MERCOSUR), de manera ligera y enfocados desde una perspectiva parcial, a la vista del tratamiento que la doctrina, en diversas ocasiones, ha mostrado como aspectos merecedores de más de un matiz interpretativo. En tal sentido, creemos que en anteriores laudos emanados de otros T.A.A.H.M., estos temas revistieron –justamente por constituir motivo puntual de las controversias– análisis más profundos, fundados y, en línea opuesta a la aquí esbozada por el laudo en estudio²⁹.

Volviendo luego el laudo sobre el tema de la armonización de la normativa interna con la normativa emanada del bloque, como pauta necesaria para alcanzar una libre circulación de bienes, practicable, el mismo sostiene que: “*La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. Desde el punto de vista de la libre circulación, el MERCOSUR quiere eliminar todas*

²⁷ Claramente está aludiendo al art. 1 del Tratado de Asunción, el que en su parte pertinente reza: “*Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, [...] Este Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente. [...] El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración*”.

²⁸ Ver en el Primer Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, Párrafo 66 y 85, numeral (vii); Segundo Laudo: Cita el párrafo 65 del Primer Laudo y concluye en igual dirección en su párrafo 55; Tercer Laudo, pág. 18 y 27; Cuarto Laudo, sugerimos la lectura de los párrafos 135 a 141; Quinto Laudo, v.gr. Párrafo 3.3.4. y 6.3 de la Aclaratoria; entre otros.

²⁹ Esto no es lo que debe sorprendernos, habida cuenta que no estamos ante un tribunal judicial permanente, que vele, ciertamente con mayor celo por una uniformidad interpretativa del derecho del MERCOSUR, sino ante tribunales arbitrales *ad hoc*. La diversidad de sus miembros y para cada caso en particular, torna más probable que ante la similitud de las cuestiones debatidas, se alcancen resoluciones divergentes.

las diferencias arancelarias. Y en los casos en que hubiera excepciones, éstas han de ser especificadas. Asimismo, los Estados miembros no pueden crear obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan la libre circulación de productos. Las excepciones aunque no sean directamente contempladas por los Tratados del MERCOSUR, serán sólo las previstas por el art. 50 de Montevideo y en los arts. XX y XXI del G.A.T.T./1994”.

Observamos desde nuestra perspectiva, que el T.A.A.H.M. actuante, como ya ocurriera en laudos anteriores³⁰, es categórico a la hora de expedirse en torno a lo que cabría señalar como una suerte de condición *sine qua non*, respecto a la que, un sensible incumplimiento o mínimo reborde normativo que implicara un virtual impedimento a la libre circulación de bienes entre los E.P., constituiría un quebrantamiento de la normativa MERCOSUR y, claro está, falta grave a uno de los elementos “clave” o pilar indiscutido que brota de la naturaleza misma del jalón integrativo (Mercado Común) al que se aspira alcanzar^{31 32}. En tal sentido, advertimos que no deja lugar a dudas este laudo, por el alcance de sus expresiones (v.gr.: *“La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. [...], los Estados miembros no pueden crear obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan la libre circulación de productos [...]”*), que el principio de libertad de circulación de bienes se apega a la letra del A.C.E. N° 18³³ y es abarcativa *per se*, de lo que la doctrina señala

³⁰ Remito a la nota 26.

³¹ Artículo 1 del Tratado de Asunción. Surge asimismo del Anexo I, art. 2b que la eliminación de restricciones implica: *“[...] cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”*. Este principio fue aplicado también en el Cuarto laudo referido a la “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes del Brasil”, 2001/05/21.

³² RIMOLDI DE LADMAN, EVE, en “El cuarto laudo”, RDM, Año 5, N° 4, Agosto de 2001, Ed. La Ley y Síntese Editora, pág. 203: *“Cualquier limitación a este principio está prohibido y así lo han confirmado los Laudos Arbitrales ya dictados en los cuales se sostuvo que la liberación comercial es incuestionable y resulta la única obligación de plazo cierto en el acuerdo, reiterada en los diferentes ajustes que se hicieron al mismo. Sin ella el tratado deja de ser. Cualquier excepción debe resultar de textos expresos y con una finalidad propia y determinada”*.

³³ El artículo 3º, inc. b), reza: *“[...] entenderá por ‘restricciones’, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un país signatario impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.*

como eliminación de restricciones tanto directas, como indirectas³⁴.

En el caso concreto, esto es, si la aplicación del “IMESI” era o no discriminatoria, el Tribunal actuante llega sin mayor hesitación a una conclusión afirmativa: “[...]. *La discriminación de trato, incompatible con el MERCOSUR, radica en la manera en que se establece la base imponible en el Uruguay para cigarrillos importados. Esta se determina por medio de un mecanismo de ponderación que se calcula tomando como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo por un coeficiente prefijado, que establece una desigualdad de trato con el producto similar nacional y discrimina al aplicar un 1,3 para países limítrofes y 2 para países no limítrofes. Los productos paraguayos por eso son tratados como si fueran extra-zona. Esta situación (de discriminación) es reconocida por Uruguay*”.

Más adelante, continúa: “*El trato discriminatorio relativamente a la aplicación del “IMESI” no se funda en la lista de excepciones previstas*

No quedan comprendidas en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980”.

³⁴ BASALDÚA, RICARDO XAVIER, “MERCOSUR y Derecho de la Integración”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, pág. 114: “[...] *las restricciones que deben ser eliminadas pueden ser directas o indirectas, y que pueden ser aplicadas en frontera o en el interior de los territorios de los Estados Parte. [...] Las restricciones indirectas aplicables en el interior de los espacios, pueden originarse en la tributación interna discriminatoria entre las mercaderías nacionales y extranjeras o tratarse de medidas de efecto equivalente*”. El autor de cita nos ilustra sobre las diversas formas en que pueden clasificarse las ‘restricciones’ según apunta la doctrina sobre la materia. Además de la arriba indicada (“directas e indirectas”), otros enfoques las diversifican en “arancelarias o no arancelarias”; y otros, en “económicas o no económicas”. Sostiene BASALDÚA que los tributos internos forman parte de las restricciones no arancelarias y que: “*En el MERCOSUR deben eliminarse todas las ‘restricciones arancelarias’ existentes entre los Estados miembros. En cambio, cuando se trata de las ‘restricciones no arancelarias’ debe distinguirse, ya que no procede la eliminación de todas ellas. Las restricciones no arancelarias que deben eliminarse son las que impiden o dificultan la circulación interna en el espacio económico del MERCOSUR y que no se hallen justificadas por razones de salud pública, sanidad animal o vegetal, seguridad pública, defensa nacional, moral y buenas costumbres, etc.*”. *Op. cit.*, pág. 155. De ello inferimos, que todo tributo interno que de algún modo restrinja la libre circulación de bienes es, desde un enfoque, una restricción indirecta y desde otro, una restricción no arancelaria, no incluida en las excepciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 y arts. XX y XXI del G.A.T.T./1994, ergo, debe ser eliminado.

en el ámbito del MERCOSUR (tampoco las excepciones previstas en el G.A.T.T./1994) y, por lo tanto, no es admisible y no puede ser permitido". (El subrayado, me pertenece).

El laudo también se expidió respecto a la escasa implicancia que tenía el hecho de que el impuesto en cuestión precediera temporalmente al T.A., dando relevancia al principio de libre circulación de bienes y buena fe en los tratados, por sobre la anterioridad de su surgimiento: "*La anterioridad del "IMESI" relativamente al surgimiento del MERCOSUR no quiere decir que ello esté de conformidad con la normativa del MERCOSUR.. Al firmar el Tratado de Asunción, el Uruguay ha aceptado el compromiso de adecuar su legislación a las normas dictadas en los tratados constitutivos de la integración. [...]*"³⁵.

III.b. La internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados Miembros y la entrada en vigor de la norma MERCOSUR:

Como lo adelantáramos en el planteo introductorio, advertimos que sin una motivación aparente que surja de la propia controversia, el Tribunal se inmiscuye en una temática muy sensible, por cierto, como es la que da título al presente acápite³⁶.

Sorprende no sólo dicha incursión sobre la materia señalada, sino también la posición que parece adoptar al respecto (¿se estará abonando –aunque elípticamente³⁷– la tesis de la vigencia “no simultánea” como

³⁵ Este principio ha sido considerado con el mismo alcance en el primer laudo emitido por el Tribunal *Ad Hoc* constituido para dirimir la “Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”: “*La obligación de eliminar las restricciones no arancelarias (RNA) alcanza tanto a las existentes al tiempo del Tratado de Asunción (TA) como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas*” (numeral IX, de las Conclusiones).

³⁶ Al menos, no surge de la lectura del texto del laudo, ni de la aclaratoria; ambos publicados en el sitio oficial de MERCOSUR, <http://www.mercosur.org.uy>

³⁷ Desde la óptica del Derecho Comunitario europeo, la vigencia de sus normas está acuñada al principio de “aplicabilidad inmediata”, el cual reviste características específicas que involucra no sólo el ingreso automático al derecho interno –cuestión no

momento de entrada en vigor de la normativa mercosureña en el derecho interno de los E.P.?).

Asimismo –ya que lo trae a consideración– que se trate de un enunciado meramente soslayado, sin el menor atisbo de fundamentación, cuando el *quid* en cuestión involucra nada más y nada menos que el carácter que ha de asignársele a la misma y los principios que darán sustento e identidad al ordenamiento jurídico a imperar.

En mérito a dichos preceptos, es que diferentes posiciones doctrinarias han tomado partido proclamando sus enfoques dispares sobre el asunto. Desde las que sustentan la existencia real y vertebrada de un Derecho Comunitario³⁸, aún en el estado actual señalado como de “unión aduanera imperfecta” que el proceso integrativo evidencia, hasta³⁹ las que niegan su existencia o refieren

postulada en el laudo en estudio, ya que el mismo reza: “[...] *se integran al derecho interno de los países miembros del MERCOSUR según los procedimientos de las respectivas constituciones*” –, sino también su vigencia (a partir de la publicación en el boletín oficial de las comunidades) en todos los Estados miembros; y es aquí donde advertimos que el laudo en estudio “elude” el principio de “vigencia simultánea” (art. 40 de P.O.P.), propiciando la vigencia a partir del ingreso o incorporación “no simultánea”, en cada uno de los E.P. de manera indistinta. La “relevación” de cumplir con las exigencias del art. 40 del POP, que deducimos, –léase: de comunicar a la S.A.M la incorporación en el derecho interno, de aguardar las informaciones de los demás E.P. de sus respectivas incorporaciones, de la comunicación a los demás E.P. por parte de la S.A.M., y, finalmente, el plazo de 30 días desde que dicha comunicación es efectuada–, para configurar la entrada en vigor a manera de “vigencia simultánea”, involucra –según la propia letra del laudo– tanto a la norma originaria, como a la derivada (en rigor, única destinataria del art. 40 de P.O.P.). Volvemos sobre la “aplicación inmediata”, en la nota 48. Respecto de la tesis de la “vigencia no simultánea”, puede verse BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, págs. 661/662.

³⁸ Esta posición doctrinaria –aunque minoritaria– es sostenida, entre otros, por ALEGRÍA, HÉCTOR, en “El MERCOSUR hoy: la realidad, pragmatismo e ideales”, *La Ley*, T. 1995-E, pg. 843; EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano”, págs. 360/362; FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 264; VARGAS, ABRAHAM L., en “El Tribunal de Justicia Permanente del MERCOSUR: una necesidad ‘sistémica’ actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho comunitario involucrados”, *RDM*, N° 3, Noviembre de 1997, págs. 43 y 44; ARBUET VIGNALI, HEBER, en “El Protocolo de Ouro Preto. Una excusa para hablar de integración”, en *MERCOSUR. Balance y Perpestivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1996, p. 37. [cit. por VARGAS, A. L., *Op. cit.*, nota 19, pág. 45] y PEROTTI, ALEJANDRO, en *RDM* 2002-1, págs. 79/133.

³⁹ Entre unas y otras podría ubicarse la opinión de LORENZETTI, RICARDO, en “Sistema Jurídico del MERCOSUR”, *La Ley*, Tomo 1998-E, pág. 1260: “Se trata de un derecho de integración, pero de características no comunitarias, siendo su aplicación indirecta”.

sólo a un estado germinal, embrionario o incipiente del mismo –posición que ha encontrado gran aceptación–⁴⁰, y que en algunos casos es identificada como propulsora de un “Derecho de la Integración”.

No es nuevo, volver –sin extendernos, pues este tema ha sido hartamente tratado por la doctrina, y hacerlo excedería el objetivo de esta entrega– sobre la complementariedad de los artículos 38, 40 y 42 del P.O.P., para determinar cuál es el sistema vigente –sobre el tema en particular– a partir del plafón normativo que da soporte al MERCOSUR y que ha sido reeptado en la misma dirección desde la propia jurisprudencia emanada de los T.A.A.H.M.⁴¹.

⁴⁰ Ver en BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, págs. 54/55. Respecto a la asociación entre el “Derecho de la integración económica” y el “Derecho Comunitario”, el autor distingue una relación de género a especie, en el orden aquí presentado y sostiene además que: “*en el ámbito del Mercosur, ni aun después de la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, la normativa creada por los órganos instituidos puede ser calificada como ‘derecho comunitario’ propiamente dicho con el significado que se le da en Europa*”; CASSAGNE, JUAN CARLOS, en “El MERCOSUR y las relaciones con el derecho interno”, La Ley, Tomo 1995-C, págs. 882 y 888; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, en “Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR”, La Ley, Tomo 1996-C, págs. 1193/1194; “La aplicación judicial del Derecho del Mercosur”, en Estudios de Derecho Internacional, en homenaje al Profesor ERNESTO REY CARO, Tomo II, DRNAS-LERNER editores, Córdoba, 2002, págs. 1377/1398; VÁZQUEZ, ADOLFO ROBERTO, en “El MERCOSUR y su necesaria complementación mediante un ‘Tribunal Supranacional’”, La Ley, Tomo 1998-F, págs. 1198/1208; IPATA, PABLO LABANDERA, en “Aspectos jurídicos-institucionales que operan como freno para la integración”, en RDM, La Ley, Año 2, Nº 4, agosto de 1998, págs. 63/77; RUIZ DÍAZ LABRANO, ROBERTO, en “Naturaleza jurídica del MERCOSUR”, en *MERCOSUR. Balance y Perpestivas*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1996, p. 17, [cit. por VARGAS, A. L., *Op. cit.*, nota 18, pág. 45], entre otros. Por su parte, LUIZ OLAVO BAPTISTA, Presidente del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del VIIIº laudo en análisis, sostiene que: “*Comecemos por afastar, desde logo, a idéia falsa de que o Mercosul tem alguma forma de direito comunitario. Isso não ocorreu até hoje. O que há são normas de direito internacional público, destinadas a promover a integração econômica de uma região, composta por quatro países, e que já alcançou a fase de zona aduaneira, incompleta embora perfeccionando-se*”, en “*Aplicação das normas do Mercosul no Brasil*”, RDM, Ed. La Ley, Año 2, Nº 5, Octubre de 1998, pág. 28; también, del mismo autor, puede verse “*Solução de divergencias no Mercosul*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Nº 7, págs. 425/450.

⁴¹ V.gr.: Laudo Nº 4 del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, que entendió en el caso “Aplicación de medidas *antidumping* contra la exportación de pollos enteros, provenientes del Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”; Laudo Nº 7, en el caso “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos al mercado brasileño. No incorporación de resoluciones GMC Nº 48/96; 87/96; 149/96 y 71/98”.

Estamos refiriendo al sistema de la *vigencia simultánea* –por oposición a la aplicación inmediata⁴² –según el cual: “*se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del P.O.P. al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los E.P. desde su aprobación, pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los E.P. cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del art. 40*”⁴³”.

Según ha entendido la doctrina mayoritaria⁴⁴ y jurisprudencia citada, resulta que: “la obligación de incorporación establecida en los arts. 38 y 40 del P.O.P. surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el P.O.P. entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado”⁴⁵. “En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa⁴⁶, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que ‘por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada’⁴⁷”.

El Tribunal, cuyo laudo analizamos, adopta una posición diferente y novedosa⁴⁸, que no obstante surgir de los Considerandos –con lo que podría

⁴² Laudo N° 7, párrafo 7.6 (*sic*).

⁴³ *Idem*, nota anterior, en la que se transcribe un párrafo del laudo N° 4.

⁴⁴ BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 653.

⁴⁵ Laudo N° 7, párrafo 7.3 (*sic*).

⁴⁶ Como nota en destaque, sugiero se vea el capítulo 8 completo, del Laudo N° 7 del Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR, que aporta interesantes conclusiones respecto del plazo para el cumplimiento de la obligación de incorporar la normativa mercosureña al derecho interno de los Estados Partes.

⁴⁷ Laudo N° 7, párrafo 7.7, que alude al Considerando 117 del Laudo N° 4.

⁴⁸ Sin embargo, el Laudo N° 1, sobre “Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998, Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco”, párrafo 64, constituye un antecedente a considerar. Ver sobre esta tesis en particular, EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., “Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del MERCOSUR”, ED, 183, págs. 399 y 413, quien señala la conjugación de normas ‘directivas’ con normas ‘operativas’. En el laudo que analizamos –y una vez cumplido el ingreso al derecho interno–, la ejecutoriedad atribuida a la norma mercosureña surgiría “prematadamente” al “eximirse” al Estado de cumplir con el principio de “vigencia simultánea”.

eventualmente pretender otorgarse a la misma, alguna calidad de simple marco general⁴⁹–, importa una manifestación de suma importancia. Entendemos en consecuencia, que cualquiera sea el orden estructural y el contexto en el cual este tema fuere planteado, merece un cuidadoso tratamiento, tanto por la connotación que el mismo reviste desde el punto de vista doctrinario, cuanto desde la significación en términos de profundidad de análisis del propio laudo. La expresión a la que hago referencia, y considero menester transcribir para alcanzar una visión más cercana de lo que pretendo esbozar, sostiene:

“En la realidad, las normas originarias del Tratado de Asunción, así como las normas subsiguientes del MERCOSUR se integran al derecho interno de los países miembros del MERCOSUR según los procedimientos de las respectivas constituciones. Una vez integradas, adquieren vigencia en el orden interno. También producen efectos en el orden internacional. (El subrayado me pertenece). En el primero, son creadoras de obligaciones y producen efectos concretos. Las obligaciones creadas por el MERCOSUR en materia de libre circulación tienen una doble naturaleza: la primera es negativa, –prohíben a los Estados Miembros introducir cualesquiera normas contrarias a ese objetivo– y la segunda, de otra parte, es una obligación positiva –de implantar de buena fe en su legislación lo que sea necesario para alcanzar la integración–”.

Como vemos, de manera precisa se sostiene: “[...]. *Una vez integradas, adquieren vigencia en el orden interno. [...].* ”, lo que, nos demuestra cómo ante cuestiones que deberían definir principios del derecho del MERCOSUR, como lo es el carácter de sus normas y, el mecanismo y momento de entrada en vigencia en el derecho interno de los Estados miembros, recibe un tratamiento dispar desde diferentes laudos emitidos. El Derecho Comunitario europeo –*a contrario sensu*–, a través de la instauración (por parte del T.J.C.E.) del principio de la “aplicabilidad inmediata” otorgó claridad y sentó jurisprudencia vinculante respecto al carácter de la norma y a la forma y momento de entrada en vigencia⁵⁰.

⁴⁹ No se hasta qué punto, habida cuenta que –según la propia letra del laudo– se trata de “premisas teóricas mayores”.

⁵⁰ La aplicabilidad inmediata desde la perspectiva del Derecho Comunitario implica que la norma comunitaria se aplica en los Estados miembros, de manera automática, es decir, prescindiendo de cualquier forma de acto posterior que implique “recepción”, “integración”,

Creemos que la carencia absoluta de fundamentación, unida a la aparición aislada dentro del contexto general del laudo sin otras consideraciones sobre el particular, le adjudica un disvalor no menos importante que el tema lanzado al ruedo. Sin dudas, la cuestión ameritaba un sólido desarrollo que no se advierte presente, lo que hace pensar más en un *lapsus cálimi* por parte del Tribunal, que en una verdadera postulación de derecho⁵¹.

“desarrollo posterior” o “incorporación” de la misma al derecho interno de dichos Estados. Al respecto, se pueden compulsar ISAAC, GUY, en *Op. cit.*, pág. 157, quien sostiene que: “[...] la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el ordenamiento interno de los Estados: es la aplicabilidad inmediata”; FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, en *Op. cit.*, pág. 229; DROMI – EKMEKDJIAN – RIVERA, en “Derecho Comunitario, Régimen del Mercosur”, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, pág. 165; Ver asimismo el tratamiento del tema, en LÓPEZ CERVIÑO, JOSÉ LUIS, “Nociones de Derecho Comunitario”, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, San Juan, Argentina, Año 1998, págs. 53/58. Al respecto, BASALDÚA, RICARDO XAVIER, *Op. cit.*, pág. 57 sostiene que: “[...]. *Su entrada en vigencia se produce de conformidad a las previsiones del propio sistema comunitario. Basta la publicación en el diario oficial de las Comunidades Europeas para que entre a regir en todo el ámbito espacial de la Unión Europea*”. Desde la perspectiva de lo referenciado en esta nota, observamos que la aplicabilidad inmediata implica: aplicación automática, la que entraría en vigencia, a partir de la publicación en el boletín oficial de las comunidades integradas. El tramo del párrafo aquí criticado, parece excitar solamente la cuestión relativa a la entrada en vigor de la normativa Mercosur, al sostener previamente, la necesidad de integración de la misma (incluyendo tanto el derecho originario, como el derivado), según los procedimientos de sus respectivas constituciones –que regulan el procedimiento de “recepción” o “incorporación”–, lo cual aparece en contraposición de la inserción “automática”, que prescinde del mismo.

⁵¹ Decimos esto, pues nos cuesta conciliar los argumentos de este T.A.A.H.M. –en cuanto a esta suerte de “instauración” de una “vigencia no simultánea”–, con la posición precedentemente sostenida por quien presidiera dicho tribunal, el Dr. LUIZ OLAVO BAPTISTA, en *Op. cit.*, pág. 37, donde refiere a la aplicación de las normas del MERCOSUR en el orden interno de los E.P., de manera “concomitante”, como sinónimo de implementación de los mecanismos integracionistas consignados en el P.O.P.: “*Uma vez cumpridos os trâmites constitucionais, os tratados passam a integrar o direito nacional e a ser aplicáveis como se foram leis, [...] Entretanto essa operação tem uma característica, a internacionalidade dos efeitos dos tratados, fruto da vontade de mais de um Estado, e que as leis internas não devem produzir, emanações que são da soberania de um único Estado.*” “A aplicação das normas oriundas dos tratados do Mercosul, então, se faz de modo cooperativo, e por isso há a reciprocidade [...] deve-se aplicar na ordem interna de todos os países da zona, concomitantemente [...]”.

”Para isso se previu o mecanismo de entrada em vigor internacionalmente dos tratados após a última ratificação, completando-se a regra com o preceito do art. 42, in fine, do Protocolo de Ouro Preto”.

Esta sensación se agudiza si complementamos la expresión utilizada por el laudo, con el segundo párrafo arriba transcrito –con el cual habría una contradicción–, al ceñirse éste, a la posición mayoritariamente sustentada tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia de los T.A.A.H.M. aludidos en nuestras notas⁵².

No obstante esta consideración, entendemos que el antecedente ya ha sido incorporado y como tal, jugará –a su tiempo– un rol preponderante en la medida en que sucesivos laudos se expidan sobre este mismo asunto. Creemos, sin embargo, que la posibilidad de nuevos desencuentros interpretativos aparecerán ante próximas definiciones laudables, que sólo podrán evitarse mediante una revisión de la estructura institucional que arroje como resultado la metamorfosis del sistema actual en la implantación de un tribunal de justicia permanente.

III.c. Una vez más sobre las antinomias:

i) “Normas operativas vs. normas programáticas”: Se plantea en el particular, si los artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción (derecho originario) son disposiciones de carácter *autoejecutables*, o si por el contrario, constituyen normas de corte meramente programático.

Como lo anticipamos al describir las posiciones alegadas por sendas partes en el conflicto, el Uruguay le otorga a dicha normativa la calidad de “programática”, argumentando que la imperatividad, si bien considera que está contenida en la norma, no es sinónimo de *autoejecutoriedad*, y que tal carácter debe ser interpretado de acuerdo al objeto y fin del Tratado y según los principios de equilibrio y reciprocidad.

El Tribunal encuentra a la posición uruguaya, parcialmente procedente, vale decir que otorga validez en igual proporción que al

⁵² Baste cotejar el párrafo transcrito con el siguiente: “*En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por ‘su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada’*” (De un tramo del laudo N° 7 –párrafo 7.7– en alusión al Considerando 117 del laudo N° 4).

sostenimiento de la *autoejecutoriedad* de dichas normas por parte del Paraguay, sobre la base de la siguiente explicación: ***“Dicha regla no es autoejecutable en el sentido de resultar en la modificación inmediata de las legislaciones de las partes, sustituyéndola por otra. En contrapartida, sí tiene carácter auto-ejecutable al imponer a los Estados Partes el deber de modificar su legislación de forma a que ella sea afectada, adaptada a las previsiones del Artículo 7 del Tratado de Asunción”***.

Creemos que la respuesta del Tribunal⁵³, en este aspecto, implica un paso hacia adelante –no sólo desde el punto de vista semántico, sino también desde las connotaciones que la asignación (aunque parcial) de un carácter operativo a la norma mercosureña (y en el caso concreto, de una norma de derecho originario), conlleva implícitamente. Esto no había acontecido hasta el momento, al menos de manera tan directa y sin mayores rodeos, si se lo compara con las denominaciones adjudicadas desde la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de los T.A.A.H.M.⁵⁴, en las que se observó –en virtud de la distinción afinada y dilucidada a la luz del análisis de los arts. 38, 40 y 42 del P.O.P.–, la necesidad prioritaria de superar la confusión resultante de la escasa claridad brotada de la redacción e interrelación de los mismos, a partir de la determinación de cánones de obligatoriedad positiva y negativa (de hacer y de no hacer).

Pensamos que estamos ante una sutil superación de aquél prurito *in extremis* de no calificar prematuramente a la norma de MERCOSUR de “operativa”, ante la inexistencia todavía de un ordenamiento jurídico comunitario o ante la zona gris –en la que queda enmarcado el derecho derivado–, para soslayar, aunque sólo sea de manera difusa, un principio de Derecho Comunitario latente, que otorga a los tratados marco una naturaleza programática que requiere de un desarrollo normativo posterior, por parte de los órganos comunitarios⁵⁵.

⁵³ El valor intrínseco contenido en los laudos emitidos por los Tribunales *Ad Hoc* puede constituir un factor decisivo a la hora de completar o llenar vacíos legales –en rigor, hoy y a pesar de las críticas que sostenemos, únicas fuentes interpretativas de la normativa del MERCOSUR–. Caso testigo resulta la solución brindada por el Laudo N° 7, (punto 8), que da respuesta a la laguna producida por la no existencia de un texto expreso que imponga un plazo determinado de cumplimiento a la obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los respectivos derechos internos de los Estados Partes. Lamentablemente, esa cualidad se posa sobre bases endebles ante la ausencia de un sistema jurisdiccional permanente, que la tornan insuficiente para augurar laudos no contradictorios en el futuro.

⁵⁴ V.gr.: laudos N° 4 y 7, respectivamente.

⁵⁵ FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 185.

En el caso, ese podría ser el carácter adjudicado a los artículos del P.O.P. señalados y posteriores decisiones emitidas por el C.M.C.⁵⁶.

ii) “Monismo vs. dualismo”: La doctrina ha sido prolífica en el tratamiento de este tema y su vinculación con el proceso de integración regional del MERCOSUR, por lo que nos limitaremos a mencionar muy sucintamente algo de lo que ya se ha dicho, para detenernos en lo que sostuvo el Tribunal en su laudo y lo que el mismo nos sugiere.

La problemática devino, inicialmente, de la necesidad de determinar cuál era la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados que se vinculaban a través de tratados internacionales. Esta circunstancia propició el desarrollo de dos posiciones doctrinarias antagónicas: la tesis dualista y la tesis monista⁵⁷.

⁵⁶ V.gr.: Decisiones C.M.C., 23/2000 y 20/2002, y Resoluciones del G.M.C. 22/98, 23/98 y 91/93, respectivamente. Se puede compulsar, asimismo, un interesante trabajo realizado por FAVIO FARINELLA, titulado: “Otra vez sobre la incorporación de normas MERCOSUR a los derechos domésticos”. (*El peligro de contar con diferentes soluciones para un mismo territorio*), próximo a ser publicado en La Voz del Foro, publicación mensual del Foro de Abogados de San Juan y también en El Derecho. En el mismo, el autor efectúa un análisis en torno a las Decisiones 23/2000, 20/2002, 7/2003, 8/2003 y Acta 3/2003 de la LIª reunión del G.M.C., las que arrojan nuevos datos de interés.

⁵⁷ La teoría dualista fue defendida por HANS TRIEPEL y luego reafirmada por ANZILOTTI. Ambos postularon la separación completa entre los órdenes jurídicos internacional e interno. Respecto de ella, se ha dicho que: “[...] considera que el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales son sistemas independientes y separados, que coexisten paralelamente como compartimientos estancos. Por lo tanto un tratado internacionalmente perfecto, es decir, regularmente ratificado, sólo podría producir efecto en el ordenamiento internacional. Para que pueda aplicarse en el ordenamiento interno del Estado parte, es necesario que éste recoja sus disposiciones en una norma nacional (muy a menudo, la ley) o la introduzca en el ordenamiento nacional por medio de una fórmula jurídica que opere la recepción”. La teoría monista fue sustentada por H. KELSEN y se basa en la postura que el derecho de gentes y los derechos internos forman un solo orden jurídico. Respecto de ella, se ha sostenido: “[...] está basada en la unidad del ordenamiento jurídico, lo que excluye toda solución de continuidad entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados. La norma internacional se aplica de manera inmediata, en tanto tal, es decir, sin recepción ni transformación en el ordenamiento interno de los Estados que son parte en el tratado. El tratado internacionalmente perfecto se integra pues, de pleno derecho, en el sistema de reglas que deben aplicar los tribunales nacionales, y sus disposiciones son aplicables en los mismos en su calidad originaria de reglas internacionales”. En ambos casos, ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 184. Puede compulsarse también

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acuña la tesis monista, en su artículo 27, dando preeminencia a los tratados internacionales por sobre las leyes nacionales. Esta es la tesis abrazada también por el Derecho Comunitario europeo, que postula entre sus principios de base, su prevalencia respecto del derecho interno de los Estados miembros de la comunidad, aún por sobre las propias constituciones nacionales⁵⁸.

En el MERCOSUR –lo han descripto muchos autores⁵⁹– analizada la situación desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial de los

el trabajo de EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., en “Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apuntala el proceso de integración regional latinoamericana”, ED, T. 160, pg. 247/248, según el cual –en alusión a la tesis dualista– los tratados internacionales se ubican en el mismo nivel que las leyes nacionales, por lo que una ley interna, posterior a la fecha de ratificación del tratado puede dejarlo a éste sin efecto, en el ámbito del derecho interno. El tema es tratado asimismo por, BARBOZA, JULIO, en “Derecho Internacional Público”, Ed. Zavalía, Bs. As., mayo de 2001, págs. 53 y ss., entre otros.

⁵⁸ Este principio fue consagrado solemnemente en el asunto 6/64 (15.7.64), Rec. 1141, B. DE WITTE, “Retour à Costa” (Costa c/E.N.E.L.), RTDE, 1984, 425. También en “Simmenthal, (9.3.78, as 106/77, Rec. 609, D. CARREAU), entre muchos otros. Cit. por ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 203 y 205, respectivamente. Ver asimismo, FREELAND LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO, *Op. cit.*, pág. 239: “Las normas de derecho comunitario prevalecen siempre sobre cualesquier norma de derecho interno, anterior o posterior y cualesquiera sea su rango, incluso sobre las constitucionales”. El autor cita un párrafo del asunto TJCE, as. “Stauder”, 12-11-69, y “Nold”, 14-5-74: “Toda pretensión de un Estado miembro, de hacer prevalecer sus propios criterios constitucionales sobre el derecho comunitario, constituye un fermento de dislocación de la Comunidad y es contrario al principio de adhesión sobre una base de reciprocidad”. Mismo sentido en as 14/68 ‘Wilhem c. Bundeskartellmt’ [1969] Rep 1, 15, cit. por BELLAMY, CHRISTOPHER y GRAHAM CHILD, Ed. Civitas, Madrid, 1992, “El Derecho de la Competencia en el Mercado Común”, 1-087, pág. 69: “*los conflictos entre las reglas comunitarias y las reglas internas en el ámbito de la protección de la libre competencia deben ser resueltos aplicando el principio de que el derecho comunitario tiene preeminencia. [...]*”.

⁵⁹ BAZÁN, VÍCTOR, *Op. cit.*; MIDÓN, MARIO, en “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del MERCOSUR”, La Ley, Tomo 1997-B, págs. 1037/1051; DROMI-EKMEKDJIAN-RIVERA, en “Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR”, Ed. Ciudad Argentina, págs. 41/47; LÓPEZ CERVIÑO, JOSÉ LUIS, *Op. cit.*, págs. 49/52; SOLÁ, JUAN VICENTE, en “La jerarquía de las leyes y reglamentos nacionales con las normas del Mecosur”, La Ley, Tomo 1996-E, págs. 737/744, BASSO, MARISTELA, en “Harmonização do direito dos países do Mercosul”, en RDM, Ed. La ley y Síntese Editora, Año 4, N° 6, Diciembre de 2000, págs. 119/128; ROSANO, DANIEL H., en “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico brasileño –una introducción–”, RDM, Ed. La ley y Síntese Editora, Año 5, N° 4, Agosto de 2001, págs.,121/138; LABANDERA IPATA, PABLO, en *Op. cit.*; entre otros.

respectivos E.P., se advierten asimetrías que ubican a la República Argentina y a la República del Paraguay en una posición común –de cariz monista– por cuanto otorgan primacía al derecho internacional sobre las leyes internas –mas no sobre la Constitución–. En una posición contraria, se ubican las Repúblicas Federativa del Brasil y Oriental del Uruguay, –claramente identifican la tesis dualista– pues los tratados internacionales están en un pie de igualdad en relación a las leyes internas, como asimismo, por debajo de las respectivas constituciones, siendo de aplicación el principio: “*ley posterior, deroga ley anterior*”.

El laudo en comentario adolece, desde nuestro punto de vista, de una contradicción notoria que lo debilita desde la perspectiva del peso, que como antecedente jurisprudencial pudiera serle asignado, habida cuenta que si bien, los laudos distan mucho de ser considerados –a la luz de la uniformidad interpretativa– como las sentencias del T.J.C.E., los mismos revisten particular interés en aras de alcanzar posiciones que prefiguren patrones claros y definidos que marquen el camino hacia la meta fijada en el T.A., cual es alcanzar el estadio de Mercado Común, para lo que, la primacía sobre la legislación interna de los Estados miembros y la operatividad de la norma del MERCOSUR, entre otros aspectos, son condición esencial para su logro.

La contradicción señalada se advierte al cotejar el párrafo 7º de los Considerandos del laudo, con el numeral ii) del punto B) de los Fundamentos del mismo.

En ambos casos, el Tribunal se manifiesta en relación a la jerarquía entre la normativa MERCOSUR (derecho originario y derivado) y el derecho interno de los Estados Partes. En el primero de ellos, observamos que no se le otorga una condición de primacía o preeminencia a la norma mercosureña respecto de las legislaciones estatales. Esto surge claramente al sostener que: “*En el orden interno [las normas originarias del Tratado de Asunción, así como las normas subsiguientes del MERCOSUR] tienen por lo menos el rango de la ley, y si hubiera antinomias entre las leyes y las normas del Tratado, se pondrían en marcha los procedimientos aplicables en caso de conflicto temporal de cada uno de los derechos internos, según sea el caso, y teniendo en cuenta la existencia de obligaciones internacionales*”. (El subrayado, y encorchetado me pertenecen).

Vale decir, que la primacía del derecho del MERCOSUR es apuntada como posibilidad, no como postulado conceptual de base⁶⁰. Posibilidad que corre el riesgo de desvanecerse finalmente, pues si hubiere antinomias entre la normativa mercosureña y la ley interna de algún Estado miembro, no cabría decretar la prevalencia de la primera sobre la segunda⁶¹,

⁶⁰ Estimamos menester, en este orden de ideas, referir que en laudos anteriores, los respectivos Tribunales arbitrales *Ad Hoc* constituidos, otorgaron primacía al derecho del MERCOSUR en relación a los derechos internos de los Estados miembros. Ejemplo de ello son: Laudo N° 1, parágrafo 62: “[...] en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rigen, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales”; también el Laudo N° 5, del 29 de septiembre de 2001, sobre “Importación de bicicletas del Uruguay – Procedencia de un tratamiento arancelario intrazona – Certificado de origen – Facultad de verificación del país importador”. Aclaratoria, pág. 173: “En el caso presente, el Tribunal Arbitral entendió y entiende que lo más coherente con el ordenamiento jurídico MERCOSUR es la revocación del acto concreto y el mantenimiento de los bloques normativos concernidos. Esta doble decisión mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento del MERCOSUR, y la soberanía –a efectos normativos– de los Estados parte”; también el Laudo N° 6, sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”, punto b.- La Resolución GMC 109/94 y la Decisión CMC 22/00, *in fine*: “Así es que, si a la fecha de aprobación de la Decisión 22/00, no existía en la legislación interna de Brasil una prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes de Estados Miembros del MERCOSUR, es evidente que con posterioridad a esa fecha, Brasil no podía imponer restricción alguna que afectase dicho comercio”. “El contenido de la Decisión 22/00 condiciona la capacidad de los Estados Partes de alterar o modificar a partir de la fecha de su aprobación, los alcances de sus legislaciones internas en cuanto a la imposición de nuevas restricciones al comercio de bienes usados existente”. Entendemos, que aquí se demuestra claramente la no aplicación del principio dualista “ley posterior, deroga ley anterior”, otorgando prevalencia a la normativa mercosureña por sobre la portaría de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (SECEX) No. 8/00, de 25 de septiembre de 2000, que dispuso la no concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM). Una vez más podemos detectar serias contradicciones en relación a principios que, siendo fundamentales para la fijación de una doctrina comunitaria en ciernes, son “barridos” merced al tratamiento que dispensan algunos Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* del MERCOSUR.

⁶¹ Salvo en el caso de Argentina y Paraguay, mas no sucedería lo propio respecto del Brasil y del Uruguay, según los antecedentes que emanan de sus respectivas constituciones, jurisprudencia de los superiores tribunales de cada Estado, y lo apuntado por la doctrina mayoritaria. Respecto de la situación constitucional y jurisprudencial

sino que habría que someter la cuestión a *los procedimientos aplicables en caso de conflicto temporal de cada uno de los derechos* internos, alentando de esta forma los efectos notablemente perniciosos que emanan de la tesis dualista⁶²: a) supeditar la operatividad de la norma mercosureña hasta tanto una ley especial la haga ejecutable, más allá de que estén cumplimentados el mecanismo de incorporación inscripto en la norma derivada. En este caso se corre el riesgo de que la palabra empeñada por un Estado miembro y la vigencia del principio *“pacta sunt servanda”* quede supeditado a la buena o mala voluntad de los gobiernos de turno; b) someter la vigencia de la norma mercosureña a la posibilidad de su derogación por parte de una ley interna posterior que la contravenga.

La contradicción apuntada aparece, cuando el Tribunal manifiesta que: *“Una ley que va en contra de una regla contenida en un Tratado Internacional –cuya jerarquía es igual, como mínimo, a la de una ley interna– no será aplicada por el juez nacional: en este sentido, las reglas contenidas en el Tratado de Asunción e incluso el Artículo 7 tienen carácter auto-ejecutable, una vez que el derecho no admite las antinomias en su lógica”*. (Los subrayados, me pertenecen).

Si bien mantiene la jerarquía de la norma mercosureña en un escalón de “igualdad, como mínimo” – *ergo* no la considera preeminente *per se*–, apunta el Tribunal arbitral que ante un eventual choque entre aquella normativa y una ley interna de algún Estado miembro, ésta no será aplicada por el juez nacional y se otorgará operatividad a la norma MERCOSUR, negando ahora lo que es afirmado párrafos anteriores (admitiendo las antinomias entre una norma y otra).

