

REVISTA DO

IBRAC

11 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 11 número 2
2004

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo

Volume 11 número 2 - 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

THE FREE TRADE AREA OF THE AMERICAS (FTAA) AND THE BRAZILIAN PERSPECTIVE	
<i>Rodney Almeida Alves</i>	11
“O DIREITO DA CONCORRÊNCIA”	
<i>Vicente Bagnoli</i>	33
AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO?	
<i>Pedro Dutra</i>	57
ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO E BARREIRAS À LIVRE CONCORRÊNCIA	
<i>Eduardo Molan Gaban</i>	83
CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO	
<i>Eduardo Augusto Guimarães</i>	107
OS ESCOPOS SOCIAIS DO DIREITO ANTITRUSTE	
<i>Carlos Jacques Vieira Gomes</i>	129
REGULATION 2004 - BRAZIL	
<i>Ubiratan Mattos, Maria Cecília Andrade and Caroline Sanselme Vieira</i>	149
CRITÉRIOS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS AO CADE	
<i>Amadeu Carvalhaes Ribeiro</i>	163
A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA	
<i>Michelle Lúcia Silva de Souza, Homero Francisco Tavares Junior</i>	183
A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	
<i>Marco Antônio Ribeiro Tura</i>	195

ÍNDICE

THE FREE TRADE AREA OF THE AMERICAS (FTAA) AND THE BRAZILIAN PERSPECTIVE

<i>Rodney Almeida Alves</i>	11
I - Introduction	11
II - History	13
III - General Issues between US and Brazil	17
IV - Brazilian Economic Scenario	24
V - Conclusion	29

“O DIREITO DA CONCORRÊNCIA”

<i>Vicente Bagnoli</i>	33
I - Introdução	33
II – União Européia e ALCA: Propostas Distintas	33
III – O Direito da Concorrência no Continente Americano	40
IV – A Política da Concorrência na ALCA	43
V - Conclusão: Uma Alternativa para Instigar o Debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA	48
VI - Referências Bibliográficas	53

AGÊNCIAS REGULADORAS - REFORMA OU EXTINÇÃO?

<i>Pedro Dutra</i>	57
--------------------------	----

ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO E BARREIRAS À LIVRE CONCORRÊNCIA

<i>Eduardo Molan Gaban</i>	83
1. Introdução	83
2. Assimetria de Informação	84
3. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo”	88
4. A teoria da seleção adversa	90
5. Sinalização / equilíbrio artificial de informação	93
6. Efeitos na concorrência	96
7. Conclusão	104
8. Bibliografia	105

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

<i>Eduardo Augusto Guimarães</i>	107
Concorrência nos serviços de transporte interurbano	108
A natureza da regulação no setor de transporte rodoviário	116
Resumo e conclusões	127

OS ESCOPOS SOCIAIS DO DIREITO ANTITRUSTE

<i>Carlos Jacques Vieira Gomes</i>	129
Introdução	129
1. O valor social do trabalho e a tutela do pleno emprego	131
2. A proteção dos níveis socioeconômicos das comunidades regionais	141
3. O controle da livre iniciativa econômica exercida em mercados socialmente relevantes	142
Conclusão	144
Bibliografia	146

REGULATION 2004 - BRAZIL

<i>Ubiratan Mattos, Maria Cecília Andrade and Caroline Sanselme Vieira</i>	149
Legislation and jurisdiction	149
Investigation	152
International cooperation	153
Adjudication	154
Sanctions	155
Sentencing	157
Leniency/immunity programmes	157
Defending a case	161
Getting the fine down	161
Update and trends	162

CRITÉRIOS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS AO CADE

<i>Amadeu Carvalhaes Ribeiro</i>	163
1. Introdução	163
2. O artigo 54 da lei concorrencial	163

3. O artigo 2º da lei concorrencial	168
4. Aplicações práticas	170
5. Conclusão e sugestões de aperfeiçoamento	179
A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA	
<i>Michelle Lúcia Silva de Souza, Homero Francisco Tavares Junior</i>	
1. Histórico	183
2. Conceituação do instituto	185
3. Classificação	186
4. Evolução do instituto	189
5. Importância da utilização da cláusula da nação mais favorecida	189
6. Globalização x Regionalismo: relação com a cláusula da nação mais favorecida	191
Bibliografia	193
A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	
<i>Marco Antônio Ribeiro Tura</i>	
	195