IV. Conclusiones

Como colofón de lo hasta aquí puesto de manifiesto, estimo que:

brasileña, ver OLAVO BAPTISTA, LUIZ, *Op. cit.*; ROSANO, DANIEL, *Op. cit.*, entre otros; y respecto de la situación uruguaya, puede consultarse también: IPATA, PABLO LABANDERA, *Op. cit.*, entre otros; ambas cuestiones, en BAZÁN, VÍCTOR, *Op. cit.*, entre otros.

⁶² EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tº II, pág. 775/776. El autor de cita refiere a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, cuyos argumentos, entendemos, pueden ser aplicados al caso aquí referido.

1. Nos encontramos ante un laudo que ratifica el deber de los E.P. de no violar el principio de “trato nacional”, contenido en los acuerdos de G.A.T.T./O.M.C. y A.L.A.D.I., confirmando de este modo la misma dirección ya transitada en otros laudos precedentes del MERCOSUR.
2. Confirma de manera clara y explícita que la libre circulación de bienes no puede ser obstaculizada mediante actos de cualquier naturaleza, salvo que sean de aplicación las excepciones contenidas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 y, XX y XXI de la O.M.C./94.
3. Sendas cuestiones, constituyen las razones de base que sustentan la decisión final emitida por el Tribunal. En ella se determina que la discriminación de trato es incompatible con el MERCOSUR, que ello no debe ocurrir ni ser permitido. De la controversia analizada surge que la incompatibilidad existió, concretamente en la manera en que se estableció la base imponible en el Uruguay para cigarrillos importados del Paraguay.
4. Sorprende la incursión y forma con la que el T.A.A.H.M. da tratamiento al tema de la internalización de las normas del MERCOSUR en el derecho interno de los Estados miembros y de la entrada en vigor de la norma MERCOSUR, al abonar la tesis de la “vigencia no simultánea”.
5. Creemos que la controversia no ameritaba discurrir sobre esta cuestión. No obstante y habiendo ingresado en dicho terreno, entendemos que el laudo en este punto, carece de fundamentación suficiente.
6. Respecto de la antinomia “normas operativas o programáticas”, entendemos que el laudo asigna, fuera de los casos especialmente contemplados en las disposiciones citadas en las respectivas notas, una cualidad intrínseca de operatividad –aunque sólo sea parcialmente– a la norma mercosureña. Esto implica un paso adelante en la laboriosa tarea de avanzar hacia un estadio de integración más comprometido y jurídicamente más consolidado entre los E.P.
7. En relación a la otra antinomia señalada y en contrapunto con la conclusión que antecede, observamos que el laudo es contradictorio y confuso. No otorga primacía o preeminencia al derecho del MERCOSUR respecto del derecho interno de los Estados miembros, toda vez que ello –entendemos– debe resultar en forma inequívoca y sin lugar a forzadas interpretaciones, tal y como se ha sostenido en laudos anteriores.
8. Hoy podemos constatar, a ciencia cierta, que las contradicciones entre algunos laudos dentro del ámbito del MERCOSUR, no son sólo conjeturas

doctrinarias agoreras, sino que sencillamente, acontecen. Creo que cien coincidencias no garantizarán la uniformidad interpretativa⁶³ y por ende la seguridad jurídica, la incrustación de principios rectores y el control de legalidad en el sistema; todas ellas indispensables, que nacen de la necesidad de identificar reglas de juego claras y definidas para todos los operadores de un espacio común integrado⁶⁴.

9. Finalmente y cerrando la proyección introductoria de este trabajo, creo que el cambio radical que se espera ocurra, dependerá en gran medida de una inminente revisión institucional, en especial, en el área del sistema de solución de controversias que se cimiente a partir de un tribunal de justicia permanente, que consista, como orienta GUY ISAAC⁶⁵, en un conjunto jurisdiccional más amplio que englobe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia, que en el caso del MERCOSUR, constituye una cuenta pendiente.

⁶³ El laudo N° 9, sobre “Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay, establecido por la ley 13.695/68 y decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona” (III, 7), innovó en aras de avanzar en la uniformidad interpretativa. Creemos que si bien el hecho allí descripto es trascendente, no es suficiente por las mismas razones aquí expuestas, entre ellas, la posibilidad cierta de que un laudo posterior realice interpretaciones divergentes.

⁶⁴ El paso del G.A.T.T. hacia la O.M.C. ha demostrado que aún desde un sistema multilateral de comercio –que sin dudas no aspira a una integración entre los Estados que lo componen– es posible mutar de sistema cuando las necesidades priman. En el caso, se pasó de un sistema pragmático-político, hacia un sistema jurisdiccional. Ese proceso, se está llevando a cabo en la actualidad, desplegándose ribetes muy interesantes dentro del ámbito del ESD. Al respecto se puede ver: MONTAÑA MORA, MIQUEL, en “La OMC y el reforzamiento del sistema GATT”, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 65/67, 97/152, en especial 112/113.

⁶⁵ ISAAC, GUY, *Op. cit.*, pág. 256.

AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO? *

Pedro Dutra **

Não escondeu o atual governo o propósito de alterar a forma de intervenção do Estado na economia cumprida por meio das agências reguladoras. Alguns ministros do novo governo, tão logo investidos no cargo passaram a criticar abertamente os titulares desses órgãos, somando em suas críticas elementos vários, os de ordem legal todavia esquecidos. A deputada Telma de Souza, PT/SP, em louvável iniciativa parlamentar, pôs a questão no devido plano institucional ao apresentar projeto de sua autoria sobre a matéria. Nele propõe a alteração de artigos da Lei 9.427/96¹, da Lei 9.472/97², e da Lei 9.986/2000³, para o fim específico de eliminar a independência hierárquica e decisória, hoje assegurada a algumas das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes; e alterar o prazo de seus mandatos e a forma de sua exoneração.

O projeto de lei – www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/118450.htm –, que elimina as características distintas das agências reguladoras, ampara-se em uma Justificativa, cujos pontos principais, a seguir grafados em itálico, comentamos⁴.

* Publicado na Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 187-208, jul./set. 2003.

** Advogado

¹ “Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”

² “Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995”

³ “Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências”

⁴ Embora o governo não tenha aproveitado o projeto da ilustre Deputada, e enviado outro, elaborado no âmbito da Casa Civil, o projeto abaixo comentando serve, em nosso entender, a uma melhor compreensão dos argumentos jurídicos que estão a embasar a orientação do atual governo sobre a função dos órgãos reguladores. Notadamente porque a Casa Civil não divulgou os trabalhos e colaborações que recebeu sobre o projeto de lei que recentemente enviou ao Congresso. Decisão surpreendente, o que torna o projeto da ilustre Deputada Telma de Souza, em especial a sua justificativa, uma fonte ainda mais expressiva daqueles argumentos jurídicos.

1. *As Agências Reguladoras seriam uns dos “modismos” introduzidos no direito brasileiro por conta da “ideologia neo-liberal”*

O primeiro órgão regulador em sua forma hoje adotada foi criado pelo Congresso norte-americano em 1887, para o fim de regular o mercado de transporte ferroviário interestadual⁵. Sem as características específicas de um órgão regulador, mas com o fim igual de defender o interesse público nas relações de concorrência verificadas nos mercados econômicos de bens e serviços, em 1914, naquele mesmo país, foi criado órgão de defesa da livre concorrência, por meio da repressão ao abuso do poder econômico, a Federal Trade Commission⁶. Em 1920, foi criado o órgão regulador do mercado de energia elétrica, a Federal Power Commission, e, na década de 1930, foram criados órgãos reguladores destinados aos mercados de telecomunicações, a Federal Communications Commission, de 1934, e de valores mobiliários, a Securities and Exchange Commission, de 1933. Assim, quando Franklin Roosevelt lança a sua política de recuperação econômica e social, o New Deal, na década de 1930, para combater os efeitos da crise de 1929, os órgãos reguladores criados pelo Congresso já haviam se afirmado como instrumento democrático e eficiente de intervenção do Estado no domínio econômico⁷.

No Brasil, em 1929, Anhaia Mello propunha a criação de um órgão especial para regular a prestação de serviços públicos do município de São

⁵ “Between 1871 and 1874, Illinois, Iowa, Minnesota and Wisconsin established commissions with power to set maximum rates, prevent discrimination and forbid mergers of competing railroads lines. While the Granger laws, except in Illinois, were repealed by the end of the 1870s, they established a pattern followed by other states. By 1887, when Congress created the Interstate Commerce Commission (partly patterned after the British Railway Commission established in 1873) to regulate the nation’s railroads, ‘twenty-five states had established commissions to assist the legislature in this work’”. PHILLIPS JR., CHARLES F. – “The regulation of public utilities: theory and practice”; Arlington: Public Utilities Reports; 1993. 3rd. ed. ; p.132.

⁶ Equivalente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

⁷ Cf. SCHWARTZ, Bernard – “The Economic Regulation of Business and Industry”; vol. I a V; New York: Chelsea House Publishers; 1973.

“An independent commission attempts to assure a neutral, expert approach to regulatory issues, one that is above the political fray. The tenure that commission members are statutorily granted is intended to isolate them from politics in general and the President in particular.” AMAN; Alfred C. Jr.; MAYTON; William T. – “Administrative Law”; Hornbook series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co.; 1983. p. 583. (nosso grifo)

Paulo, outorgada a empresas particulares⁸. Em 1933, Alfredo Valladão, na segunda versão do projeto do Código de Águas que redige a pedido do governo, defende a criação de um órgão regulador independente para o mercado de energia elétrica, e de órgãos congêneres estaduais⁹.

⁸ “A complexidade crescente do problema de fixar preços e standards de serviço, trouxe, pois, a convicção de que ao legislativo incumbe fixar princípios e não detalhes; que os estatutos devem ser gerais e não específicos, e que a regulamentação, propriamente dita, deve caber a uma agência efetiva, constituída de peritos capazes de concretizar e aplicar os standards legislativos.

(...)

Para verificar as condições dessa operação, para controlar o exercício do mandato, para fixar tarifas que, a qualquer tempo, correspondam a um lucro razoável do mandatário, para dar cumprimento às normas estabelecidas pelo legislativo, expressão soberana da vontade popular – é que se instituíram as COMISSÕES DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA.

(...) Todas as outras modalidades de fiscalização – provado está definitivamente – são precárias, meras formalidades ou expressões contratuais sem eficiência, e reduzem-se, afinal, a uma questão de “vistos”, “conferes”, e carimbos. ANHAIA MELLO, Luiz de. – “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”; São Paulo: Sub-Divisão Gráfica da Prefeitura; 1940. 2ª ed; p. 216.

⁹ Na exposição de motivos do ante-projeto do Código de Águas, publicado no Diário Oficial da União, de 28 de agosto de 1933, expunha o autor as características que deveriam revestir o órgão: “O controle de poder público sobre as empresas hidro-elétricas, eu estabeleci nos termos os mais amplos, no projeto remodelado; isto é, nos termos da *regulamentação dos serviços de utilidade pública pela Comissão Administrativa*, como se pratica nos Estados Unidos.

(...)

Instituiu o projeto as comissões, cercando-as das maiores garantias de idoneidade moral, de competência administrativa e de independência.

A Comissão Federal de Forças Hidráulicas (destinada a propulsionar o desenvolvimento da indústria hidro-elétrica no país, regulamentá-la e fiscalizá-la), ficou constituída do modo a poder gozar entre nós daquele mesmo prestígio de que goza, dos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission*.

Os seus comissários, em número de sete (7), serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Congresso, dentre brasileiros natos, de notável reputação, experiência e talento administrativo, que contem mais de 35 anos de idade; e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que se conferem aos juizes do Tribunal de Contas.

E os seus funcionários componentes do Corpo Auxiliar, do seu “staff” (distribuídos pela secretaria e pelo departamento legal, pelo de engenharia e pelo econômico), com especificadas exigências de idoneidade moral, técnica, serão pela própria comissão nomeados ou promovidos, a qual também lhes fixará os vencimentos, e gozarão das mesmas garantias asseguradas aos funcionários da União.

Em 1937, quando Vargas implanta a ditadura do Estado Novo, já não se discutia a necessidade da criação de órgãos reguladores como meio de intervenção eficiente do Estado na economia, em substituição aos órgãos tradicionais da administração centralizada, ministérios, secretarias, repartições, etc¹⁰; a questão remanescente versava a independência hierárquica e decisória

Os comissários das comissões dos Estados, os quais devem ser, pelo menos, em número de três (3), serão nomeados pelos presidentes, com aprovação dos congressos, dos Estados, e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias asseguradas aos juízes dos superiores tribunais de justiça; e os comissários das comissões dos municípios, ou o seu comissário singular, serão nomeados pelos chefes do Executivo, com aprovação dos corpos deliberativos, dos municípios, e terão os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que os juízes de direito das comarcas.

Ficam, por essa forma, organizadas as comissões em termos de bem poderem arrostar com a responsabilidade da regulamentação da indústria hidro-elétrica no país, a qual recai inteira sobre os seus ombros; ficam organizadas, varridas quaisquer influências que possam, de qualquer modo, desviá-las de seus fins.

(...)

Como explica Bauer, as comissões administrativas não pertencem exclusivamente nem ao poder legislativo, nem ao executivo, nem ao judiciário; antes apresentam características de cada um desses poderes.”

O texto legal proposto assim dispunha:

“Art. 211 – Para propulsionar o desenvolvimento da indústria hidro-elétrica no país, regulamentá-la e fiscalizá-la, fica instituída a Comissão Federal de Forças Hidráulicas, devendo os Estados, e podendo os Municípios, criar Comissões congêneres, facultado aos Municípios ter apenas um Comissário singular.

.....
 Art. 249 – Das decisões da Comissão, nos termos do parágrafo seguinte, haverá recurso:

- a) para o Supremo Tribunal Federal, das decisões proferidas pela Comissão Federal de Forças Hidráulicas originariamente ou em grau de recurso de suas delegações;
- b) para os Superiores Tribunais de Justiça dos Estados das decisões proferidas pelas Comissões Estaduais; (...)” VALLADÃO, Alfredo – “Regime Jurídico das Águas e da Indústria Hidro-Elétrica”; São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo; 1941. p. 139 e 148.

¹⁰ FRANCISCO CAMPOS, ministro da Justiça do novo regime autoritário e exímio conhecedor do direito, embora no governo não viesse a admitir a criação de órgãos reguladores independentes, antes, em 1934, havia mostrado a necessidade de eles serem criados. E sustentava que, à vista da sua finalidade, não poderiam se revestir da forma tradicional dada aos demais órgãos administrativos: “As questões relativas a tarifas de serviços públicos são questões eminentemente técnicas em todos os seus aspectos, envolvem elementos de especialização de vários domínios, do econômico, do tecnológico

a ser atribuída a esses órgãos reguladores (então chamados comissões técnicas, a exemplo do órgão congênere norte-americano, independent commission¹¹). Sobre viva oposição de especialistas¹², prevaleceu o entendimento oficial de

geral e, especialmente, da tecnologia própria a cada ramo de serviço, e, ainda, problemas de administração especializada. (...) a Administração precisa de prolongar-se em órgãos especializados, com competência sobre coisas em especial e em particular, e com a função de controlar e decidir, isto é, fazer obra de administração nos setores em que a Administração geral não possa intervir por deficiências de conhecimentos técnicos e especializados. Organizar de outra maneira o controle dos serviços públicos concedidos, o mesmo é que não organizá-lo.” CAMPOS, FRANCISCO – “Fixação das Tarifas dos Serviços Públicos Concedidos”; in *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional; 1943. p.129.

¹¹ Como se sabe, agência é cópia do vocábulo “agency”, empregado no direito administrativo norte-americano e que designa órgão da administração pública, e não órgão regulador independente.

¹² O Ministro da Justiça do Estado Novo, Francisco Campos, criou uma Comissão para fazer sugestões ao Governo Federal sobre a regulamentação de serviços de utilidade pública, nos termos do artigo 137, da Constituição Federal, outorgada a 11 de novembro de 1937, que tratava da intervenção do Estado na ordem econômica. Esta Comissão assim se manifestou:

“Com efeito, desse rápido balanço das opiniões sustentadas nos encontros da Comissão Geral, resulta a certeza de que a esmagadora maioria de seus membros julgava de melhor aviso manter-se o sistema tradicional de controle e regulamentação dos serviços concedidos pelos órgãos ordinários da Administração, assim da União como dos Estados e Municípios, uma vez que de suas decisões sempre houvesse recurso para órgãos técnicos e administrativos colegiados e, em alguns casos, para os tribunais da justiça comum”.

“(…) levando em conta a reação oposta ao sistema da “Declaração de Princípios”, pela corrente organizada sob a bandeira do “Sumário dos Princípios Cardeais”, em particular pelo Sr. Miranda Carvalho, venceu na Comissão Coordenadora, por unanimidade, a opinião de que não deveria ser “adotado o sistema de controle ou regulamentação por meio de comissões especiais, com plenos poderes, livremente constituídas para cada tipo de serviço”. BRAGA, Odilon – “Serviços Públicos Concedidos”; in *Revista de Direito Administrativo*; Rio de Janeiro: Renovar; 1983. edição histórica; p. 147. (grifo nosso)

Reagindo à conclusão da Comissão, conhecidos especialistas em Direito Público, entre eles Anhaia Mello e Bilac Pinto, divulgavam uma “Declaração de Princípios” na qual manifestavam radical oposição à subordinação hierárquica dos órgãos reguladores ao poder Executivo, defendendo a atribuição de uma ampla independência a esses órgãos, a exemplo do que já se tinha há muito afirmado no sistema jurídico norte-americano.

“Declaração de princípios apresentada à Comissão constituída pelo Sr. Ministro da Justiça, para fazer sugestões ao Governo Federal sobre a Regulamentação dos Serviços de Utilidade Pública (art. 137 da Constituição Federal). Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 1941”. ANHAIA MELLO, Luiz de; SOUSA, Antônio José Alves de; PINTO, Bilac; e BRANCO, Plínio A. - in *Revista Forense* – Julho de 1941 – p.18/20.

não se conferir tal independência a esses órgãos, aos já existentes e a serem criados, sujeitas, por conseguinte, suas decisões colegiadas à vontade monocrática do Executivo, presidente da república ou ministro de estado. Este entendimento era coerente com a linha política do novo regime, que não escondia a influência do regime italiano vitorioso na década de 1920, no qual a relação entre capital e trabalho passou a ser obrigatoriamente determinada pelo Executivo; expedindo decreto-leis e decidindo os conflitos existentes, o Executivo subordinou toda a atividade econômica ao seu controle incontestado. Tal soma de poderes em mãos do Executivo alijou os demais poderes, Legislativo e Judiciário, da vida econômica do país. Nascia o estado-governo (statto-governo), síntese autoritária do Estado no Executivo.

Foram criados de então por diante, no Brasil, novos órgãos reguladores¹³, cristalizando o modelo de não independência desses órgãos, inclusive aqueles criados no período democrático, já na vigência da Constituição de 1946¹⁴.

¹³ **1931:** Departamento de Aeronáutica Civil (DAC)

1933: Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)

1938: Conselho Nacional do Petróleo

1939: Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica

1941: Conselho Nacional de Ferrovias

1956: Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN)

1962: Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

1976: Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

¹⁴ **THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI**, escrevendo sob o regime constitucional de 1946, reclamava, ao processo de redemocratização então em curso, a edição de lei e a criação de órgãos reguladores independentes:

“A lei federal deve estabelecer, portanto, antes de tudo, o que se deve entender por justa retribuição do capital, como deve ser calculado o rendimento legítimo do capital empregado no serviço; qual a base da sua avaliação; quais os elementos que devem ser considerados na determinação dos lucros, etc. Sobre essas bases é que deve ser regulada a revisão dos contratos. (...)”

“Esperemos, no entretanto, do órgão legislativo competente, o reconhecimento das vantagens de organizar-se entre nós um aparelho técnico com as indispensáveis condições de independência e autoridade para lutar contra os interesses das poderosas organizações financeiras estrangeiras que exploram no Brasil a maioria desses serviços.” CAVALCANTI; Themístocles Brandão - “Tratado de Direito Administrativo”. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos; 1949. 2a. ed; vol. IV; p. 427 e 434. (grifo nosso)

Esses órgãos reguladores, despidos de independência hierárquica e decisória, já no início das suas atividades viram-se impotentes para regular devidamente, em defesa do consumidor, os mercados sob sua jurisdição; uma vez posta sob monopólio estatal integral a prestação dos serviços públicos, ficaram totalmente inertes, cumprindo-se, aliás, prognóstico feito ainda na década de 1940¹⁵, de que a inexistência de uma regulação independente, em razão do seu previsível fracasso, forçaria a estatização dos serviços concedidos.

A criação de órgãos reguladores não é uma novidade nem na experiência estrangeira nem na experiência brasileira, assim como não é o reclamo isolado da doutrina nacional da atribuição a eles de independência hierárquica e decisória, para que possam cumprir sua função isentos de injunções políticas¹⁶.

¹⁵ **MEIRELLES TEIXEIRA** assim se manifestava em 1940, em exata síntese antecipadora: “Sem uma atitude esclarecida, da parte dos concessionários; sem regulamentação pela qual se fixem claramente os seus direitos e os pressupostos jurídicos e sociais implícitos na concessão; sem órgãos públicos capazes de zelar pela efetiva aplicação desses princípios, que sejam, como propõe o Presidente Roosevelt ao indicar a exata natureza das comissões norte-americanas, verdadeiras tribunas do público, pondo em atividade seus engenheiros, seus contadores e seus recursos legais com o firme propósito de fazer justiça tanto aos financiadores como aos consumidores; sem, afinal, justiça especializada que decida, em última instância, se foram ou não aplicados os preceitos e critérios da lei federal, não é possível duvidar de que a prestação direta dos serviços públicos tomará realmente, e muito mais depressa do que seria lícito prever, o lugar até hoje ocupado pela concessão na execução dos serviços públicos de caráter industrial.” TEIXEIRA; J. H. Meirelles – “O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos”; São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo; 1941. p.562. (nosso grifo)

¹⁶ Quando se discutia a criação dos novos órgãos reguladores, escrevemos: “Historicamente, dois fatores determinantes estão à base da criação dos órgãos reguladores: a incapacidade de os mercados, nos quais sobreleve o interesse público sobre o privado, - tais o de serviços públicos concedidos, financeiro, concorrencial, mobiliário, etc. - de, por si, regularem-se, reprimindo abusos por parte dos agentes neles presentes. E a incapacidade de o Poder Executivo por si, a partir de sua estrutura tradicional, - ministérios e órgãos a ele subordinados, ou ao Presidente da República - promover tal regulação. A conjunção desses fatores deu-se primeiro nos Estados Unidos, onde a forte tradição constitucional, fundada na defesa das garantias individuais, impôs limites à ação do Executivo, o que fecundou a criação de órgãos reguladores independentes em relação àquele poder. Na Europa, a criação de órgãos reguladores verificou-se sob o acento social de suas democracias, o que reclamou para o Executivo o dever de promover a regulação dos mercados afetados pelo interesse público, e assim determinou forma distinta ao aparato regulador, sendo os órgãos criados sem a independência formal em relação ao Executivo encontrada no modelo norte-americano, porém a eles foram estendidos os princípios de excelência e autonomia técnica que distinguem as burocracias desses países democráticos.

Não é exato tampouco associar a criação e a ação de órgãos reguladores à ideologia neoliberal: esta propõe precisamente o inverso, a saber, a ausência, ou uma forte redução, da intervenção do Estado na economia e assim da regulação dos mercados promovida sobretudo por órgãos reguladores, argumentando serem os mercados capazes de se auto-regular¹⁷.

A regulação dos mercados econômicos é uma forma efetiva de intervenção estatal na economia e assim incontestavelmente limita, em defesa do interesse público, a livre iniciativa, ao contrário do que defendem os neoliberais, que a querem a menos preceituada possível.

No Brasil, a força do autoritarismo próprio de nossa tradição política, traduzida quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo, e muitas vezes no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que formalmente regem a administração pública, esteve à base da criação dos órgãos reguladores, iniciada no regime Vargas. A partir de então, arrogou-se o Governo Federal o dever de regular serviços públicos e mercados, esses, à razão de interesses políticos, seguidamente ampliados, ignorados os critérios técnicos aplicáveis. Portanto, fatores sociais superiores determinantes na criação dos órgãos reguladores, jamais se conjugaram objetivamente na experiência brasileira, ao contrário do ocorrido nas democracias norteamericana e européias. Entre nós, a necessidade de regular serviços públicos e determinados mercados, quando verificada, foi vista antes como mais uma entre as inúmeras prerrogativas exclusivas do Poder Executivo, no âmbito de sua ação quase sempre incontrastada, e não como uma devida e reclamada prevalência do interesse público sobre o interesse privado; ou seja, o interesse do conjunto de cidadãos em ter serviços públicos eficientes, prestados por empresas privadas, mas nesses reprimidas as condutas abusivas que a experiência mostrou ocorrer se deixada a prestação de tais serviços sem regulação”. DUTRA, Pedro. “Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações” in *Revista do IBRAC*; São Paulo: IBRAC; março de 1997. v.4; n° 3; p.37-50.

MARÇAL JUSTEN FILHO retoma o tema, analisando-o exaustivamente, cf. “O direito das agências reguladoras independentes”, São Paulo: Dialética, 2002.

¹⁷ **PERRY ANDERSON** resume a crítica neoliberal neste sentido: “Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.” ANDERSON, Perry. “Balanço do Neoliberalismo” in *Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático*; Atílio Borón et al. São Paulo: Paz e Terra; 2000. 5ª ed.; p.9.

E LUIZ FERNANDES: “O segundo pilar da viragem neoliberal é a crescente tendência à desregulamentação das atividades econômicas e sociais pelo Estado, baseada na superioridade da ‘eficiência do mercado’ em relação ao ‘burocratismo do Estado’.” FERNANDES, Luis. “Neoliberalismo e reestruturação capitalista” in *Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado democrático*; Atílio Borón et al. São Paulo: Paz e Terra; 2000. 5ª ed.; p. 56.

1a. A partir da idéia central desse “modismo” colhido no exterior, de que tais agências seriam dotadas de elevado grau de independência em relação ao poder Executivo, teria sido construído uma “teoria”, que “não encontraria apoio nenhum no direito constitucional brasileiro”, a propor a separação entre “políticas de Estado” e “políticas de governo”.

A criação de órgãos reguladores funda-se na prevalência do interesse público - do interesse transindividualizado - sobre o interesse privado, e na premissa objetiva de que a defesa do interesse público deve ser promovida com maior celeridade e habilitação técnica possíveis nos mercados onde ela se vê mais vulnerável, por meio de órgãos para esse fim especialmente criados. Entre estes mercados destacam-se os de prestação de serviços públicos, nos quais o interesse público é diretamente afetado, pois neles, por força das suas características estruturais, registra-se ordinariamente uma elevada concentração do poder econômico em mãos de poucos agentes, sob a forma de monopólios naturais ou oligopólios rígidos, cuja ação, deixada livre aos agentes neles atuantes, resultará, sempre, em prejuízo ao consumidor.

A independência hierárquica do órgão regulador dá-se quando, mesmo formalmente inscrito na estrutura de um determinado ministério, a atuação dele não se subordina, por modo qualquer, ao presidente da república, ou a órgão da administração do poder Executivo, ministério ou secretaria; e a independência decisória tem-se quando das suas decisões cabe exclusivamente recurso ao Poder Judiciário, e não recurso hierárquico a órgão da administração pública¹⁸.

Os órgãos da administração pública são essencialmente obedientes à Lei, só podendo agir ou deixar de agir nos termos desta e nos termos de normas infra-legais expedidas, sempre na forma da lei que lhes autorize a edição.

Nesse contexto, não existem “políticas” senão em sua acepção de norma legal e infra-legal a orientar a ação do poder Executivo à consecução de fim de eminente interesse público.

Não existe uma repartição “entre Estado e governo” em face da obediência devida à Lei. A referência que a literatura faz à separação entre Estado e governo, no caso, alude à qualificação informal dada aos órgãos

¹⁸ DUTRA, Pedro. “Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações”; Revista do Ibrac, São Paulo: IBRAC; março de 1997. v. 4; n° 3; p. 40.

reguladores (denominados órgãos de Estado e não de governo) para, em razão dos seus atributos e prerrogativas - entre as mais significativas independência hierárquica, decisória e financeira - os distinguir dos demais órgãos da administração pública. Seriam os órgãos reguladores, órgãos de Estado porque não subordinados hierarquicamente ao poder Executivo; e órgãos de governo seriam aqueles ordinários, que ostentam tal subordinação.

A atribuição de independência hierárquica, decisória e financeira a órgãos reguladores é uma exigência ditada pela experiência e relacionada exclusivamente à efetividade da ação desses órgãos, e, como visto, defendida no Brasil desde a criação delas, há sete décadas.

Mostrou a experiência que a intervenção do Estado na economia só traz segurança jurídica suficiente a atrair investimentos privados e estatais (estes quando submetida sua aplicação ao controle de finalidade), se as decisões dos órgãos reguladores, que promovam esta intervenção, basearem-se exclusivamente na Lei, isentas de injunções políticas de toda sorte.

1b. Essa “teoria” seria pretensamente sofisticada, e apresentada no envoltório de noções consagradas pela doutrina da “teoria da captura” das agências, da “teoria dos jogos”.

Como visto, a independência hierárquica e decisória dos órgãos reguladores é fruto da experiência democrática de intervenção do Estado nos mercados econômicos; há outros órgãos que também servem à intervenção do Estado no domínio econômico, em menor grau e em situação diversa, que não se revestem desse atributo de independência.

Não há uma “teoria”, senão a experiência democrática, a recomendar a estipulação legal de tais atributos a órgãos reguladores, para que possam cumprir sua função legal de defesa do interesse público nos mercados sob sua jurisdição, com isenção e proficiência.

A teoria da captura, corrente na década de 1970, sustenta que os órgãos reguladores não cumpririam a sua função legal devido a influência externa contrária que sofreriam. Em resumo, após a sua instalação, quando atrairiam maior apoio, agiriam com maior independência; com o passar do tempo, reduzido o apoio público, a influência externa acabaria por capturá-los, voltando-os à defesa de interesses específicos, e não mais à defesa do interesse público. Essa influência dissipadora proviria de agentes econômicos

regulados, de agentes políticos e de agentes administrativos. No primeiro caso, haveria interesse de empresas reguladas em usar a regulação em seu benefício, para auferir maior renda, por diversas formas; no segundo caso, atenderia a finalidades político-partidárias; no terceiro caso, a interesses individuais ou corporativos no interior da administração pública.

A doutrina, contudo, trabalhando com dados empíricos, viu pouco fundamento factual na teoria da captura, dizendo-a uma simplificação de uma relação naturalmente complexa, como é a existente entre órgãos reguladores e seus regulados.

Note-se que, além de os órgãos reguladores buscarem antes conformar a ação de seus regulados à Lei e não liminarmente sancioná-los, pois a sua primeira finalidade é assegurar a continuidade da adequada prestação dos serviços, são eles amplamente fiscalizados e de forma crescente pela sociedade¹⁹. Hoje, o controle mais visível e influente é o social, exercido pela imprensa e por órgãos não governamentais, e a experiência brasileira recente isso prova. Assim, a prevenção à captura de órgãos reguladores não mais depende, exclusivamente, da ação dos controles formais que são todavia indispensáveis serem exercidos e aperfeiçoados, sobretudo o que compete ao Congresso promover, por meio da audiência ordinária dos titulares desses órgãos, para os inquirir sobre o cumprimento da Lei a que estão obrigados aplicar.²⁰

A inefetividade dos órgãos reguladores, que a teoria da captura serviu como uma tentativa de explicação, na verdade decorre do grau de independência hierárquica, decisória e financeira que a eles seja assegurado, e do controle judicial, parlamentar, e social sobre eles exercidos. Assegurada

¹⁹ “Nevertheless, recent studies have found very little evidence to support the capture theory. Empirical researches report that agency officials do pursue a public interest goal, but the goal in question is to be characterized as one of ‘compliance’ rather than ‘deterrence’. ‘Compliance’ implies conforming to the law as a result of persuasion and negotiation before the event; ‘deterrence’, on the other hand, depends on penalizing offenders for offences already committed and thus deterring further violations.” OGUS, Anthony I. – “Regulation - Legal Form and Economic Theory”. Oxford: Clarendon Press; 1994. p. 94/5.

²⁰ Nesse sentido, projeto de emenda constitucional do deputado Luciano Zica, (PT – São Paulo) autorizando a câmara dos Deputados convocar dirigentes de entes personalizados da Administração Indireta. cf. Proposta de Emenda à Constituição nº 245-A, de 1995. Luciano Zica e outros. 24.10.1995.

aquelas garantias e ordinários esses controles, maior a eficiência dos órgãos reguladores, como mostra a experiência.

A teoria dos jogos é o estudo matemático dos elementos de decisão que dois ou mais disputantes possam tomar em determinada situação, e cujos interesses conflitem. Embora a sua elaboração inicial date do começo do século passado, a teoria vem sendo constantemente refinada e assim ampliado o seu campo de aplicação, inclusive na análise fatos e hipóteses relacionados a questões de natureza concorrencial²¹.

Nem a teoria da captura e nem a teoria dos jogos relacionam-se à separação entre “política de Estado” e “política de governo”, ou à independência hierárquica e decisória atribuída a órgão regulador. A teoria da captura, que propõe, entre outras tantas teorias, uma linha de análise da ação dos órgãos reguladores, e dela se deduz, como melhor prevenção à sua afirmação, precisamente a outorga de independência dos órgãos reguladores. A teoria dos jogos é um instrumento de análise empregado na determinação de fatos que se constituam em objeto da defesa da concorrência e da ação regulatória.

2. *Existiria uma “confusão terminológica e doutrinária” capaz de levar o observador menos atento a supor que, hoje, qualquer ente que integre a Administração Pública federal, nos termos do Decreto-lei 200/67, haveria de ser chamado de “agente”.*

A leitura das normas legais que criaram as agências reguladoras e a leitura do Decreto-lei 200/67 não sugerem tal confusão indevida. Os órgãos reguladores são autarquias as quais algumas das normas que as criaram qualificam de especial; esta qualificação acha-se no direito brasileiro desde a década de 1960. As autarquias são uma das formas a revestir órgão da administração pública, estipulada no Decreto-lei 200/67, repetindo normas anteriores. A qualificação especial não consta deste Decreto, mas de lei posterior²² e a doutrina a reconhece como tal, precisamente em função das atribuições adicionais que ostentam em

²¹ Uma ampla exposição sobre a teoria dos jogos é feita por **R.J. AUMANN**. “Game Theory” in *The New Palgrave a Dictionary of Economics*; New York: Stockton Press; 1998. vol. 2; p. 479.

²² A expressão autarquia em regime especial surgiu com a Lei n.º 5.540, de 28.11.1968, referindo-se a uma das formas institucionais das universidades públicas. Diz o art. 4º: “As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão,

relação às demais autarquias, especificamente, independência hierárquica e decisória, mandato fixo e estabilidade de seus titulares, cuja fixação em lei decorre da natureza das funções cometidas a essas autarquias ditas especiais²³.

Em algumas das normas que criaram os atuais órgãos reguladores com o qualificativo especial, quis o legislador enfatizar a independência com que entendeu dotá-los. A estipulação desses atributos, feita em Lei ordinária, não confronta o Decreto-Lei 200/67. Ao contrário, reafirma-lhe o sentido; a característica distintiva à base da criação da autarquia, como órgão da administração pública descentralizada, é a sua autonomia em relação ao poder Executivo²⁴, no cumprimento da Lei. Significa, desde a sua origem, órgão

quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações” (grifamos). MEDAUAR, Odete – “Direito Administrativo Moderno”. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, 6a. ed, p. 84.

²³ **HELIO LOPES MEIRELLES** assim define a autarquia em regime especial: “Algumas leis referem-se a autarquias de regime especial, sem definir seu conteúdo. Diante dessa imprecisão conceitual, é de se dizer que autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

(...) Mais recentemente, o Estado tem criado agências reguladoras, sob a forma de autarquias de regime especial.

(...) todas essas agências foram criadas como autarquias sob regime especial, considerando-se o regime especial como o conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins. No caso das agências reguladoras até agora criadas no âmbito da Administração Federal esses privilégios caracterizam-se basicamente pela independência administrativa, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), autonomia financeira (renda própria e liberdade de sua aplicação) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência). Entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes a essas autarquias, tendo em vista a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nessas atividades.” MEIRELLES, Hely Lopes – “Direito Administrativo Brasileiro”; São Paulo: Malheiros; 1990. 27ª ed.; p. 338/340. (grifo nosso)

²⁴ **J. GUIMARÃES MENEGALE**, seguindo o entendimento de CINO VITTA, escreveu à altura da edição do Decreto-Lei 200/67:

“A autarquia pode fazer valer contra a autoridade governamental, que nela intervenha ilegítimamente, o poder de império que a lei lhe deferiu. Por isso, os autores reconhecem um direito subjetivo público, que lhes outorga o poder de administrar por si seus próprios interesses.” (grifamos). COTRIM, A. B. – “Direito Administrativo da Autarquia”. São Paulo: Livraria Freita Bastos S.A., 1966, p. 214.

dotado de autonomia, de independência de ação administrativa nos limites da Lei, atributos mantidos pelo legislador ao editar o Decreto-lei 200/67²⁵, os quais só não se afirmaram na administração pública nacional devido à tradição autoritária do poder político que se estende sobre esta, continuamente²⁶, distorcendo-lhe a finalidade, que é servir ao povo e não ao governo.

Bem observado, verifica-se que a independência atribuída a órgãos reguladores, que são autarquias, conforma-se à noção mesma de autarquia como a admite o direito brasileiro há seis décadas, ainda que a elas se adite a qualificação de especial. Pode-se dizer excessiva a ênfase no qualificativo especial; mas não perturbadora.

3. *Passando a ser concebidas como autarquias em regime especial e exibindo a peculiaridade de os seus dirigentes serem titulares de mandatos com prazo certo de duração e de estabilidade, a introdução desse “modismo - agência reguladora” - instalaria uma “guerra de poder no seio da*

²⁵ NAZARÉ DIAS, também à altura da edição do Decreto-Lei 200/67, escrevia:

“A enumeração dos objetivos da supervisão ministerial, constante da Lei de Reforma Administrativa, filia-se a esse pensamento, em coerência, aliás, com os princípios fundamentais que a Lei consagra. Nota-se, claramente, que aquela enumeração pretende retirar da cogitação da cúpula ministerial os atos de rotina administrativa, cujo exercício a diretriz de descentralização devolve às chefias operacionais. Observa-se, outrossim, o propósito de proteger a Administração Indireta da indevida interferência da cúpula ministerial, certamente por bem se conhecer a viciosa colocação da matéria no passado, pois o que se deseja é ‘assegurar a autonomia administrativa, operacional e financeira’ da entidade, e nunca perturbar a realização dos seus programas de trabalho. A supervisão ministerial tem sentido de orientação, de coordenação e de controle, entendido este principalmente como avaliação de resultados e apreciação dos balanços.” Poder Executivo e administração federal. Princípios fundamentais. Instrumentação básica. DIAS; J. de Nazaré T. – “A reforma administrativa de 1967”; Cadernos de Administração Pública – 73; Rio de Janeiro: FGV; 1969. 2ª ed.; p.92.

²⁶ No dizer de OSCAR SARAIVA, “as autarquias envelheceram precocemente entre nós; surgidas em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, traziam em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumento flexível e eficiente de ação; logo a seguir as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando, em muitos casos, a sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado, e fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram sua instituição”. SARAIVA, Oscar – “Novas Formas de Delegação Administrativa de Estado”. Rio de Janeiro: Revista Forense; nº 100, out.1944. p. 235.

Administração”, que, por conta da pretendida independência das agências em relação ao poder Executivo, “tudo turbaria e conturbaria”.

Já os primeiros órgãos reguladores criados previam mandato e estabilidade a seus dirigentes, atributos complementares e indisassociáveis aos de independência, porque, como estes, mostrou a experiência indispensáveis ao efetivo cumprimento por parte desses órgãos da lei que os vincula, isentos de injunções políticas.

Claro está poder diligenciar o Executivo no sentido de ver alterada, pelo Legislativo, lei que lhe pareça discrepante com sua proposta de governo. Aliás, outra não é a finalidade do projeto de Lei, cuja Justificativa aqui se comenta, que aproximaria os atuais órgãos reguladores à sua versão primeira, formulada entre nós ainda na década de 1930.