DOCTRINA

THE FREE TRADE AREA OF THE AMERICAS (FTAA) AND THE BRAZILIAN PERSPECTIVE

Rodney Almeida Alves

International Trade 2003

Prof. Richard Steinberg

School of Law

UCLA – University of California at Los Angeles

December 2003

I - Introduction

The First Summit of the Americas held in December 1994 in Miami was successful to establish a very first standpoint. In such meeting, the presidents of the 34 democratic countries of the Americas¹ agreed to start the promotion and establishment of a free trade area which would comprise the entire continent and favor the progressive elimination of trade and investment barriers in the region, the Free Trade Area of the Americas (FTAA). The FTAA's purpose is the achievement of a greater well-being and progress for all citizens of the Americas, as part of an integral vision of the political, economic and social future of the continent.²

The Ministers responsible for trade on behalf of each country set out the structure of the negotiations and divided the work in nine groups³ to identify and examine existing trade-related measures in each area, with a view to identifying possible approaches to negotiations. They also agreed upon general principles and objectives to guide these negotiations, as follows:

¹ See FTAA's official website (www.ftaa-alca.org) to the complete list of the 34 countries.

² Declaration of Miami – Summit of the Americas, December 1994.

³ Market access; investment; services; government procurement; dispute settlement; agriculture; intellectual property rights; subsidies, antidumping and countervailing duties; and competition policy.

- Preservation and strengthening of the democratic community of the Americas;
- Promotion of well-being through economic integration and free trade;
- Eradication of poverty and discrimination in the hemisphere; and
- Guarantee of sustainable development and preservation of the environment for future generations.

The presidents of the countries agreed that the FTAA Agreement will be balanced, comprehensive, WTO⁴-consistent, and will constitute a single undertaking. They also agreed that the FTAA would be established by the year 2005 at the latest.

The Free Trade Agreement of the Americas (FTAA) defines the future of free-trade in the Western Hemisphere. This free trade agreement is a dedication to eradicate restrictions on trade, investment and the flow of capital from the northern peak of Alaska to the southern tip of South America at Tierra del Fuego.⁵

However, as the last Ministerial Trade Meeting at Miami (November 2003) demonstrated, there are still a lot of differences to successfully cross the upcoming 2005 negotiations into a final and effective free-trade agreement for all the countries involved. Among other things, on the Brazilian requests standpoint there are the US agriculture subsidies and antidumping measures, while on the US side there are investments, intellectual property and government procurement issues.

How to balance those differences is the key issue for the success of the FTAA. This paper takes a look at the main Brazilian concerns, areas of concern that it needs to adjust and consider, and its perspective to the success of the negotiations.

The first part of this note will briefly remind the history of the meetings and main development of the negotiations. A brief look at the discussions of last meetings could orient the correct understanding of the

⁴ World Trade Organization

⁵ M. Kay Yorty, *The Free Trade Area of the Americas*, 1998 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Policy* 56, 56 (1998).

scenario. The second part of the note will address some general issues between US and Brazil regarding the FTAA. In this section, the note will delineate some Brazilian and US concerns on the FTAA negotiations and future, and comment some issues that have been leading Brazil to a conservative approach to the negotiations.

The third part will take a look at the Brazilian domestic economic situation and how it could negatively affect the discussions and negotiations. The fourth part of this note will examine Brazilian political current scenario and its government position in relation to the FTAA. A look at the Brazilian internal situation might help to understand how to reconcile the differences between US and Brazil. As the meetings have been showing, it is crucial for the negotiators to understand the reasons behind Brazilian concerns. Finally, the last part of this note will try to comment the main concerns and address some suggestions for the future.

II - History

In order to better understand the current scenario of the negotiations, it is important to briefly mention the FTAA related meetings since its very beginning.

A. First Summit of the Americas – December 1994

The FTAA process began in December 1994 during the First Summit of the Americas, when the leaders of the 34 countries of the Western Hemisphere gathered in Miami decided to “start constituting the FTAA immediately, whereby barriers to trade and investment would be gradually eliminated”⁶. FTAA was one of the summit’s twenty-three initiatives.

B. First Ministerial Trade Meeting – June 1995

The first Ministerial Trade Meeting after the Miami Summit was held in Denver in June 1995. Working groups were set up in the areas of Market Access, Customs Procedures and Origin Regulations, Investments;

⁶ See supra note 2.

Technical Norms and Barriers to Trade, Sanitary and Phytosanitary Measures, Subsidies, Anti-dumping and Countervailing Duties. The Working Group for Smaller Economies was also set up.

C. Second Ministerial Trade Meeting – March 1996

During the Second Ministerial Meeting held in Cartagena, Colombia, the Ministers proceeded with the preparatory work. They ratified their commitment to completing the process by 2005 and making progress by the end of the century⁷. Four Working Groups were set up in the areas of Public Sector, Purchases, Intellectual Property Rights, Services, and Competition Policy. Ministers ratified their commitment to actively creating opportunities to facilitate the integration of small economies and increase their level of development. All Working Groups were called upon to assume this commitment, as well as to consider specific suggestions from the Working Groups of smaller economies.