A estipulação de mandato, estabilidade e independência hierárquica e decisória não “turbam” e “conturbam” as relações da administração pública, pois seus agentes, todos eles, devem obediência à Lei, e esta lhes define a competência. A competência dos órgãos reguladores está igualmente definida em Lei, em especial em relação àquela de órgãos da estrutura central do poder Executivo, e os casos onde houver disputa são dirimidos pelo Judiciário. Exemplo neste sentido é a controvérsia dirimida pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN 1-949-0), em que entendeu o titular do poder executivo do Rio Grande do Sul destituir titular da agência reguladora estadual, de serviços públicos, e o Tribunal, interpretando a norma que criou esse órgão regulador, negou eficácia ao ato demissivo do governador do Estado, por entender faltar-lhe amparo legal.

4. *As agências estariam inseridas em uma unidade estrutural e sistemática - a “Administração” - e por essa razão não poderiam caminhar fora da trilha dessa mesma unidade*

A trilha da administração pública é a que a Lei traça. A ação do titular do poder Executivo e de seus auxiliares, mesmo quando esta ação exhibe maior discricionariedade, tem seus limites previamente fixados em Lei. O mesmo se dá com o órgão regulador, criado para aplicar a lei que disciplina o mercado que esta pôs sobre sua jurisdição e lhe define a forma de agir.

Note-se que as leis que criaram os órgãos reguladores recentes atribuem competência ao titular do poder Executivo - presidente da república

- para editar norma infra-legal - decreto - disciplinando questões do mercado regulado posto sob jurisdição de órgão regulador, estando este obrigado a aplicar os dispositivos de tais normas infra-legais editadas pelo titular do poder Executivo. Assim, cumprem os órgãos reguladores norma votada pelo Congresso e norma editada pelo Presidente da República²⁷.

A unidade da administração pública é a que se deduz da Lei, cabendo ao agente administrativo, qualquer o nível dele, observá-la estritamente.

5. *A autonomia ou independência de que gozariam os órgãos e as autarquias, entre as quais as agências reguladoras, só poderia ser, no Brasil, na “vigência da atual Constituição Federal”, entendida como “independência perante os agentes sujeitos à regulação”, a fim de que elas não sejam “capturados por esses agentes” o que, sabe-se, não é incomum ocorrer.*

Não existe independência exercida a meio, pois ela só se materializa em forma íntegra: em face do poder político exercido pelo Executivo, em especial presidente da república ou ministro de estado, e pelo Legislativo, em grau bem menor do que o Executivo, em razão da sua natureza plural e aberta; e em face do poder econômico, privado ou estatal. Não dispondo o órgão regulador de independência hierárquica, decisória e financeira, o exercício da função regulatória desloca-se do órgão regulador, especializado e plural, para órgão monocrático, presidente da república ou ministro de estado, ou rende-se ao poder econômico, qualquer a sua titularidade.²⁸.

²⁷ Entre outros, o Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto n.º 2.534, de 02/04/1998; o Decreto n.º 3.653, de 07/11/2000, que “*Altera dispositivos do Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, que estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, e do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, que regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.*”; e o próprio Decreto n.º 2655, de 02/06/1998, que “*Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.*”

²⁸ Escrevendo em 1998, o deputado José Genoíno advertia para o risco de as agências reguladoras não agirem de forma independente, sendo assim capturadas tanto por agentes privados, quanto por agentes políticos: “*Resta saber se estas agências exercerão uma função de poder público, que é a de garantir o bem do público, ou se serão nichos de manipulação dos interesses privados. Os interesses econômicos e político-eleitorais em*

Por conseguinte, a fim de evitar a captura, a independência a meio de órgão regulador - aquela a existir somente em face dos agentes econômicos - não é a solução; ao contrário, é um fator indutivo da captura do órgão regulador. E, note-se: a captura não se restringe a órgão regulador; ela terá por alvo, inexoravelmente, o órgão da administração centralizada do poder Executivo que detiver o poder de decidir em lugar de órgão regulador, ou o poder de rever decisão dele, sobre questão de natureza regulatória.

A independência dos órgãos reguladores, assim como o mandato e a estabilidade de seus titulares, visam precisamente evitar que eles sejam capturados, seja por agentes do poder político no âmbito do Executivo ou do Legislativo, seja por agentes econômicos, privados ou estatais postos sob sua jurisdição.

6. *Seria de “gritante evidência” que a independência, isto é, a ausência de subordinação hierárquica, das autarquias - agências reguladoras - não as colocaria à margem do aparato estatal - da “Administração” - de modo a legitimar o exercício, por elas, de “atuação adversa às políticas públicas governamentais”*

O poder Executivo é um dos poderes da União²⁹. A administração pública nele exercida não se confunde com, nem a assimila, a ação estatal. A ação estatal é a ação harmônica dos poderes Executivo, Judiciário, Legislativo. O presidente da república é o chefe do poder Executivo, e a direção superior da administração pública que exerce não resume a administração de todos os poderes da União ao seu comando. Não há, no regime constitucional brasileiro, uma “Administração” a unificar os órgãos e quadros dos três poderes sob a direção exclusiva do presidente da república.

Como visto acima, a independência hierárquica e decisória de órgão regulador dá-se especialmente em face de órgão do poder Executivo - presidente da república e ministro de estado, etc - a dizer dos atos de teor regulatório que livremente esse órgão expeça só cabe revisão pelo Judiciário,

jogo tendem a transformá-las em balcões de negócios privados.” GENOÍNO, José – “Privatizações e Descaso” in *O Estado de São Paulo*, São Paulo; jan.1998. À procedente observação do ilustre parlamentar, deve-se acrescentar a possibilidade de igual manipulação por parte de defensores de interesses corporativos.

²⁹ Artigo 26, da Constituição Federal.

e que está ele adstrito à aplicação da Lei. E, por ser o órgão regulador dotado por Lei desses atributos, não se acha ele à margem da administração pública, pois nela está inscrito no âmbito do poder Executivo.

A regra de independência contida em algumas das normas que criaram órgãos reguladores apenas preceitua a relação entre tais órgãos e demais órgãos da administração pública, em especial à vista do poder político que o Executivo é tentado exercer sobre aqueles órgãos quando estes exercem sua função legal regulatória; a saber, dirimir controvérsias surgidas no âmbito de sua competência; fiscalizar e sancionar condutas de agentes econômicos sob sua jurisdição; e expedir normas infra-legais que particularizem norma legal que lhes cabe aplicar.

Recentemente, foram alguns órgãos reguladores acusados de formularem políticas públicas e assim exorbitarem sua função, uma vez que a formulação destas caberia exclusivamente ao poder Executivo – ao governo.

“Política pública” é uma expressão vinda da experiência norte-americana - public policy - e significa um conjunto de regras legais e infra-legais especialmente editadas para a consecução de um fim determinado, de eminente interesse público. Distingue-se, portanto, da ação política de natureza partidária - politics, no idioma inglês. Tanto no sistema jurídico norte-americano como no brasileiro e assim em regime democrático, só pode a administração pública agir na forma da Lei. Logo, toda “política pública” há de estar formulada em normas legais ou infra-legais, e há de contar, em sua elaboração, com a participação do Legislativo, direta naquele caso e indireta neste. Não há, pois, “política pública” na qual não se tenha, em sua formulação, a presença do poder Legislativo. Ao poder Executivo cabe executar “políticas públicas”, e, na medida e pela forma em que a Lei lhe reserve, formulá-las, inclusive pela proposição ao Congresso de novas normas.

Afasta-se, no regime democrático, a prevalência na norma da vontade monocrática do agente da administração pública, eleito ou não, para nela afirmar-se a vontade plural expressa pelo Legislativo, ressalvada a delegação legislativa àquele estendida, na forma da Lei. Não é outra a função precípua do poder Executivo, que o nome está a dizer, a começar pelo seu órgão máximo, o presidente da república: executar leis e fazê-las cumprir³⁰.

³⁰ **NORBERTO BOBBIO** assim define o regime democrático: “Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo não tenho nenhuma hesitação em dizer que prefiro

7. *As agências não estariam legitimadas a constituir uma outra “Administração” - a administração das políticas de Estado intocáveis pelo Governo - paralela “à autêntica Administração, aquela conduzida pelo poder Executivo”. E ainda não poderiam atuar as agências à margem das regras e dos princípios do direito administrativo brasileiro, e da Constituição Federal*

Não constituem os órgãos reguladores, e nem é finalidade das normas legais que os criaram, uma administração paralela à administração pública³¹. Como visto acima, inexistente administração pública “autêntica”, aquela conduzida pelo poder Executivo; a Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência não a referem. O fato de caber ao poder Executivo, por meio de órgãos de sua estrutura, a execução de leis disciplinadoras dos serviços públicos e de defesa da concorrência, ação que o comete atuar para atender especialmente ao interesse público fixado na Lei, não lhe confere, no regime democrático, autenticidade superior a dos demais poderes. Note-se, a propósito, que o poder Legislativo tem, entre as suas funções, a de fiscalizar a ação do poder Executivo³² e o poder Judiciário a de rever os seus

prefiro o governo das leis e não o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência.” BOBBIO, Norberto – “O futuro da democracia”; São Paulo: Paz e Terra; 2000. 7ª ed.; p. 185. (grifamos)

³¹ Sobre a natureza jurídica da regulação, escrevemos: “Regular é disciplinar por meio de regra, e o adjetivo econômica que ordinariamente segue o substantivo regulação, refere atividade econômica, identificando a finalidade da regra especialmente editada: disciplinar determinada atividade econômica, mais precisamente, determinado mercado, ou seja, área geográfica onde bens e serviços são ofertados e procurados, e os agentes nele atuantes. A regulação econômica – regulação de ora por diante – pressupõe a edição de regra – lei – especial, a identificar o mercado objeto da regulação; bens ou serviços (por vezes ambos) que o integram; agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, estas sob controle privado ou estatal, nele atuantes; e o órgão administrativo ao qual a lei especial outorga competência para executá-la - para regular o mercado em causa.” DUTRA, Pedro – “Concorrência em mercado regulado: o caso ANP” in *Revista de Direito Administrativo*; v.229, Rio de Janeiro: Renovar, jul/set.2002. p.335-359.

³² Nesse sentido, a proposta de emenda constitucional do deputado federal Luciano Zica,

atos, sem exceção, precisamente para o fim de manter o equilíbrio entre os poderes da União, fator essencial à sobrevivência do regime democrático, no qual o abuso do poder político é prevenido liminarmente³³.

Não atuam os órgãos reguladores à margem das regras e dos princípios do direito administrativo brasileiro, nem da Constituição Federal. Há oito décadas o direito administrativo brasileiro trata da natureza e das atribuições de órgãos reguladores como instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica. A Constituição Federal, em seu artigo 174, comete ao Estado a função de regular e fiscalizar a atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços³⁴; assim, os órgãos criados para esse fim por lei ordinária, como requer a Constituição³⁵, não poderiam ser, e não são, estranhos à ordem jurídica.

As leis ordinárias que criaram os órgãos reguladores desdobram, objetivando-os, os dispositivos constitucionais referidos: de o Estado intervir no domínio econômico, na forma da Lei, para regular e fiscalizar a atividade econômica, que tem lugar em todos os mercados de prestação de serviços e de produção e de comercialização de bens, sem exceção ou privilégio a distinguir qualquer dos agentes, sob controle privado ou estatal, neles atuantes.

que tem por finalidade aperfeiçoar este controle (PEC-245/1995. Ementa: Dá nova redação ao artigo 50 da Constituição Federal, possibilitando à Câmara dos Deputados convocar dirigentes de entes personalizados da Administração Indireta.

³³ Como mostra **BONAVIDES**: “A questão suprema de uma sociedade confessadamente constitucional continua sendo a mesma da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que os franceses incorporaram como Preâmbulo à sua Constituição de 3 de setembro de 1791: a de garantia dos direitos acrescida da separação de poderes.” BONAVIDES, Paulo – “Curso de Direito Constitucional”; São Paulo: Malheiros; 1997. 7ª ed. p.7.

E na mesma linha, **BOVERO**: “Dall’altro lato, sul piano specifico del potere politico, la divisione e/o separazione dei poteri dello stato è struttura portante di quella forma evoluta di stato moderno che è lo *stato costituzionale* nel senso più corretto che si possa attribuire al termine, fin dalla *Dichiarazione dei diritti* del 1789: l’istituzione di organi di potere distinti, tra i quali occorre, dosandone le competenze, distribuire la diverse funzioni pubbliche, è il perno del sistema che è stato creato dalle costituzione moderne come rimedio preventivo all’abuso del potere politico da parte dei suoi stessi detentori.” BOVERO, Michelangelo. “Contro il governo dei peggiori”; Roma: Laterza; 2000. p.143.

³⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”

³⁵ Artigo 37, XIX, da Constituição Federal.

8. *Mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes das agências seriam “inovações franca e irremediavelmente inconstitucionais”. O artigo 84, da Constituição Federal, diz ser da competência privativa do presidente da República o exercício da direção superior da Administração. Daí, seria “absurda a idéia” de que os dirigentes de órgãos reguladores - de autarquias - seriam titulares de direito a serem mantidos em seus cargos além de um mesmo período governamental.*

Na ADIN nº 1.949-0, na qual decidiu o STF não serem os dirigentes da Agência Reguladora do Rio Grande do Sul demissíveis sem justo motivo expresso em Lei pelo governador do Estado, não teria sido “discutido o texto do artigo 84, II da Constituição Federal”, e, “por essa razão, não teria (aquela Corte) enfrentado a questão da estabilidade dos mandatos”

A regra do artigo 84, inciso II, da Constituição Federal, que atribui ao “presidente da república, com auxílio dos ministros de estado, a direção superior da administração pública federal”, por óbvio não afasta a regra de princípio do artigo 37, da mesma Lei, que diz que a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, obedecerá, entre outros, ao princípio da legalidade.

Ou seja, o presidente da república exercerá a direção superior da administração pública, na forma da Lei.

Outro não é o sentido da regra, estipulada também na Constituição, no mesmo artigo 84, inciso IV, que confere ao presidente da república a atribuição de velar pela fiel execução das leis. Assim, a ação do presidente da república dá-se nos estritos limites da Lei, que, inclusive, delimita o poder discricionário que a ele confere, quando o faz.

Se lei ordinária fixa mandato e assegura estabilidade a dirigente de órgão regulador que cria, e, mais, foi ela declarada conforme o Direito pelo Supremo Tribunal Federal, não pode o agente administrativo - inclusive o presidente da república - deixá-la de obedecer. O fato de o Supremo Tribunal Federal, no exame da questão aqui citada, não a haver analisado sob o ângulo do artigo 84, inciso II, por óbvio não invalida a decisão a que chegou aquela Corte, cuja latitude no exame das questões a ela submetidas é a mais ampla possível. Ela não entendeu pertinente trazer ao caso o exame da regra deste artigo, e com razão, pois esta regra não pode ser tomada à margem do princípio da legalidade, que se ergue como regra de natureza preambular a vincular a ação de todo agente da administração pública, indistintamente, ao cumprimento da Lei.

As normas que criaram os órgãos reguladores são conforme o Direito, inclusive a estipulação de mandato e de estabilidade a seus dirigentes, como decidiu o Supremo Tribunal Federal. Portanto, a sua obediência é obrigatória ao agente administrativo, situado em qualquer nível hierárquico.

9. *A suposição de que “auxiliares menores” do chefe do poder Executivo, dirigentes de autarquias, (e, pois, de agências reguladoras) não possam ser por eles nomeados e exonerados seria incompatível com o regime presidencialista. Essa hipótese consubstanciaria uma “fraude contra o próprio povo”*

Há auxiliares mais ou menos graduados, na escala hierárquica fixada em Lei. O presidente da república exerce o poder Executivo³⁶, e para este fim é eleito por um mandato de quatro anos³⁷. Como visto acima, cabe ao presidente da república cumprir e fazer cumprir as leis votadas pelo Congresso, cujos membros são também eleitos pelo voto popular.

É sabido que o princípio básico do regime democrático é a ação harmônica dos três poderes da União, e que cada qual deve agir no estrito limite fixado na Constituição Federal. Fraudar o povo, no regime democrático, é o agente administrativo ou o parlamentar, eleito pelo povo, desatender à Lei,³⁸ votada por representantes do povo, por ele também eleitos.

³⁶ Artigo 76, da Constituição Federal.

³⁷ Artigo 82, da Constituição Federal.

³⁸ **ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO** resume exemplarmente a questão enfrentada no Supremo Tribunal Federal, anotando-lhe a doutrina:

“Em passagem lapidar o pensamento do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, que seguimos, poderia ser sintetizado: “A investidura de servidor público por prazo certo, eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no **regime de autonomia** administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a **continuidade de orientação** e a **independência de ação** de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e ao definir-lhe as atribuições”. Revista Trimestral de Jurisprudência, 25/71.

A estes argumentos do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, o MINISTRO NELSON JOBIM, agregou (a) as lições de Gaspar Ariño Ortiz, tantas vezes já analisadas ao longo deste trabalho, concernentes à nova posição ocupada pelo Estado regulador na economia após o processo de desestatização; (b) o fato de a CF de 1988 sequer prever, a exemplo

Conclusão

Nada impede ser revogada por lei posterior, também votada pelo Congresso, lei que dotou os órgãos voltados à regulação de mercados

da Constituição de 1946, ressalvas apenas constitucionais ao poder do Presidente nomear e exonerar; ^{NOTA1} (c) a criação de agências reguladoras encontra fundamento também nos arts. 21, XI, 174, parágrafo único, I, e 177, § 2º, III, CF; (d) as delegações de serviços públicos não se regem por políticas de Governo, mas sim por políticas legislativas; e (e) a necessidade de segurança jurídica dos agentes regulados.

Na doutrina, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em monografia específica sobre as autarquias, em que encampou expressamente os ensinamentos constantes do Voto acima analisado do MINISTRO VICTOR NUNES LEAL, que, segundo ele, teria esgotado o assunto, afirmou que **“a livre demissão de administrador de autarquia é cabível desde que não se trate de investidura a prazo certo e a nomeação para o cargo se realize por livre escolha do Chefe do Executivo. É comum, nas autarquias de direção colegial, que o preenchimento destes lugares implique em atribuição de mandato a ser exercido por prazo certo. No caso, entendemos que se trata de uma defesa, estabelecida pela lei, contra a livre demissibilidade do administrador. Visa à continuidade administrativa e pretende resguardar o administrador da autarquia contra ingerências políticas”**^{NOTA2}. (Grifamos).

^{NOTA1} BRASIL. **Constituição** (1946). Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República: V – prover, na forma da lei e com as ressalvas estatuídas por esta Constituição, os cargos públicos federais. BRASIL. **Constituição** (1988). Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

^{NOTA2} BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – “Natureza e Regime Jurídico das Autarquias” São Paulo: Revista dos Tribunais; 1968. p.454/5.

E prossegue Alexandre Santos ARAGÃO: **“Todavia, não se deve desconhecer a mudança da opinião do autor, que atualmente, seguindo crítica que já havia sido colocada no Voto do Ministro Ribeiro da Costa [em julgamento havido sob o regime da Constituição de 1946], sustenta que “a extensão da duração do prazo de duração do mandato além de um mesmo período governamental, em última análise configura uma fraude contra o próprio povo. Ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa sufragada nas urnas”. Com base nisto sustenta que a exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências só é vedada durante o período governamental em que foram nomeados”**. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. – “Curso de Direito Administrativo”; São Paulo: Malheiros; 2001. 13ª ed.; p. 136/7.

E conclui Alexandre Santos ARAGÃO: **“Preferimos, contudo, a posição originária do autor (cf. supra).”** ARAGÃO, Alexandre Santos de. – “Agências Reguladoras”; Rio de Janeiro: Forense; 2002. p. 345/6.

econômicos das garantias de independência hierárquica, decisória e financeira e que a eles atribuiu mandato fixo e estabilidade a seus titulares. E, assim, uma vez mais as decisões desses órgãos virem a ser tomadas monocraticamente, por ministro ou pelo presidente da república, e o Executivo, ao seu critério único e por meio de normas infra-legais (decretos, portarias, etc), passar a definir “políticas”, sobre, por exemplo, o valor de tarifas, a forma de compartilhamento de redes de telefonia ou de dutos, a licença de postos de gasolina, a finalidade, o nível e a origem de investimentos em determinado mercado, podendo, também a seu critério singular, demitir titulares das agências.

A Lei pode vir a recriar tal regime. Ou a ação do governo buscar a sua imposição por meio da edição de normas infra-legais que confrontem aquelas legais em vigor, ou por meio de pressão política administrativa por parte de agentes da administração direta sobre os titulares da agência, esta última forma historicamente ao gosto de expressiva parcela da classe política. Assim foi ao longo da história republicana: na república Velha, na ditadura Vargas, no acanhado interregno democrático seguinte, na ditadura militar, até o governo anterior.

Contudo, esta situação já se provou extremamente negativa ao interesse público. Mesmo em um ambiente menos complexo como o do passado, os seus efeitos foram extremamente onerosos, e decorreram, principalmente, como ilustra fartamente a literatura, da manipulação política das tarifas dos serviços públicos e de uma ineficiência fiscalizatória, que comprometeram, pela conseqüente falta de investimentos e pela inexistência da repressão a abusos contra o consumidor, a devida prestação de serviços regulados e acabou por impor ao contribuinte a conta de pesados prejuízos acumulados e a estatização absoluta, desses serviços.

De outro lado, nada impede – e a experiência recomenda – o governo atual reforçar e aperfeiçoar o quadro regulatório e nele a ação dos órgãos reguladores, para, em defesa do consumidor, passar a reprimir e prevenir, efetiva e prontamente, o eventual abuso do poder econômico presente na ação nociva de monopólios, na restrição à concorrência e na cobrança de preços abusivos, sobretudo nos mercados onde são prestados serviços públicos. E também para o fim de defender não apenas a ação dos órgãos reguladores, mas a própria administração pública superior – presidente da república e ministros de estado – resguardando-os da tentativa de captura ou de instrumentação político-partidária e corporativa, que sempre ocorrem quando aqueles concentram, singularmente, o poder de decidir questões regulatórias a afetar grandes contingentes da população do país.

Não há política pública mais eficaz na realização da justiça social do que a pronta prevenção e a severa punição ao abuso do poder econômico, promovidas na forma da Lei e executadas com critérios técnicos por órgão independente a pressões políticas. Pois é por meio do abuso do poder econômico que a renda do consumidor é transferida indevidamente para o infrator, e assim negada a justiça social.

Curiosamente, porém, este dado da realidade, inafastável onde há atividade econômica, viu-se entre nós desacreditado em favor de uma estrita coordenação da atividade econômica, a ser executada singularmente pelo Executivo.

Não é de se estranhar, portanto, que, no Brasil, a defesa do consumidor em mercados regulados muitas vezes prefira, ou por ela se oriente, a crítica à atividade econômica em si, sobretudo a de natureza privada, ao combate frontal ao abuso do poder econômico que é uma das formas mais insidiosas de injustiça social.

A regulação que defende efetivamente o consumidor exige órgãos reguladores dotados de independência hierárquica, decisória e financeira, essencialmente obedientes à Lei, agindo em estrita colaboração com o órgão de defesa da concorrência, estruturado pela mesma forma, e a fiscalização permanente do Congresso.

Esta atuação em nada contraria ou marginaliza a ação do Executivo, que segue sendo ampla e indispensável. Por exemplo, pode o Executivo requerer a revisão dos contratos de concessão de serviços públicos, pela forma já prevista na Lei, para discutir o valor, reajuste e revisão de tarifas; pode requerer aos conselhos das agências a formulação de novas estratégias e diretrizes para os respectivos mercados, que na forma da Lei em vigor são aprovadas e editadas pelo chefe do Executivo; pode, por meio de sua bancada no Congresso, verificar o desempenho de dirigentes e técnicos das agências; pode requerer a apuração de práticas monopolistas e de preços abusivos e de outras infrações às normas aplicáveis; e, claro, pode propor ao Congresso a alteração das normas legais vigentes.

A ação institucional não tem a faísca midiática do gesto político rápido do Executivo, mas reafirma a segurança jurídica decorrente do cumprimento da Lei e do controle dos órgãos reguladores exercido pelo Congresso e pelo Judiciário, e assim estabiliza e atrai investimentos privados, sem os quais caberá ao Tesouro - ao contribuinte - por eles responder, a fim de que os serviços públicos tenham a sua oferta assegurada e ampliada, com a qualidade prevista.

A atuação dos órgãos reguladores deve seguir sob o controle integrado da sociedade, exercido, na forma da Lei, pelo Executivo, pelo Congresso, pelo Judiciário, pelos órgãos não governamentais, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas da União e pela imprensa, para ser permanentemente aperfeiçoada.

E o Executivo, em seu legítimo ímpeto de justiça social e de promoção do desenvolvimento econômico, tem um largo espaço para formular sua política nesse sentido, no quadro institucional em vigor, pela melhor aplicação de suas normas, ou alterando-as pela proposição ao Congresso de novas leis, ou editando, no limite de sua competência legal, normas infra-legais. A intervenção partidária e monocrática na ordem econômica e o aberto confronto com as agências reguladoras só estimulará disputas políticas e judiciais, cujos elevados custos são sempre pagos pela sociedade.

SPREAD, CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

*Daniel K. Goldberg**

1. Introdução

(i) Regulação Econômica e Concorrência

Um dos conceitos que começa a emergir no cenário brasileiro diz respeito ao papel absolutamente imprescindível de uma política da concorrência que funcione como vetor constante do processo de regulação econômica. Setores regulados teriam, assim, a competição introduzida em todos os segmentos potencialmente concorrenciais, restringindo a regulação às parcelas do mercado que se configurassem estritamente como “monopólios naturais”.

Como veremos nessa pequena nota, a convivência entre regulação e concorrência em setores ditos regulados nem sempre é tão harmoniosa. Muito ao contrário, o determinar um híbrido adequado entre concorrência e regulação – que preserve resultados eficientes – foi uma tarefa bastante subestimada por seus proponentes, ainda na década de 70.

(ii) Mercado e Falhas de Mercado

Há obviamente, inúmeras perspectivas a partir das quais pode-se entender o “mercado”^[1]. Uma delas é a que procura qualificá-lo como uma dimensão em que os consumidores, ainda que de forma individual, somam suas preferências para “comunicar” aos produtores qual a quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço a sociedade demanda. Por outras palavras, o mercado pode ser concebido com um mecanismo “não-

* Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça. O autor agradece a colaboração de Marcos de Barros Lisboa e Eduardo Henrique de Mello Motta Loyo, que não têm qualquer responsabilidade quanto aos eventuais erros desta nota. Uma versão prévia desse artigo foi publicada na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais de 2004.

[1] Evidentemente, a teoria jurídica busca entender o mercado como um conjunto de instituições que torna as trocas possíveis.

lingüístico” de coordenação. Em um mercado perfeitamente competitivo, a oferta e procura interagem até que, em equilíbrio, a quantidade ofertada de um determinado bem ou serviço seja exatamente a quantidade de que a sociedade “precisa”, ao menor preço possível (igual aos custos marginais, isto é, logo antes da situação em que a firma “perca dinheiro” com cada unidade adicional a ser produzida).

Uma situação em que a soma de todas as empresas em determinado setor da economia produzem, em um dado momento, a quantidade correspondente às necessidades e preferências da soma das todos os consumidores, traduz um estado usualmente chamado de “ótimo de Pareto”^[2].

Um outro nome para o “ótimo de Pareto” é “eficiência econômica”: bens e direitos são alocados de forma eficiente se não há qualquer distribuição alternativa sem que alguém (produtor ou consumidor) saia prejudicado.

Como bem aponta Amartya SEN^[3], é claro que uma distribuição de bens ou direitos eficiente (no sentido do “ótimo de Pareto”) não toma em conta aspectos cruciais distributivos (justiça e isonomia): uma situação em que alguns se encontram, de partida, em extrema miséria, ao passo em que outros se encontram em extremo luxo, poderia ser considerada “eficiente”. Então qual a importância do conceito de eficiência econômica? Por que razão é tão importante que uma distribuição de bens ou direitos (e, como veremos dentro em pouco, de serviços públicos) seja eficiente (além de, é claro, justa)?

A resposta à pergunta envolve duas importantes idéias, bastante intuitivas: Em primeiro lugar, uma distribuição que não seja eficiente implica um contra-senso: se todos têm a liberdade de realizar trocas no tal mercado e se há uma certa distribuição que deixe todos mais satisfeitos do que na situação anterior, por que não realizar a troca adicional? Quando todos têm liberdade de trocar bens e direitos e optam por não mais realizar qualquer troca, assume-se que chegamos a uma situação em que qualquer troca adicional deixaria alguém insatisfeito (e, portanto, deixaria de ser voluntária).

Um segundo conceito, na verdade desdobramento do primeiro, é o de que *toda a vez que certa distribuição de bens ou direitos é ineficiente (no sentido de Pareto), o mercado falha na sua mais importante função:*

[2] Um arranjo social é descrito como “Pareto-ótimo” se, e somente se, o bem-estar de alguém não possa ser aumentado sem a diminuição do bem-estar de outrem.

[3] On Ethics and Economics, Berkeley, Blackwell Publishers, 1.999.

determinar quanto deve ser produzido de determinado bem e quais consumidores ficarão com os bens produzidos.

Portanto, quando determinada alocação de bens ou direitos é ineficiente^[4], teremos um caso de excesso (às expensas da escassez de outro bem) ou escassez (tendo como resultado a sobre-oferta de outro bem) de determinado bem. E toda vez que há excesso (ou escassez) de determinado bem, a sociedade *perde riqueza*.

O critério de eficiência econômica - ou, por outras palavras, uma distribuição que atenda ao “ótimo de Pareto” – é, em conclusão, essencial para que se evite a destruição de riqueza (e bem-estar) para a sociedade. Em um mercado perfeitamente competitivo, os “sinais” que a sociedade envia aos produtores (via preço) são suficientes para assegurar um resultado eficiente, isto é, um resultado em que o benefício extraído pelos produtores está em linha com os benefícios extraídos pela sociedade^[5].

O problema é que, em algumas situações, os mercados não funcionam. Isto é, a alocação de bens e direitos decorrentes das leis de mercado (com o retorno para os agentes produtivos) não leva a um resultado benéfico para a sociedade. As chamadas “falhas de mercado” ocorrem em diversas ocasiões, quando, por exemplo (i) há uma divergência entre custos privados e custos sociais (e.g. fabricante polui o ar porque sabe que os custos serão arcados por toda a sociedade, as chamadas “externalidades negativas”), (ii) existem bens públicos (não “rivais” quanto ao consumo^[6]), (iii) assimetrias de informação, ou a presença de (iv) monopólios naturais (setores em que a escala mínima eficiente de produção é “maior do que o mercado”).

Na presença dessas “falhas de mercado”, os produtores, guiados pelos “sinais de preço”, terminam por produzir quantidades (e invariavelmente qualidade) de determinado bem ou serviço distintas daquelas necessárias.

^[4] Considerando, é claro, que os insumos são escassos – como usualmente o são.

^[5] O leitor familiarizado com o tema do bem-estar reconhece essa proposição como o “Teorema Fundamental da Economia do Bem-Estar (“Welfare Economics”), formulado por Kenneth ARROW.

^[6] O consumo desses bens não impede outros de o consumirem. Um exemplo clássico é dos programas de TV: o telespectador que os assiste não diminui a possibilidade de que outro telespectador, ao mesmo tempo, assista aos mesmos programas.

A regulação econômica vem para, na presença das “falhas de mercado”, assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, tendo como resultado adequados quantidade, qualidade e preço.

Nunca é demais enfatizar: na presença de graves falhas de mercado, a regulação econômica se faz necessária. Por vezes, a regulação procura “atenuar” falhas de mercado (v.g. corrigindo ou contornando assimetrias de informação entre consumidores e produtores). Quando isso não é possível, a regulação, no limite, se substitui ao mercado, alocando bens e serviços e fornecendo “sinais” aos produtores que procurem estimulá-los a produzir, em certa quantidade e qualidade, bens e serviços. O desafio, é claro, reside em como “mimetizar” o mercado, que organiza – via preços – uma infinidade de informações a cada momento^[7].

(iii) Política de Concorrência nos setores regulados

As dificuldades que o regulador (e a regulação de forma geral) enfrenta na tarefa de mimetizar os efeitos alocativos do mercado ajudam-nos a entender o papel da política de concorrência nos setores regulados.

Uma política de concorrência atua de várias formas em setores regulados. Em primeiro lugar, uma política de concorrência bem articulada força a evolução da regulação (que deve ser estável mas não estática) a tomar em conta o dinamismo de certos setores (como o de telecomunicações). Ademais, uma política de concorrência pode ser concebida como instrumento de estratégia deliberada de mudança da moldura regulatória “pesada” (“heavy regulation”) para uma mais leve, em que a concorrência funcione ainda que parcialmente, com todos os benefícios decorrentes de menores problemas de assimetria informacional. Por fim, o direito da concorrência e a atuação das autoridades da concorrência prestam-se a diminuir a chance de captura dos reguladores setoriais^[8].

[7] Se uma das funções primárias da regulação é “mimetizar” o mercado nos seus efeitos alocativos, obviamente um dos obstáculos do regulador reside nos problemas usuais de assimetria informacional decorrentes dessa multiplicidade de informações sintetizadas a cada momento, em mercados competitivos.

[8] Para um bom panorama acerca dos mecanismos de “controle social” (accountability), vertical e horizontal, dos reguladores, veja-se Samuel PAUL, “Accountability in Public Services: Exit, Voice and Control”, *World Development* Vol. 20., no. 7., pp. 1047-1060, 1992.

Estudos tem demonstrado, de forma consistente, que reformas regulatórias associadas a uma forte política de concorrência nos países da OCDE traduziram substantivas reduções de preços e melhora de qualidade para consumidores^[9]. Em alguns estudos empíricos relacionados à reforma regulatória dos setores de gás natural, telefonia de longa distância, aviação e transportes rodoviários ano EUA, preços caíram pelo menos 25% após dez anos da reforma. O valor anual de benefícios extraídos pelos consumidores foi estimado em USD 5 bilhões anuais para o mercado de telefonia de longa-distância, USD 19.4 bilhões na aviação civil, USD 29.4 bilhões para os mercados de transportes rodoviário e ferroviário^{[10] [11]}.

(iv) A natureza da regulação no setor bancário

Evidentemente, a regulação no setor bancário tem como função básica e primordial a garantia de estabilidade e solidez do sistema financeiro. A principal falha de mercado aqui é a assimetria de informação que impossibilita ao consumidor perceber o exato nível de risco existente em cada instituição bancária. Como o consumidor não consegue diferenciar bancos adequadamente em função do seu nível de risco, estes não precisam remunerar consumidores de maneira diferenciada (via juros pagos aos depositantes, por exemplo). Por conseqüência, cria-se um incentivo para de que os bancos, na ausência de regulação, tomem risco demais^[12].

Por outro lado, o próprio Estado, ao introduzir o Banco Central como um prestador de última instância (*lender of last resort*), cria um

^[9] Cf. Paul CRAMPTON, *Competition and Efficiency as Organizing Principles for All Economic and Regulatory Policymaking*, Paris, OCDE.

^[10] OCDE, *Report on Regulatory Reform, 1997*, apud op. cit., p.3.

^[11] Há ainda outros estudos associados a eficiências dinâmicas e ganhos em produtividade total dos fatores (MFP) em indústrias previamente protegidas. Um deles estima os efeitos de reformas regulatórias entre as décadas de 1970 e 1990: ganhos de produtividade entre 2% e 6% (Grécia e Portugal conseguiram ganhos de 10%), aumento do nível de emprego entre 1.5% e 2.5%; OCDE *Economic Outlook*, 2002/2, no. 72.

^[12] Cf. Paulo CORREA, “As Concentrações Bancárias no Brasil devem ser controladas pelos órgãos antitruste?”, e Lúcia Helena SALGADO, “Análise da Concentração Bancária sob o Prisma da Concorrência”, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, Coord. Celso Fernandes CAMPILONGO et alii, Max Limonad, São Paulo, 2002.

incentivo para que agentes econômicos incorram em riscos maiores que seria saudável para o sistema de pagamentos como um todo^[13].

Assim, quer por falhas de mercado associadas às assimetrias de informação, quer por aquelas introduzidas pelo próprio Estado ao perseguir o interesse público (assegurando liquidez ao sistema financeiro), a regulação no sistema financeiro assume papel importantíssimo, o de controlar o nível de risco incorrido pelos bancos.

Vale desenvolver esse ponto um pouco mais. Não só a regulação nesse mercado impõe-se como decorrência de falhas associadas a assimetria de informação, como também é a própria regulação que cria incentivos para que bancos sejam menos avessos a risco do que seria desejável^[14].

Nesse contexto, portanto, é curioso que a questão da competição tenha muitas vezes surgido nas discussões de economia industrial, direito regulatório e políticas públicas como um risco à higidez do sistema. À vontade (e estimulados) para competirem, bancos tenderiam a assumir riscos demais. Nesse sentido, os bancos seriam diferentes. Outros setores da economia não se beneficiam de um seguro de liquidez permanente como o que o Banco Central fornece, razão pela qual concorrência exacerbada, nesse caso, poderia levar à erosão da estabilidade do sistema^{[15] [16]}.

[13] A natureza do incentivo perverso aos agentes econômicos que se cria com a introdução do “seguro de liquidez” ofertado pelo Banco Central é conhecido na teoria econômica como “risco moral” (moral hazard).

[14] Ao leitor atento não escaparão as dificuldades inerentes à definição de qual o “risco desejável” (ou o nível ótimo de risco). Uma das funções primordiais do órgão responsável pela supervisão bancária (seja ele ou não o Banco Central) é a de justamente refazer constantemente essa análise.

[15] Esse argumento foi-me apresentado durante discussões realizadas no comitê de competição da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por Liliana ROJAS-SUAREZ. Na ocasião, argumentei que a peculiaridade reside na causa do “risco moral” (moral hazard), mas não no risco em si. Reguladores de inúmeros outros setores (sobretudo o de energia elétrica, me parece) estão acostumados a lidar com a “calibragem” da regulação/concorrência em função do moral hazard, a despeito de seus diferentes níveis de intensidade e diferentes causas institucionais.

[16] Há extensa literatura, sobretudo desenvolvida por economistas pós-keynesianos, que sustenta que estruturas de mercado (bancário) próximas à concorrência perfeita não seriam ótimas do ponto de vista social. Estruturas oligopolísticas dariam incentivos adequados aos bancos para monitoramento de suas operações. A revisão dessa literatura foge ao escopo dessa nota e ao conhecimento do autor.

(v) Efeitos da concorrência e da desregulamentação no setor bancário

A despeito dos inúmeros temores levantados, políticas regulatórias com viés competitivo produziram ganhos palpáveis para as economias dos países que as adotaram^[17].

Pelo menos dois estudos recentes merecem menção. Os professores Kevin J. STIROH e Philip E. STRAHAN^[18] analisaram os efeitos do fim das restrições inter e intra-estaduais na atividade bancária americana que na prática criavam inúmeros mercados geográficos distintos, protegendo bancos locais da competição. Os resultados desse estudo mostram forte relação entre performance, fatias de mercado (market share) dos bancos^[19] e o processo de desregulamentação^[20].

Em outro estudo, CAMINAL e MATUTES^[21] testam a hipótese de que um nível maior de competição entre bancos necessariamente leva a uma maior probabilidade de falência das instituições financeiras (uma vez que tomariam risco excessivo), como sugerido pela teoria convencional. Os resultados mostram uma relação ambígua entre o comportamento dos bancos e competição^[22]. De qualquer forma, mesmo que tenhamos algum conflito

^[17] Não me refiro aqui a outras políticas que distorciam as condições competitivas e que foram largamente eliminadas em muitos países – como por exemplo políticas extensivas de créditos direcionados e teto (ou piso) para juros cobrados ou pagos pelos bancos. Refiro-me sobretudo a restrições diretas sobre entrada/saída de firmas.

^[18] “Competitive Dynamics of Deregulation: Evidence from U.S. Banking”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 35, no. 5, outubro de 2003.

^[19] O que denota, como sustentarei mais adiante, que por vezes a concentração de mercado é resultado de competição (com eficiência) e de estratégias empresariais competitivas, ao invés de causa de poder de mercado dada de forma exógena, como predica o paradigma do direito concorrencial Estrutura-Condução-Desempenho (ECD).

^[20] É importante ressaltar que os resultados demonstram não só mudanças de share decorrentes da competição, mas realocações de fatias de mercado consistente com a hipótese de que bancos mais eficientes (grandes ou pequenos) ganham mercado e/ou adotam estratégias de aquisição de mercado. Como notam os autores, portanto, também é necessário – ao menos no caso do mercado bancário – encarar a literatura tradicional acerca de economias de escala (tamanho é um dado exógeno) com ceticismo.

^[21] “Market Power and Banking Failures”, *International Journal of Industrial Organization*, Novembro de 2002, v. 20, iss.9, pp. 1341-61.

^[22] A explicação dos autores par a ambigüidade, verbis:” Since incentives to monitor are

entre concorrência e o papel do regulador, parece razoável admitir que, na presença de um regulador e supervisor bancário atuante, há espaço, na indústria bancária, para competição bastante vibrante, sem que se coloque em risco a higidez do sistema financeiro.

Do ponto de vista jurídico, temores quanto a um conflito dos objetivos perseguidos por autoridades de defesa da concorrência e Banco Central levaram a um debate que culminou com um conflito positivo de competência objeto de parecer do Advogado-Geral da União, que teve de decidir se ato de concentração submetido pelo Banco Finasa de Investimentos deveria ser apreciado pelo Banco Central (exclusivamente) ou pelo CADE^[23]. A despeito da decisão formal da AGU naquele conflito positivo de competência^[24], é importante notar que o debate da época aprofundou a crença de que a concentração do setor bancário é chave para entender a competição (ou falta dela) no Brasil. É essa crença que procuro discutir no próximo título.

2. Concorrência, concentração e poder de mercado

(i) Poder de mercado

Do ponto de vista da teoria econômica, o poder de mercado liga-se à possibilidade de que determinada firma ou agente econômico cobre preços superiores àqueles que seriam decorrentes de um regime de concorrência perfeita. Tais preços, em uma aproximação razoável, equivaleriam aos custos médios de produção mais a remuneração normal do capital^[25].

enhanced by market power, the relationship between market structure and investment is ambiguous. In the presence of non-diversifiable risk and decreasing returns to scale, more investment implies higher failure rates. As a result, the relationship between market power and banking failures is ambiguous.”, op. cit, p. 1341.

^[23] Cf. Parecer AGU/LA – 01/2001, processo n.00001.006908/2000-25.

^[24] A AGU proferiu parecer – até hoje debatido e de alcance controverso – asseverando a competência privativa do BACEN para analisar atos de concentração de instituições integrantes no sistema financeiro nacional.

^[25] De forma geral, empresas operando em concorrência perfeita em determinado mercado deveriam vender produtos até que seus custos marginais (o custo de vender mais uma unidade, que inclui o “custo de oportunidade” de um investimento alternativo e, portanto, a taxa normal de remuneração do capital) iguallassem o preço de mercado (que seria dado, uma vez que nenhuma das firmas individualmente seria capaz de impor preços

Na teoria jurídica, há controvérsia em torno do conceito de poder de mercado e, sobretudo, em torno de sua aplicação pelos órgãos antitruste^[26]. De forma geral, contudo, do ponto de vista jurídico a possibilidade de que dispõe o agente de cobrar preços acima dos custos marginais (ou do patamar definido em concorrência perfeita), definição econômica, transparece como a possibilidade de que determinado sujeito de direito atue com independência e indiferença em relação aos demais concorrentes^[27].

Uma diferença fundamental entre ambas perspectivas é que, enquanto a teoria econômica busca lidar com o poder de mercado em si, e seus efeitos estáticos (ineficiência alocativa, ineficiência-X) e dinâmicos (diminuição de progresso técnico e ritmo de inovação), a teoria jurídica aplicada no direito da concorrência tem-se ocupado não do uso, mas sim do abuso de poder de mercado^[28].

sem perder todos seus clientes para firmas concorrentes). Já em monopólio (ou cartel), a(s) firma(s) poderá impor uma margem (mark-up) sobre os custos marginais, com o preço final dado por:

$p = CMg / [(1 - 1/?d)]$, onde:

p = preço de mercado

CMg = custo marginal

?d = elasticidade-preço da demanda

Na medida em que o preço aumenta na presença de poder de mercado, uma quantidade menor é produzida/consumida e cria-se um “peso morto” na economia correspondente à perda de bem-estar que corresponde ao saldo do que foi “perdido” pelos consumidores e não recuperado pelos “produtores”. Há um largo debate na comunidade acadêmica em torno de qual deveria ser o objetivo de políticas de concorrência, sobretudo aplicadas aos critérios de análise de atos de concentração. O debate gira em torno de critérios que buscam maximizar o bem-estar total versus aqueles que buscam maximizar apenas o bem-estar dos consumidores (desconsiderando transferências de renda aos produtores com poder de mercado). O debate foge ao escopo desse artigo.

[26] Para bela discussão acerca dos limites da aplicação do conceito de poder de mercado na jurisprudência norte-americana, cf. “Comments: Landes and Posner on Market Power: Four Responses”, por Richard SCHMALENSEE, Louis KAPLOW e Timothy J. BRENNAN, *Harvard Law Review*. Vol. 95., pp. 1787 e ss.

[27] Cf. Paula FORGIONI, *Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

[28] Ao menos em sede repressiva. A lei 8.884/94 refere-se a “abuso de posição dominante” em seus artigos 20 e 21. No que diz respeito ao controle das estruturas de mercado (art. 54 da Lei 8.884/94), há ainda muita confusão na doutrina. Um dos motivos refere-se às limitações do paradigma ECD, discutido abaixo.

A linha tênue entre o uso e o abuso de poder de mercado, bem como as incompreensões recíprocas entre economistas e juristas, tem levado à algumas dificuldades práticas e confusões teóricas. A primeira delas remete ao conceito de “preço abusivo”. Do ponto de vista econômico, “preços abusivos” são simplesmente reflexo de algum poder de mercado, e remetem à remuneração extraordinária, ou supranormal, do capital. Entretanto, é justamente a expectativa de receber essa remuneração extraordinária que constitui, ao lado da pressão dos competidores, o grande incentivo para o progresso dos processos de produção das firmas em uma economia de mercado.

Obviamente essa percepção não é estranha ao direito, nem à lei brasileira de concorrência. Não por outra razão, a lei brasileira diz que não caracteriza ilícito a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”^[29]. Por outro lado, a lei condena práticas que levem ao “aumento arbitrário de lucros”^[30] dentre as quais a imposição de “preços excessivos”^[31]. Isto traz, por óbvio, algumas dificuldades aos que – como o autor desse artigo – defendem que os artigos 20 e 21 não se referem à própria posição dominante (refletida na prerrogativa de descolar preços de custos marginais), mas sim ao seu abuso^[32].

No caso do sistema financeiro nacional, juristas, economistas e a sociedade civil têm debatido se preços excessivos (taxas de juros acima dos patamares competitivos) têm sido cobrados dos consumidores, com lucros extraordinários (no sentido econômico) ou arbitrários (no sentido jurídico)

[29] Cf. art .20, par. 1º.da Lei 8.884/94.

[30] Art. 20, inciso II, da Lei 8.884/94.

[31] Art. 21, inciso XXIV, Lei 8.884/94.

[32] É bom lembrar que a concorrência perfeita é um modelo neoclássico que parte de premissas que não encontramos na realidade. Assim, não há consumidores que informações perfeitas acerca dos produtos ofertados, assim como os produtos não são todos perfeitamente homogêneos etc. Assim, é de se esperar que não existem bens na economia cujos preços reflitam, com exatidão custos marginais (que de resto não são observáveis diretamente). Isto é, quase todas as firmas detém algum poder de mercado, que passa a ser questão de grau, e não mais soma-zero. A interpretação de que todo preço excessivo (aquele acima do patamar competitivo) é ilícito tornaria-se, no limite, absurda e inaplicável. Por isso, na opinião do autor, é necessário tratar preços cobrados acima de patamares competitivos (se pudéssemos calculá-los com perfeição, o que é problemático) como prova de posição dominante, e não como abuso dela.

correspondendo aos proprietários dos bancos. De forma similar, muitos argumentam que o setor bancário estaria tornando-se “excessivamente concentrado”, depositando esperanças no controle de atos de concentração que começará a realizar-se pelo Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC), assim que aprovado projeto de lei PL 344/00.

(ii) Estrutura, conduta e desempenho

Análises de concorrência, sobretudo no âmbito do direito antitruste, têm seu arcabouço construído a partir do paradigma conhecido em economia industrial como estrutura-conduta-desempenho (ECD). Assim, busca-se inferir, a partir das características estruturais de um mercado (número de firmas, barreiras à entrada de novos concorrentes, tecnologia madura), características comportamentais das firmas (estratégias de preço, investimentos em propaganda ou diferenciação de produtos, pesquisa e desenvolvimento) ou acerca do desempenho de determinado mercado (alocação eficiente, progresso técnico, taxas de lucro).

O uso de modelos baseados na tese de que a partir da concentração de mercado (característica estrutural), pode-se inferir a probabilidade de colusão entre firmas (conduta), ou mesmo o exercício puro e simples de poder de mercado tem algumas limitações flagrantes. A primeira delas é que os níveis de concentração de um determinado mercado não determinam a conduta da firma, mas muitas vezes são determinados por elas. Firmas adotam diferentes estratégias empresariais, com maior ou menor sucesso, o que pode resultar em ganho ou perda de parcelas de mercado (market share). Bancos de maior sucesso, por sua vez, por vezes optam por adquirir outros bancos como parte de sua estratégia competitiva^[33]. Em que medida atacar a concentração, portanto, beneficia consumidores e a eficiência no mercado é uma análise que deve ser feita caso a caso.

Além disso, o uso de medidas de concentração, por si, não leva em conta a presença de competidores potenciais. Caso a entrada de novos

^[33] STIROH e STRAHAN chegam à conclusão que nos EUA, após o movimento de desregulamentação do mercado bancário, a estratégia dominante dos bancos não foi a de adquirir bancos ineficientes (poor performers), como seria de se esperar, mas sim a de adquirir outros bancos competitivos e bem-gerenciados, para então competir com bancos ineficientes. Op. cit., p. 804.

competidores seja extremamente fácil (i.e. o mercado seja muito contestável), o detentor de posição dominante tenderá a comportar-se como um agente sob pressão competitiva, presumivelmente com preços suficientemente baixos e qualidade dos produtos ofertados^[34]. Por fim, calcular a concentração em um dado mercado traduz a dificuldade em delimitá-lo. Advogados que militam na área do direito da concorrência usualmente vertem rios de tinta tentando expandir o mercado relevante (em suas dimensões produto ou geográfico) em determinada análise, a fim de diluir a participação de uma ou outra firma^[35].

Por outro lado, o conceito de concentração econômica ampara virtualmente todos os sistemas de direito antitruste, sobretudo por ser aplicável pelas autoridades de defesa da concorrência responsáveis por controlar as estruturas de mercado. Há, claro, diversas medidas de concentração, e pelos motivos expostos acima nenhuma delas capta adequadamente o poder de mercado de determinada firma ou firmas. A medida de concentração mais comum, utilizada pela maioria das autoridades de defesa de concorrência é o índice Hirschman-Herfindahl (HH)^{[36][37]}. O HH tenta refletir o fato de que o poder de mercado varia exponencialmente com a concentração, uma vez que reflete as participações de mercado dos concorrentes, elevadas ao quadrado. Um mercado em concorrência perfeita tem índice de HH igual a zero, uma vez que nenhum dos concorrentes tem participação significativa. Já um mercado de HH igual a 10.000 apresenta características de monopólio^[38].

^[34] Nesse caso, contudo, ainda que venda produtos a preços competitivos, a firma tende a adotar estratégias para criar barreiras artificiais à entrada nesse mercado, incorrendo em condutas bem catalogadas pela literatura de organização industrial e tipificadas no direito brasileiro pelos arts. 20 cc. 21, inciso III da Lei 8.884/94.

^[35] Como bem nota FORGIONI, op. cit., p. 199, o conceito de mercado relevante torna-se então uma “válvula de escape”. Cf. Resolução 15/98 do CADE para definição de mercado relevante e teste do monopolista hipotético.

^[36] O HHI de uma indústria é nada mais do que o somatório das parcelas de participação das firmas em um mercado, elevadas ao quadrado, ou $HHI = \sum S_i^2$.

^[37] No Brasil os órgãos do SBDC, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça, empregam o HHI e, em casos presumivelmente simples, o C4, medida que reflete simplesmente a parcela de mercado dos 4 maiores competidores em determinada indústria. Em casos mais complexos, contudo, dispensa-se medidas de concentração (pelos motivos expostos), por vezes substituídos por análises econométricas bastante mais sofisticadas que tentam (ou deveriam) tomar em conta o caráter endógeno da concentração de mercado.

A jurisprudência americana, descrita no horizontal merger guidelines editado pela Federal Trade Commission e pelo Department of Justice (FTC/DOJ), de 1992, tratam mercados com HHI abaixo de 1000 como não concentrados, de 1000 e 1800 como moderadamente concentrados e acima de 1800 como excessivamente concentrados. Como veremos mais adiante, a maioria dos mercados relevantes definidos para os bancos – em diversos cortes – não apresenta índices HH considerados, por esses critérios, preocupantes. Por outro lado, procuramos descrever como muitas vezes medidas de concentração apresentam deficiências sérias como índices de que indicam concorrência (ou ausência dela) em determinada indústria. Vejamos o caso dos bancos.

(iii) Concentração bancária

Em recente resenha, o Professor NAKANE^[39] analisa a concentração no setor bancário, calculando o HHI em função de ativos, créditos e depósitos, a partir de dados publicados pelo Banco Central do Brasil.

Tabela 1 - Concentração no setor bancário brasileiro, 1994-2003

Ano	Número de bancos	Índice de Herfindahl		
		Ativos	Crédito	Depósitos
1994	246	0,0706	0.0990	0.0858
1995	242	0,0678	0.1001	0.0991
1996	231	0,0674	0.0960	0.0952
1997	217	0,0676	0.1227	0.0934
1998	203	0,0786	0.1351	0.0931
1999	194	0,0744	0.1137	0.0986
2000	192	0,0687	0.0875	0.0902
2001	182	0.0630	0.0566	0.0891
2002	167	0.0692	0.0596	0.0884
2003	164	0.0758	0.0691	0.0911

^[38] 100 (por cento) elevado ao quadrado, uma vez que só uma firma detém todo mercado.

^[39] Marcio I. NAKANE, “Concorrência e Spread Bancário: Uma Revisão da Evidência Para o Brasil.”, “Economia Bancária e Crédito – Avaliação de 4 anos do Projeto Juros e Spread Bancário”, Banco Central do Brasil, dezembro de 2003.

Como se pode observar, a despeito do forte movimento de fusões e aquisições verificado após a crise bancária de 1995, com forte redução do número de bancos, os índices de concentração bancária permaneceram largamente inalterados (excepcionado o HHI calculado em relação a volume de crédito). Por outro lado, a análise antitruste baseada em índices de concentração busca delimitar o espaço de competição, ou mercado relevante, antes de calcular a concentração de parcelas de mercado por agentes econômicos. Por outras palavras, é pouco provável que índices HH calculados como se bancos competissem por consumidores em todo o território nacional, com relação a todos os diferentes produtos ofertados, nos auxiliem de forma definitiva a lidar com a concentração bancária.

Provavelmente uma análise segmentada que buscasse delimitar os inúmeros mercados relevantes, nas suas dimensões geográfica e por produto, e então calcular a concentração em cada um destes mercados, seria mais apropriada^[40]. Poucos estudos foram realizados a partir de uma abordagem que buscasse segmentar, tal qual fariam as autoridades de defesa da concorrência, os mercados relevantes na indústria bancária. Um desses estudos foi realizado por Gustavo L. LOYOLA, Gesner OLIVEIRA, Ernesto M. GUEDES e Bianca Abbott MÜLLER^[41]. Nesse estudo, os mercados relevantes foram divididos em (i) mercados de depósitos e de operações de crédito, segmentados nas suas diferentes modalidades (capital de giro, hot money, desconto de duplicatas, conta garantida, vendor, cheque especial/pessoa física e jurídica etc.)^[42] e (ii) mercados de administração de recursos de terceiros.

Uma outra forma de segmentar os mercados relevantes remete ao porte das instituições financeiras. Assim, o mercado de depósitos à vista, por exemplo seria subdividido entre os bancos de grande, médio e pequeno porte, com os respectivos índices de HH calculados para cada um. LOYOLA, OLIVEIRA e outros calcularam o HHI para o mercado de depósitos dividido

^[40] Por outro lado, uma vez que tomamos a definição de mercado relevante como a de “espaço concorrencial”, uma definição precisa desse espaço (empregando métodos de análise empírica) tornaria o próprio método de inferência de poder de mercado a partir da estrutura despiciendo. É justamente essa a crítica do paradigma ECD, que parte da estrutura de mercado como um dado exógeno.

^[41] Parecer elaborado pela Tendências Consultoria Integrada, a pedido do Banco Santos, em Setembro de 2003.

^[42] O critério para agrupar esses mercados relevantes é o da substitutibilidade pelo lado da demanda.

pelo porte dos bancos. Apenas o mercado de depósitos à vista para bancos de grande porte apresentou um HHI superior a 1800, considerado pelo Horizontal Merger Guidelines do DoJ/FTC como excessivamente concentrado. No caso de operações de crédito divididas por porte de banco, o maior HHI encontrado foi de 1460,2 pontos. Em tese, portanto, não haveria preocupações significativas das autoridades de defesa da concorrência na grande maioria dos mercados relevantes analisados. Algumas observações sobre esses dados são necessárias. A primeira delas é que os dados disponíveis tornam difícil a segmentação adequada por modalidade de operação, como seria de rigor. Os autores do estudo mencionado apontam para essa dificuldade e buscam outras variáveis que permitam descrever a dinâmica concorrencial desses mercados.

Uma segunda observação é que no caso de diversos desses mercados, a dimensão geográfica pode ser particularmente relevante. Regiões do país podem ter maior ou menor número de bancos competindo por consumidores. A terceira observação, por outro lado, é a de que a divisão de bancos por porte pode ser um corte controverso, do ponto de vista teórico. A razão de tal abordagem pode residir na dificuldade de delimitar os mercados relevantes geográficos^[43]. Isto é, bancos maiores são mais capilares e alcançam regiões que os outros não alcançam^[44]. De outra parte, os autores notam uma certa tendência à especialização: bancos de grande porte concentram suas operações no mercado de títulos e não em créditos à média empresa (middle market), que seria atendida por “bancos de nicho”, de menor porte. Essa é uma hipótese que deve ser objeto de estudos posteriores.

TONOOKA e KOYAMA^[45] igualmente tentam calcular índices de HH para os mercados de crédito divididos por modalidades específicas, destacando como mercado em que a concentração seria elevada o de desconto de nota promissória. Para a maioria dos outros mercados os índices de concentração seriam considerados pouco elevados, não suscitando maiores preocupações concorrenciais. A despeito das imprecisões típicas das abordagens em que se tenta delimitar mercados relevantes e índices de concentração, parece portanto razoável admitir que, para a grande maioria

^[43] Somada, talvez, a alguns aspectos relacionados às economias de rede.

^[44] O que, me parece, não dispensaria a análise de cada um destes mercados na sua dimensão geográfica.

^[45] TONOOKA, Eduardo K. e KOYAMA, Sérgio M. “Taxa de juros e concentração bancária no Brasil”, Trabalhos para discussão do Banco Central do Brasil n. 62 .

dos mercados relevantes, não haveria concentração excessiva no setor bancário que pudesse levar a altas taxas de spread. Isso significa que bancos competem vigorosamente? Entendo que não^[46].

Argumentei nessa pequena nota que o uso de índices de concentração como método para inferir poder de mercado tem imprecisões que remetem aos limites do paradigma ECD, que funda atualmente o direito da concorrência e a forma como atuam as autoridades antitruste. Isso significa que outras formas de inferir poder de mercado, não apenas as que se amparam em índices de concentração, deveriam ser utilizadas antes de afirmar que bancos realmente competem. Além disso, é necessário estabelecer em que medida a competição realmente se reflete nos spreads bancários^[47]. Antes de tratar, contudo, dos impactos da competição (ou falta dela) sobre o spread, faz-se necessária uma breve descrição de outros determinantes das taxas de juros cobradas pelos bancos.

(iv) Determinantes do spread bancário^[48]

Bancos dedicam-se à atividade de intermediação financeira. A taxa de juros é o preço cobrado pela cessão do uso de recursos monetários durante um certo período de tempo. Tipicamente, a taxa de juros cobrada para um empréstimo depende das oportunidades de investimento disponíveis ao investidor e do risco associado à probabilidade de que o devedor honre sua dívida no prazo contratado. O spread bancário nada mais é do que a diferença entre a taxa de juros paga ao poupador e aquela cobrada do tomador de empréstimo, constituindo-se, portanto, na remuneração do serviço de intermediação.

Ao emprestar aos demais agentes os bancos procuram inferir, na medida do possível, o risco de não pagamento dos créditos concedidos. Quanto menor o risco, menor o prêmio a ser cobrado na taxa de juros. Caso, por exemplo, o tomador possa oferecer uma garantia crível e de rápida

^[46] TONOOKA e KOYAMA, op. cit., suportam essa visão e tentam mostrar que índices de concentração não têm impacto relevante sobre taxas de empréstimo cobradas pelos bancos.

^[47] Uma competição intensa que se dê via especialização de produto, e não via preços, por exemplo, não influiria nas taxas de spread.

^[48] Essa sessão está baseada na sessão 4 da nota “Algumas Observações sobre Spread Bancário e Inadimplência”, elaborada a pedido do Ministro Carlos Alberto Direito do Superior Tribunal de Justiça por Marcos de Barros LISBOA. Ajustes e modificações no texto foram adotadas por mim com permissão do autor.

execução em caso de inadimplência, o prêmio de risco tende a ser próximo ao prêmio cobrado ao governo federal. Quanto mais incerta, ou mais longa, for a execução da garantia, maior será o prêmio de risco cobrado.

A concessão de empréstimos envolve dois principais riscos para o banco, o risco de seleção adversa e o risco moral^[49]. O risco de seleção adversa decorre da incapacidade do banco de diferenciar corretamente as características dos tomadores de empréstimo. Por exemplo, na sociedade existem agentes mais e menos propensos ao risco. A existência de distintas propensões ao risco afeta desde o comportamento na condução de veículos motorizados, até as escolhas dos investimentos realizados. O banco, entretanto, não tem informação perfeita do grau de propensão ao risco do tomador de empréstimo.

Consideremos, por exemplo, duas oportunidades de investimento, uma segura, com taxa de retorno de 25% ao ano, outra incerta. Essa última pode gerar uma remuneração de 40% ao final do primeiro ano como também pode resultar na perda de todo o investimento realizado. O banco, entretanto, não tem perfeito controle sobre o investimento ou conhece menos sobre o risco envolvido do que o investidor, assim como sua propensão ao risco. Suponhamos que o depositante do banco não deseje correr riscos e que apenas deposite caso a taxa de retorno segura, isto é sem risco, seja pelo menos de 20%.

Caso o banco pudesse identificar perfeitamente o perfil do tomador de empréstimo não haveria maiores problemas econômicos. O banco poderia, por exemplo, emprestar a uma taxa de juros de 22% para o investidor da atividade segura, sendo o diferencial de juros utilizados para cobrir os custos administrativos e remunerar o banco. O investidor, ao final do período, obteria 25% de retorno pagando os 22% ao banco e retendo 3% como sua remuneração, permitindo ao banco remunerar o depositante como acordado.

Entretanto, caso o banco não consiga diferenciar o perfil do tomador de empréstimo, este pode ser concedido ao investidor mais propenso ao risco que resolve investir na atividade mais arriscada. Caso o investimento seja bem sucedido, o investidor paga seu empréstimo ao banco, que pode, então remunerar o depositante. Caso, entretanto, o investimento seja mal sucedido, o banco nada recebe, tendo que arcar com o prejuízo, caso existam recursos disponíveis para tanto, ou não honrando seu débito com o depositante, podendo iniciar uma corrida bancária.

^[49] No item 1 (iv) analisei o problema do risco moral na relação banco vs. regulador. Agora LISBOA trata do risco moral na relação banco vs. consumidor.

Dada a incerteza inerente ao investimento arriscado, e a impossibilidade do banco em diferenciar o perfil do investidor, quais os instrumentos disponíveis ao banco para reduzir a chance do empréstimo ser adquirido pelo investidor mais arriscado? Um possível instrumento é a cobrança de taxas de juros punitivas caso o investimento não seja bem sucedido com a apropriação de eventuais rendas adicionais que esse investidor venha a obter. Nesse caso, o investidor mais arriscado terá suas receitas futuras comprometidas em caso de fracasso do seu investimento. Se essa taxa punitiva for suficientemente alta, o investidor menos avesso a risco não contrata o empréstimo e o banco ao emprestar tem a confiança de que este está sendo concedido ao investidor conservador. Isto cria o viés do sistema bancário observado pelo senso comum, com taxas de juros extremamente punitivas no caso de inadimplemento.

Já o problema do risco moral está relacionado ao comportamento do tomador de empréstimo uma vez que este seja concedido. Em algumas circunstâncias, capacidade do tomador de empréstimo de honrar sua dívida depende de decisões a serem tomadas que não são observadas pelo banco ou por uma terceira parte. Tais circunstâncias muitas vezes relacionam-se à natureza das regras (de direito contratual, real, do consumidor, e processual) aplicáveis aos contratos e relações bancárias. As normas de todos esses ramos do direito afetam a forma como o tomador de empréstimo se comporta após ter celebrado o contrato, incentivando (ou não) o adimplemento contratual.

O banco, por sua vez, procura desenhar o contrato de crédito de modo a induzir, por parte do tomador de recursos, um comportamento específico. Nesse último caso, o risco de não pagamento é incorporado no custo do empréstimo, resultando em um prêmio de risco, e, portanto, uma taxa de juros, maior do que no primeiro caso^[50].

Por outro lado, no caso brasileiro a incidência tributária sobre o valor das transações financeiras (e não sobre a renda gerada por elas) cria um viés quanto ao prazo dos contratos. Quanto menor o prazo da operação financeira, maior será o spread, isto é, maior será a diferença entre a taxa de juros de captação de recursos e a taxa de juros de empréstimos. Por fim, a questão da competição. Em que medida as altas taxas de juro em diversas modalidades de

[50] Como bem resume LISBOA, op. cit., “Quanto menores forem as penalidades para aqueles que não honrem seus contratos de dívida maior será a fração de tomadores de empréstimos para atividades de maior risco – seleção adversa – assim como menores serão as precauções adotadas por parte dos tomadores para garantir adimplência no prazo contratado – risco moral.”

operações bancárias refletem poder de mercado por parte dos bancos?

(v) *Afinal, bancos competem?*

A resposta essa pergunta, como espero ter demonstrado ao longo dessa nota, não é trivial. Dois recentes estudos, de NAKANE^[51] e BELAISCH^[52], excluíram a hipótese de que os bancos operam em um ambiente próximo à concorrência perfeita (que setor o faz?) , assim como também a hipótese de que atuem como cartel.

O estudo de Agnès BELAISCH, funcionária do Fundo Monetário Internacional, gerou especial frisson na mídia. Afinal, disseram os jornais, “o próprio FMI vinha a público afirmar que os bancos não competiam entre si”. Como sempre, contudo, afirmações como essas devem ser feitas com certa cautela. A metodologia empregada por BELAISCH busca aferir em que medida um aumento nos preços dos fatores utilizados pelos bancos se refletem em um aumento idêntico das receitas. Afinal, como em concorrência perfeita os preços estão colados aos custos médios e marginais, uma alteração nestes se reflete em uma alteração idêntica na receita das firmas afetadas^[53]. Nesse caso, o índice de competição H ^[54] é igual a 1. No extremo de monopólio (ou cartel), as receitas da firma caem com um aumento de custos marginais e o H é igual a 0 ou negativo. Estruturas intermediárias têm um H entre 0 e 1.

O estudo de Agnès BELAISCH encontrou um coeficiente H estimado médio de 0.84^[55]. Em termos leigos, isso significa que o estudo foi capaz de concluir que bancos não operam nem em concorrência perfeita, mas tampouco como um cartel. Da mesma forma, ainda que empregando metodologia distinta, NAKANE concluiu^[56] que bancos não operavam de

[51] Marcio I. NAKANE, “A test of competition in Brazilian banking”, Estudos Econômicos, 32, pp. 203-224.

[52] Agnes BELAISCH, “Do Brazilian banks compete?”, IMF Working Paper 03/113.

[53] Trata-se da metodologia de PANZAR e ROSSE que usa um índice H para inferir poder de mercado. Concorrência perfeita tem H unitário (variação nos custos leva à idêntica variação na receita).

[54] Nos termos da metodologia de PANZAR e ROSSE, o H reflete a soma das elasticidades com relação aos preços dos fatores.

[55] Para 12 especificações distintas.

[56] Op cit, nota 51.

forma perfeitamente competitiva no segmento de crédito livre, restando, por outro lado, excluída a hipótese de cartel (ou outras formas que criem significativo poder de mercado). Por outras palavras, bancos competem. A grande questão, por óbvio, é: em que medida?

Como afirma o professor NAKANE^[57], “uma deficiência dos trabalhos de NAKANE (2002) e BELAISCH (2002) é que os resultados alcançados por ambos são antes negativos que positivos. Vale dizer, a partir das evidências destes trabalhos pode-se concluir que a estrutura de mercado do setor bancário brasileira não é representada por nenhuma das estruturas de mercado extremas (concorrência perfeita e cartel) e, portanto, caracteriza-se como uma estrutura imperfeita. Contudo, tais trabalhos não permitem identificar qual estrutura imperfeita melhor descreve este mercado. Possíveis alternativas englobariam concorrência monopolística com diferenciação de produtos, oligopólio de Cournot, oligopólio de Bertrand, monopólios locais em mercados geograficamente estratificados, mercado com líder-seguidor a la Stackelberg etc.”

A resenha de NAKANE dos estudos empíricos mais recentes que tentam caracterizar qual a estrutura imperfeita que melhor descreve o mercado bancário aponta pelo menos um trabalho, de PETERINI e JORGE NETO^[58], que descreve os bancos competindo como oligopólio de Bertrand^[59]. De qualquer forma, há em todos os estudos razoável consenso de que, de forma geral, bancos operam em estruturas de mercado imperfeitas nas quais há um certo grau de concorrência. Há espaço para melhora, isto é, podemos aprimorar a regulação bancária com vistas a um incremento da competição? Entendo que sim.

(vi) Política de concorrência e bancos: como reduzir as assimetrias de informação?

A literatura antitruste está repleta de casos que analisam o “poder de mercado” das firmas a partir da constatação de que, em determinadas circunstâncias, o consumidor está “preso” ou “trancado” (“lock-in effect”) a um mercado. Coibir o poder de mercado de um produtor em relação aos seus consumidores “cativos”

^[57] Op cit, nota 39.

^[58] Francis C. PETERINI e Paulo de M. JORGE NETO “Competição Bancária no Brasil após o plano Real”, mimeo, apud NAKANE, op. cit. nota 39.

^[59] Como se sabe, o modelo de equilíbrio Bertrand-Nash (competição em preços) é o que mais se aproxima dos resultados da concorrência perfeita.

tornou-se objeto de intensa polêmica, entre advogados e economistas, a partir da famosa decisão da Suprema Corte Americana no caso *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*. Naquele caso, a Suprema Corte Americana julgou que, do ponto de vista jurídico, uma firma poderia abusar de seu poder de mercado (ou posição dominante, nos termos da lei brasileira) no mercado de manutenção do próprio equipamento que produzia. Recentemente, no Brasil, o CADE voltou a afirmar – no caso *Power-Tech v. MATEC*^[60] - a tese de que pode haver comportamento abusivo do produtor em seu próprio aftermarket^[61].

Para advogados e economistas, o caso Kodak até hoje gera imensa controvérsia. Para economistas, efeitos “lock-in”, ou seja, de captura do consumidor tendem a causar pequeno impacto sobre o bem-estar, desde que o mercado primário seja competitivo. Preços maiores cobrados de uma base de clientes que não pode mudar de prestador de serviço tenderia a diminuir a base de futuros clientes^[62]. Por outras palavras, firmas são obrigadas a compensar um aumento de preços de serviços prestados a clientes cativos com descontos oferecidos nos mercados originários (primary markets). Os tribunais, alhures e no Brasil^[63], têm discutido essa tese, com maior ou menor importância aos efeitos “lock-in”. Em geral, os mercados que têm suscitado esse debate são os bens eletro-mecânicos e seus respectivos mercados de manutenção (carros, helicópteros, máquinas de xerox etc.).

Nos tribunais e na literatura antitruste, contudo, pouca atenção tem sido dada ao efeito “lock-in” em alguns mercados relevantes observados na indústria bancária. Como sugere NAKANE^[64], em alguns mercados específicos os altos custos de transferência que enfrenta o consumidor podem explicar os altos spreads bancários. Por outras palavras, em mercados como os de cheque especial ou conta garantida, para além dos riscos de crédito intrínsecos^[65], a impossibilidade do consumidor de mudar de banco torná-lo-ia sujeito ao exercício de poder de mercado pelo banco.

^[60] Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42.

^[61] Cf., para bela resenha da literatura a respeito, voto do ex-conselheiro Ronaldo Porto Macedo no caso citado.

^[62] Cf. Carl SHAPIRO, “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak”, *Antitrust Law Journal*, Issue 2, 1995, p. 483.

^[63] Aqui a discussão ainda começa a se desenhar com o caso *Power-Tech v. Matec*.

^[64] *Op. cit.*, nota 39.

^[65] Cf. item (iv) sobre determinantes do spread bancário.

Esses custos estão relacionados, sobretudo, a assimetrias informacionais: eventuais competidores do banco que presta o serviço não tem informações cadastrais suficientes sobre o consumidor e tampouco este pode portar seu cadastro quando muda de banco. Uma política de portabilidade para o mercado de crédito faz-se, pois, necessária.

A construção de uma central de risco que torne as informações cadastrais do consumidor disponíveis para todos os que concedem crédito, projeto capitaneado pelo Banco Central do Brasil, insere-se, pois, na agenda de concorrência para o setor financeiro.

(vii) Cadastro positivo e o Código de Defesa do Consumidor

O primeiro passo de uma política de portabilidade para os consumidores de serviços bancários passa pela confecção dos chamados cadastros positivos. Por meio de um cadastro positivo, instituições de crédito podem ter acesso ao histórico de adimplência de um consumidor, bem como este pode portar tais informações quando muda de prestador de serviço^[66]. Há, contudo, diversos princípios e regras de direito que limitam a confecção de cadastros de informação. No Brasil, a questão começou a ser debatida quando do advento dos cadastros negativos (do tipo SERASA) e do Código de Defesa do Consumidor^[67].

Se de um lado os cadastros de informações sobre os consumidores têm sua legalidade razoavelmente assentada, de outro se admite a necessidade de comunicação ao consumidor quando este é incluído no cadastro, ainda que confeccionado a partir de informações públicas.^[68] Além disso, a escassez, ou

^[66] Garantia a que o consumidor faz jus nos termos do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor.

^[67] Lei 8.078/90.

^[68] Cf. /RESP 285401 / SP - DATA:11/06/2001 – Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102).

Ementa: SERASA. Inscrição de nome de devedora. Falta de comunicação. A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informado do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados. Recurso conhecido e provido, para julgar procedentes as ações.

Voto – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR: “...A autora tinha o direito de ser informada da SERASA, iniciativa que é obrigação da entidade administradora do cadastro, pois,

mesmo inexistência, de cadastros positivos no Brasil impediu que se discutisse com maior profundidade quais princípios devem orientar e limitar a circulação dos cadastros entre empresas fornecedoras. Por fim, uma série de outros problemas remetem à interpretação do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor e à aplicabilidade de alguns de seus dispositivos também aos cadastros positivos (já que são claramente aplicáveis aos cadastros negativos), caso da prescrição quinquenal para as informações negativas arquivadas^[69].

É essencial que consumeristas e entidades de defesa do consumidor se engajem nesse debate a fim de que cadastros positivos possam ser criados, mitigando poder de mercado dos bancos, reduzindo ainda outras distorções que as assimetrias informacionais causam na determinação dos spreads bancários, assegurando, contudo, que garantias dos consumidores relativas à circulação das informações cadastrais sejam preservadas. Consumeristas tampouco devem perder de vista que tais assimetrias de informação prejudicam, em última instância, o consumidor que precisa de crédito.

desconhecendo a existência do registro negativo, a pessoa sequer tem condições de defender-se contra os males, inúmeros e graves, que daí lhe decorrem, e de pedir seu cancelamento ou retificação. ... Se a informação é recolhida de publicação oficial, por iniciativa do administrador do banco de dados, mais se acentua a sua obrigação de comunicação.” (grifo nosso)

Cf. ainda Antônio Herman de Vasconcellos BENJAMIN et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 359/360, verbis:

“Se é certo que os bancos de dados retiraram sua legitimidade genérica da própria garantia da ordem econômica privada, esculpida no art. 170 da Constituição Federal, é esse mesmo dispositivo que lhes impõe uma série de amarras, na forma de princípios, aí se incluindo a defesa do consumidor. No plano antecedente a este, têm prevalência os direitos da pessoa humana, até porque constantes do portal de entrada da Constituição. Por essa e outras razões, vem o legislador a estabelecer limites formais e materiais para a coleta, manutenção e divulgação de dados sobre o consumidor. Assinale-se, finalmente, que o registro irregular não viola somente dispositivos do CDC, mas amiúde ofende direitos de índole constitucional (...) Se, por um lado, é difícil não reconhecer traços de legitimidade na existência desses organismos no mercado, por outro, há que se identificar e disciplinar os riscos deletérios que conduzem, que se materializam tanto no mau uso do sistema, como nas desconformidades de sua estruturação básica e funcionamento (...) Logo, o CDC `tinha que enfrentar este problema e o enfrentou’, procurando regular a coleta, arquivamento e fornecimento de informações sobre o consumidor, impondo a tais organismos responsabilidades proporcionais aos valores constitucionais com os quais têm interface.”

[69] CDC, art. 43, par. 1º.

(viii) Conclusões

Tentei sustentar nessa breve nota que o problema da competição no mercado bancário é ainda mais sofisticado do que poderíamos pensar a princípio. O governo federal tem se empenhado na aprovação do Projeto de Lei 344/2002, que estabelece a participação do Sistema Brasileiro de Concorrência na análise de atos de concentração realizados no âmbito do sistema financeiro nacional^[70]. Se de um lado a participação dos órgãos do SBDC tende a ampliar o leque e qualidade da análise feita atualmente pelo Banco Central de fusões e aquisições no mercado bancário, de outro não há evidências de que o controle de concentração nessa indústria venha a ter impactos significativos sobre as taxas cobradas. Por isso, a agenda de controle das estruturas do mercado bancário deve ser complementada por medidas que busquem reduzir as assimetrias de informação que são tão características dos mercados de crédito em geral. Para tanto, faz-se necessário debater quais princípios e regras devem nortear a confecção de cadastros positivos, bem como sua circulação entre fornecedores.

O ABUSO E O ARBÍTRIO
O IMPACTO DAS AÇÕES ANTI-DUMPING E ANTI-SUBSÍDIOS
NAS EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS PARA OS ESTADOS
UNIDOS

*Aluisio de Lima-Campos**

*Adriana Vito***

Introdução

No universo de trabalhos dedicados a estudar os impactos das investigações anti-*dumping* (AD) e anti-subsídios (AS) sobre o comércio internacional, o presente estudo pertence ao campo que investiga o comportamento das exportações quando estas se tornam objeto de investigações. Pesquisa realizada pelos autores junto a profissionais do ramo nos EUA e consulta a fontes bibliográficas legais e acadêmicas, revelaram que, a partir de 1980, quando os padrões institucionais e processuais hoje conhecidos foram implementados, um número razoável de trabalhos foi publicado, mas apenas aqueles mais pertinentes ao exame empírico e teórico dos efeitos causados pelas investigações foram selecionados e listados na bibliografia apensa ao presente trabalho.

No contexto mundial do tema, Blonigen e Prusa¹ ressaltam a importância de estudos sobre o impacto dos sistemas AD em vigor nos dois maiores administradores desses mecanismos - Estados Unidos e Comunidade Européia - para o futuro das negociações multilaterais de comércio no âmbito da OMC. Os autores apontam para uma tendência à harmonização das leis AD como resultado de futuras negociações e lamentam que até hoje estudos elaborados por economistas acerca dos impactos de diferentes sistemas tenham sido pouco utilizados para a formulação de novas políticas.