D. Third Ministerial Trade Meeting – May 1997

In the Third Ministerial Trade Meeting held in Belo Horizonte, Brazil, a Preparatory Committee formed of the 34 Vice-ministers in charge Trade was created. This Committee aimed at “strengthening efforts to seek consensus and make recommendations on pending issues, which will be subject to decisions made in the meeting to be held in San José”⁸. It also considered the way of changing Working Groups into Negotiating Groups. The twelfth Working Group was created for the Settlement of Differences.

Ministers pointed out the need to create a Provisional Administrative Secretariat to support FTAA negotiations. To that effect, the Tripartite Committee (OAS, IADB and ECLAC)⁹ was asked for a feasibility study. The Ministerial Meeting of Belo Horizonte also agreed to create a website to publish all public documents of the FTAA process. The official FTAA

⁷ Second Ministerial Meeting Joint Declaration, Cartagena, March 21, 1996.

⁸ Third Ministerial Meeting Joint Declaration, Belo Horizonte, May 16, 1997.

⁹ Respectively Organization of American States, Inter-American Development Bank and United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean.

Website, managed by the Tripartite Committee, provides a clear view of the process and makes FTAA information available to the public in general.¹⁰

E. Fourth Ministerial Trade Meeting – March 1998

The last meeting of the preparatory phase was held in San José, Costa Rica in March 1998. In this meeting the Ministers recommended launching negotiations during the Second Summit of the Americas, held in Santiago, Chile in May 1998. They ratified the FTAA's commitment to considering the economic and social agenda, agreed upon in the Miami Summit. The commitment to achieving specific progress by the year 2000 was ratified and nine Negotiating Groups¹¹ were formed and a Provisional Administrative Secretariat, whose headquarters will rotate among three countries, was created.

Twelve principles and six general objectives agreed upon in the Ministerial Declaration of San José. The Ministers also agreed on the initial structure of negotiations based on FTAA principles.

The Ministers defined that negotiations would take place in the Provisional Administrative Secretariat, whose headquarters will rotate among three countries. During the first phase of negotiations the meetings will be held in Miami. The Secretariat will be moved to Panama in the spring of 2001 and negotiations will be completed in the city of Mexico.

F. Second Summit of the Americas – April 1998

Negotiations for the establishment of a Free Trade Area of the Americas were launched in the Second Summit of the Americas, held in Chile on April 19, 1998. "Today, we request our Ministers of Trade to start negotiations for the FTAA, pursuant to the Ministerial Declaration of San José of March 1998. We ratify our decision to complete FTAA negotiations by the year 2005 at the latest, and make major progress by the end of century. The agreement will be balanced, comprehensive, congruent with the WTO, and will constitute a single undertaking".¹²

¹⁰ See supra note 1

¹¹ See supra note 3

¹² Declaration of Santiago – Second Summit of the Americas, April 1998.

G. Fifth Ministerial Trade Meeting – November 1999

The Fifth Ministerial Trade Meeting was held in Toronto, Canada and it focused on the specific progress to be achieved by the year 2000. To that end, the Working Groups sent the plans from their respective divisions to the Ministers. The Negotiating Groups were asked to prepare a draft plan from their sub-groups before the next ministerial meeting, to be held in April 2001.

The Ministers agreed on a series of measures to facilitate business. In the Ministerial Declaration of Toronto, FTAA countries assumed a joint position with respect to multilateral negotiations on agriculture. They agreed to work towards the elimination of subsidies on agricultural exports and the fulfillment of all commitments assumed under the Agricultural Agreement of the Uruguay Round, as well as to work towards establishing disciplines regarding practices and measures which distort trade, at the next Multilateral Negotiations on Agriculture of the WTO. They also decided to disclose the content of these agreements to the WTO's General Council.

H. Third Summit of the Americas – April 2001

Presidents ratified the completion of negotiations for the FTAA agreement by January 2005 at the Third Summit of the Americas. The FTAA agreement will be made effective as soon as possible but not later than December 2005. They highlighted the importance of ensuring the total participation of all countries “in order to create opportunities for full participation by small economies and for improving their level of development”.¹³

I. Sixth Ministerial Trade Meeting – April 2001

In the Sixth Ministerial Trade Meeting held in Buenos Aires, Argentina in April 2001, the Ministers ratified their commitment to creating a Free Trade Area of the Americas as well as maintaining FTAA principles and objectives, declared in the First Summit of the Americas. In Buenos Aires, the Ministers made a series of key decisions for the FTAA negotiation process. The first official draft of the FTAA agreement was delivered.

¹³ Declaration of Quebec City – Third Summit of the Americas, April 2001.