* Economista e assessor econômico da Embaixada do Brasil em Washington (acamos@brasilemb.org).

** Advogada brasileira consultora em Washington (adri_vito@yahoo.com).

¹ Bruce Blonigen e Thomas J. Prusa, *Antidumping*, National Bureau of Economic Research (2001), p.27.

Dentre esses, o de um dos autores, Lima-Campos², concluído em 1983, dedicado inteiramente ao assunto, teorizou sobre os impactos dos procedimentos AD e AS nas exportações do produto investigado, com base em exame das prováveis reações do importador frente às diferentes fases da investigação. Esse estudo não se beneficiou de evidências empíricas, pois, na época, não havia um histórico expressivo de investigações na Comissão Internacional de Comércio dos EUA (ITC) e no Departamento de Comércio (DOC) e o material pertinente a impactos comerciais sob o novo tipo de processo que se implantara em 1980 era inexistente. Neste particular, portanto, o trabalho de Lima-Campos aparece como pioneiro.

Os procedimentos analisados por Lima-Campos foram introduzidos pelo “Trade Agreements Act of 1979”, que implementou os acordos multilaterais concluídos no contexto da Rodada de Tóquio, do antigo GATT, nos EUA. Foi a legislação que sistematizou os processos AD e AS norte-americanos, dividindo, pela primeira vez, a responsabilidade pelos exames de dano e de prática (*dumping* ou subsídio) entre a ITC e o DOC, respectivamente, e estabelecendo prazos para emissão de decisões preliminares e finais por ambos órgãos, que basicamente prevalecem até hoje.

Valendo-se do benefício de 14 anos de dados estatísticos, os autores do presente estudo propõem-se a verificar se as teorias de Lima-Campos e de outros estudiosos do tema são válidas para o caso das exportações brasileiras.

Nesse sentido, proceder-se-á à avaliação dos impactos das investigações do DOC e da ITC sobre as importações de produtos-alvo brasileiros, buscando, com os resultados encontrados e as teorias aqui validadas, responder a indagações que são feitas com frequência por parte de empresas brasileiras que se vêem ameaçadas. Dentre essas questões figuram: O que vai acontecer com minhas exportações em função de um processo AD e/ou AS? Haverá perdas de exportação se minha empresa ganhar o caso, sem sofrer imposição de direitos? E se perder, que comportamento pode-se esperar das exportações? As perdas para nossas exportações cessam com o fim da investigação?

As estatísticas de importação examinadas cobrem o período 1989-2002 e compreendem um total de 33 investigações (21 AD e 12 AS),

² Aluisio de Lima-Campos, *The U.S. Import Market for Steel Products: Emergence, Competition and Impacts of Tariff Countermeasures*, unpublished master’s independent research project, American University, Department of Economics (1983), disponível mediante solicitação aos autores.

envolvendo 21 produtos brasileiros³. Como mais de 70% dos produtos atingidos são siderúrgicos, o impacto nas exportações do setor também será verificado.

As teorias

Em 1983, no processo de construção de modelo que explicasse o funcionamento do mercado importador de aço, Lima-Campos teorizou que antes mesmo de uma investigação de AD ou AS ser iniciada pelo DOC e pela ITC, bem como ao longo do processo e posteriormente a este, o importador norte-americano reduziria suas compras do produto investigado em função do que denominou “fator incerteza”. A incerteza advém, segundo Lima-Campos, da percepção do importador de que, na maioria dos casos, o julgamento será contrário a seus interesses, e os direitos provenientes desse julgamento tornarão o custo final de seus produtos importados mais alto, gerando perda de competitividade para sua empresa e, conseqüentemente, perda de mercado⁴. Nessas condições, o importador se vê impossibilitado de planejar seus negócios com segurança, já que o custo final dos produtos que está comprando hoje pode vir a ser afetado por medidas futuras de efeito tarifário, retroativas, que serão aplicadas pelas autoridades norte-americanas meses ou anos depois⁵.

Segundo o estudo, a reação dos importadores ao fator incerteza difere em função de suas prioridades, causando efeitos distintos na demanda de produtos importados⁶. Lima-Campos argumentou que há dois tipos de importadores: um interessado em minimizar o custo de aquisição e outro mais interessado em garantir sua fonte de compras. Para o importador cujo fator prioritário é preço, a retroatividade, característica das medidas compensatórias norte-americanas⁷, é preocupante pois estas poderão afetar compras feitas antes da investigação ter sido iniciada, causando aumento no custo final do produto⁸.

³ Os mesmos laminados a frio de aço carbono investigados por alegações de *dumping* e subsídios em 1999, também o foram em 2001.

⁴ Essa teoria pressupõe que o comprador/importador tem conhecimento básico sobre o funcionamento e os resultados anteriores desses processos, o que cada vez mais evidenciase em função do aumento expressivo do número de casos e da proliferação de assessorias especializadas.

⁵ Lima-Campos (1983), pp. 64-70.

⁶ Idem, p. 65.

⁷ Na União Européia, ao contrário dos EUA, a aplicação dos direitos é prospectiva.

⁸ É o caso, por exemplo, quando as autoridades determinam ter havido surtos de importação

O autor teoriza que esse tipo de importador tende a reagir de forma negativa à notícia de que seu fornecedor poderá sofrer uma investigação AD ou AS, buscando alternativas que visem minimizar seu prejuízo caso uma investigação seja instaurada⁹. Uma das alternativas ao alcance do importador é o cancelamento de pedidos já feitos ao exportador, afastando o risco de que encomendas recentes possam vir a sofrer um acréscimo de custo. Outra alternativa, não excludente, é a substituição do fornecedor original, desde que o preço do novo fornecedor seja, no mínimo, similar. Os efeitos dessa substituição foram implicitamente observados em 1996 por Prusa¹⁰, cuja conclusão foi de que, em última análise, o uso intensivo de procedimentos AD acaba beneficiando terceiros países, que são premiados com maior demanda de seus produtos somente por estarem excluídos das petições AD.

Em qualquer das alternativas, no entanto, o exportador brasileiro objeto do processo AD ou AS não escapa do prejuízo, pois as importações de seus produtos, em maior ou menor grau, diminuirão. Segundo Lima-Campos, mesmo que a investigação não passe de boato ou nunca venha a ocorrer por outra razão, seus efeitos poderão ser percebidos pelo exportador através do fator incerteza (*ex-ante*)¹¹. A seu ver, essa incerteza agirá sobre o importador, com mais intensidade se este for sensível a preços do que se for mais interessado em manter um relacionamento de longo prazo com o fornecedor. Em situação extrema, pode causar ao exportador até perda de sua participação no mercado norte-americano, sem garantias de que possa recuperá-la posteriormente. Esta reação do importador norte-americano, portanto, pode reduzir a demanda de produtos importados antes mesmo da investigação ser iniciada, gerando prejuízos ao exportador brasileiro.

Sob o prisma do produtor local, o recurso aos processos AD e AS é uma questão de concorrência. De acordo com Staiger e Wolak¹², a perda de mercado é por muitas vezes a única motivação das empresas norte-americanas

significativos antes do início da investigação, situação definida no jargão local como “circunstâncias críticas”.

⁹ Lima-Campos (1983), p. 65.

¹⁰ Thomas J. Prusa, *The Trade Effects of U.S. Antidumping Actions*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 5440, janeiro de 1996.

¹¹ Lima-Campos (1983), pp. 66-68

¹² Robert W. Staiger e Frank A. Wolak, *Measuring Industry Specific Protection: Antidumping in the United States* (1994), pp. 2-3 e 10-11.

em protocolarem uma petição no DOC e na ITC, já que a parcela perdida pelos competidores estrangeiros dará oportunidade às empresas nacionais de expandirem sua presença no mercado interno. Os autores denominaram essas empresas de *process filers* (protocoladoras de processos), cujo foco de interesse está nos efeitos restritivos causados pelo procedimento da investigação em si e não no resultado. Trata-se dos *non-duty effects*, ou seja, dos efeitos não-tarifários que afetam a demanda de importações através apenas da notícia de protocolo da petição.

Em outro trabalho, Staiger e Wolak¹³ comentam que a existência de efeitos restritivos ao comércio incentiva petições AD que jamais seriam protocoladas se não fosse o potencial impacto de tais efeitos. Segundo esses autores, petições sem mérito são protocoladas somente com a intenção de restringir o fluxo normal de comércio, sem que o peticionário acredite que será encontrada, de fato, a prática de *dumping*.

Além disso, os autores indicam que as leis AD norte-americanas facilitam o conluio entre as empresas locais (cartel) que se utilizam dos processos AD não só para diminuir o volume de importações de produtos concorrentes, mas também como alavanca para o aumento de preços e lucros durante o período das investigações. Concluem dizendo que as investigações AD são utilizadas para deter as empresas estrangeiras que ambicionam conquistar parcela maior do mercado norte-americano, sugerindo a incidência de um efeito psicológico das investigações sobre os empresários estrangeiros¹⁴.

Em estudo sobre os efeitos econômico-psicológicos das investigações AD dentro de um mesmo setor industrial, Lee e Jun¹⁵ concluíram que exportadores não mencionados em petições AD preferem não vender para o mercado norte-americano quando seus colegas nacionais foram alvo de investigações anteriores. Essa reação é batizada pelos autores de efeito de segunda ordem, e advém da certeza de que quando um setor é

¹³ Robert W. Staiger e Frank A. Wolak, *The Trade Effects of Antidumping Law: Theory and Evidence*, in Alan Deardorf and Robert Stern (eds.) “*Analytical and Negotiating Issues in the Global Trading System*”, The University of Michigan Press: Ann Arbor (1994), pp. 232-233.

¹⁴ Idem, p. 246.

¹⁵ Shi Young Lee e Sung Hee Jun, *On the Investigation Effects of the US Antidumping Petitions: a Psychological Approach*, Department of International Trade, Chung-Ang University, Seoul, Korea (2002).

intensamente investigado, ter o nome de sua empresa incluído em uma futura petição é apenas uma questão de tempo.

Ainda sobre a motivação das empresas locais de utilizarem-se das medidas AD para incrementar sua competitividade, Blonigen¹⁶ sugere que as empresas norte-americanas perdem a motivação de protocolarem petições AD diante da possibilidade de retaliação. A seu ver, há indícios de que quando a empresa norte-americana exporta um volume significativo de produtos para o país de origem das empresas a serem acusadas, e neste país vigoram leis AD, os empresários norte-americanos tendem a temer uma possível retaliação e, conseqüentemente, abandonam a idéia de utilizar medidas AD como ferramenta para aumentar a competitividade de seus produtos.

Uma vez iniciada a investigação AD ou AS, Lima-Campos argumenta que o importador encontrará diante de si uma situação de risco real, onde haverá a probabilidade de que os custos dos produtos adquiridos sofram incrementos em razão dos resultados da investigação. Evidentemente que, em se tratando de resultados afirmativos, ou seja, a favor da concorrência local, o importador sofrerá um aumento de direitos a pagar, o que gerará maiores custos e, por conseguinte, queda na margem de lucro. Diante da possibilidade deste efeito indesejável, Lima-Campos teorizou que os importadores¹⁷ buscarão outras fontes de fornecimento, não cobertas pela investigação, que possam oferecer, idealmente, os mesmos produtos a preços similares, mas sem a presença do risco de custos maiores.

Esse risco para o exportador, ao contrário da incerteza, é mensurável, segundo Lima-Campos, principalmente em casos onde há precedentes¹⁸. Se uma nova investigação envolve um produto proveniente do mesmo segmento industrial e do mesmo fornecedor, ambos já investigados anteriormente, pode-se dizer que, *ceteris paribus*, haverá alta probabilidade de o resultado da nova investigação ser o mesmo da anterior e isso pode ser mensurado

¹⁶ Bruce A. Blonigen, *U.S. Antidumping Filings and the Threat of Retaliation*, University of Oregon (2000), pp. 5 e 6.

¹⁷ O termo aplica-se a todos os tipos de importadores, tanto os mais sensíveis a preço quanto os que prezam mais o relacionamento com o fornecedor estrangeiro. Segundo Lima-Campos, os sensíveis a preço tenderão a substituir seus fornecedores mais rapidamente que os demais frente a uma investigação, mas ambos, em algum momento, deixarão de importar se os direitos persistirem.

¹⁸ Lima-Campos explica a aplicação de teorias de probabilidade para medir o risco a ser enfrentado pelo exportador. Lima-Campos (1983), pp. 77-82.

estatisticamente. O efeito de segunda ordem observado por Lee e Jun, de certa maneira, pode estar relacionado com esta percepção de risco.

É fato que o conhecimento detalhado dos procedimentos investigatórios utilizados pelo DOC não permitem uma visão otimista dos resultados do ponto de vista do exportador. Ou seja, quanto mais se conhece a prática dessas investigações nos EUA, mais certeza tem-se de que o resultado será contrário ao exportador. Lindsey e Ikenson expõem com clareza em trabalho recente¹⁹ certas artimanhas rotineiras do DOC²⁰ que permitem que, mesmo vendendo ao exterior com preços mais altos do que no mercado interno, o exportador esteja sujeito a ser penalizado por praticar *dumping*.

Outras práticas pró-indústria local oriundas do “Uruguay Round Agreements Act” foram analisadas por Lima-Campos²¹ em 1995, dentre as quais a obrigatoriedade de análise cumulativa, ao invés de individual, por país, das importações para apuração de dano na ITC²²; a inobservância pelo DOC da margem *de minimis* nas revisões²³; e o contínuo uso pelo DOC de tratamento condenado pela OMC para avaliação de subsídios em empresas privatizadas²⁴.

O relatório de barreiras comerciais da Embaixada do Brasil em Washington²⁵, de 2002, aponta práticas adicionais do DOC, entre estas a metodologia do DOC para o tratamento de impostos indiretos (IPI e ICMS), que cria distorções no cálculo da margem de *dumping*, podendo gerar direitos AD mesmo quando não há diferença entre o preço doméstico e o de exportação. O relatório cita também uso frequente pelo DOC de “melhor

¹⁹ Brink Lindsey & Dan Ikenson, *Antidumping 101 The Devilish Details of “Unfair Trade” Law*, Center for Trade Policy Studies, Cato Institute (2002), p. 10.

²⁰ Entre as práticas abordadas no estudo encontram-se: eliminação das vendas abaixo de custo no mercado interno para fins de comparação com o preço de exportação e, a mais nociva, desconsideração das margens negativas no cômputo da margem final de *dumping* (mais conhecida como *zeroing*).

²¹ Aluisio G. de Lima-Campos, *Dumping e Subsídios: Impacto para o Brasil da Nova Legislação dos Estados Unidos*, RBCE No. 44, FUNCEX, julho/ setembro de 1995, pp 17-31.

²² Idem, p. 24.

²³ Idem, p. 25.

²⁴ Idem, p. 28.

²⁵ Embaixada do Brasil em Washington, “Barreiras aos Produtos, Serviços e Investimentos do Brasil nos Estados Unidos”, Edições Aduaneiras (2002), pp. 78-83.

informação disponível” (na verdade, dados dos peticionários) em detrimento das evidências apresentadas pelas empresas brasileiras.

Economistas de renome, estudiosos do assunto, variam apenas em grau nas suas constatações. Em 1992, durante conferência sobre o tema no Banco Mundial e na qual coordenou grupo de trabalho que examinou o assunto, Finger²⁶, ardoroso opositor do recurso a processos AD, disse que a definição pragmática de *dumping* é “qualquer coisa que você consiga fazer o governo agir contra, sob a lei anti-*dumping*”. Blonigen e Prusa²⁷, seguindo a mesma linha de Finger e outros, definem anti-*dumping* como uma forma moderna de protecionismo, afirmando que a legislação AD não foi criada para impedir a concorrência desleal, mas para impedir a própria concorrência.

No entanto, a margem de *dumping* ou de subsídio encontrada pelo DOC por si só não é garantia da imposição de direitos AD, já que para tanto faz-se necessária a determinação de dano à indústria norte-americana comprovadamente causada pela suposta prática de *dumping* ou pelo alegado subsídio, o que é tarefa da ITC. Esta necessidade de comprovação de dano pela ITC está se tornando quase que a única esperança de defesa dos exportadores brasileiros, pois, na ITC, o exportador tem tido um número muito maior de sucessos do que no DOC. Dos 33 casos aqui examinados, cobrindo um período de 14 anos, nossos exportadores venceram 16 na ITC contra 1 no DOC. Ademais, se a decisão preliminar ou final da ITC for negativa, a investigação termina sem imposição de direitos, enquanto que no DOC as duas decisões precisam ser negativas para dar término à investigação.

Na determinação de dano, as empresas peticionárias têm o principal ônus da prova²⁸, pois terão que demonstrar que as importações constituem causa do dano ao setor²⁹. Essa situação contrasta com o favorecimento que recebem no DOC devido à facilidade de encontrarem-se margens de *dumping*

²⁶ J. Michael Finger, preface to “*Antidumping: How it Works and Who Gets Hurt*”, J. Michael Finger, Editor, The University of Michigan Press (1993).

²⁷ Blonigen e Prusa (2001), p. 3.

²⁸ Tecnicamente o ônus principal recai sobre a ITC pois esta tem a obrigatoriedade de verificar se as alegações dos peticionários têm fundamento. Na prática, o ônus da prova acaba recaindo sobre os peticionários que deverão convencer a ITC a investigar seu caso e, nesse contexto, provar que seus argumentos têm fundamentação jurídica e fática.

²⁹ De acordo com a Seção 207.8 do Capítulo II do Título 19 do *Code of Federal Regulations* (C.F.R.) todas as empresas peticionárias estão obrigadas a responder a pormenorizada lista de perguntas preparada pela ITC, conhecida como “questionário de dano”.

naquele procedimento, mesmo quando as provas vão no sentido contrário, conforme demonstrado por Lindsey e Ikenson. Nessas condições, não é de surpreender que número cada vez maior de exportadores, por uma questão de custo-benefício, desiste de participar do procedimento no DOC, concentrando sua defesa no exame de dano na ITC. Com essa desistência, os exportadores não só se livram da fase mais trabalhosa, mas ainda ganham polpuda bonificação na forma de redução significativa no custo da assessoria econômico-legal, que, em si, já é um grande incentivo.

Passado o período em que transcorre a investigação, o exportador brasileiro se vê diante das revisões administrativas, onde os resultados da investigação serão revistos anualmente pelas autoridades norte-americanas que podem reduzir ou aumentar as margens de *dumping* e de subsídios encontradas na investigação original. As investigações que resultaram em acordos de limitação de preço ou de quantidade em troca da não imposição de direitos AD ou AS também são objeto de revisão, podendo tais acordos ser até mesmo revogados se o DOC assim desejar.

Essas revisões anuais, do ponto de vista do importador norte-americano, criam mais uma situação de incerteza, já que os artifícios do DOC praticamente impossibilitam prever o resultado de tais revisões e esse resultado pode modificar os custos dos produtos comprados, inutilizando qualquer planejamento de lucro por parte do importador. Trata-se, segundo Lima-Campos, do fator incerteza (*ex post*), que influenciará as decisões do comprador mesmo depois de terminadas todas as fases investigatórias³⁰. Esse autor acrescentou que, em face da impossibilidade de prever-se, com nível razoável de certeza, os resultados de uma revisão, os importadores que ainda não substituíram seus fornecedores originais em função da investigação, o farão neste estágio, levando à completa exclusão do produto-alvo do mercado.

Esse tipo de ameaça é que leva certas empresas a transferirem parcialmente ou totalmente sua produção para os EUA de forma a evitar os direitos AD e AS. A teoria econômica refere-se a essa circunstância como salto de tarifa ou, no inglês, *tariff-jumping*. Tal situação foi examinada por Blonigen especificamente em relação aos direitos AD³¹. A seu ver, para as

³⁰ Lima-Campos (1983), pp. 68-70.

³¹ Blonigen, *Tariff-Jumping...* (2000). Caberia registrar que o primeiro estudo a correlacionar direitos AD com investimentos estrangeiros diretos saltadores de tarifa foi o de Belderbos (1997).

empresas de maior porte, cujas exportações aos Estados Unidos estão sendo reduzidas significativamente em razão da imposição de direitos AD, o *AD-jumping* é uma alternativa bastante atraente para reduzir seus prejuízos de exportação. Mas, ao investir diretamente no país onde as restrições comerciais estão sendo impostas, eliminando os efeitos do fator incerteza sobre as exportações, essas empresas desviam o investimento, que normalmente seria feito no país exportador, para o país que impõe as restrições comerciais, levando para fora de seu país todos os benefícios decorrentes de tal investimento, como empregos, renda tributária, etc.

Impacto das investigações sobre as importações de produtos brasileiros

Para este exercício foram coletadas todas as estatísticas de importação de produtos brasileiros objeto de investigações AD e AS nos últimos quatorze anos (1989-2002), em nível de dez dígitos, a partir da nomenclatura harmonizada norte-americana (HTSUS) que passou a vigorar em 1989. Essa coleta seguiu rigorosamente as definições contidas na seção “descrição do produto” de cada julgamento. Os produtos foram agrupados de acordo com o tipo de julgamento proferido, se negativo ou afirmativo, e se esse julgamento deu-se na etapa preliminar ou final do processo. Assim, três grupos de produtos foram definidos: os que se livraram da imposição de direitos logo na fase preliminar (dois), os que conseguiram o mesmo sucesso na fase final (seis) e os que não escaparam da imposição de direitos (treze).

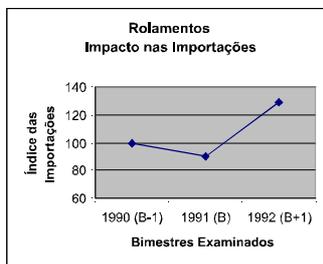
Investigações concluídas sem imposição de direitos na fase preliminar:

Nas investigações cuja decisão resultou negativa na fase preliminar da ITC, o procedimento investigatório tem duração máxima de 45 dias contados a partir da data do protocolo da petição no DOC. Devido à curta duração deste processo (dois meses aproximadamente), os efeitos foram examinados em bases bimestrais, comparando o bimestre da investigação com o mesmo bimestre do ano anterior. Esse método comparativo foi utilizado com vistas a minimizar os efeitos da sazonalidade, permitindo análise do comportamento das importações norte-americanas de um período para o outro na presença de condições sazonais análogas, praticamente isolando o efeito do fato novo que é a investigação. Posteriormente, o mesmo exercício foi feito em bases anuais, para verificar se os efeitos presentes na comparação bi-mensal poderiam ser observados na comparação anual.

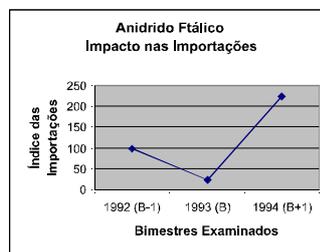
Tanto na análise anual como na bimestral, os valores de importação (de cada item HTSUS de dez dígitos) foram eletronicamente extraídos das bases de dados do *Census Bureau*, agregados para obter o total coberto por cada investigação e, em seguida, ordenados de acordo com o ano³² (A) ou bimestre (B) da investigação e com os correspondentes períodos anteriores (A-1 ou B-1) e posteriores (A+1, A+2... ou B+1, B+2...). Esses valores foram indexados, atribuindo-se a base 100 para o bimestre ou ano anterior à investigação. Julgou-se desnecessário o uso de deflator devido à relativa estabilidade e baixo nível das taxas de inflação nos EUA no período. Os gráficos utilizados mais adiante foram construídos com esse índice.

Os dois casos em que a investigação resultou negativa na fase preliminar da ITC, sem portanto imposição de direitos, foram referentes a rolamentos e a anidrido ftálico³³. Se as teorias discutidas anteriormente estão corretas, as importações realizadas no bimestre da investigação devem apresentar queda em relação ao mesmo bimestre do ano anterior.

Quadro 1



Quadro 2



Observa-se que, de fato, há uma queda das importações no bimestre da investigação nos dois produtos (Quadros 1 e 2). Ademais, verifica-se que o formato da curva é aproximadamente o mesmo nos dois casos, indicando comportamento similar inclusive na recuperação das importações, com variação apenas de grau. A queda foi de 10% no tocante a rolamentos e de

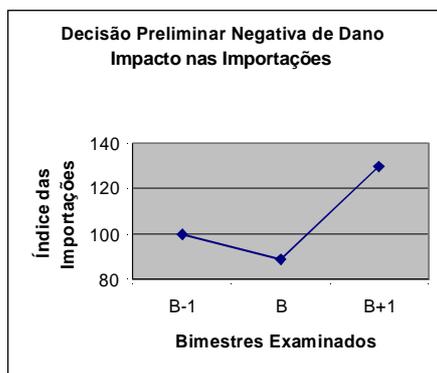
³² Nos casos em que a decisão preliminar da ITC foi afirmativa e portanto o caso continuou sendo investigado pelo DOC, utilizou-se a data da decisão preliminar do DOC. Nos casos em que houve o encerramento das investigações por determinação preliminar da ITC, utilizou-se esta data como referência.

³³ Ver tabelas nos. 4, 5, 6 e 7.

77% no anidrido. Essa diferença pode ser atribuída a efeitos de intensidades distintas do fator incerteza sobre os importadores desses produtos.

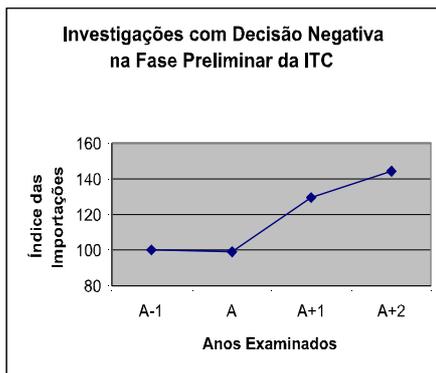
Agregando as importações dos dois produtos em um único gráfico (Quadro 3), consolidam-se os efeitos médios para decisões negativas preliminares de produtos brasileiros nos últimos quatorze anos. Ou seja, nesse período, as importações de produtos brasileiros objeto dessas decisões, tiveram, em média, queda de 11% no bimestre da investigação em relação ao mesmo bimestre do ano anterior, em função dos efeitos do fator incerteza, seguida de alta de 30% no bimestre do ano posterior. Essa queda de B em relação a B-1, seguida de alta em B+1, define o formato em “V” dos gráficos como característico para esses casos.

Quadro 3



Utilizando o mesmo raciocínio para os valores anuais, o ano em que transcorreu a investigação (A) foi comparado ao ano anterior (A-1) e aos anos subsequentes (A+1, A+2 ...), no Quadro 4.

Quadro 4



Nos valores anuais de importação dos produtos investigados os efeitos da investigação mostram-se obviamente diluídos já que o período de observação foi estendido de dois para doze meses. Mesmo assim, é de surpreender que os efeitos sobre as importações fossem suficientemente fortes para causar impacto no total anual. No Quadro 4, embora o gráfico em sua presente escala não o demonstre claramente, as importações feitas no ano da investigação de fato caíram de 1% em relação ao ano anterior. Este resultado sugere que o efeito do fator incerteza por um período relativamente curto, de aproximadamente dois meses, impediu o crescimento das importações no decorrer de todo o ano da investigação. Sugere também que o crescimento vertiginoso das importações dos produtos brasileiros deve-se à ausência do fator incerteza nos anos subsequentes.

Investigações concluídas sem imposição de direitos na fase final:

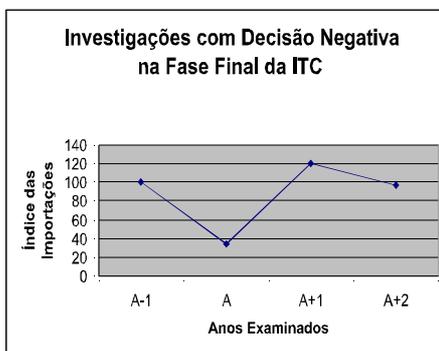
Nos casos em que a decisão negativa da ITC foi proferida na fase final da investigação, o processo investigatório prolongou-se, em média, por um ano a contar da data do protocolo da petição inicial no DOC. Neste caso, se as teorias forem corretas, deve-se observar queda das importações no ano da investigação.³⁴

³⁴ O ano da investigação é definido pela data da determinação preliminar do DOC, exceto quando esta cai no último trimestre do ano. Neste caso, o ano da investigação passa a ser o ano seguinte à determinação preliminar.

Seguindo a mesma metodologia de análise anual do grupo anterior, foram examinados os seis casos de produtos brasileiros em que a investigação resultou negativa na fase final da ITC, sem a imposição de direitos.

No Quadro 5, observa-se que no ano da investigação (A) houve realmente queda das importações em relação ao ano anterior e de forma significativa (66%). Em valores, essa queda representou perda de 205 milhões de dólares³⁵ para os exportadores brasileiros, o que é em si relevante. Mas, considerando que esse prejuízo incidiu sobre as exportações brasileiras de apenas 6 produtos, para um único mercado, no prazo de um ano, a significância do evento magnifica-se. Nota-se ainda que, diferentemente do grupo preliminar anterior, as importações aqui se recuperam mais lentamente após a divulgação da decisão final, alcançando os níveis anteriores somente um ano mais tarde.

Quadro 5



Esse resultado, bem como o do grupo anterior, sugerem que realmente há uma motivação forte para os chamados *process filers* buscarem a imposição de direitos AD e AS mesmo que seus pleitos não venham a ser atendidos. Consultado pela revista *The Economist* em 1992, um advogado especializado na questão afirmou que, em se tratando de produtores de aço norte-americanos, em um dado período de crise no setor siderúrgico, gastar em torno de 400 mil dólares para iniciar um processo de investigação AD é um investimento rentável mesmo que não haja uma decisão final a seu favor.

³⁵ Vide tabela no. 8

Segundo ele, o procedimento em si é suficiente para direcionar as compras para o mercado local e causar desaceleração nas importações³⁶.

Estudo realizado pela Organização Mundial de Comércio em 2003 também constatou esses efeitos negativos. As experiências de exportadores de produtos têxteis diante de processos AD e AS nos Estados Unidos e na Europa foram compiladas e analisadas.³⁷ A conclusão foi de que o mero início de uma investigação tem impacto negativo bastante significativo no volume das exportações de produtos têxteis independentemente do resultado do procedimento, o que levou os países participantes a sugerirem mudanças nos acordos multilaterais para tornar mais rigoroso o critério utilizado para dar início às investigações.³⁸

Utilizando-se de outra metodologia, que considera importações de todas as origens e o ano da investigação como ponto de partida para as variações das importações, Prusa chegou a conclusões similares. Em seu trabalho de 1996, constatou que, com base nos valores anuais das importações provenientes de países alvo de investigações AD no período 1980-1988, o impacto negativo das investigações foi de quase 20% durante o ano da investigação, mesmo quando esta resultou negativa³⁹. Em novo estudo realizado em 1999⁴⁰, constatou que quando há a imposição de direitos o valor das exportações chegam a cair de 30% a 50%. Observou também que mesmo quando as petições AD não são atendidas, as exportações diminuem significativamente, principalmente durante o curto período de duração da investigação. Esses resultados sugerem que as teorias de Lima-Campos também explicam o comportamento das importações em geral em face de processos AD ou AS.

Esse salto maior em A+1 sugere também que pode ter havido alguma forma de compensação via mercado pelas perdas em A. Uma explicação seria que, sob a influência do fator incerteza, o importador

³⁶ *The Economist, America's Steel Industry: Protection's Stepchild* (16 de maio de 1992) pp. 97-98.

³⁷ WTO, Negotiating Group on Rules, *Anti-dumping Actions in the Area of Textiles and Clothing: Developing Members' Experiences and Concerns*, TN/RL/W/48, 3 de fevereiro de 2003.

³⁸ *Idem*, p. 9, parágrafo 36.

³⁹ Prusa (1996), p. 10.

⁴⁰ Thomas J. Prusa, *On the Spread and Impact of Antidumping*, National Bureau of Economic Research (1999), Working Paper no. 7404, p.4.

suspendeu temporariamente suas importações em A e aguardou o processo definir-se para decidir se refaria seu estoque com o mesmo fornecedor ou não. Posteriormente, sem a imposição do direito, retomou o relacionamento, recompondo seu estoque. Isso explicaria o surto maior em A+1. Esse importador obviamente dá preferência à preservação do relacionamento sobre outros fatores. Tal comportamento define, por outro lado, o formato de “N invertido” para o gráfico desses casos.

Com base na análise aqui realizada, torna-se possível prever que, em se tratando de investigações com decisão final negativa, o exportador poderá esperar uma queda de, em média, 66% em relação às exportações do ano anterior à investigação, com surto de recuperação maior no ano posterior (A+1) do que no seguinte (A+2).

Os dados desta pesquisa confirmam também o que já se observa em mais de vinte anos de prática: são raros os casos em que a ITC profere decisão negativa na fase preliminar. Do total de 21 casos aqui analisados, houve somente duas ocorrências desse tipo. Os 19 restantes tiveram decisão anunciada apenas na fase final do processo, após transcurso de aproximadamente um ano. Isso sugere que o exportador brasileiro que acaba de ser acusado de *dumping* ou subsídios nos EUA, deve esperar, como norma, que o contencioso não se resolverá antes de sua fase final ou antes de transcorrido cerca de um ano.

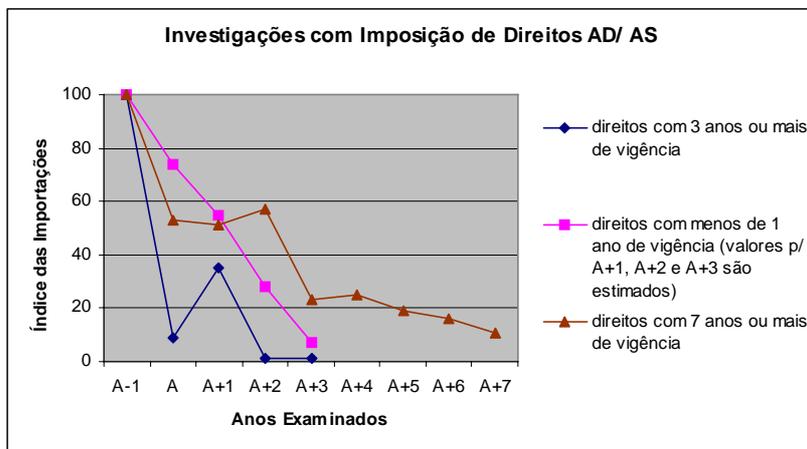
Em vista do que precede, torna-se claro ser de interesse do exportador brasileiro tomar as medidas necessárias para defender-se da melhor forma possível na investigação de dano, com vistas a obter uma decisão negativa da ITC e desta forma poder recuperar suas vendas nos anos seguintes à investigação.

Investigações com decisão afirmativa na fase final da ITC:

Este é o grupo em que os efeitos demonstram ser mais nocivos e duradouros para os exportadores brasileiros e que inclui 13 dos 21 produtos examinados. Nos casos em que a ITC proferiu decisão afirmativa de dano na fase final das investigações, os direitos AD ou AS, após um ano de vigência, podem ser revistos anualmente pelo DOC, mediante petição nesse sentido, ou, quinquenalmente, de ofício, pela ITC (dano) e DOC (*dumping* e subsídios). Se as teorias estão corretas, deve-se observar queda significativa das importações no ano da investigação, devido aos efeitos *ex-ante* do fator incerteza, e eventual término das importações nos anos posteriores, em função dos efeitos *ex-post*.

Como a vigência dos direitos neste grupo varia de alguns meses a 11 anos, os produtos foram divididos em três categorias: aqueles cujas exportações estão sujeitas a 7 anos ou mais de direitos AD e/ou AS (10), a 3 anos (2) ou a menos de um ano (1). Dessa forma, as importações podem ser observadas dentro de períodos de incidência tributária similares.

Quadro 6



O Quadro 6 agrega os valores de importação de cada categoria, seguindo a mesma metodologia dos grupos anteriores. Verifica-se que no ano em que transcorre a investigação há de fato queda marcante nas importações em relação ao ano anterior, em todas as categorias, variando de -26% a -91%. No período que se segue à investigação, as importações vão gradualmente, ano após ano, aproximando-se de zero, em todos os casos⁴¹. Essa situação, segundo Lima-Campos, decorre dos efeitos mais intensos do fator incerteza (*ex post*) sobre o importador, que leva à eventual substituição do fornecedor original por outro que não esteja sendo acusado de *dumping* ou subsídios. No gráfico, esse comportamento das importações define um formato aproximado de “L” para esses casos.

⁴¹ Os índices para A+1, A+2 e A+3 das importações com menos de um ano de incidência de direitos foram estimados com base na média das duas outras categorias. Essa estimativa, no entanto, é conservadora, uma vez que para o único produto nesta categoria o direito AD vigente é de 74% ou mais, exceto para a Gerdau, que passou a fabricar esse produto nos EUA. Isso significa que as exportações brasileiras para os EUA cessaram.

Fica claro também que o efeito nocivo perpetua-se ao longo dos anos, sugerindo que nas revisões anuais do DOC raramente consegue-se reduzir as margens de direitos AD e AS, a níveis que viabilizem a continuação das exportações. Razões e evidências disso encontram-se nas práticas do DOC descritas por Lima-Campos, Lindsey e Ikenson, e no relatório de barreiras comerciais da Embaixada do Brasil em Washington.

Nessas circunstâncias, o exportador brasileiro deve avaliar a relação custo-benefício de investir na defesa de seus interesses em processos no DOC. A revisão quinquenal⁴², por incluir revisão de dano por parte da ITC e maior ônus de prova por parte das empresas locais, poderia teoricamente oferecer probabilidades de sucesso mais favoráveis a nossos exportadores. No entanto, diferentemente do que ocorre nas investigações, as estatísticas das revisões quinquenais, mesmo com a fase de dano da ITC, não são encorajadoras. No período de janeiro de 2000 até março de 2003, realizaram-se 31 revisões quinquenais completas (as chamadas *full reviews*), das quais apenas 2 levaram à revogação do direito⁴³.

Isso sugeriria que as emendas posteriores ao “Trade Agreements Act of 1979” relativas à ITC e às revisões quinquenais inseriram novos dispositivos com viés protecionista. Em seu trabalho de 1995, Lima-Campos identificou essas modificações, como segue: (a) exclusão de produção cativa do cálculo de produção doméstica, que aumenta o impacto das importações no mercado interno; (b) inclusão da magnitude da margem de *dumping* entre os fatores a serem considerados na apuração de dano; (c) permissão para não revogar o direito em revisões quinquenais mesmo que a continuação e recorrência do dano não sejam prováveis; e (d) obrigatoriedade de análise

⁴² As revisões quinquenais, também chamadas de *sunset reviews*, resultaram da Rodada Uruguaí de Negociações (1994) e foram implementadas na legislação norte-americana em 1º de janeiro de 1995, através do Uruguay Round Agreements Act. De acordo com esta legislação, a aplicação de direitos AD ou AS não pode persistir por mais de cinco anos sem que se realize uma revisão para determinar se há indícios da continuação da prática de *dumping* ou subsídios (análise conduzida pelo DOC) ou se os produtos alvo continuam causando ou se potencialmente poderiam vir a causar dano à indústria local (análise conduzida pela ITC).

⁴³ Informações de acordo com o quadro informativo publicado no *site* da ITC (última consulta realizada em 27 de junho de 2003): www.usitc.gov. As revisões que não foram realizadas por falta de interesse das partes, as intermediárias e aquelas que não contaram com a participação das duas partes principais (indústria local e exportadores) não foram consideradas. Ou seja, somente as chamadas *full reviews* perfazem o total de 31 investigações.

de impacto cumulativo das importações se as petições contra todos os países visados forem protocoladas no mesmo dia.

As decisões da ITC e do DOC podem ser objeto de contestação por qualquer das partes diretamente envolvidas na Corte Internacional de Comércio dos EUA (CIT)⁴⁴ e, tecnicamente, nas demais instâncias superiores que se seguem, até inclusive na Corte Suprema. Nenhum caso de AD ou CVD chegou à instância máxima até o momento, sendo mais comum recurso único à CIT, que é o foro especializado em questões de comércio exterior. Como os prazos que regem o processo correm a critério do juiz encarregado do caso, as decisões podem levar anos para serem emitidas.

Os exportadores brasileiros têm se utilizado desse recurso, mas sem muito sucesso. Isso se evidencia pelo fato de que em todos os casos decididos com imposição de direitos aqui examinados, os direitos ainda vigem, com a exceção de apenas um caso que foi revogado por questões relacionadas a defesa da concorrência, e as importações dos produtos afetados, em 85% dos casos, continuam em queda.

As perdas sofridas pelas exportações brasileiras aos EUA nos 21 produtos examinados somaram, somente no ano da investigação, US\$447 milhões. Os peticionários norte-americanos, portanto, ganhando ou perdendo no fim da investigação, conseguiram impingir aos exportadores brasileiros perda de quase meio bilhão de dólares de vendas durante a investigação, garantindo para si maior fatia do mercado interno e, provavelmente, maiores preços internos em função do afastamento da concorrência do produto importado.

É nessa situação que as empresas maiores, com recursos para tal, decidem *saltar a tarifa*. Segundo Blonigen⁴⁵, de 1980 a 1990, houve um total de 80 casos de investimento estrangeiro direto nos Estados Unidos decorrentes de *tariff-jumping*, sendo que em 50 casos as empresas eram japonesas. Blonigen constatou que os japoneses respondem à imposição de direitos AD com *tariff-jumping* em 51.5% dos casos, número bastante alto considerando-se que os outros países respondem com *tariff-jumping* em apenas 9% dos casos⁴⁶. O autor concluiu que tal diferença se deve ao fato de que apenas as grandes empresas multinacionais provenientes de países industrializados são capazes

⁴⁴ Em inglês: *U.S. Court of International Trade*.

⁴⁵ Blonigen, *Tariff-Jumping...* (2000), p. 4.

⁴⁶ *Idem*, p. 25.

de lançar mão desse mecanismo para defender-se dos direitos AD/ AS, o que justificaria a supremacia japonesa na prática de *tariff-jumping*.

Em valores nominais e presumindo condições de mercado similares ao ano anterior para todo o período examinado, as perdas anuais de nossos exportadores nos produtos afetados por decisões finais afirmativas, com imposição de direitos, totalizou US\$ 1,8 bilhão. Ao longo de onze anos, isso representou um prejuízo médio anual de US\$ 160 milhões para os exportadores brasileiros de 13 produtos, que continuarão acumulando-se, a cada ano, até os direitos AD e AS ainda vigentes serem revogados. Se considerado que nossa premissa exclui variações dos valores anuais das exportações, esses números podem ainda ser conservadores, especialmente em virtude dos aumentos de preço gerados pelas medidas de salvaguarda ao aço⁴⁷.

Análise Setorial: o Caso dos Produtos Siderúrgicos

Nos últimos quatorze anos (1989-2002) os Estados Unidos iniciaram 33 investigações contra 21 produtos brasileiros. Desse total, o aço respondeu por 71% dos produtos investigados (15) e por 76% das investigações relativas a produtos brasileiros (25). Ou seja, nesse período, para cada 4 petições protocoladas no DOC e na ITC contra produtos brasileiros, cerca de 3 petições referiam-se a aço. Certamente, não há outro setor da economia brasileira que tenha se ressentido mais desses processos do que o siderúrgico.

A análise a seguir busca quantificar o impacto dessas investigações sobre as exportações de aço para o mercado norte-americano, seguindo a mesma metodologia dos grupos anteriores. Neste caso, das 15 investigações examinadas, 6 foram indeferidas na fase final da ITC e 9 foram decididas com imposição de direitos.

Investigações concluídas sem imposição de direitos:

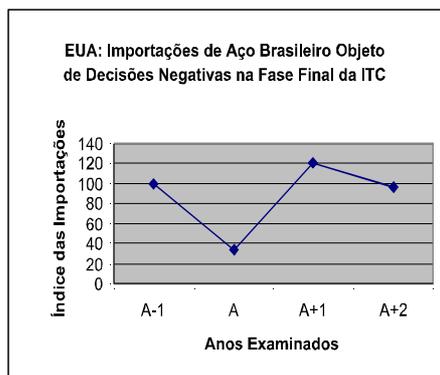
O Quadro 7 mostra que, como ocorreu na análise geral de produtos investigados, mesmo quando não há imposição de direitos, também verifica-

⁴⁷ Em março de 2002, o governo norte-americano aplicou quotas tarifárias às importações de produtos siderúrgicos acabados, com base nas leis de salvaguardas comerciais norte-americanas (Seções 201 a 204 do *Trade Act of 1974*), por um período anunciado de três anos. Os países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, foram isentos dessas medidas em certos produtos acabados.

se queda de 66% no ano da investigação quando são analisadas apenas as importações de aço brasileiro. Nos seis casos examinados, as perdas acumuladas do setor no ano da investigação chegaram a US\$206 milhões.

Da mesma forma, observa-se que, sendo proferida a decisão final negativa da ITC e, por conseguinte, afastados os efeitos do fator incerteza, essas importações saltam 253% no ano seguinte (A+1), atingindo a marca de US\$376 milhões. No ano subsequente (A+2), as importações se normalizam, ao nível de US\$304 milhões, em função da ausência de efeito compensatório de mercado. Ou seja, já sem a necessidade de compras adicionais por parte do importador para repor as perdas extraordinárias de estoque que sofreu no ano da investigação, as importações tendem a retornar a seus níveis normais.

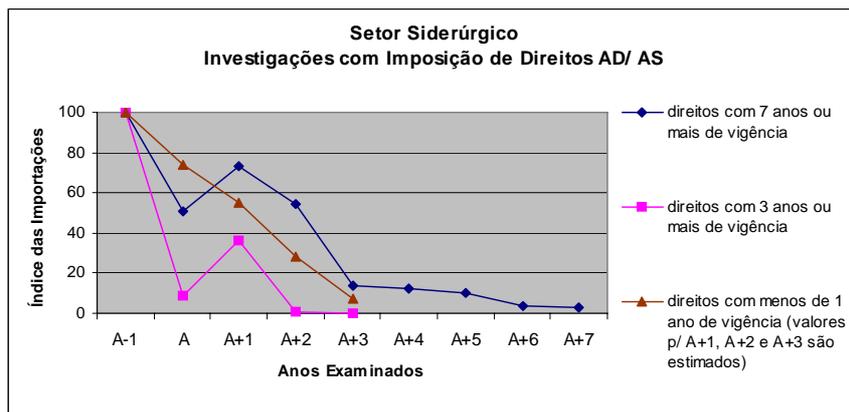
Quadro 7



Investigações que levaram à imposição de direitos AD e/ou AS:

Nestes nove produtos, cujas importações foram divididas de acordo com o tempo de vigência dos direitos, observa-se no Quadro 8 que as exportações do setor siderúrgico brasileiro comportam-se como na análise geral, sofrendo queda violenta no ano da investigação (71%) nas três categorias devido ao fator incerteza (*ex-ante*) e não conseguindo recuperar posteriormente os níveis de exportação anteriores às investigações. Com efeito, em função do fator incerteza (*ex-post*), observa-se a gradual aniquilação das exportações brasileiras a partir da imposição dos direitos AD e AS. Sabemos também que é improvável conseguir-se reduzir as margens impostas através das revisões anuais.

Quadro 8



Neste grupo, as perdas de exportação do setor siderúrgico brasileiro no mercado norte-americano foram de US\$196 milhões apenas nos anos de trâmite da investigação, onde as quedas das importações variaram de -26% a -92%. No período analisado, o prejuízo foi de US\$1,1 bilhão ou de US\$114 milhões por ano. Enquanto os direitos AD e AS não forem removidos, as exportações do setor continuarão a acumular perdas à razão de, aproximadamente, a média apurada de US\$114 milhões anuais.

Se considerados os dois grupos, totalizando quinze produtos, o prejuízo total para nossas exportações de aço, passa para US\$402 milhões no ano em que o processo corre e o total no período para US\$1,3 bilhão, o que representa quase o dobro do valor de todas as exportações brasileiras de aço para os EUA em 2001. A média anual de perdas para as exportações do setor foi de US\$135 milhões nos últimos dez anos, ou seja, a cada cinco anos, perde-se o equivalente a um ano de exportações de aço para os EUA.

No período analisado, o aço brasileiro foi vítima de uma verdadeira onda de processos AD e AS que resultou na imposição pelos EUA em 1989 dos chamados “acordos voluntários (sic) de restrição” (VRAs), que estabeleceram quotas para importações. Esse arranjo restritivo para nossas exportações durou três anos, ou melhor, estendeu o período de restrições que se iniciara cinco anos antes, em outubro de 1984, com a primeira leva de VRAs I, para oito anos. A isso seguiram-se novos processos AD e AS em 1993 e 1998.

Considerados esses efeitos arrasadores sobre as exportações, torna-se claro porque as empresas siderúrgicas brasileiras começaram a investir

em usinas nos EUA, trilhando o caminho dos fabricantes de automóvel japoneses quando estes enfrentaram restrições comerciais norte-americanas nos anos 80 e 90. Em 1999, a Gerdau S.A. tornou-se acionista majoritária da norte-americana *AmeriSteel*, com sede na Flórida, e em 2001 a Cia. Siderúrgica Nacional S.A. (CSN) adquiriu direitos de compra de ativos da *Heartland Steel*, do estado de Indiana. Em 2002, com a aquisição de usinas canadenses, a *Gerdau AmeriSteel* tornou-se o segundo maior *mini-mill* da América do Norte. A CSN, segundo seu relatório anual de 2002, continua estudando propostas e oportunidades de alianças, fusões ou aquisições, que a permitam atingir a condição de empresa global.

Da mesma forma que os japoneses no setor de automóveis, as subsidiárias dessas empresas brasileiras nos EUA, e indiretamente elas próprias, hoje beneficiam-se de preços mais altos e da menor concorrência das importações no mercado norte-americano proporcionados pelos processos AD e AS. Isso sugere que as restrições ao comércio nos EUA estão redirecionando investimentos de empresas brasileiras, que poderiam ser feitos no Brasil, se tais restrições não existissem. Um caso típico de *tariff-jumping*.

Lições para o exportador brasileiro

Com base no material aqui desenvolvido pode-se dizer que, se um ou ambos processos forem inciados, deve preparar-se para um ano de investigações, durante o qual seu produto provavelmente sofrerá perdas significativas de exportação, sendo que a média para os casos brasileiros nos últimos 12 anos foi de -59% em relação ao ano anterior.

No caso muito improvável de sair vitorioso com uma preliminar negativa de dano, espere que suas exportações sofram nos dois meses de investigação e que isso possa anular o crescimento das exportações naquele ano, como ocorreu com os casos brasileiros analisados.

Se a decisão final for negativa, sem, portanto, imposição de direitos, suas exportações deverão recuperar-se no ano seguinte. Caso contrário, suas exportações gradualmente se reduzirão, podendo chegar ao extremo de serem completamente afastadas do mercado norte-americano, dependendo da magnitude do direito que venha a ser imposto. Isso está acontecendo com 13 dos 21 produtos que examinamos ou 62% das vezes.

De maneira geral e principalmente se seus recursos para financiamento de sua defesa forem escassos, deve considerar defender-se

apenas na investigação de dano, na ITC, visto que a probabilidade de vencer no DOC é, como vimos, praticamente nula.

Teoricamente, as revisões anuais e quinquenais dos direitos deveriam ser encaradas como oportunidades para reduzir ou mesmo revogar os direitos, mas, na prática, como evidenciado, tendem a perpetuá-los. Portanto, empenhe-se ao máximo para ganhar na investigação.

Embora as decisões do DOC e da ITC possam ser apeladas em instâncias superiores, o melhor é não depender desse recurso, pois o julgamento pode levar anos e, na grande maioria dos casos brasileiros aqui examinados, não se observaram efeitos positivos sobre as exportações.

Se for uma empresa com disponibilidade de recursos, considere a possibilidade de transferir parte de sua produção para o país que impõe os direitos, caso não seja bem sucedido na investigação.

Conclusões

Os conceitos teóricos desenvolvidos até o momento explicam em grande parte o comportamento das exportações sujeitas a processos AD e AS. As evidências empíricas registradas no presente trabalho comprovam as hipóteses e permitem deduzir um comportamento geral para o caso. Verifica-se prejuízo para as exportações brasileiras mesmo quando não há imposição de direitos e, quando há, as perdas podem ser incalculáveis uma vez que a tendência é de que os direitos AD e AS permaneçam vigentes indefinidamente. Constata-se que a prática nos EUA, principalmente no DOC, é mais voltada para a proteção da indústria doméstica do que para a efetiva compensação do *dumping* ou do subsídio. Observam-se efeitos negativos até no redirecionamento forçado de investimentos produtivos para o exterior.

Esse conjunto de impactos adversos torna óbvio o potencial imenso que tais processos têm de prejudicar o país economicamente e, no âmbito das negociações comerciais em andamento, de anular benefícios tarifários que venham a ser acordados no contexto da ALCA ou da OMC. A tarefa que se apresenta agora é tratar de minimizar as oportunidades para abuso e arbítrio nesses procedimentos através de modificações pontuais dos acordos multilaterais sobre a matéria. Sugestões nesse sentido serão objeto de trabalho a parte.

Bibliografia:

Base de dados *Dataweb*, estatísticas de exportação de produtos brasileiros para os Estados Unidos, disponível eletronicamente através da página da *U.S. International Trade Commission*, www.dataweb.usitc.gov

Belderbos, Rene A. (1997) *Antidumping and Tariff Jumping: Japanese Firms' DFI in the European Union and the United States*, *Weltwirtschaftliches Archiv*. Vol. 133(3): 419-57.

Blonigen, Bruce A. *Tariff-Jumping Antidumping Duties*, National Bureau of Economic Research, 2000.

Blonigen, Bruce A. *U.S. Antidumping Filings and the Threat of Retaliation*, University of Oregon, 2000.

Blonigen, Bruce & Thomas J. Prusa, *Antidumping*, National Bureau of Economic Research, 2001.

Embaixada do Brasil em Washington, “Barreiras aos Produtos, Serviços e Investimentos do Brasil nos Estados Unidos”, Edições Aduaneiras, 2002, pp. 78-83.

Finger, J. Michael, editor, “*Antidumping: How it Works and Who Gets Hurt*”, The University of Michigan Press, 1993.

Lee, Shi Young e Sung Hee Jun, *On the Investigation Effects of the US Antidumping Petitions: a Psychological Approach*, Department of International Trade, Chung-Ang University, Seoul, Korea, 30 de julho de 2002.

Lima-Campos, Aluisio G. *The U.S. Import Market for Steel Products: Emergence, Competition and Impacts of Tariff Countermeasures*, unpublished master's independent research project, American University, Department of Economics, 1983. Disponível mediante solicitação aos autores.

Lima-Campos, Aluisio *Dumping e Subsídios: Impacto para o Brasil da Nova Legislação dos Estados Unidos*, RBCE No. 44, FUNCEX, julho/ setembro 1995.

Lindsey, Brink & Dan Ikenson, *Antidumping 101 The Devilish Details of “Unfair Trade” Law*, Center for Trade Policy Studies, Cato Institute, 21 de novembro de 2002.

Lindsey, Brink & Dan Ikenson, *Coming Home to Roost Proliferating Antidumping Laws and the Growing Threat to U.S. Exports*, Center for Trade

Policy Studies, Cato Institute, 30 de julho de 2001.

Prusa, Thomas J. *The Trade Effects of U.S. Antidumping Actions*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 5440, janeiro de 1996.

Prusa, Thomas J. *On the Spread and Impact of Antidumping*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 7404, outubro de 1999.

Staiger, Robert W. and Frank A. Wolak, *Measuring Industry Specific Protection: Antidumping in the United States*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 4696, março de 1994.

Staiger, Robert W. and Frank A. Wolak, *The Trade Effects of Antidumping Law: Theory and Evidence*, in Alan Deardorf and Robert Stern (eds.) “Analytical and Negotiating Issues in the Global Trading System”, The University of Michigan Press: Ann Arbor, 1994, pp. 231-261.

The Economist, *America’s Steel Industry: Protection’s Stepchild*, 16 de maio de 1992, pp.97-98.

U.S. Federal Register, diversas datas, disponíveis eletronicamente na página do *National Archives and Records Administration*: http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces140.html

WTO, Negotiating Group on Rules, *Anti-dumping Actions in the Area of Textiles and Clothing: Developing Members’ Experiences and Concerns*, TN/RL/W/48, 3 de fevereiro de 2003.

TABELAS

Tabela 1

PRODUTOS	Importações em US\$		Início	Profim.	Término	Margem %	1989	1990
	AD	AS						
Sólido Metálico	A-351-806	C-351-807	Set-90	Mar-91	Jul-91	91.06 ADV AS Neg. DC Final	36.555.111	27.093.014
Reluzentes	A-351-808		Mar-91	Abr-91	Abr-91	AD Neg. ITC Profim.	52.624.855	38.228.706
Canos e tubos soldados	A-351-809	C-351-810	Out-91	Abr-92	Nov-92	103.30 ADV AS Neg. DC Final	6.213.056	19.099.771
Laminados de Aço ao Frio e ao Quente	A-351-811	C-351-812	Mar-92	Nov-92	Jan-93	148.12 ADV 19.19 AS	21.103.288	22.998.641
Barras e Lingotes de Aço Especial	A-351-813		Jul-92	Jan-93	Jul-93	AD Neg. ITC Final	47.682.693	36.983.436
Laminados a quente/ 1992	A-351-814	C-351-818	Jul-92	Fev-93	Jul-93	ADV AS Neg. ITC Final	60.872.857	40.886.399
Laminados a frio/ 1992	A-351-815	C-351-818	Jul-92	Fev-93	Jul-93	ADV AS Neg. ITC Final	95.812.885	54.519.854
Aço Resistente à Corrosão	A-351-816	C-351-818	Jul-92	Fev-93	Jul-93	ADV AS Neg. ITC Final	8.355.519	11.004.785
Chapas Grossas de Aço	A-351-817	C-351-818	Jul-92	Fev-93	Jul-93	75.54+ ADV 23.10+ AS	33.316.725	20.608.523
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	A-351-819		Jan-93	Ago-93	Jun-94	25.88+ ADV	5.207.557	4.056.986
Ferro-Sólido	A-351-820		Fev-93	Ago-93	Mar-94	35.95+ ADV	42.057.669	47.093.251
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	A-351-821		Maio-93	Nov-93	Feb-94	36.02 ADV	36.925.374	18.464.633
Armadão Plástico	A-351-822	C-351-823	Out-93	Nov-93	Dec-93	Neg. ITC Profim. ADV AS	417.377	0,0
Sólido Margaráb	A-351-824		Dez-93	Jun-94	Dez-94	64.93+ ADV	17.228.132	12.957.208
Barras de Aço Inoxidável	A-351-825		Jan-94	Ago-94	Dez-94	19.43 ADV	1.252.169	529.147
Tubos sem costura	A-351-826		Jul-94	Jan-95	Jun-95	124.94 ADV	7.348.883	408.577
Barracha de Buzadinho	A-351-827		Abr-98	Nov-98	Mar-99	41.85+ ADV	9.849.013	88.474
Laminados a quente/ 1998	A-351-828	C-351-829	Out-98	Jul-99	Jul-99	42.12 ADV 7.81 AS	570.138	1.303.546
Certos Laminados a frio/ 1999	A-351-830	C-351-831	Jan-99	Set-99	Mar-00	ADV AS Neg. ITC Final	2.985.165	1.387.877
Fio-Máquina de Aço Especial	A-351-832	C-351-833	Set-01	Fev-02	Out-02	74.35+ ADV 5.64+ AS	606.159	171.102
Certos Laminados a frio/ 2001	A-351-834	C-351-835	Out-01	Mar-02	Nov-02	ADV AS Neg. ITC Final	2.985.165	1.387.877

Importações em US\$											
1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
7.065.618	486.121	791.547	985.472	18.742.931	18.727.245	15.466.136	7.544.278	15.989.147	26.940.063	20.330.614	49.268.267
38.528.081	49.240.944	54.546.630	13.877.018	13.205.445	15.834.282	16.247.229	22.637.884	26.142.238	31.241.669	29.479.874	35.461.370
19.014.499	3.645.256	688.640	407.249	1.052.755	1.137.036	127.902	76.362	65.284	60.027	0,0	51.698
17.487.157	25.713.838	17.587.694	18.487.844	25.677.364	696.099	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	111.761
51.610.033	91.690.627	48.699.060	79.173.718	103.202.661	143.985.484	107.722.018	92.711.906	87.460.700	83.495.901	24.046.494	22.185.115
17.267.199	45.284.519	18.081.908	95.585.355	61.117.307	7.177.292	6.285.485	3.331.513	2.191.304	933.805	1.211.863	803.461
54.798.580	52.403.662	12.196.614	101.109.313	78.267.006	2.419.271	2.704.081	2.742.865	2.462.635	963.229	1.316.702	672.244
8.121.072	6.996.939	2.218.004	38.738.883	56.983.813	22.282.487	3.982.749	12.204.634	9.935.004	2.455.093	6.599.436	30.040.874
27.484.157	20.172.678	8.199.399	9.001.959	11.419.177	7.028.633	6.285.485	3.309.745	2.150.304	934.231	1.154.108	672.244
3.000.272	5.848.980	1.638.279	26.826	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	998.536	0,0	0,0
16.037.199	33.903.914	25.554.133	15.780.280	42.423.309	21.205.536	12.194.735	7.274.902	9.889.209	8.286.225	3.798.020	5.743.872
5.146.269	21.847.562	11.630.828	12.397.293	36.899.677	128.517	61.156	77.357	0,0	0,0	0,0	0,0
307.952	781.333	207.162	1.352.352	1.998.404	153.889	105.613	0	31.620	844.896	657.794	560.090
15.999.351	31.944.439	31.546.604	17.903.649	9.065.950	12.088.849	7.478.841	5.248.114	1.400.790	1.723.700	1.807.805	3.800.011
611.680	8.458.249	7.966.895	3.726.236	95.791	45.083	963.779	1.738.508	290.669	891.850	48.180	666.251
5.663.969	7.528.939	12.623.626	4.317.475	1.964.598	5.269.921	4.957.388	3.690.344	2.538.693	5.846.879	74.371	917.625
384.638	1.468.365	1.735.161	1.516.480	8.951.452	9.154.539	15.325.143	7.443.119	1.013.681	943.221	744.436	1.354.483
3.132.839	5.275.938	7.416.689	4.697.586	4.957.686	72.574.534	173.969.101	179.501.986	10.091.102	43.721.828	803.231	886.688
3.111.805	1.599.712	6.325.131	12.153.921	9.753.717	106.689.249	20.911.527	80.158.457	87.288.662	22.205.700	61.157.848	4.873.992
185.087	290.648	727.675	171.809	221.965	2.562.121	3.877.454	40.978.406	17.701.561	55.381.303	66.230.734	44.328.229
3.111.805	1.599.712	6.325.131	12.153.921	9.753.717	106.689.249	20.911.527	80.158.457	87.288.662	22.205.700	61.157.848	4.873.992

Notas explicativas:

¹ Margem de dumping para CBCC = 87.79%, para CCM = 93.20% e outras = 91.06%; Investigação de subsídios resultou negativa na fase final do Departamento de Comércio

² Margem de dumping para Persico Pizzamiglio S/A e outras = 103.38%; Investigação de subsídios resultou negativa na fase final do Departamento de Comércio.

³ Margem de dumping para Mannesman e outras = 148.12%; Subsídios: para ACESITA = 19.19% e outras = 0.82%

⁴ Produtos investigados em conjunto sob o número A-351-813

⁵ Produtos investigados separadamente para dumping e em conjunto para subsídios com resultado negativo em ambos os casos.

⁶ Margem de dumping para COSIPA = 109.00%, para USIMINAS = 42.08%, outras (média) = 75.54%; Subsídios: para USIMINAS = 5.44%, para COSIPA 48.64% e outras = 23.10%

⁷ Margem de dumping para Eletrometal-Metals Especiais S/A = 24.63%, para Aços Finos Piratini S/A e Aços Villares S/A = 26.50%, outras (média) = 25.88%

⁸ Margem de dumping para Companhia Ferroligas Minas Gerais = 3.46%, para Italmagnésio Industria e Comércio S/A = 88.86%, para Companhia Brasileira de Carbureto de Cálcio 15.53%, outras (media) = 35.95%

⁹ Margem de dumping para todas as companhias = 36.02%

¹⁰ Margem de dumping para Companhia Paulista de Ferro-Ligas e para SIBRA Eletro Siderúrgica Brasileira S/A = 64.93%, outras = 17.60%

¹¹ Margem de dumping para Aços Villares S/A e outras = 19.43%

¹² Margem de dumping para Mannesman e outras = 124.94%

¹³ Margem de dumping para Petroflex Indústria e Comércio S/A = 71.08%, outras = 43.85%

¹⁴ Acordo de suspensão assinado em 6 de julho de 1999, revisão iniciada em setembro de 2000, ordem expedida em fevereiro de 2002 com margem de dumping para CSN = 41.27%, para USIMINAS = 43.40%, para COSIPA = 43.40%, outras (média) = 42.12%; Subsídios: para USIMINAS e COSIPA = 9.67%, para CSN = 6.35%, outras = 7.81%

¹⁵ Margem de dumping para Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira = 94.73%, para Gerdau S/A não foi encontrada margem de dumping e para outras = 74.35%; Subsídios: para Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira = 6.74%, para Gerdau S/A = 4.44% e para outras = 6.11%

Tabela 2

Tabela Geral de Investigações em Sistema A										
Produto	Investigação			Importações em US\$						
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2	A + 3	A + 4	A + 5
Silício Metálico	Sep-90	Mar-91	Jun-91	27.193,014	7.805,618	496,171	391,347	583,472	18.742,931	18.322,245
Rolamentos	Mar-91	Apr-91	Apr-91	38.228,706	38.528,081	49.240,944	54.548,630	13.877,018	13.205,445	15.834,282
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	19.014,499	3,645,256	688,640	407,249	1,052,755	1,137,036	127,502
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	25,713,858	17,587,694	18,487,844	35,637,364	696,099	0,0	0,0
Barras e Lingotes de Aço Especial	Jul-92	Jan-93	Jul-93	59,660,627	48,699,060	79,373,718	103,202,661	143,985,484	107,722,018	92,711,906
Laminados a quente/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	45,784,519	18,089,908	95,585,355	61,117,707	7,177,292	6,285,485	3,330,513
Laminados a frio/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	52,803,662	12,106,614	101,169,313	78,367,606	2,419,271	2,714,081	2,742,865
Aço Resistente à Corrosão	Jul-92	Fev-93	Jul-93	6,996,919	2,218,004	38,758,883	56,983,813	22,282,487	3,982,749	12,264,634
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	20,172,678	8,199,359	9,001,909	11,419,177	7,028,633	6,285,485	3,304,745
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	5,848,980	1,658,270	26,826	0,0	0,0	0,0	0,0
Ferro-Silício	Feb-93	Ago-93	Mar-94	33,503,914	25,554,133	15,760,280	42,423,309	21,329,536	12,194,735	7,274,862
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga I	May-93	Nov-93	Feb-94	13,630,828	12,397,253	36,859,677	328,517	61,156	77,357	0,0
Anidrido Ftálico	Nov-93	Dec-93	Dec-93	781,333	207,162	1,352,352	1,598,404	153,850	105,613	0
Silício Manganês	Dec-93	Jun-94	Dec-94	31,546,604	17,903,649	9,065,950	12,068,849	7,478,841	5,248,114	1,400,750
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	7,966,895	3,236,216	95,291	45,083	963,379	1,718,508	390,605
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	4,317,475	1,964,598	5,269,921	4,957,388	3,610,344	2,538,603	5,846,879
Borracha de Butadieno	Apr-98	Nov-98	Mar-99	7,443,110	1,013,681	943,221	744,416	1,364,483		
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99	119,501,996	10,094,102	43,721,828	843,210	188,068		
Certos Laminados a frio/ 1999	Jun-99	Set-99	Mar-00	87,288,663	22,205,760	61,157,848	4,873,992			
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02	60,230,734	44,378,229					
Certos Laminados a frio/ 2001	Oct-01	Mar-02	Nov-02	61,157,848	4,873,992					
Totais				728,786,862	302,366,639	567,055,971	469,958,722	234,252,168	181,958,160	163,551,788

(cont.)

Tabela Geral de Investigações em Sistema A										
Produto	Investigação			Importações em US\$						
	Início	Prelim.	Término	(...)	A + 6	A + 7	A + 8	A + 9	A + 10	A + 11
Silício Metálico	Sep-90	Mar-91	Jun-91		15,496,176	7,514,235	15,589,347	26,560,063	20,310,614	49,268,267
Rolamentos	Mar-91	Apr-91	Apr-91		16,247,229	22,637,884	26,142,238	31,241,663	29,479,874	35,461,370
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92		76,562	65,261	60,027	0,0	0,0	51,698
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93		0,0	0,0	0,0	111,361		
Barras e Lingotes de Aço Especial	Jul-92	Jan-93	Jul-93		87,469,700	83,459,501	24,046,494	22,189,115		
Laminados a quente/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93		2,150,304	933,805	1,212,863	803,461		
Laminados a frio/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93		2,482,635	963,229	1,316,702	672,244		
Aço Resistente à Corrosão	Jul-92	Fev-93	Jul-93		9,935,904	2,455,093	6,599,416	30,040,874		
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93		2,150,304	924,231	1,154,108	672,244		
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94		0,0	958,536	0,0	0,0		
Ferro-Silício	Feb-93	Ago-93	Mar-94		9,880,203	8,286,225	3,798,020	5,743,852		
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga I	May-93	Nov-93	Feb-94		0,0	0,0	0,0			
Anidrido Ftálico	Nov-93	Dec-93	Dec-93		31,620	844,896	653,794			
Silício Manganês	Dec-93	Jun-94	Dec-94		1,723,700	1,807,805	1,528,748			
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94		891,850	48,180	221,028			
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95		74,371	517,425				
Borracha de Butadieno	Apr-98	Nov-98	Mar-99							
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99							
Certos Laminados a frio/ 1999	Jun-99	Set-99	Mar-00							
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02							
Certos Laminados a frio/ 2001	Oct-01	Mar-02	Nov-02							
Totais					148,610,558	131,416,306	82,322,785	118,034,877	49,790,488	84,781,335

Tabela 3

Perdas Geradas por Investigações AD/ AS	
Perdas no ano da investigação = (A-1) - A	426,420,223
Perdas no ano da investigação do grupo afirmativas finais	-220,646,527
Perdas anuais do grupo afirmativas finais	1,781,273,720
Perda total no período 1991-2002	1,987,047,416
Perda anual média 1991-2002	165,587,285

Fonte: *Federal Register e Dataweb*

Tabela 4

Anidrido Ftálico: investigação de 22/10 a 10/11 de 1993			
Importações dos EUA em US\$			
	1992 (B-1)	1993 (B)	1994 (B+1)
Outubro	0	25,600	222,130
Novembro	110,983	0	28,000
Totais	110,983	25,600	250,130
Índices	100	23	225

Tabela 5

Rolamentos: investigação de 13/02 a 27/03 de 1991			
Importações dos EUA em US\$			
	1990 (B-1)	1991 (B)	1992 (B+1)
Fevereiro	2,601,924	2,381,809	2,470,972
Março	2,944,903	2,612,027	4,661,379
Totais	5,546,827	4,993,836	7,132,351
Índices	100	90	129

Tabela 6

Rolamentos e Anidrido Ftálico Bases Bimestrais			
Importações dos EUA em US\$			
	B-1	B	B+1
Rolamentos	5,546,827	4,993,836	7,132,351
Anidrido Ftálico	110,983	25,600	250,130
Totais Bimestrais	5,657,810	5,019,436	7,382,481
Índices	100	89	130

Tabela 7

Rolamentos e Anidrido Ftálico - Bases Anuais						
Investigações com Decisão Negativa na Fase Preliminar da ITC						
Produtos	Investigação			Importações dos EUA em US\$		
	Início	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2
Rolamentos	Mar-91	Apr-91	38,228,706	38,528,081	49,240,944	54,548,630
Anidrido Ftálico	Out-93	Dec-93	781,333	207,162	1,352,352	1,598,404
Totais			39,010,039	38,735,243	50,593,296	56,147,034
Índices			100	99	130	144

Fonte: *Federal Register e Dataweb.*

Tabela 8

Investigações com Decisão Negativa na Fase Final da ITC							
Produtos	Investigação			Importações em US\$			
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2
Barras e Lingotes de Aço Especial	Jul-92	Jan-93	Jun-93	59,660,627	48,699,060	79,373,718	103,202,661
Laminados a quente/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	45,784,519	18,089,908	95,585,355	61,117,707
Laminados a frio/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	52,803,662	12,106,614	101,169,313	78,367,606
Aço Resistente à Corrosão	Jul-92	Fev-93	Jul-93	6,996,919	2,218,004	38,758,883	56,983,813
Certos Laminados a frio/ 1999	Jun-99	Set-99	Mar-00	87,288,663	22,205,760	61,157,848	4,873,992
Certos Laminados a frio/ 2001	Oct-01	Mar-02	Nov-02	61,157,848	4,873,992		
Totais				313,692,238	108,193,338	376,045,117	304,545,779
Índices				100	34	120	97

Fonte: *Federal Register e Dataweb.*

Tabela 9

Investigações com Imposição de Direitos										
Produto	Investigação			Importações em US\$						
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2	A + 3	A + 4	A + 5
Silício Metálico	Sep-90	Mar-91	Jun-91	27,193,014	7,805,618	496,171	391,347	583,472	18,742,931	18,322,245
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	19,014,499	3,645,256	688,640	407,249	1,052,755	1,137,036	127,502
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	25,713,858	17,587,694	18,487,844	35,637,364	696,099	0	0
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	20,172,678	8,199,359	9,001,909	11,419,177	7,028,633	6,285,485	3,304,745
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	5,848,980	1,658,270	26,826	0	0	0	0
Ferro-Silício	Feb-93	Ago-93	Mar-94	33,503,914	25,554,133	15,760,280	42,423,309	21,329,536	12,194,735	7,274,862
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94	13,630,828	12,397,253	36,859,677	328,517	61,156	77,357	0
Silício Manganes	Dec-93	Jun-94	Dec-94	31,546,604	17,903,649	9,065,950	12,068,849	7,478,841	5,248,114	1,400,750
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	7,966,895	3,236,216	95,291	45,083	963,379	1,718,508	390,605
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	4,317,475	1,964,598	5,269,921	4,957,388	3,610,344	2,538,603	5,846,879
Borracha de Butadieno	Apr-98	Nov-98	Mar-99	7,443,110	1,013,681	943,221	744,416	1,364,483		
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99	119,501,996	10,094,102	43,721,828	843,210	188,068		
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02	60,230,734	44,378,229					
Totais				376,084,585	155,438,058	140,417,558	109,265,909	44,356,766	47,942,769	36,667,588
Índices				100	41	37	29	12	13	10

(cont.)

Investigações com Imposição de Direitos										
Produto	Investigação			Importações em US\$						
	Início	Prelim.	Término(...)	A + 6	A + 7	A + 8	A + 9	A + 10	Perdas	
Silício Metálico	Sep-90	Mar-91	Jun-91	15,496,176	7,514,235	15,589,347	26,560,063	20,310,614	167,310,935	
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	76,562	65,261	60,027	0	0	201,899,201	
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	0	0	0	111,361		184,618,218	
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	2,150,304	924,231	1,154,108	672,244		151,586,585	
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	0	958,536	0	0		55,846,168	
Ferro-Silício	Feb-93	Ago-93	Mar-94	9,880,203	8,286,225	3,798,020	5,743,852		182,793,985	
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94	0	0	0			72,953,492	
Silício Manganes	Dec-93	Jun-94	Dec-94	1,723,700	1,807,805	1,528,748			225,693,030	
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	891,850	48,180	221,028			64,091,915	
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	74,371	517,425				9,760,271	
Borracha de Butadieno	Apr-98	Nov-98	Mar-99						25,706,639	
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99						423,160,776	
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02						15,852,505	
Totais				30,293,166	20,121,898	22,351,278	33,087,520	20,310,614	1,781,273,720	
Índices				8	5	6	9	5		

Tabela 10

Perdas Geradas por Investigações com Imposição de Direitos AD/AS	
Perdas no ano da investigação – (A-1) - A	220,646,527
Perdas anuais	1,781,273,720
Perda anual média	161,933,975

Fonte: *Federal Register e Dataweb*

Tabela 11

Produtos	Investigações com Decisão Afirmativa - Grupo 1: Produtos com Direitos Aplicados por 7 anos ou mais											
	Investigação			Importações em US\$								
	Início	Prelim.	Término	A-1	A	A+1	A+2	A+3	A+4	A+5	A+6	A+7
Silício Metálico	Sep-00	Mar-01	Jun-01	27,395,044	7,309,628	466,178	391,347	983,472	18,702,991	18,322,349	15,466,136	7,514,235
Carvão e derivados	Out-01	Apr-02	Nov-02	39,014,400	3,645,296	688,640	402,340	1,052,795	1,132,066	127,932	26,962	65,263
Laminados de Aço ao Carbono	Mar-02	Nov-02	Jun-03	25,713,858	17,987,690	18,402,801	35,072,361	699,000	0,0	0,0	0,0	0,0
Capas Glazado de Aço	Jul-02	Fev-03	Jul-03	20,172,628	8,199,350	935,300	11,419,177	7,028,693	6,885,485	3,366,245	2,159,304	99,129
Fus-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-03	Ago-03	Jan-04	5,849,980	1,698,270	26,026	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	998,538
Ferro-Silício	Fev-03	Ago-03	Mar-04	33,503,914	25,594,111	15,301,280	42,423,439	23,329,589	12,194,735	7,214,962	9,880,201	8,286,225
Fus-Máquina de Aço Carbono e Aço Ligado	Mar-03	Nov-03	Fev-04	13,630,828	12,307,231	36,899,677	328,517	61,136	77,257	0,0	0,0	0,0
Silício Magnésio	Dez-03	Jun-04	Dez-04	31,546,604	17,933,649	928,990	12,088,849	7,428,811	5,248,114	3,401,791	1,721,220	1,807,808
Barras de Aço Inoxidável	Jan-04	Ago-04	Dez-04	7,969,895	3,256,235	95,291	-49,081	963,379	1,788,938	391,015	80,890	-49,081
Fibras sintéticas	Jul-04	Jan-05	Jun-05	4,337,475	1,964,588	5,289,921	4,993,388	3,633,341	2,578,035	5,946,879	71,771	512,425
Total				188,926,245	94,952,046	95,792,939	117,628,287	42,804,225	47,942,249	36,667,988	30,251,166	20,121,898
Índices				100	50	51	57	23	25	19	16	11

Tabela 12

Investigações com Decisão Afirmativa - Grupo 2: Produtos com Direitos Aplicados por 3 anos ou mais								
Produto	Investigação			Importações em US\$				
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2	A + 3
Borracha de Butadieno	Ago-98	Nov-98	Mar-99	7,443,110	1,013,681	943,221	744,416	1,364,483
Laminados a quente/ 1998	Out-98	Jul-99	Jul-99	119,501,996	10,094,102	43,721,828	843,210	188,068
Total				126,945,106	11,107,783	44,665,049	1,587,626	1,552,551
Índices				100	9	35	1	1

Tabela 13

Investigações com Decisão Afirmativa Grupo 3: Produto com Direitos Aplicados por 1 ano ou menos								
Produto	Investigação			Importações em US\$				
	Início	Prelim.	Término	A-1	A	A+1	A+2	A+3
Fus-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02	60,230,714	44,178,229	E*	E*	E*
Índices				100	74	55	28	7

Fonte: *Federal Register e Dataweb*

Tabela 14

Investigações com Decisão Afirmativa - Setor Siderúrgico										
Produto	Investigação			Importações em US\$						
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2	A + 3	A + 4	A + 5
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	19,014,499	3,645,256	688,640	407,249	1,052,755	1,137,036	127,502
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	25,713,858	17,587,694	18,487,844	35,637,364	696,099	0	0
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	20,172,678	8,199,359	9,001,909	11,419,177	7,028,633	6,285,485	3,304,745
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	5,848,980	1,668,270	26,826	0	0	0	0
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94	13,630,828	12,397,253	36,859,677	328,517	61,156	77,357	0
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	7,966,895	3,236,216	95,291	45,083	963,379	1,718,508	390,605
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	4,317,475	1,964,598	5,269,921	4,957,388	3,610,344	2,538,603	5,846,879
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99	119,501,996	10,094,102	43,721,828	843,210	6,099		
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02	60,230,734	21,306,128					
Totais				276,397,943	80,088,876	114,151,936	53,637,988	13,418,465	11,756,989	9,669,731
Índices				100	29	41	19	5	4	3
Prejuízo total por ano em US\$					196,309,067	102,015,273	162,529,221	202,748,744	84,908,224	486,995,482
Prejuízo no período em US\$		1,144,976,991								
Prejuízo médio anual US\$		114,497,699								

(cont.)