J. Seventh Ministerial Trade Meeting – November 2002

At the Ministerial meeting in Quito in November, there remained open disagreement on the U.S. proposal to negotiate differentiated access to the U.S. market depending on a country's level of development¹⁴. Brazil has voiced opposition to a differentiated approach. The precarious political situation in Venezuela and the election of populist Luiz Inacio "Lula" da Silva to the Brazilian presidency raised fears that the already drawn-out FTAA talks would be further delayed. Following his election, Mr. Lula vowed to assert Brazil's role as a regional leader and declared that relations within the Mercosur trading bloc would be his top foreign relations priority.

K. Eighth Ministerial Trade Meeting – November 2003

At the meeting in Miami in November, the Ministers agreed to develop a common and balanced set of rights and obligations applicable to all countries. They also addressed that, on a plurilateral basis, interested parties may choose to develop additional liberalization and disciplines, provide that: countries negotiating additional obligations and benefits within the FTAA shall notify the members of their intention to do so before the outset of the negotiations; and any country not choosing to do so may attend as an observer of those additional negotiations. Also, they agreed that the results of the negotiations must be WTO compliant.

III - General Issues between US and Brazil

A. The Brazilian Proposal

The Brazilian proposal for the FTAA deals with a complete coverage of all products and goods, including agriculture, which means that no excluded products shall remain. The defense of some particular sectors that each government would be interested in protect shall rely on the term: the more sensible sectors might have reductions on the tariffs 15 years after

¹⁴ Trade Ministers Set to Endorse FTAA Schedule, Struggle with AID, INSIDE U.S. TRADE, Nov. 1, 2002.

the signature of the agreement or for an indefinite term. The main concept of the proposal is that the FTAA goes in a similar way that the WTO already established for the trade rules.

In the agriculture sector, for instance, the Brazilian proposal not only aims for the reduction on the tariffs but also finish of the export subsidies and organization of the trade rules. The credits to export that the US government grant and that have the same effect of a subsidy are among those issues.

Another example is the service sector, in which respect the Brazilian proposal follows the international rules by using GATS¹⁵ rules. In addition to that, the Brazilian proposal includes a provision stating a “positive list” to open the service sector, which means that each government shall prepare a list of sectors that it offers to free-trade, by excluding those not listed. Obviously, the “negative list” concept is the opposite, i.e. every sector not listed is offered to free-trade. In the negative concept, the government would not be able to easily protect any eventual new sector that appears after the issuance of the list.

B. Main Issues

After several rounds of negotiation, the main issues that have been taking place are: market access, intellectual property, labor, investment, competition policy and government procurement.

1. Market Access

The elimination of tariffs and non-tariff barriers to trade is one of the most important issues of the FTAA. The discussions follow the calendar agreed and approved during the Quito Ministerial last year and countries have already sent in their initial offers and are currently revising and improving those offers, which are conditioned to the global result of the negotiations. There are four tariff elimination categories in the FTAA process: (A) immediate; (B) no more than five years; (C) no more than ten years; and (D) a category for sensitive products that is still pending a definition.¹⁶ It is

¹⁵ WTO's General Agreement on Trade in Services.

¹⁶ Bridges, Miami Daily Update, International Centre for Trade and Sustainable Development (www.ictsd.org), November 18, 2003.

the Brazilian understanding that in a process that would address the elimination of tariffs, the negotiation of the elimination schedule is essential.

It is important to note that until very recently, liberalization of trade was understood to mean reducing financial measures such as tariffs that are alleged to discourage competitive trade from foreign producers. These tariffs essentially add a tax to foreign goods or services, making them more expensive than domestic products. They are intended to protect domestic industries, and encourage the sale of domestically produced products, by artificially imposing higher prices for imported goods. Tariffs have thus been viewed as barriers to international trade, and limits to competition. Economists have varying views on the whether these protectionist policies ultimately benefit domestic and international economic growth.¹⁷

There is a distinction between the tariffs negotiations conducted on the context of WTO and those under a free-trade area. The purpose of WTO is to reduce tariffs progressively and then consolidate them, i.e. establish a limit, a ceiling to the tariffs. In a free-trade zone, there are no limits to the tariffs, but no tariffs to the members. In this kind of negotiation, the WTO consolidated tariff is a valuable instrument.

It is possible to illustrate such a difference, with an example: in general, industrial products tariffs were consolidated by Brazil at 35% in WTO. For a product with an applicable tariff of 14% and elimination term of 5 years, by using the consolidated tariffs as starting point, there would have reductions of 2.8% as from the very first year. If the consolidated tariff was the basis, the same product would not have a reduction in the first three years, but would have 7% reductions at the fourth and fifth years. The final result would be the same, but with a more abrupt transition.¹⁸

This Brazilian understanding is confirmed as effective due to the fact that there is no knowledge of any free-trade zone or area based on consolidated tariffs. Among the more than 200 regional agreements notified to WTO, not a single one used the consolidated tariffs as the basis to the elimination of tariffs. According to the Brazilian understanding, the use of a tariff close to the actual one is a logical consequence that must result from the negotiations.

¹⁷ CPATH FTAA Testimony: trade & threats to health - Ellen R. Shaffer, PhD, Joseph E. Brenner, MA, Alicia Yamin, JD, August 21, 2002.

¹⁸ Suspicious, Interests and Negotiations of FTAA, Celso Lafer, Folha de São Paulo (a Brazilian major newspaper), June 30, 2002, free translation.

Attached to the reduction of tariffs, the US subsidies to certain products have been impeding the settlement. In US, the subsidies raise when the prices drop down, acting as a safety instrument to the manufacturers. In the words of Jagdish Bhagwati, Economist and Professor at Columbia University, “the removal of agricultural protection does not raise the same ethical problems; production and export subsidies in the United States and the European Union go mainly to large farmers. That should make it easier to dismantle farm protection on the grounds of helping the poor. At the same time, however, agricultural protectionism is energetically defended as necessary for preserving greenery and the environment. With the greens in play, protectionism becomes more difficult to remove. But, just as income support can be de-linked from increasing production and exports, so measures to support greenery can be de-linked too. Such new measures, and other environmental protections added as sweeteners, must be part of the strategic assault on agricultural protection.”¹⁹

2. Intellectual Property

Intellectual Property is also an issue. The Brazilian proposal refers to some WTO’s rules instead of just mentioning the TRIPS²⁰, the basic rule in the field. By doing this, it includes a declaration concerning the “TRIPS and Public Health”²¹, approved in Doha WTO’s meeting (2001), that favors the right of health over patent rights. Two main aspects have been the focus of intellectual property discussion in the FTAA:²²

1) The US presented a proposal to include a chapter on intellectual property rights in the FTAA, inspired in its own legislation. In this sense, the US is attempting to “export” its domestic policies to the rest of the region and demand that the countries of the hemisphere adopt legislation congruent to its law. The position of the US delegation pushes for the creation of an hemispheric data base, effort that hasn’t had an eco domestically.

2) On the other hand, the Brazilian delegation opposes to the inclusion of a

¹⁹ In “The Poor’s Best Hope”, *The Economist*, Washington, DC, June 29, 2002.

²⁰ WTO’s Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

²¹ For more detailed information see WTO’s official website on the issue at http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/pharmpatent_e.htm

²² See supra note 16.

chapter on intellectual property rights. This position is supported by the rest of the Mercosur countries. Brazil alleges that there already exist specific agreements on intellectual property rights in the WTO and other international forums like the World Intellectual Property Rights Organization (WIPO). It sustains that the discussion should be addressed in established forums and that any inclusion of this subject in the FTAA will only result in increasing standards.

The rest of the countries are divided between these two positions. Countries like Canada, Mexico and Chile that already have trade agreements with the US that incorporate the subject, have not opposed to discussing it in the FTAA. The second draft on the chapter related to intellectual property rights shows that no agreements have been reached on the content of this chapter. Thus, discussions have been focused on more general aspects.

There are several US based companies with huge interests in the intellectual property issue. Microsoft is one of them. According to its Latin America Director for Corporate and Legal Affairs, Mr. Luiz Sette, the major interest of Microsoft is that Brazil implements TRIPS rules. "It is important to demonstrate its commitment in the piracy and smuggling combat, investigating more cases and punishing", he says.²³ Microsoft estimates that 50% of software in Brazil is a piracy product. The origin of the software piracy in Brazil partially relies on the smuggling of hardware, since personal computers without brands, assembled with smuggled components have been sold with a pirated operational system. Another source of the piracy is the copying of licensed software.

"It is hard to attract investment to a computer chips plant without the effective combat to the smuggling, for instance. Legally import a chip means high tariffs and compete in a market where 75% of the chips are smuggled and don't pay a cent", said Mr. Sette. According to his understanding, if the Brazilian government stimulates the local development of software, it needs to better protect patents.²⁴

The same concerns occur to the CD²⁵ and DVD²⁶ markets. The record industry and movie studios are facing a lot of competition from the piracy. For

²³ In an interview to Valor Econômico, a major Brazilian newspaper, November 21, 2003, free translation.

²⁴ See supra note 23.

²⁵ Compact Disk.

²⁶ Digital Video Disk.

instance, it is easy to find a CD of almost any singer along the streets of downtown of São Paulo, a major economic Brazilian center, with sale price as low as US\$2.00. And it is not hard to find a DVD of a movie just launched in the US theaters with prices not even compared to the licensed copies.

Another industry that suffers a lot with such problem is the pharmaceutical one, which happens to be the most polemical. In this case, the industry requires more efficient and hard patent rules, in order to difficult the manufacturing of important generic medicines.