Investigações com Decisão Afirmativa - Setor Siderúrgico								
Produto	Investigação			Importações em US\$				
	Início	Prelim.	Término	(...)	A + 6	A + 7	A + 8	A + 9
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92		76,562	65,261	60,027	0
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93		0	0	0	111,361
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93		2,150,304	924,231	1,154,108	441,614
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94		0	958,536	0	0
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94		0	0	0	
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94		891,850	48,180	221,028	
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95		74,371	120,330		
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99					
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02					
Totais					3,193,087	2,116,538	1,435,163	552,975
Índices					1	0.7	0.5	0.2
Prejuízo total por ano em US\$					93,472,126	94,548,675	90,912,575	30,537,604
Prejuízo no período em US\$		1,144,976,991						
Prejuízo médio anual US\$		114,497,699						

Fonte: *Federal Register* e *Dataweb*

Análise Setorial: Setor Siderúrgico

Tabela 15

Investigações com Decisão Negativa na Fase Final da ITC - Setor Siderúrgico							
Produtos	Investigação			Valores Exportados em US\$			
	Início	Prelim.	Término	A - 1	A	A + 1	A + 2
Barras e Lingotes de Aço Especial	Jul-92	Jan-93	Jun-93	59,660,627	48,699,060	79,373,718	103,202,661
Laminados a quente/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	45,784,519	18,089,908	95,585,355	61,117,707
Laminados a frio/ 1992	Jul-92	Fev-93	Jul-93	52,803,662	12,106,614	101,169,313	78,367,606
Aço Resistente a Corrosão	Jul-92	Fev-93	Jul-93	6,996,919	2,218,004	38,758,883	56,983,813
Certos Laminados a frio/ 1999	Jun-99	Set-99	Mar-00	87,288,663	22,205,760	61,157,848	4,533,892
Certos Laminados a frio/ 2001	Oct-01	Mar-02	Nov-02	61,157,848	4,533,892		
Totais				313,692,238	107,853,238	376,045,117	304,205,679
Índices				100	34	120	97
Prejuízo no ano da investigação em US\$					205,839,000		

Tabela 16

Perdas para o Setor Siderúrgico	
Prejuízo total no ano da investigação	402,148,067
Prejuízo total no período	1,350,815,991
Prejuízo geral médio anual	135,081,599

Fonte: *Federal Register e Dataweb*

Análise Setorial: Setor Siderúrgico

Tabela 17

Investigações com Decisão Afirmativa - Setor Siderúrgico - Grupo 1: Produtos com Direitos Aplicados por 7 anos ou mais							
Produto	Investigação			Importações em US\$			
	Início	Prelim.	Término	A-1	A	A+1	A+2
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	19,014,499	3,645,256	688,640	407,249
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	25,713,858	17,587,694	18,487,844	35,637,364
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	20,172,678	8,199,359	9,001,909	11,419,177
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	5,848,980	1,658,270	26,826	0,0
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94	13,630,828	12,397,253	36,859,677	328,517
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	7,966,895	3,236,216	95,291	45,083
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	4,317,475	1,964,598	5,269,921	4,957,388
Totais				96,665,213	48,688,646	70,430,108	52,794,778
Índices				100	50	73	55

(cont.)

Investigações com Decisão Afirmativa - Setor Siderúrgico - Grupo 1: Produtos com Direitos Aplicados por 7 anos ou mais									
Produto	Investigação			Importações em US\$					
	Início	Prelim.	Término (...)	A+3	A+4	A+5	A+6	A+7	
Canos e tubos soldados	Oct-91	Abr-92	Nov-92	1,052,755	1,137,036	127,502	76,562	65,261	
Laminados de Aço ao Pb e ao Bi	May-92	Nov-92	Jan-93	696,099	0,0	0,0	0,0	0,0	
Chapas Grossas de Aço	Jul-92	Fev-93	Jul-93	7,028,633	6,285,485	3,304,745	2,150,304	924,231	
Fio-Máquina de Aço Inoxidável	Jan-93	Ago-93	Jan-94	0,0	0,0	0,0	0,0	958,536	
Fio-Máquina de Aço Carb. e Aço Liga	May-93	Nov-93	Feb-94	61,156	77,357	0,0	0,0	0,0	
Barras de Aço Inoxidável	Jan-94	Ago-94	Dec-94	963,379	1,718,508	390,605	891,850	48,180	
Tubos sem costura	Jul-94	Jan-95	Jun-95	3,610,344	2,538,603	5,846,879	74,371	517,425	
Totais				13,412,366	11,756,989	9,669,731	3,193,087	2,513,633	
Índices				14	12	10	3	3	

Tabela 18

Investigações com Decisão Afirmativa - Setor Siderúrgico – Grupo 2: Produtos com Direitos Aplicados por 3 anos ou mais								
Produto	Investigação			Importações em US\$				
	Início	Prelim.	Término	A-1	A	A+1	A+2	A+3
Laminados a quente/ 1998	Oct-98	Jul-99	Jul-99	119,501,996	10,094,102	43,721,828	843,210	188,068
Índices				100	8	37	1	0

Tabela 19

Investigação com Decisão Afirmativa – Setor Siderúrgico - Grupo 3: Produto com Direitos Aplicados por 1 ano ou menos								
Produto	Investigação			Importações em US\$				
	Início	Prelim.	Término	A-1	A	A+1	A+2	A+3
Fio-Máquina de Aço Especial	Set-01	Fev-02	Out-02	60,230,734	44,378,229	E *	E*	E*
Índices				100	74	55	28	7

Fonte: *Federal Register e Dataweb*

O MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO PARA O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E A COMPETIÇÃO NO MERCADO DE TELEFONIA FIXA DE LONGA DISTÂNCIA

Edgard Pereira

Eleni Lagroteria

Introdução

Os mecanismos de incentivo à competição em indústrias de rede reguladas vêm sendo objeto de controvérsia em países da Europa e no Brasil. Uma série de disputas envolvendo concorrentes em segmentos específicos destas indústrias tem trazido freqüentes questionamentos quanto à viabilidade de estruturas competitivas, particularmente no que se refere à participação da empresa detentora de rede capilarizada através das quais os serviços de telecomunicações são prestados.

O antagonismo mais freqüente ocorre entre os detentores de rede local de telecomunicações, de uma parte e, de outra, empresas prestadoras de serviços não integradas a uma rede local própria. Por força de regulamentação, em várias jurisdições, empresas não integradas têm o direito de adquirir acesso à rede de sua concorrente, o chamado segmento *bottleneck* da indústria, a fim de prestar serviços nos segmentos competitivos do setor. Estes conflitos têm se revelado freqüentes em países da Europa e surgem agora com intensidade no Brasil.

Nos Estados Unidos, a resolução de tais conflitos tomou a forma extrema de separação dos serviços de telecomunicações, em 1982, que impediu a participação das RBOC's (*regional Bell operating companies*) no mercado de telefonia fixa comutada de longa distância. Coube à antiga controladora das RBOC's, a AT&T o exercício de atividades de prestação de serviços apenas nos segmentos competitivos da indústria de telecomunicações.

Assim, em vista destas possibilidades, as autoridades disporiam, em princípio, de três desenhos regulatórios possíveis, (i) monopólio regulado de todos os serviços complementares prestados através das redes locais, conforme prestados no passado por empresas estatais, porém concedidos à

gestão privada regulada; (ii) competição na prestação de serviços complementares aos serviços de rede, incorporando ao quadro de concorrentes a detentora regulada da rede e; (iii) competição excluindo da prestação de serviços, a detentora da rede, com desregulação dos segmentos competitivos, conforme desenho regulatório das telecomunicações nos EUA.

A regulação do monopólio puro e simples, em todos os segmentos de mercado, torna-se tão mais complexa quanto maior o número de variáveis sob o controle do regulador, isto porque, inegavelmente, o regulador ao tomar decisões quanto ao modelo de regulação que melhor serve sociedade, o faz com base em informações incompletas. Considerando-se que a autoridade reguladora tem entre outras funções a de determinação de regras que aproximem os vetores de preços e quantidades do resultado de “equilíbrio competitivo” - globalmente limitados pela restrição orçamentária da firma regulada¹ - a regulação do monopólio em todos os segmentos de mercado talvez seja o meio mais intrincado e menos eficaz de buscar eficiência alocativa e bem estar social.

Se pelo menos em parte do setor a eficiência alocativa pode ser obtida por meio de forças de mercado, então o desenho regulatório com a introdução da concorrência nestes segmentos é preferível, visto que a competição, quando factível, exerce os incentivos corretos para tal, sobretudo em um sistema com informação descentralizada.

O real *trade off* entre modelos regulatórios alternativos acima referidos ocorre, portanto, entre as duas últimas possibilidades discriminadas. O principal dilema a ser solucionado é o de admitir ou não a participação de empresas detentoras de rede nos segmentos de mercado potencialmente competitivos. Este *trade off* parece estar longe de uma superação positiva na teoria econômica e mais ainda de um ponto de vista da prática da regulação, tendo em conta que ambos os modelos foram alternativamente escolhidos pelos países que decidiram pela reestruturação do setor de telecomunicações nas últimas décadas.

Quanto ao terceiro modelo de regulação acima, o problema de assimetria de informação foi de tal forma considerado pelas autoridades norte-

¹A determinação de preços iguais aos custos marginais da firma regulada, caracterizaria o equilíbrio denominado *first best* no sentido de que, nessa condição, a alocação de recursos é a mais eficiente possível. Todavia, tendo em vista as características e a própria definição de monopólios naturais, preços acima de custos marginais são condição necessária para garantir a solvência da empresa regulada.

americanas (no caso, após um processo de sete anos de duração no Department of Justice) que se decidiu, naquele país, pelo desmembramento das empresas de telecomunicações, com detentoras dos direitos de exploração de serviços de rede local operando de forma independente das operadoras de longa distância.

Entre os países que optaram por permitir a participação de firmas concessionárias dos direitos de exploração de uso de rede local nos mercados competitivos, certamente contemplou-se a possibilidade de que, ao proibirmos de ingressar nestes segmentos, estariam incorrendo no equívoco de exclusão *a priori* de um competidor potencialmente eficiente, senão potencialmente o mais eficiente nas atividades de telecomunicações, inclusive e justamente por estarem integrados às redes locais.

Inerentemente a estes modelos regulatórios, a preocupação está em não sacrificar a eficiência produtiva exercida por um único ofertante, em prol da eficiência alocativa, promovida pela competição. Trata-se evidentemente de um *trade-off*. Assim, há razões suficientes para acreditar que a atuação de concessionárias de serviços de rede local em segmentos competitivos como o de longa distância é socialmente desejável, mesmo que implique a operadora de rede esteja em condições predominantes de oferecer serviços a preços mais baixos, cabendo aos demais operadores o exercício da concorrência potencial.

Por hora, restringindo a nossa análise dos objetivos do regulador à procura de eficiência alocativa (o que não é fato, pois o regulador tem um conjunto bastante diversificado de metas sociais inclusive a universalização dos serviços) a proibição de entrada da operadora de rede local em mercados competitivos poderia então distanciar o regulador de um dos seus principais propósitos, ou de fato, o principal.

Cabe aqui antecipar a perspectiva que permeará toda a análise que segue. A competição incentivada por modelos regulatórios em segmentos específicos de mercado não constitui um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar a eficiência alocativa, ou algo tão próximo disto quanto possível, em harmonia com os demais objetivos sociais do regulador.

Sem entrar no mérito da subordinação das empresas reguladas à Lei Antitruste, vale lembrar que os objetivos da regulação e da defesa da concorrência se superpõem, isto é, a melhor alocação possível dos recursos sociais constitui grande interseção de propósitos de cada uma das agências – reguladora e de defesa da concorrência.

Os meios para alcançar e/ou proteger a eficiência alocativa é que

se diferenciam. Reconhecendo-se que parte do setor regulado é necessariamente um monopólio natural, pelo menos em um horizonte previsível de tempo, a existência de monopólios em setores potencialmente competitivos pode, em tese, ser efeito de ações anticoncorrenciais pela firma detentora do monopólio mas também pode resultar simplesmente do mérito da empresa vencedora na corrida concorrencial. Neste último caso, em um segmento potencialmente competitivo, a empresa dominante sempre sofrerá pelo menos as restrições impostas pela concorrência potencial, porquanto sujeita à perda de produtividade e, conseqüentemente, de participação de mercado, caso não sustente ao longo do tempo a postura de conquista de produtividade que lhe garantiu bons resultados por determinado período.

Do ponto de vista da defesa da concorrência, já é universalmente reconhecido que a empresa incitada a concorrer, e que, por meio da competição, alcança participações de mercado majoritárias, não deve ter suas práticas questionadas por isto. A competidora capaz de alcançar elevado *market share* mediante custos mais baixos ou produtos de melhor qualidade com efeito provê o resultado desejado pela sociedade. Penalidades atribuídas à conquista de mercado apenas desencorajariam o esforço competitivo das firmas.

Em setores regulados não há porque ser diferente. Os mercados onde a concorrência é viável - e não só permitida como incentivada pelo órgão regulador - estão sujeitos à mesma possibilidade, isto é, de que uma das empresas participantes do mercado predomine sobre as demais. Em adição, a empresa verticalmente integrada pode, de fato, contar com vantagens de custos. Lucros extraordinários podem ser atribuíveis ao rápido crescimento da demanda ou à maior eficiência relativa da empresa e não necessariamente ao poder de monopólio. Tais hipóteses têm de ser testada pelas autoridades que instruem e julgam o comportamento competitivo das operadoras locais de telecomunicações.

Este trabalho visa, ao cabo, investigar as possíveis razões pelas quais operadoras de rede em telefonia fixa comutada local lograram alcançar participação elevada relativamente à das concorrentes não integradas à rede local de telecomunicações no segmento de serviços de telefonia fixa comutada de longa distância, sobretudo intra-regional.

As queixas mais comuns entre operadoras de longa distância não integradas a uma rede local fixa contêm a alegação de que concessionárias de serviços de telefonia fixa comutada buscam a extensão do poder de mercado no segmento de serviços de rede local para os serviços de longa distância. A cada passo da análise é importante indagar se a inserção de um monopolista

de rede em segmento competitivo da indústria em questão não traz uma visão parcial de que a empresa detentora de direitos de exploração de monopólio natural, no caso serviços de rede capilarizada, é capaz de exercer poder de mercado, seja nos serviços de rede, seja nos segmentos competitivos da indústria, sem ferir os princípios do marco regulatório vigente.

Vale ainda indagar se a participação majoritária e até integral nos mercados competitivos por parte da detentora do *bottleneck* implica realmente extensão do poder de monopólio a segmentos adjacentes da indústria ou se merecidamente conquistou competitividade, sem com isto se safar da pressão permanente da concorrência potencial, conforme intenção explícita do regulador, inerente ao marco regulatório brasileiro para o setor de telecomunicações.

À parte uma série de incertezas originadas de um desenho institucional ainda em vias de definição entendemos que há quatro questões de cunho econômico-regulatório fundamentais serem discutidas, a saber:

1. As operadoras de rede local desacatam normas do modelo regulatório em vigor?
2. As operadoras de rede conquistam participação expressiva no mercado de serviços de telefonia de longa distância em decorrência de práticas que desrespeitaram o marco regulatório?
3. Se as concessionárias de serviço de rede local de fato cumpriram as normas determinadas pelo órgão regulador, teriam sido observadas pela Agência responsável, na estruturação do marco regulatório vigente, as pré-condições para a introdução de competição no mercado de serviços de telefonia de longa distância?
4. É possível que, contempladas as pré-condições para a introdução de concorrência no segmento de serviços de telefonia de longa distância no modelo regulatório em vigor, as empresas venham a obedecer à regulamentação para o setor e simultaneamente desacatar a Lei de Defesa da Concorrência?
5. Se as pré-condições para a introdução de competição no segmento de serviços de longa distância estão incorporadas ao marco regulatório e se as concessionárias agem de acordo com todas as normas da concessão definidas pela agência reguladora, então porque operadoras de longa distância não integradas à rede fixa local se frustram em alcançar participações mais elevadas no segmento de longa distância intra-regional?

Nenhuma destas questões aceita resposta imediata e possivelmente estas, entre outras, sejam superadas no âmbito da jurisprudência que começará a se firmar

A resposta ao primeiro dos quesitos listados depende exclusivamente da análise contábil dos resultados das operadoras de rede local. Trata-se de uma questão de prova sobre a qual pouca luz pode ser lançada no escopo desta análise econômica. Na hipótese de comprovada transgressão das normas vigentes, as medidas previstas em Lei devem ser tomadas pela Agência Reguladora sem maior aprofundamento da discussão.

Caso contrário, uma vez demonstrado, por via de auditoria, que a representada age de acordo com as normas e regulamentação do setor, o exame do fenômeno poderia prosseguir na seguinte linha de argumentação:

a. o modelo de regulação provê os incentivos necessários e suficientes ao estabelecimento de concorrência no mercado de telefonia fixa comutada de longa distância e, neste caso, as concessionárias adquiriram participação expressiva por competência no exercício da atividade.

b. o modelo de regulação não provê os incentivos necessários ou suficientes ao estabelecimento de concorrência no mercado de telefonia fixa comutada de longa distância, cabendo à autoridade de defesa da concorrência julgar (i) se o modelo regulatório deveria ser aferido de modo a incorporar novos mecanismos de incentivo à competição e aprimorar os existentes, ou se (ii) caberia à empresa regulada agir de forma a voluntariamente incentivar o ingresso de rivais nos segmentos potencialmente competitivos de mercado, caso contrário concluir-se-ia pelo desacato à Lei de Defesa da Concorrência.

Partiremos do fato de que as auditorias de rotina são corretas e adequadas e que as concessionárias respeitam os princípios da isonomia, debitando na própria conta de despesas das atividades de serviços de longa distância tarifa de acesso idêntica à cobrada de suas rivais - operadoras de longa distância.²

² O Plano Geral de Contas Padrão determina que as receitas oriundas da tarifa de uso de rede TU-RL, devam ser registradas segundo a origem, nas seguintes rubricas: TU-RL Mesma Empresa, TU-RL Empresas Associadas e TU-RL – Outras Empresas. Assim, os serviços de acesso à última milha contidos na prestação de serviços de telefonia fixa de longa distância pelas **concessionárias de telefonia fixa local** são contabilizados em separado, o que permite conferir a prática isonômica de cobrança de tarifas de uso de redes. para empresas pertencentes ao mesmo grupo das operadoras locais e para as concorrentes.

Apoiamo-nos também na premissa de que as operadoras locais não praticam subsídios cruzados entre serviços de telefonia fixa comutada local e de serviços de telefonia fixa comutada de longa distância. A análise econômica pouco pode contribuir nesta área, menos ainda se comprovado que as concessionárias auferem lucro razoável em ambas as atividades, tanto de serviços de rede local quanto em longa distância o que implica inexistência de subsídio cruzado.

Assim sendo os comentários a seguir analisam de forma breve alguns meios e os fins da regulação econômica de monopólios naturais, a fim de esclarecer em que medida as normas estabelecidas pelo marco regulatório vigente se harmonizam com os critérios de averiguação, consoante a Lei de Defesa da Concorrência, de conduta eventualmente anticompetitiva pela empresa regulada.

Em seguida são salientadas as principais características dos monopólios naturais de forma a chamar atenção para o fato de que certas atitudes reconhecidamente anticoncorrenciais em mercados competitivos, como a prática de subsídio cruzado, podem constituir ações que não apenas permitem a oferta de serviços públicos a custos mais baixos como são desejáveis do ponto de vista da eficiência alocativa. Tais condutas não estariam portanto sujeitas aos critérios da análise antitruste, em vista das especificidades dos monopólios naturais, mas estariam antes subordinadas ao crivo do marco regulatório estabelecido.

Item posterior disserta sobre os mecanismos de incentivo à concorrência em segmentos potencialmente competitivos da indústria regulada. Demonstra de maneira não exaustiva de que forma a literatura econômica aponta para as regras de determinação de tarifas de acesso como um dos principais elementos de incentivo à competição nos elos a jusante das indústrias de rede, no caso, a indústria de serviços de telecomunicações, cuja rede de acesso local pode vir a se constituir uma *essential facility* e, na prática, um monopólio natural. Neste âmbito verifica-se ainda que as regras de determinação de tarifas de acesso, como de resto qualquer tarifa regulada, visa ainda evitar a concorrência estabelecida pelo incentivo involuntário à entrada de firmas ineficientes.

Em seguida, discute-se o *trade-off* entre eficiências estáticas e dinâmicas presente na escolha de modelos regulatórios ótimos, e de como a concessão de lucros supra-normais à empresa regulada, embora abra mão de certa eficiência alocativa do ponto de vista estático, em troca da eficiência dinâmica, exercendo a função de provisão de incentivos à minimização de custos pela firma regulada.

Conclui-se então pela probabilidade não desprezível de que o marco regulatório estabelecido pela ANATEL seja consistente com as proposições da Teoria da Regulação Econômica e de incentivo à competição em mercados regulados.

Os Monopólios Naturais e o Objetivo da Regulação

Em uma definição bastante breve e informal, um monopólio natural existe quando os custos de produção do bem ou serviço são tais que o arranjo mais econômico da indústria é aquele que contém uma única firma ofertante. Em particular, a condição requerida para a existência de competição, isto é, pelo menos mais de uma firma operando no mesmo mercado, conflita com os próprios benefícios sociais da competição, qual seja, o da produção ao mais baixo custo social possível. Em suma, a eficiência produtiva, resultante de economias de escala e escopo obtidas por um monopolista colide com as condições de mercado para o alcance da eficiência alocativa.

Nestes casos a regulação exerce a função de assegurar resultados socialmente desejados já que, para alguns setores, a competição não está ao alcance da economia de mercado como um meio espontâneo de incentivo à alocação eficiente de recursos. Para evitar a ineficiência alocativa, caracterizada por um volume de produto inferior ao economicamente viável a um preço além do necessário à obtenção de lucros normais pela firma regulada, o regulador procura induzir a quantidade socialmente desejada de serviços por meio da determinação de tarifas ótimas, além do uso de outros possíveis esquemas de incentivo. Em suma, a fixação de tarifas pelo regulador resulta de um exercício de maximização do bem estar social sujeita à restrição orçamentária da firma regulada.

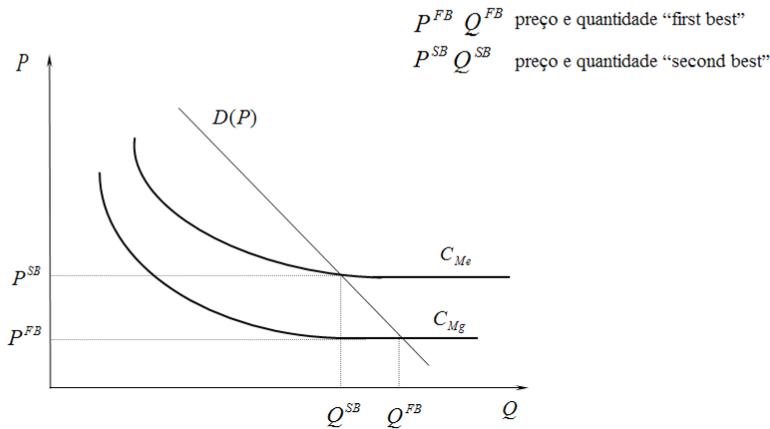
A restrição orçamentária do monopólio natural assume dimensão fundamental no tratamento do problema econômico de regulação. Com efeito, a condição denominada “*first best*” de eficiência alocativa, ou seja, o preço igual ao custo marginal de produção (ou custo de prestação de uma unidade a mais de serviço) não corresponde a uma opção exequível visto que, pela definição de monopólio natural, tal condição implica prejuízos à empresa regulada e, no limite, à ausência de agentes econômicos privados dispostos a prestar o serviço de utilidade pública.

Nos termos de Viscusi *et alii*,

“An industry is a natural monopoly if the production of a particular good or service by a single firm minimizes cost. The typical example is production of a single commodity where long run average cost (...) declines for all outputs.”

“Because long run average cost is declining, long run marginal cost (...) necessarily lies everywhere below it.”³

Preços “First Best” e “Second Best” em um Monopólio Uniproduto



O monopólio natural é então caracterizado por uma falha de mercado que afasta o sistema econômico do ótimo alocativo. Assim, a intervenção estatal é justificada pela necessidade de forças exógenas que aproximem os preços e quantidades da posição “*second best*” definida, para um monopólio uniproduto, pelo preço igual ao custo médio da prestação do serviço. Tal resultado rende lucros normais para a firma regulada e minimiza o peso morto da distorção alocativa, sendo que esta posição não pode ser naturalmente alcançada como resultado do comportamento racional dos agentes econômicos, mas exclusivamente mediante intervenção regulatória estatal.

Alega-se que o regulador não possui informação suficiente que lhe permita aferir com exatidão a tarifa ótima do ponto de vista social. Para solucionar este problema vêm sendo desenvolvidos, desde o início década

³ Viscusi, Vernon, Harrington (1992), p 337.

de 80 até os dias de hoje, modelos de otimização em mercados regulados que incorporam a hipótese assimetria de informações. De qualquer forma, praticamente todos os modelos contam com o recurso de regras de fixação de tarifas, em geral na forma de “preços teto”⁴, como um importante e certamente o principal instrumento de regulação.⁵

Esta explanação informal tem como fim evidenciar que a determinação de tarifas pelo regulador busca, na medida do permitido pela assimetria de informações, evitar que a firma regulada exerça poder de mercado ou poder de monopólio. Neste sentido, vale registrar a preponderância das normas regulatórias sobre as normas administrativas de defesa da concorrência em vista das complexas especificidades técnicas do setor regulado⁶ e da ausência⁷ de concorrência nas atividades econômicas caracterizadas pelo monopólio natural.

As denúncias em questão envolvem dois mercados contíguos, em que as atividades complementares de serviços de acesso à rede (incluindo de telefonia fixa comutada local) e de telefonia fixa de longa distância constituem, respectivamente, um monopólio natural e um segmento potencialmente competitivo da indústria de telecomunicações.

⁴ A determinação de um preço teto” normalmente envolve a permissão de reajuste da tarifa segundo a taxa de inflação menos um fator de produtividade, que impõe à firma regulada o compartilhamento de ganhos de eficiência com os consumidores.

⁵ O modelo básico de regulação de Laffont e Tirole conclui pela oferta, pelo regulador, de um menu de contratos de concessão alternativos à futura concessionária, de tal forma desenhados, que a empresa em vias assumir o direito de exploração do serviço público, ao escolher racionalmente o melhor contrato para si, revela os custos com que é capaz de operar (solução ótima para o problema de *hidden knowledge*) e será incentivada a exercer o esforço ótimo na conquista de produtividade (solução ótima para o problema de *hidden action*). Todavia, uma vez celebrado o contrato de concessão, a firma regulada e o regulador estão comprometidos com as regras de determinação de preço e volume de produção fixadas contratualmente. Tais modelos visam orientar a política de regulação *ex ante*, isto é, anteriormente à celebração do contrato com a firma regulada. Laffont J.J. e Tirole, J. **A Theory of Incentives in Procurement and Regulation**, Cap.2. The MIT Press, 1993.

⁶ Fala-se aqui de especificidades técnicas de natureza tecnológica e econômica determinadas pelos reflexos da tecnologia em uso sobre o comportamento da função de produção e função custo da firma regulada.

⁷ A concorrência pode ser artificialmente introduzida no segmento de monopólio natural por incentivo de subsídios cruzados.

A introdução da competição em determinados segmentos antes monopolizados pela incumbente⁸, está entre as funções do regulador, seja do ponto de vista da Teoria Econômica, com o desenvolvimento de modelos econômicos de regulação que são específicos ao incentivo à competição, seja do ponto de vista de competência jurídica.

A LGT, determina que:

“**Art. 2º** O Poder Público tem o dever de:

(...)

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

(...)

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

(...)

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.” (grifamos).

⁸ O termo “incumbente” pode gerar alguma confusão em vista do significado que ele encerra na literatura sobre regulação em telecomunicações. Nestes textos a empresa detentora da rede local de telecomunicações coincide com a que já operava no mercado antes dos demais ingressantes. No Brasil, por força do marco regulatório, as detentoras de rede foram proibidas de operar nos mercados de longa distância inter-regional e internacional, até que alcançassem determinadas metas. A rigor não seriam, portanto, incumbentes nestes mercados. Como utilizaremos ainda muito da literatura internacional sobre o tema, chamaremos de incumbente as empresas detentoras da concessão dos serviços de rede local.

É de se considerar, portanto, que a fixação de tarifas, adequadamente determinadas com vistas à introdução de concorrência em qualquer dos segmentos à jusante do mercado de serviços de telecomunicações, seja também de competência técnica, jurídica e administrativa do órgão regulador, como o seria, teoricamente, a determinação de tarifas que aproximem o sistema econômico dos preços e quantidades “*second best*” em um monopólio uniproduto.

Com efeito, o marco regulatório brasileiro contém um conjunto de regulamentos interdependentes de modo a assegurar a consistência do sistema como um todo em relação às metas gerais definidas para o setor. A tarefa de construção de um marco regulatório consistente cabe ao órgão regulador e a análise de cada aspecto específico do marco deve contemplar seu entrelaçamento com todos os demais elementos da indústria e do modelo global correspondente.

Assim sendo passaremos a uma revisão geral dos modelos teóricos mais tradicionais de regulação mediante determinação de tarifas ótimas de modo a compreender as inter-relações entre instrumentos de fixação de tarifas para atingir os objetivos do regulador, concluindo o incentivo à concorrência.

Compartilhamento de Custos Comuns e Determinação de Tarifas de Monopólio Multiproduto

Estima-se que os serviços prestados por operadoras de rede de telecomunicações podem chegar a mais de duas centenas de modalidades sendo que, para tanto, a mesma rede fixa comutada local é utilizada⁹. Assim sendo, a determinação de uma estrutura de tarifas ótima constitui empreitada sensivelmente mais complexa do que aquela teoricamente definida para o monopólio uniproduto.

De fato, não se verificam monopólios uniproduto no plano prático. Mesmo no mercado de energia elétrica, por exemplo, em que os serviços parecem assumir uma forma bastante homogênea, estes apresentam, na verdade, características diversificadas se prestados para a indústria ou para o consumidor residencial, ou ainda quando prestados em horários de baixo ou alto consumo. As tarifas para tais produtos assim diferenciados, são

⁹ Entre os serviços mais notórios estão o de telefonia fixa comutada local, telefonia fixa comutada de longa distância, transmissão de dados, provimento de acesso à Internet até os menos representativos, como serviços de informação de lista de assinantes, hora certa, previsão do tempo, despertador e assim por diante.

fixadas pelo regulador segundo parâmetros distintos, de acordo com as características da oferta e demanda em cada segmento de mercado e com alguma lógica que busque maximizar o excedente social.

A simples adaptação dos critérios de definição de mercado relevante aplicados à análise antitruste é tentativa vã no exame de eventos ocorridos em mercados regulados. Pelo lado da demanda, especificamente no segmento de distribuição dos serviços públicos em geral não há alternativas aos usuários, tanto que, a exemplo do setor de energia elétrica, a competição é geralmente incentivada nos segmentos de geração e comercialização, mas não no segmento de distribuição pulverizada.

Na área de telecomunicações a distribuição por meio de redes capilarizadas que interliguem milhares de terminais, também assume em grande parte dos casos a condição de monopólio natural a não ser para nichos específicos, onde a demanda é muito concentrada.

Sem estímulos econômicos suficientes para a entrada de participantes nos segmentos difusos do mercado, a definição de mercados relevantes pelo lado da oferta também carece de sentido. Por isso, as características específicas de oferta e demanda mercado, diferenciadas, por exemplo, entre horários de pico e fora de pico de tráfego de comunicação ou energia, para ficar nestes dois exemplos, são os elementos que delimitam os limites dos mercados analisados, embora os ativos utilizados para a prestação dos serviços nos dois horários sejam exatamente os mesmos. Isto é a flexibilidade é máxima para a operadora de rede mas inexistente para outras empresas da área de telecomunicações que não operem no segmento de monopólio natural.

O problema do compartilhamento dos custos entre serviços prestados por um monopólio multiproduto vem sendo há muito abordado pela literatura econômica e não apresenta um consenso sobre a melhor forma fazê-lo entre os vários serviços prestados através de rede, sendo que todas as propostas apresentam vantagens e deficiências. Há então uma variedade de possibilidades para fixação de uma estrutura de tarifas.

Uma das regras aplicáveis à determinação de uma estrutura de tarifas é a de taxação ótima, desenvolvida por Ramsey, em 1927, e adaptada, na década de 70, por Baumol e Bradford para os monopólios multiproduto, como um resultado *second best*.¹⁰

¹⁰ Apud Train, K.E. (1991), p. 116.

Conforme esclarecido por Train,

“When more than one good is sold, or a good is sold in more than one market, the second best outcome is not immediately obvious. (...) with more than one good, many different price combination result in zero profit. (...) There are an infinite number of possibilities. Of the various price combinations that provide zero profit, which is best from a social welfare perspective?”

“Of all price combinations for a multiproduct firm, Ramsey prices provide the greatest total surplus while allowing the firm to break even.”¹¹
(grifamos)

Dadas as funções demanda individuais de cada serviço, e a função custo, a regra de Ramsey resulta de um exercício de maximização do excedente do consumidor (no caso do excedente social determinado por um “consumidor representativo”) sujeita à restrição orçamentária da firma regulada.

A título de ilustração, para um monopólio que presta dois serviços distintos, pode-se visualizar o aspecto da maximização do excedente do consumidor representativo com os gráficos abaixo.

¹¹ Train, K.E. (1991) pp. 115-116

Onde:

- ✓ P_x e Q_x = preço e quantidade do serviço “x”;
- ✓ P_y e Q_y = preço e quantidade do serviço “y”;
- ✓ D_x e D_y = funções demanda pelos serviços “x” e “y”;
- ✓ C_xMg = custo marginal da prestação de serviço “x”;
- ✓ C_yMg = custo marginal da prestação do serviço “y”.
- ✓ P_x^{RM} e P_y^{RM} = Preços de Ramsey do serviço “x” e do serviço “y” que maximizam o excedente do consumidor, representados pela soma das áreas Figura e Figura ;
- ✓ EC_x = excedente social do consumo de “x” e
- ✓ EC_y = excedente social do consumo de “y”;
- ✓ Q_x^{RM} e Q_y^{RM} = quantidades de Ramsey (quantidades demandadas de “x” e “y” aos preços de Ramsey).

A regra de Ramsey, portanto, procura maximizar as áreas pontilhadas nos gráficos acima, sob a restrição de que a receita total deve se igualar aos custos totais do monopolista, incluindo os custos de oportunidade do investidor nas atividades consideradas, o que permite, no máximo, lucros normais para a empresa monopolista. Preços Ramsey são, então, preços *second best* em um monopólio multiproducto do ponto de vista do bem estar social.

Caso as demandas entre os dois produtos sejam independentes, isto é, os produtos não sejam substitutos nem complementares, a regra de Ramsey determina que os preços ótimos satisfazem a seguinte condição¹²:

$$\frac{(P_x - C_xMg)}{P_x} = \frac{\lambda}{\eta_x} \quad (1)$$

e

$$\frac{(P_y - C_yMg)}{P_y} = \frac{\lambda}{\eta_y} \quad (2)$$

¹² vários livros texto apresentam a demonstração da regra de Ramsey. As fórmulas apresentadas neste texto estão demonstradas in, Train (1991) Cap.4.

ou

$$\frac{(P_x - C_x Mg)}{P_x} \eta_x = \frac{(P_y - C_y Mg)}{P_y} \eta_y \quad (3)$$

Onde:

- ✓ η_x = valor absoluto da elasticidade da demanda pelo produto "x"
- ✓ η_y = valor absoluto da elasticidade da demanda pelo produto "y"; e
- ✓ λ = "custo sombra"¹³ da restrição orçamentária da firma.

Caso os serviços tenham uma relação de substitubilidade ou de complementaridade, então a condição acima descrita assume a seguinte forma:

$$\frac{(P_x - C_x Mg)}{P_x} = \frac{\lambda}{\eta_x - \eta_{yx}} \quad (4)$$

e

$$\frac{(P_y - C_y Mg)}{P_y} = \frac{\lambda}{\eta_y - \eta_{xy}} \quad (5)$$

ou

$$\frac{(P_x - C_x Mg)}{P_x} (\eta_x - \eta_{yx}) = \frac{(P_y - C_y Mg)}{P_y} (\eta_y - \eta_{xy}) \quad (6)$$

¹³ Preços acima do custo marginal de produção causam distorção alocativa. Todavia a prática de preços com *markup* é condição necessária à solvência da firma. Assim o parâmetro λ é o indicador da distorção alocativa causada pela necessidade de solvência da firma.

Onde:

- ✓ η_{yx} = elasticidade da demanda do bem “y” com respeito ao preço de “x”.
- ✓ η_{xy} = elasticidade da demanda pelo bem “x” com respeito ao preço de “y”.

Observe-se nas igualdades (1), (2), (4) e (5), acima, que o lado esquerdo das equações correspondem ao *índice de Lerner* para os bens “x” e “y”, isto é, ao *markup* (diferença entre preço e custo marginal), medido em termos percentuais, para cada um dos dois serviços. O *markup* determinado pela regra será inversamente proporcional à elasticidade da demanda pelo serviço, conforme indica o lado direito destas equações.

Ademais, de acordo com a regra de Ramsey, tais *markups* serão sempre positivos visto que o parâmetro λ é positivo e η é o valor absoluto (positivo por definição) da elasticidade da demanda pelo serviço em questão.

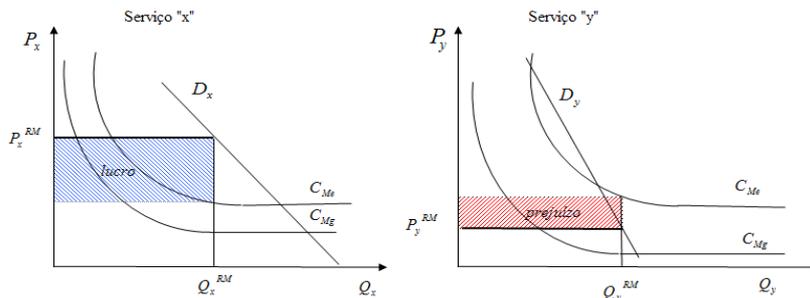
No entanto, a regra nada nos diz sobre a relação entre preço e custo médio da prestação de cada um dos serviços. Com efeito, a regra de Ramsey garante a solvência da firma no plano global, mas o preço ótimo de um dos serviços, por este critério, pode estar, e normalmente estará, acima do custo médio enquanto o preço ótimo do outro serviço repousará abaixo do seu custo médio.

Pela definição, subsídio cruzado ocorre quando o preço de um dos serviços é fixado acima dos custos médios de modo a gerar receitas adicionais, ou lucros extraordinários naquela atividade específica, para subsidiar a prestação de um outro serviço oferecido pela firma regulada com preços abaixo do custo médio. Os lucros extraordinários auferidos na primeira atividade contribuem para remunerar os custos médios de oferta do serviço subsidiado.¹⁴

A figura abaixo, ilustra a prática de subsídio cruzado entre atividades de uma firma monopolista.

¹⁴“Cross-subsidization occurs when the price of one product is set so as to generate additional revenues that are used to subsidize the sales of a second product offered by regulated firm (...) Revenue earned from the former is used to help cover the cost of supplying the latter.” Viscusi, Vernon, Harrington (1992) pp. 461-462.

Subsídios Cruzados em um Monopólio Multiproduto



Assim, a regra de Ramsey é não apenas compatível com subsídios cruzados como de fato pode simplesmente estabelecer o subsídio cruzado entre atividades da firma regulada como uma regra socialmente ótima.

O quadro ilustra um possível resultado da aplicação da regra de Ramsey em que ambos os preços foram fixados acima dos custos marginais, conforme as igualdades (1), (2), (4) e (5) indicam.

Conclui-se assim que o subsídio cruzado, ou a discriminação de preços entre produtos ou mercados, é praticamente inerente às atividades de monopólio se considerada uma regra de determinação de tarifas como a de Ramsey, que busca uma situação *second best*, com maximização do bem estar social, de um ponto de vista da análise de estática comparativa.