3. Labor issues

As with environment, the FTAA's actual draft does not have any specific chapter about labor. However, there are clear signals of increasing pressure to include this issue in the negotiations. One example is the US Congress adoption of the 2002 Trade Law which gives the power to the Executive to negotiate trade agreements and to obtain expedite approval from the legislative power. The document establishes as a requirement that all treaties shall include an adequate level of provisions on labor and environment.²⁷

Chile has been one of the main supporters to include labor in the FTAA's text. In fact, along with other Latin American countries, it is proposing the creation of a consulting committee to explore the different alternatives to approach the subject in the negotiations. The US hopes that labor will be part of the Agreement, while countries like Mexico, Brazil and Argentina are worried.²⁸

There are some reasons for their worries. The need of several changes in their laws and the long and hard process to change them; real social differences and claims, internally and compared to other countries; structure of their industries; are only some of them.

The efforts of the United States to accomplish their inclusion have been a source of intense controversy. The negotiations themselves have been organized without a separate working group on labor and environment.²⁹ Complaints are rampant that efforts to incorporate "civil society," for the

²⁷ See supra note 16.

²⁸ See supra note 16.

²⁹ See supra note 3.

most part, have been limited to inclusion of input from business interests in the talks. Therefore, there have been an indeterminate number of steps backward, although the process is far from complete.³⁰

4. Investment, Competition Policy, and Government Procurement

Investment, competition policy and government procurement present similar dynamics to those of intellectual property. On the one hand, there is the proposal to include ambitious chapters that go beyond what has been proposed at the WTO; on the other hand, there is Brazil's position to exclude these topics from the negotiations. The Ministerial Declaration seeks a solution on this divergence, due to the failure in the attempts in achieving consensus on both parts.

The countries that have trade agreements with the US are - in principle - not opposed to the inclusion of these topics, since their respective treaties already include specific clauses on investment, competition policy and government procurement. Some countries have presented their initial offers, while, the rest of the countries are encouraged to do so as soon as possible.

US demonstrated its interest in helping the negotiations, when President George W. Bush eliminated the US over-tariffs to import steel. However, the revocation of Section 201 of US Trade Statutes just solves part of the problem for the Brazilian steel industry. As an example, from the ten garrote's products, seven still have over-tariffs though anti-dumping and compensation right measures. In view of such measures, Brazil keeps losing at least US\$135 millions per year in export, according to calculations of IBS (Brazilian Steel Industry Institute). Such products, used in the automobile industry, still have heavy over-tariffs between 41.27% and 43.4% due to antidumping measures, not counting the compensation right measures that add from 6.35% to 9.67%.³¹

Brazil became a primary target for foreign capital investment during the 1990's. Companies domiciled in many countries decided to enter Brazil

³⁰ "Two steps forward, one step back - or vice versa: labor rights under free trade agreements from NAFTA, through Jordan, via Chile, to Latin America, and beyond", Marley S. Weiss, *University of San Francisco Law Review*, Spring 2003.

³¹ "Major Part of Brazilian Steel Still Has Over-Tariffs", Sandra Balbi, *Folha de São Paulo* (a major Brazilian newspaper), December 6, 2003, free translation.

investing in growth sectors with North America and Europe clearly taking the lead. US based companies participated in 400 acquisitions during the period from 1995 to 2002. France came in second with 104 deals, with other investing countries including Argentina (56), Spain (53), Germany (51), Portugal (50), United Kingdom (46), Italy (33), Canada (28), Netherlands (25) and Sweden (21). US investments were concentrated in the electric energy, internet and telecommunications sectors.³² For this reason, US aims to have a clause in the agreement covering investment protections.

The Brazilian government refuses to include clauses regarding these topics based on it's believes that these new commitments would limit its capacity to protect local companies and local labor force. For instance, with respect to government procurement, the Brazilian proposal discusses only the transparency and not the foreigners' right to participate in a government bidding process.

IV - Brazilian Economic Scenario

A. Overview of Brazil

1. Key Figures

Brazil has a population of 175 million (2002) distributed in 26 states and 1 federal district. Its GDP³³ in 2002 was US\$450 billion. The Brazilian currency is "Real"³⁴ since July 1, 1994, which was established under the government of Mr. Itamar Franco, being Mr. Fernando Henrique Cardoso the Minister of Economy. The official language is Portuguese.

2. Basic Political Information

Brazil is a republic officially named Federative Republic of Brazil. The latest Presidential elections were held in October 2002, when Mr. Luiz

³² Doing Deals in Brazil, PricewaterhouseCoopers, September 2003.

³³ Gross Domestic Product.

³⁴ Exchange rate to US\$ in December 30, 2003 was R\$2.97.

Inácio “Lula” da Silva was elected President, representing the leftist Labor Party for a four (4) years mandate.

3. Economic Overview

Brazil is the second largest economy in Latin America and the tenth in the world. Its primary economic sectors are: agriculture, automobile, utilities, transport, industry, mining and energy. The main economic regions are: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais and Paraná, in the southeast part of the country.

4. Population data

As mentioned before, Brazil’s population is 175 million (2002). Its GDP per capita amounts to R\$5,210 (average in Reais)³⁵. Around 70% of the people are concentrated in the Southeast and Northeast regions and around 20% of the population is rural dwellers and 80% is urban. The average life expectancy is 66 years and around 42% of the population is under 20 years of age and less than 8% is over 66 years.

The population of the states of São Paulo and Rio de Janeiro are, respectively, 34 million and 14 million people. São Paulo is one of the fastest-growing cities in the world and 20 other metropolitan areas of Brazil have populations of more than 1 million, being 30% of the population lives in the ten main cities. Brazil represents the largest population in Latin America and the sixth largest in the world.³⁶

B. The Scenario

With large and well-developed agricultural, mining, manufacturing and services sectors, Brazil’s economy outweighs that of all other South American countries and is quickly expanding its presence in world markets. The main industries are: chemicals, cement, lumber, iron ore, tin, steel,

³⁵ Arounds US\$1,755.00, based on the exchange rate of R\$2.97.

³⁶ See supra note 32.

aircraft, motor vehicles, auto parts and other machinery and equipment. The industrial production growth rate was of 1.0% in 2001 and 2.0% in 2002.³⁷

The main natural resources are: bauxite, gold, iron ore, manganese, nickel, phosphates, platinum, tin, uranium, petroleum, hydropower and timber. The main agricultural products are: coffee, soybeans, wheat, rice, corn, sugarcane, cocoa and citrus.

The main export commodities are: manufactured, iron ore, soybeans, footwear, coffee. The main export partners in 2001 were: USA 24%, Argentina 8.5%, Netherlands 5%, Germany 4.3% and Japan 3.4%.

The main import commodities are: machinery and equipment, chemical products, oil and electricity. The main import partners in 2001 were: USA 23%, Argentina 11%, Germany 8.7%, Japan 5.5% and Italy 3.9%. Brazil has important ports and harbors in some important cities: Belem, Fortaleza, Ilheus, Imbituba, Manaus, Paranaguá, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Rio Grande, Salvador, Santos and Vitoria.

With all these figures, Brazil is the most important country in Latin America, and it is important for the successful of FTAA that Brazil takes real part of it. However, Brazil still has a lot of economic and social adjustments and improvements to take care of in order to achieve a competitive level to effectively open its market in a free-trade agreement.

In several sectors, Brazilian companies must implement improvements and generate effective efficiencies to reach a competitive position in a free-trade market. In view of that, Brazilian government is obviously reticent to frankly open its market to companies in the neighborhood without protection to local companies.

The year 2003 began with the inauguration of the new president elected at the end of 2002. Mr. Luiz Inácio “Lula” da Silva was the leader of the leftist opposition party (Workers Party – Partido dos Trabalhadores – PT) that most openly opposed the previous government.

The uncertainties of the electoral process obviously impacted on the Brazilian economic indicators in 2002, primarily due to the fact that the market was concerned that the new government would not continue the policies to control inflation and other reforms that were introduced by the

³⁷ See supra note 32.

government of then-President Fernando Henrique Cardoso.³⁸

President Lula's main task as he took office in January 2003 was to build credibility and to reverse the economic damage which had emerged from the crisis of confidence ignited by the 2002 Presidential election campaign, especially in the second half of that year. For that reason, macroeconomic policy dominated the agenda in the first year of the new government. The two cornerstones of the economic policy were the endorsement of the IMF³⁹ program agreed by the Cardoso government in August 2002 and the announcement of the inflation targets for 2003 (8.5%) and 2004 (5.5%).⁴⁰

These initiatives were followed by an increase in the goal for the primary surplus of the public sector to 4.25% of GDP (from 3.75% in the IMF program) and a sharp increase in interest rates by the Brazilian Central Bank. In both cases the Lula administration made clear its commitment to reduce the burden of the domestic public debt (perhaps the main driver for the high Brazil sovereign risk premium) and to reverse inflationary expectations.⁴¹

The rewards from persisting with this adjustment policy can be measured by the remarkable improvement in almost all of the macroeconomic indicators during the year. Comparing the first and the last quarter of 2003, the annualized rate of inflation fell from 23% to 3%, and inflationary expectations for 2004 are now at 6%, very close to the government target of 5.5%. In the same period, the Brazilian sovereign risk premium fell from 1,300 to below 500 basis points (having peaked at 2,400 bp in 2002), the local currency appreciated by almost 20% against the US dollar, record levels of export and of trade surpluses were achieved and a small current account surplus in the balance of payments was recorded for the first time since 1995. In October 2003, the government announced an extension of the IMF program for a further year (through September 2004) indicating its intention to maintain the course set by current economic policies. Although a recovery in foreign direct investment is expected to start only as from 2004, the increase of over 80% in the price of Brazilian stocks in 2003 as measured by the Bovespa (São Paulo

³⁸ "M&A in Brazil", Fernando Loeser and Rodney Almeida Alves, *Euromoney's 2003-2004 M&A Review*, June 2003.