De modo análogo, observa-se discriminação de preços por parte do monopolista nos mercados não regulados. Esta ação é da natureza econômica dos monopólios. A diferença reside na função objetivo do regulador e do monopolista não regulado. Enquanto o primeiro visa maximizar bem estar social o segundo busca maximizar lucros.

Uma regra como a de Ramsey certamente está por trás das tarifas que a ANATEL definiu para os serviços de longa distância nas três áreas de concessão do plano Geral de Outorgas.

Observe-se que para uma TU-RL (Tarifa de uso de rede) constante, em torno de R\$ 0,05/minuto, as tarifas cobradas ao usuário final pelo serviço de longa distância são variáveis, de acordo com horário e a distância entre a origem e o destino da ligação.

Argumentou a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico - SEAE em parecer público¹⁵ que a tarifa final em algumas situações era inferior ao valor de 2 vezes a TU-RL (tarifa de acesso cobrada na origem e no destino da chamada de longa distância) igual à aproximadamente R\$ 0,10. Note-se que os R\$ 0,10 por minuto de ligação são componentes do custo médio de prestação do serviço de longa distância, tanto para a operadora local quanto para as concorrentes na longa distância se a operadora local cobra de todas, inclusive de si mesma, esta taxa pelo acesso à rede. Os limites superiores destas tarifas, para a Área II de concessão, são discriminadas na tabela abaixo.

Tarifas Telefônicas – Serviço de Longa Distância Intra Regional Região II de Concessão					
Valores em R\$ por minuto, sem impostos					
Horário de Tarifa					
Degrau	Distância Geodésica	Diferenciada	Normal	Reduzida	Super-Reduzida
D1	Até 50 km	0,16701	0,08350	0,04174	0,02085
D2	De 50 a 100 km	0,24505	0,13918	0,06957	0,03477
D3	De 100 a 300 km	0,28382	0,18377	0,10438	0,05217
D4	Acima de 300	0,37571	0,24505	0,13918	0,06957

Fonte: Anatel, *apud* Parecer técnico da Seae.

Para uma explanação clara do argumento, entenda-se cada um dos elementos da matriz acima, isto é, cada combinação de *distância geodésica x horário de tarifa* como um serviço diferenciado dos demais elementos da matriz.

Evidentemente alguns pares *distância geodésica x horário de tarifa* não são lucrativos, visto que as tarifas máximas permitidas estão abaixo do custo unitário de acesso à rede local (insumo necessário à prestação do serviço de longa distância), em torno de R\$ 0,10.

Depreender-se-ia desta estrutura de tarifas que existe subsídio cruzado entre os vários serviços de telefonia de longa distância no Brasil

¹⁵ Parecer Técnico nº 188/COGSE/SEAE/MF, de 17 de Setembro de 2003, encontrado no site da Internet www.fazenda.gov.br/seae.

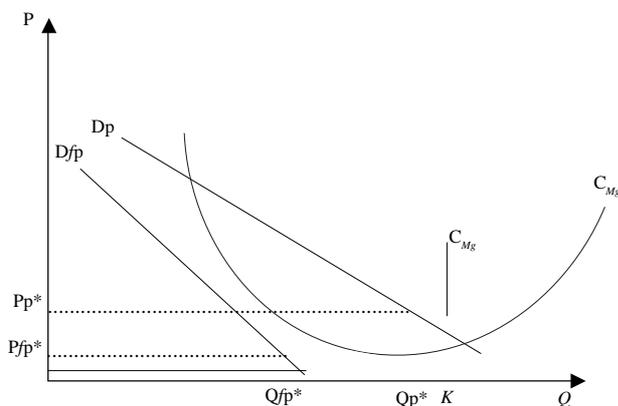
não apenas permitido, como praticamente sugerido pela agência reguladora. A ANATEL permite subsídios cruzados entre serviços de mesma modalidade o que pode ser inferido diretamente do que foi estipulado na LGT¹⁶, quanto indiretamente, pela estrutura de tarifas máximas regulamentada.

As tarifas, se fixadas acima dos custos marginais de prestação de cada um dos serviços de longa distância, contribuiriam em maior ou menor proporção para remuneração dos elevados custos fixos suportados pela operadora de rede.

É certo que nos horários fora de pico da demanda (horários de tarifa reduzida), o custo marginal, isto é, o custo de ofertar uma unidade a mais de serviço (sensível ao volume tráfego), está próximo de “zero”, enquanto o custo fixo (insensível ao tráfego) é homogeneamente distribuído entre ligações em todos os horários - de grande e de pequeno tráfego.

O diagrama abaixo, ilustra esta dimensão dos subsídios cruzados entre serviços de uma mesma modalidade.

Tarifa de Pico de Demanda e Fora de Pico de Demanda Subsídio Cruzado entre Serviços de Mesma Modalidade



¹⁶ O artigo 103º §2º da Lei Geral de Telecomunicações determina proibição de subsídio cruzado entre modalidades apenas.

Onde:

- ✓ Dp = demanda de pico;
- ✓ Dfp = demanda fora de pico;
- ✓ Pp^* = tarifa de pico;
- ✓ Pfp^* = tarifa fora de pico;
- ✓ Qp^* = tráfego de pico;
- ✓ Qfp^* = tráfego fora de pico;
- ✓ K = capacidade máxima de tráfego.

Tarifas mais baixas, nos horários de baixa demanda, estimulam maior uso da rede durante o período de tráfego livre; reduzem a capacidade necessária para atender os períodos de pico de uso da rede e; contribuem quase que integralmente para recuperação de custos fixos da rede.

Atente-se para o fato de que nos horários em que a tarifa é “lucrativa” a demanda é expressivamente maior e, intuitivamente, menos elástica. Assim as tarifas máximas, tal como determinadas pela ANATEL, sugerem ser em alguma medida inversamente proporcionais à elasticidade da demanda, conforme determinam as fórmulas de Ramsey. Os horários de tarifa diferenciada contribuem com parcela relativamente maior da receita de serviços de longa distância. Há, portanto, subjacente à estrutura de tarifas fixada pela ANATEL, uma lógica do tipo preços de Ramsey, no sentido de maximizar o bem estar social e simultaneamente assegurar a viabilidade econômica da atividade de serviços de longa distância.

Este subsídio cruzado não está, entretanto, entre as queixas das operadoras de longa distância não integradas a redes fixas locais. Com efeito, o interesse dessas certamente não repousa em participar mais intensamente dos segmentos de tarifa reduzida de longa distância, subsidiados pelas receitas obtidas nos horários de maior demanda. Assim sendo, não é reivindicação das operadoras de longa distância não integradas a uma rede local, a fixação de tarifas máximas mais altas para os serviços de longa distância fora do horário de pico (horário com tarifa subsidiada) para que possam participar lucrativamente deste segmento.

Note-se inclusive que, as tarifas de prestação de serviços de longa distância são determinadas pela concorrência, para as quais se oferecem descontos sobre o limite superior quando se adota o modelo de regulação por incentivos, isto é, modelo com tarifas máximas permitidas (*price-caps*).

O interesse maior das operadoras de longa distância não integradas reside, evidentemente, nos segmentos cujas tarifas máximas são superiores

ao custo de acesso à rede local, e neste segmento vence o competidor mais eficiente na prestação de serviços de longa distância.

Assim, vê-se que os subsídios cruzados têm sentidos distintos se analisado do ponto de vista da defesa da concorrência ou do ponto de vista da regulação de um monopólio natural. Conclui-se desta forma que o que poderia ser inaceitável em matéria antitruste, pode ser corriqueiro em modelos de regulação.

Mecanismos de Incentivo à Competição nas Indústrias de Rede

O critério de Ramsey para determinação de tarifas, embora ótimo de um ponto de vista da análise estática, quando praticado entre modalidades de serviços pode produzir ineficiências dinâmicas. Uma estrutura de preços eventualmente distorcida incentiva a entrada de firmas ineficientes nas modalidades de serviços geradoras de lucro supranormal.

De acordo com Viscusi *et alii*

“There is room for wasteful entry under partial deregulation even though the monopolist is earning normal profit and it is a natural monopoly. Recall that partial deregulation allows entry but continues price regulation for the regulated firm. Note that entry will not take place into market Y [mercado subsidiado] because it is unprofitable. This practice of entering only the more profitable is known as cream skimming. Entrants are taking the ‘cream’ from the established firm and leaving the ‘milk’, that is, the less profitable markets”.¹⁷ (inseriram-se esclarecimentos entre colchetes).

Note-se que os autores se referem à possibilidade de ingresso de firmas não reguladas no segmento constitutivo do monopólio natural.

No caso em análise, o monopólio natural seria, supostamente, de acordo com as operadoras de longa distância, o segmento de operação de rede local. Se a operação local de rede subsidiasse de forma permanente os serviços de telefonia de longa distância, por meio dos lucros supranormais

¹⁷ Viscusi, Vernon, Harrington (1992) pp.463-464.

obtidos na primeira atividade, o regulador poderia estar incentivando o ingresso ineficiente de empresas no mercado de serviços de rede local mediante estrutura de tarifas distorcida.¹⁸

No parecer citado, a SEAE reconhece que entre as funções do regulador, está precisamente a de evitar tal incentivo:

“Como é conhecido pela literatura econômica e aceito pelos reguladores de outros países, a replicação das redes locais é inviável. Embora tecnicamente possível, a existência de várias redes paralelas seria ineficiente do ponto de vista econômico, devido às economias de escala envolvidas na construção de redes. Estudos sobre tais economias de escala apontam, inclusive que órgãos reguladores devem criar desincentivos econômicos (na forma de impostos, taxas e restrições regulatórias) à construção de novas redes, com o objetivo de evitar o que é conhecido na literatura econômica como *inefficient entry*.”¹⁹

O inverso também é verdadeiro. Se as operadoras locais dependessem de lucros extraordinários nos segmentos competitivos (no caso, o segmento de serviços de longa distância) para subsidiar os pesados custos da operação de rede local, além do incentivo à entrada de empresas ineficientes nos mercados competitivos, a solvência da firma regulada estaria comprometida pelas dificuldades em cobrir os custos de rede, especialmente se os rivais estivessem em condições de praticar preços mais competitivos do que a operadora local.

Antes de qualquer alusão aos mecanismos de incentivo à competição propostos na literatura econômica, vale lembrar que cabe ao regulador promover a alocação ótima de recursos. É portanto de sua competência o desincentivo à entrada de firmas ineficientes, prioritariamente nos segmentos caracterizados como monopólio natural, mas também nos segmentos potencialmente competitivos, posto que a competição não possui valor em si mesma, mas sim como meio de alocação eficiente de recursos.

¹⁸ Esta é na verdade uma possibilidade. Não necessariamente tarifas acima dos custos médios estimulam o ingresso ineficiente. Isto ocorrerá desde que as tarifas praticadas no mercado compensem os custos fixos em que incorrerão as empresas entrantes. De qualquer forma, sempre haverá nichos em que o ingresso é facilitado pelo lucro extraordinário sinalizando oportunidades lucrativas de entrada.

¹⁹ Parecer Técnico nº 188/COGSE/SEAE/MF.

O subsídio cruzado exercido de forma permanente, por exemplo, através de um critério do tipo da regra de Ramsey pode distanciar o sistema da eficiência produtiva no longo prazo. Conforme mencionado por Laffont e Tirole,

“Reinterpreting demand as residual demand given competitive offers, one immediately infers that Ramsey-Boiteux prices must also reflect competitive pressure on the firm’s various segments. For instance, it is inefficient to tack a substantial markup over marginal cost on the price of wholesale or retail service if this induces customers to purchase from a less efficient competitor or a product less adapted to their needs. Concretely, Ramsey-Boiteux prices reflect the possibility of bypass and cream skimming, which make the (residual) demand for the operator’s services more elastic.”²⁰ (grifamos)

Em síntese, o subsídio cruzado entre modalidades não interessa à autoridade reguladora com vistas aos objetivos sociais da regulação, como não interessa à firma regulada, a não ser de uma perspectiva míope. No longo prazo, os efeitos prejudiciais do subsídio se consubstanciam na perda de eficiência produtiva em um ambiente onde a eficiência alocativa já não é meta de fácil alcance. A firma regulada, de outra parte, pode enfrentar concorrência no segmento com elevado *markup*, sendo que, neste caso, a competição comprometeria a solvência da incumbente, segundo nomenclatura da literatura econômica internacional, ou da operadora de rede no caso particular brasileiro.

É assim reconhecido que tarifas de interconexão muito distorcidas para baixo estimulam as operadoras locais à prática defensiva de restrições extrapreço, ou seja, práticas excludentes contra as rivais nos segmentos competitivos por meio de boicotes – isto é, basicamente via restrições que dificultam o acesso físico das concorrentes à rede local.²¹

Mas esta também não é queixa comum operadoras não integradas de longa distância. No Brasil, pouco se questiona a respeito do livre acesso físico à rede das operadoras de rede local. Com efeito, as denúncias mais comuns se referem a mecanismos econômicos de impedimento de acesso,

²⁰ Laffont e Tirole (2000), p. 104.

²¹ Uma discussão de práticas excludentes extra-preço é encontrada em Vogelsang (2000). Entre tais práticas pode-se citar a má qualidade da interconexão fornecida pela operadora local ou a demora em desta em completar a interconexão.

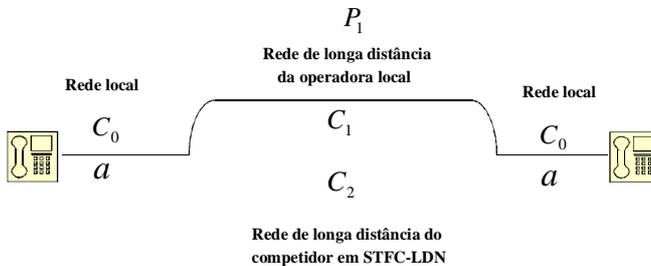
argumentando-se que as taxas de acesso cobradas são elevadas demais, servindo para subsidiar os serviços de longa distância da operadora local.

Em suma, uma estrutura distorcida de tarifas cria também distorções graves no sistema que não favorecem a sociedade nem a operadora de rede. Vê-se também que a determinação de uma estrutura ótima de tarifas deve se encontrar dentro de determinados parâmetros de modo que, em cada segmento, estejam presentes as firmas mais eficientes pressionadas pela concorrência efetiva e/ou potencial. Com isto, incentiva-se a eficiência alocativa, sem prejuízo da eficiência produtiva.

A literatura econômica é relativamente ampla sobre este tema. Um *survey*, elaborado por Ingo Vogelsang cita dezenas de artigos sobre a matéria e elenca várias diferentes regras de determinação de tarifa de acesso, não necessariamente excludentes entre si.²²

Discutiremos nesta seção a regra conhecida como *Efficient Component-Pricing Rule (ECPR)*, sendo esta compatível com várias outras regras de compartilhamento de custos, na outra face da moeda, pela determinação de tarifas entre serviços complementares.

Observe-se a figura abaixo.



Onde:

- p_1 = Preço do serviço de longa distância da operadora local;
- p_2 = Preço do serviço de longa distância da concorrente;
- c_0 = Custo marginal do uso da rede local;
- c_1 = Custo marginal do uso de rede de longa distância da operadora local;
- c_2 = Custo marginal do uso de rede de longa distância da concorrente;
- a = Tarifa de acesso à rede.

²² Vogelsang (2000).

Em linhas gerais, a ECPR - proposta pela primeira vez por Robert Willig (1979) - e também conhecida como “princípio da paridade da determinação do preço” ou como regra “Baumol-Willig”, estabelece que a tarifa de acesso à rede local menos o custo marginal do acesso não exceda o custo de oportunidade da operadora local de participar do segmento competitivo (longa distância).

Esta condição pode ser traduzida em termos matemáticos pela seguinte inequação:

$$2a - 2c_0 \leq p_1 - (2c_0 + c_1) \quad (7)$$

O lado esquerdo da inequação nos dá o *markup*, em termos monetários, auferido pela operadora local no serviço de acesso à rede de telefonia fixa. O lado direito exprime o *markup* obtido no serviço de longa distância prestado pela operadora local.

Segundo os proponentes da regra, caso tal condição não seja satisfeita, a operadora local não terá incentivo para participar do segmento de longa distância, pois a tarifa de acesso local vendido à operadora concorrente nos serviços de longa distância lhe auferirá maior receita por unidade de serviço vendida.

A lógica da regra é simples e afirma que caso a operadora local obtenha um *markup* superior na prestação de serviços de acesso ao *markup* obtido no segmento competitivo de mercado, não terá interesse em participar do segmento competitivo.

Assim, embora possa parecer paradoxal a princípio, não há lógica na idéia de que operadoras de longa distância não integradas sejam prejudicadas por uma tarifa de acesso excessivamente alta. A pergunta que se coloca é: se o lucro da operadora integrada é alto nos serviços de telefonia fixa comutada local e de acesso à rede, por que ela disporia deste lucro para subsidiar uma atividade que lhe rende prejuízos?

Atente-se para o fato de que tal conduta não corresponderia à prática de preços predatórios tendo em vista que a rede de longa distância das entrantes já está instalada e que, por Lei, a operadora de telefonia fixa é obrigada a conceder acesso físico à rede local para as concorrentes²³, estabelecendo para isso um

²³ LGT, Art. 152º. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço.

preço teto de acesso. Ou seja, não há barreiras que impeçam a atuação da operadora de longa distância nos serviços de telefonia local. Não se verifica o requisito básico para a configuração de uma situação típica de prática de preços predatórios, qual seja, a possibilidade de elevação de preços após a expulsão das concorrentes, sem risco de trazer a concorrência de volta ao mercado.

Com acesso garantido por Lei, sempre se configurará a possibilidade de entrada lucrativa se os preços da incumbente se elevar. Assim, para que tivesse lógica o argumento do prejuízo às operadoras não integradas, a operadora local teria que operar permanentemente com prejuízo para manter as rivais fora do mercado. A prática de preços predatórios, como se sabe, corresponde a incorrer em um prejuízo no curto prazo com vistas ao lucro de monopólio futuro, depois de definitivamente excluídas as rivais. Todavia, se não há garantias de que os preços abaixo dos custos por período limitado de tempo permitam expulsar as rivais definitivamente do mercado de telefonia de longa distância, que sentido teria este prejuízo permanente auto-imposto?

Portanto, de um ponto de vista lógico, a prática não envolveria preço predatório, sobretudo porque a operadora de longa distância já detém ativo específico para a prestação de serviços de telefonia de longa distância e não sofre nenhum tipo de impedimento físico, ao que se sabe, ou institucional para participar deste segmento das telecomunicações. A prática de subsídio cruzado permanente também se mostra irracional, posto que a operadora integrada não teria interesse em se manter indefinidamente no segmento em que se sujeita ao prejuízo para excluir concorrentes.

A **ECPR** possui ainda a propriedade de manter no mercado competitivo as empresas eficientes. Laffont e Tirole descrevem esta propriedade (primeiramente observada por Baumol e Willig) da seguinte forma.

Rearranjando-se os termos da inequação (7):

$$a \leq \frac{p_1 - c_1}{2} \quad (8)$$

Assim decorre da **ECPR** que a tarifa de acesso seja menor ou igual ao *markup*, em valor monetário, obtido pela atividade de prestação de serviço de longa distância da operadora local, desagregado do serviço de operação local de rede.

Esta é a condição que incentiva a operadora local a participar do mercado de serviço de longa distância.

De outra parte, se a tarifa de acesso à rede local fixada pelo regulador é muito baixa e - com mais razão ainda se gerar prejuízo - a concessionária dos serviços de rede usará dos recursos que estiverem ao seu alcance para compensar nos demais segmentos de mercado as perdas obtidas no segmento de serviços de acesso, inclusive em detrimento de suas rivais nestes segmentos.

Em particular,

“Baumol, Willig, and others have repeatedly stressed that the proper yardstick for defining access price is that of perfectly contestable market and that, when supplying an intermediate good to another firm, a supplier must be permitted to price the intermediate good at a level sufficient to compensate it for the sacrifice in profit due to the supply to the other firm.”²⁴

Disto decorre que a seguinte condição também precisa ser satisfeita:

$$a \geq \frac{p_1 - c_1}{2} \quad (9)$$

Evidentemente, para que as condições (8) e (9) sejam satisfeitas, a tarifa de acesso à rede local deve ser determinada pela equação:

$$a = \frac{p_1 - c_1}{2} \quad (10)$$

Para demonstrar que a **ECPR** impediria entradas ineficientes observem-se as seguintes condições para a entrada:

- ✓ A concorrente da operadora local tem de praticar um preço maior ou igual aos seus custos, isto é, a entrada tem de ser lucrativa.
- ✓ Para conseguir ingressar no mercado, a concorrente tem de praticar um preço de serviço de longa distância menor ou igual ao praticado pela operadora local.

A segunda condição decorre do fato de que os serviços de ligações telefônicas de longa distância são bastante homogêneos. Sabidamente, em

²⁴ Laffont e Tirole (2000), p.120.

mercados onde os produtos são homogêneos a concorrência se baseia preponderantemente em preços.

É fato que, para alguns usuários destes serviços, particularmente os usuários esporádicos, há um custo de transação envolvido na pesquisa de qual operadora de longa distância está praticando os maiores descontos entre a origem e o destino da ligação no horário em que o usuário pretende realizar o interurbano. Os preços assumem grande relevância, todavia, para os chamados *heavy users*, aos quais as operadoras de longa distância oferecem planos especiais como instrumento de competição. Observa-se na mídia que o esforço de propaganda concentra-se basicamente na informação sobre os preços praticados pelas empresas prestadoras dos serviços de longa distância.

A condição de participação lucrativa da rival da concessionária local no segmento competitivo assume a seguinte forma.

$$p_1 \geq p_2 \geq 2a + c_2 \quad (11)$$

Ou seja, a rival tem de competir com preço " p_2 " menor ou igual ao da operadora local " p_1 " e maior que seus próprios custos " $2a + c_2$ ".

Utilizando a igualdade (10) e fazendo-se as devidas substituições chega-se ao seguinte resultado.

$$p_1 \geq p_2 \geq (p_1 - c_1) + c_2 \quad (12)$$

\Rightarrow

$$p_1 \geq p_2 \geq p_1 - (c_1 - c_2) \quad (13)$$

Onde a expressão $(c_1 - c_2)$ indica o diferencial de eficiência (custos) entre a da operadora local e a da concorrente nos serviços de telefonia de longa distância.

As propriedades da regra proposta por Baumol e Willig podem ser assim verificadas:

Caso A: A operadora local é mais eficiente. Isto é, $c_1 < c_2$

$$p_2 \geq p_1 - (c_1 - c_2) \quad (13')$$

Onde: $(c_1 - c_2) < 0$

Portanto: $p_2 \geq p_1$ (14)

Se a concorrente potencial opera a longa distância com custos superiores aos custos da operadora local, e preços acima dos próprios custos, então ela não consegue participar lucrativamente do mercado em questão, caso prevaleça uma regra do tipo **ECPR** estabelecida pelo regulador.

Por este modelo simplificado as duas operadoras participarão do mercado se praticarem o mesmo preço.

Caso B: A concorrente da operadora local é na longa distância é mais eficiente.

Ou seja,

(13')

Onde:

Portanto: $p_1 > p_2 \geq p_1 - (c_1 - c_2)$ (15)

Se a concorrente da operadora local é mais eficiente, ela consegue participar do mercado com preço igual ou inferior ao da concessionária local, mas ainda assim, superior aos seus custos marginais, permitindo um *markup* positivo. Ademais, a concorrência potencial introduz um limite superior para os preços praticados pela concorrente da operadora local nos serviços de longa distância ao consumidor final.

O inverso, obviamente, também é verdadeiro. Se a concessionária de STFC local opera com custos inferiores na longa distância, a concorrente potencial exerce disciplina sobre o comportamento da operadora local, ao estabelecer um limite superior de preços, eventualmente inferior ao teto estabelecido pelo regulador.

O objetivo por traz de uma regra do tipo **ECPR** está justamente na restrição à participação de firmas ineficientes nos mercados potencialmente competitivos. De fato, sob as hipóteses heróicas de serviços absolutamente

homogêneos e disponibilidade irrestrita de informação aos usuários sobre os preços praticados, a empresa que oferecer os melhores descontos seria capaz de captar toda a demanda²⁵.

Adicionalmente, a regra funciona como um introdutor de contestabilidade no mercado potencialmente competitivo. Observe-se que tal regra contribui para impor limites ao poder de mercado das empresas, papel este atribuído ao regulador do mercado.

É evidente que condições ideais como as mencionadas de perfeita homogeneidade dos serviços e acesso irrestrito do usuário à informação sobre preços não são observadas na prática. Além disto, cada participante de mercado pode ser mais eficiente em determinadas regiões ou nichos específicos de mercado oferecendo maiores descontos que a concorrência no processo competitivo em casos particulares.

De qualquer forma, cumpre registrar que o modelo acima é por demais simplificado para descrever fenômenos, inclusive participações de mercado não nulas para todos os participantes, sendo que, de acordo com este modelo simplificado, a firma mais eficiente teria 100% do mercado e seria disciplinada simplesmente pela concorrência potencial, sem concorrência efetiva, contudo.

Todavia, a **ECPR**, de acordo com esta explanação simplificada, salienta aspectos da competição em serviços de telecomunicações que podem estar por traz do fenômeno em consideração, a saber, o de baixas participações das operadoras de longa distância não integradas no mercado de serviços de telefonia fixa de longa distância intra-regional.

Das lições de Baumol e Willig, explanadas através deste modelo simplificado, pode-se chegar a algumas conclusões.

Primeiro, para o caso específico em análise, tarifas de acesso muito baixas em vez de beneficiarem as rivais da operadora local podem incentivar comportamento discriminatório (defensivo) da concessionária contra as concorrentes nos segmentos competitivos de mercado.

Segundo, regras do tipo **ECPR** para determinação de tarifas de acesso têm o sentido de impedir a participação de empresas ineficiente nos mercados competitivos, inclusive podendo levar a uma situação de equilíbrio

²⁵ De fato, pode-se aproximar a competição no mercado de serviços de telefonia fixa de longa distância a um modelo da Teoria dos Jogos como o modelo de Bertrand.

com um único participante de mercado, enquanto este for expressivamente mais eficiente que os concorrentes potenciais.

Por fim, a concorrência potencial estimulada pelo modelo regulatório estabelece, de forma indireta, um limite máximo de preços no mercado competitivo e, portanto, disciplina o comportamento dos participantes efetivos, restringindo as possibilidades de exercício de poder de mercado pela operadora local.

A Regulação por Incentivos e o Modelo de Regulação Brasileiro

A regulação por incentivos parece ser mais bem compreendida se definida à luz do seu oposto, o chamado modelo de regulação por taxa de retorno. Uma definição, por exemplo a apresentada por Train, é a que segue.

“Under rate-of-return regulation, the regulated firm is allowed to earn a ‘fair’ return on its investments in capital, but is not allowed to make profits in excess of this fair rate of return. The firm can freely choose its levels of inputs, its output level, and its price as long as the chosen levels do not result in profits in excess of the fair return.”²⁶

Este critério contempla a remuneração “razoável” do capital, como forma de incentivar investimentos nas atividades de monopólio natural, e simultaneamente assegurar lucros normais para a firma regulada.

De fato, tal vem sendo a reivindicação das operadoras não integradas. De acordo com elas, as operadoras locais praticariam preços muito acima dos custos de operação de rede local de telecomunicações (entendemos aqui os custos de operação como custos variáveis e fixos, incluindo os custos de remuneração do capital investido). Implicitamente há a proposição de alguma regulação por taxa de retorno.

A literatura econômica, entretanto, apresenta hoje reconhecido efeito distorcivo da pura regulação por taxa de retorno sobre o capital. Tal efeito é convencionalmente chamado de *Averch-Johnson Effect (A-J Effect)*, descrito pelos autores Averch, H. e Johnson, L. no texto “*Behavior of the*

²⁶ Train, K. (1991), p.33.

Firm Under Regulatory Constraint”, publicado pela *American Economic Review*, Dezembro de 1962.²⁷

Viscusi resume em breves linhas o significado intuitivo do chamado *A-J Effect*.

“Their work (dos citados autores Averche e Johnson) led to a large outpouring of both theoretical and empirical research. Using what some today regard as very strong assumptions about how regulation constrains the firm, Averch and Johnson found that firms would choose too much capital relative to other inputs. As a result, the output would be produced at an inefficiently high cost. The key idea is that because allowed profit varies directly with the rate base (capital), the firm will tend to substitute too much capital for other inputs.”²⁸

Com efeito, a regulação por taxa de retorno não apenas cria uma distorção no sentido de incentivar excessivo investimento em capital em relação ao ótimo alocativo, como desincentiva a empresa regulada a reduzir custos de maneira geral.²⁹

Com o objetivo de incentivar alocação eficiente de recursos e redução contínua de custos é que se utiliza normalmente a chamada regulação por limite de preço ou *price cap regulation*.

“Price cap regulation typically specifies a rate at which the prices that regulated firm charges for its services must decline, on average, after adjusting for inflation. (...) By severing the link between authorized price and realized costs – a link that is a defining feature of rate-of-return regulation – price cap regulation can provide the regulated firm with stronger incentives to reduce

²⁷ *Apud Viscusi*, Vernon e Harrington (1992). **Cap. 12, p.371.**

²⁸ **Para uma formulação matemática do A-J Effect, veja-se Viscusi e outros (1992), p. 371.**

²⁹ Há, todavia, uma possível crítica a ser feita ao *A-J Effect* por sua visão restritiva quanto ao modelo de funcionamento de mercados. Com efeito, tendo em vista que muitas inovações tecnológicas motivam a substituição de insumos (matérias-primas e trabalho) por capital, a regulação por taxa de retorno incentivar, neste sentido, o desenvolvimento e uso de novas tecnologias. De qualquer forma, há outros meios pelos quais incentivar a introdução e uso de novas tecnologias, inclusive a própria regulação por limite superior de preço.

production costs and improve its operating efficiency than does rate-of-return regulation.”³⁰

A regulação por limite superior de preço, portanto, não padece dos vieses eventualmente causados pela pura regulação por taxa de retorno, posto que esta não incentivaria adequadamente, ou mesmo desincentivaria, a utilização eficiente de recursos.

Observe-se que em termos do grau do incentivo proporcionado por um e outro modelo de regulação a diferença é evidente. No modelo por limite superior de preços, a empresa não apenas tem o incentivo a reduzir custos com vistas a manter-se solvente no período subsequente ao de aplicação de um fator de produtividade sobre a tarifa atual (no caso o fator “k” discriminado à página 36 acima, conforme determinado por contrato de concessão). A redução de custos durante o período de vigência de determinado *price cap*, pode, sim, conferir à firma regulada lucros supranormais, sem ferir os princípios fundamentais do modelo de regulação adotado. Daí porque a firma regulada dispõe do direito de praticar a tarifa máxima permitida, do ponto de vista do modelo econômico de regulação, independentemente das regras de concorrência nos elos a jusante da cadeia de serviços. Os *price caps* visam o incentivo aos ganhos de eficiência no segmento de monopólios e não o estímulo a concorrência nos segmentos potencialmente competitivos da indústria.

Por isso o modelo de *price caps* é desta forma definido por Laffont e Tirole³¹:

“Price-cap (PC) regulation does not make explicit use of accounting data. The regulator fixes ceiling prices for either all products or a basket of products (average or weighted price), and the firm is free to choose its prices at or below the ceilings. An indexation clause adjusts these ceilings over the regulatory period.” (grifamos)³²

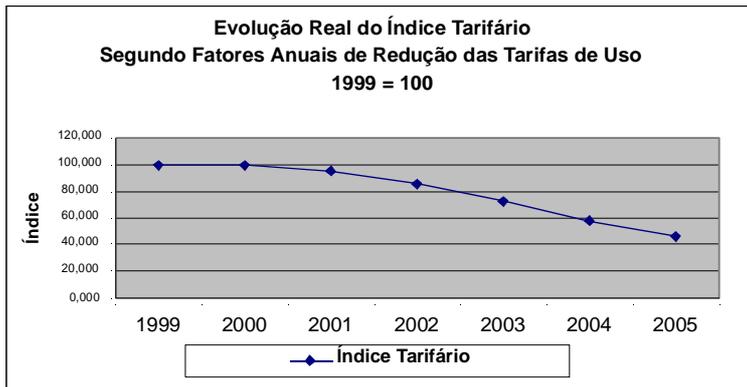
³⁰ Bernstein and Sappington (1998).

³¹ Laffont e Tirole (1993), p17.

³² Evidentemente, caberia neste âmbito também uma análise de natureza jurídica sobre a prerrogativa da firma regulada de exercer os direitos estabelecidos na Lei específica do marco regulatório implementado. Todavia, tratando-se de análise econômica, a discussão circunscreve-se à consistência do modelo de regulação do ponto de vista econômico.

Com efeito, o modelo de regulação por incentivos deriva da necessidade de se resolver um *trade-off* entre eficiência estática e dinâmica. O regulador abre mão da eficiência alocativa estática, permitindo à firma regulada lucros supracompetitivos por prazos limitados, com vistas ao incentivo à eficiência dinâmica. Isto é, visando o esforço do monopolista em reduzir custos ao longo do tempo. Mesmo de um ponto de vista da análise estática, o modelo de regulação por incentivos apresenta vantagens ao não incentivar investimentos excessivos em capital, conforme mostraram Averch e Johnson para o modelo de regulação por taxa de retorno.

A título de ilustração, a transferência de ganhos de produtividade impostos às concessionárias de telefonia fixa local no Brasil, de acordo com o que foi determinado nos contratos de concessão, no período de 5 anos, chega a quase 60% do valor da tarifa de acesso em 2000.



Fonte: Cláusula 11.2 dos Contratos de Concessão. Elaboração **Edap**.

Desde 2001, a tarifa de acesso à rede local, agora em 2004, já sofreu redução de mais de 40% em termos reais.³³

Ainda que no início da vigência do marco regulatório as operadoras locais contassem com limites superiores de preço muito acima de seus custos médios, a evolução dos *caps* estabelece forte redução de tarifas em período relativamente curto de tempo. É difícil supor que tal redução de tarifas não imponha às operadoras locais considerável esforço de ganho de produtividade.

³³ Com efeito, o reajuste das tarifas de acordo com a inflação pode não ter sido perfeito levando a redução real inferior ou superior aos 40% reais mencionados.

Este é um aspecto importante a se levar em conta quando da análise da eficiência do marco regulatório em vigor.

De acordo com o modelo definido pela ANATEL, os fatores “k” de transferência dos ganhos de produtividade ao usuário dos serviços de uso de rede, foram pré-determinados por ocasião da concessão. Isto é, não vêm sendo fixados a cada período de revisão tarifária conforme ocorre, por exemplo, com os serviços de distribuição de energia elétrica no Brasil.

No modelo de revisão tarifária de energia elétrica uma série de variáveis são incorporadas ao cálculo do fator de produtividade a cada período de revisão das tarifas, levando-se em conta o comportamento pretérito e esperado para a produtividade dos grandes grupos de insumos utilizados, isto é mão-de-obra, matéria-prima e capital. Os modelos de determinação do chamado fator “x” (no caso das telecomunicações, chamado de fator “k” de produtividade) embora extremamente complexos, procuram ajustar a evolução das tarifas ao contexto econômico do período de vigência das tarifas permitidas.

Como o fator “k” de produtividade para determinação da tarifas de acesso desconsidera as mudanças no ambiente econômico e a evolução passada e esperada da tecnologia, as concessionárias enfrentam ainda o risco de não terem ao seu alcance recursos suficientes para atingir a produtividade incorporada nos fatores “k” pré-determinados. De certo modo, pode-se entender a decisão da ANATEL como meramente pragmática, embora com forte poder de incentivo, na medida em que implicitamente reconhece a ausência de informações completas sobre evolução de custos e demanda, passados e futuros, para uma determinação elaborada e pormenorizada do fator “k” de produtividade.

Assim sendo, lucros supranormais auferidos pelas concessionárias de monopólios naturais são compatíveis com os objetivos da regulação. Já é bastante difundida a teoria que propõe provisão de incentivos com vistas à garantia de eficiências dinâmicas e ainda mais como elemento mitigador das distorções causadas pela inevitável assimetria de informações.

Conclusão

Retornando ao ponto central da análise, conclui-se que o simples fato de que as operadoras de rede venham obtendo lucro na atividade de telefonia fixa e outros usos de rede não implica imediatamente que façam uso disto para prejudicar as concorrentes no mercado a jusante, ou seja, no mercado de telefonia fixa de longa distância, contra rivais não integradas a uma rede local.

O marco regulatório implementado pela ANATEL dá sinais de que atende a uma lógica consistente, sob vários aspectos. Parece estimular a competição sem favorecer empresas ineficientes ou que vêm operando no período com custos elevados em relação aos das operadoras locais de rede; se não incentiva a concorrência efetiva, no mínimo cria condições para a concorrência potencial permanente nos segmentos virtualmente competitivos; pode favorecer e premiar as empresas eficientes bem como incentivar os ganhos de produtividade ao longo do tempo, tanto nos segmentos de monopólio natural, a montante, como nos segmentos competitivos, a jusante.

O sucesso do atual marco pode ser vislumbrado inclusive pela participação bem sucedida da principal operadora de longa distância não integrada e em vários segmentos outros de mercado que não o de longa distância intra-regional e inter-regional. Tendo em vista a especialidade dessa empresa em nichos específicos da indústria de telecomunicações, como o de comunicação de dados e de voz nos segmentos corporativos de mercado, dão indicações de uma possível segmentação pretendida pelo modelo de regulação.

De uma perspectiva mais ampla, vale a discussão sobre o papel da Agência Reguladora na defesa da concorrência e de como se inserem os órgãos antitruste no modelo regulatório.

Conforme o texto acima aponta, a elaboração de um marco regulatório é tarefa de extrema complexidade que exige toda uma teoria da regulação e conhecimento técnico dedicado ao setor regulado. Os conceitos e critérios da análise antitruste não se aplicam diretamente a problemas de regulação e muitas vezes podem mais confundir do que esclarecer disputas contenciosas.

No modelo regulatório definido, uma série de direitos e deveres das empresas concessionárias dos serviços de utilidade pública assim como do Poder Concedente, por meio de suas agências, são definidos com precisão mediante contratos e devem ser respeitados, como garantia aos direitos de propriedade. Mais necessária ainda, é a observação da Lei específica que consolida o marco regulatório e garante a obtenção dos resultados pretendidos pelo regulador, impedindo que a transposição de conceitos inadequadamente aplicados, importados de legislação alheia, possa gerar prejuízos sociais irrecuperáveis.

Referências Bibliográficas

Bernstein, J.I. and Sappington, D.E.M. (1998) - “*Setting the X Factor in Price Cap Regulation Plans*”. **NBER Working Paper Series**, Working Paper 6622, National Bureau of Economic Research, June, 1998.

Laffont J.J. e Tirole, J. (1993) - **A Theory of Incentives in Procurement and Regulation**, The MIT Press, 1993.

Laffont J.J. e Tirole, J. (2000) – **Competition in Telecommunications**, The MIT Press, 2000.

Train, K.E. (1991) – **Optimal Regulation - The Economic Theory of Natural Monopoly**, The MIT Press, 1991.

Viscusi, W.K.; Vernon, J.M. e Harrington, J.E. (1992) – **Economics of Regulation and Antitrust**. The MIT Press, third edition, 2000.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	V. N.
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
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) anda the brazilian perspective	11-2
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
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
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
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
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	Contradiciones 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
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
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
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
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
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
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
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
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionalidade 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, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
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	Denuciaçãoção de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
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	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
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
Guimarães, Eduardo Augusto	Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	11-2
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
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
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e Ccooperação 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
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
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	Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais	11-1
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
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
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4

Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
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
Mazzucato, 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
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
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
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, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
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, 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
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
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
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar 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
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
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
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Souza, Michelle Lúcia Siva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
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, Arnoldo	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 Kolinós 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 Caraíba	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 Holding inc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	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
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpapel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	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. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	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	Maccain Foods e Pratigel	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 Compac e Innova	7-1
29/95	Carafba	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 investimetno s/a; Brasmatal 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 Sieesp	3-11

40/92	Refrío 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 Officio 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 Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio 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 Exitó	6-2
08000.001504/95-48	M P dde 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	Copias 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 Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

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 Ferencz 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 Uruguaí 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 avançados 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 1999 (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 Policy - 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

TRANSCRIÇÕES 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
Wordkshop 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

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br