³⁹ International Monetary Fund.

⁴⁰ *Highlights of Brazil 2003-2004 Edition*, PricewaterhouseCoopers, December 2003.

⁴¹ See *supra* note 41.

Stock Exchange) index is noteworthy; this increase in market capitalization is partially due to the inflow of foreign portfolio investments.⁴²

On the flip side, the tight monetary and fiscal policies brought about the reduction of economic activity, a decrease of some 15% in real household income and an increase in the rate of unemployment. The fall in consumption and investment spending was barely compensated by a 20% increase in exports, resulting in GDP growth of a meager 0.3% in 2003. Except for agriculture, which has experienced explosive growth in productivity, especially since the adoption of the floating exchange rate system in 1999, the other sectors of the economy have remained stagnant or even retracted.

However, the new government's economic team has provided unmistakable signals that it is committed to controlling inflation and maintaining the stability of the Brazilian economy, considering this approach to be the only way to guarantee growth in Brazil and improve the economic and social conditions. The new government has also shown that it is committed to controlling the public deficit and is promising to introduce various constitutional reforms that will be sent to the Congress. These reforms, which are considered absolutely necessary by the government and Brazilian society, include social security, tax, and political party reforms.⁴³

The Lula administration took two major initiatives: a reform of the pension system for public employees and a general tax reform. The pension reform, which is virtually approved by Congress at the moment, is a real positive contribution to the resolution of the chronic deficit in the government-sponsored pension system. Although the financial impact of this reform in the short term is not significant (an anticipated reduction of the current deficit from 4% to 3.2% of GDP), a sustainable system is being built which should guarantee equilibrium in the long term. The same, however, cannot be said of the proposed tax reform which, for different reasons, produced intense discontent among state governors and city mayors, as well as among the business community. Although the proposal had many positive aspects (the unification of legislation for the state value added taxes and the gradual elimination of cascading taxes), there were justifiable fears that the proposed changes could increase the already extraordinarily high tax burden in Brazil. After months of discussion in

⁴² See supra note 41.

⁴³ See supra note 38.

Congress, it was decided to proceed on a step-by- step basis, as a result of which this subject is expected to be on the political agenda for years to come.⁴⁴

It is expected that, with these reforms, the Brazilian economy will return to a stronger growth trend. Moreover, current economic indicators indicate that the economy may have already begun to grow again, even if only at a modest rate. As a result of this new environment, some companies have reinitiated expansion/acquisition plans, after having suspended them to reconsider their positioning in the Brazilian market.⁴⁵

The Lula administration is also currently in the process of revising the regulatory models for public utilities and infrastructure which the previous government had adopted following the privatization of these sectors. The uncertainty surrounding the new rules, coupled with the long-term nature of the return on the investments and relative exchange rate instability, has brought private investment in these areas to a halt, retarding the much- needed expansion of infrastructure in Brazil for one or more years. Finally, the government launched several new programs in order to fight poverty, but perhaps the best initiative in this area was the announcement of the intention to unify the dozens of social programs currently existing in the country in order to improve the focus and targeting of such programs.

In other areas of the administration, the hesitant attitude of the Brazilian government in negotiations to establish the FTAA should be noted. Currently, the scope and outcome of the negotiations are still uncertain, as it seems that neither Brazil nor the United States is willing to make significant concessions in their respective areas of interest.

V - Conclusion

There is growing consensus among economists that while markets are very important for a successful economy, there is also an important role for the State. For example, Nobel-winning economist Joseph Stiglitz recently cited Brazil's strong regulatory policies as a reason for that country's successful handling of its electricity crisis, "while the US let market forces (and companies like Enron) handle the matter."⁴⁶

⁴⁴ See supra note 41.

⁴⁵ See supra note 38.

⁴⁶ See supra note 17.

The FTAA would change the equation. FTAA equates government regulations and public services with barriers to trade such as tariffs. While proposing to eliminate governments' ability to protect the prices of domestic goods, the FTAA would also require governments to publish annually every "measure" relating to services at the national, regional or local level. The FTAA defines a "measure" in paragraph 4 of the Services chapter as: all laws, regulations and administrative directives, decisions, resolutions, rulings, and/or measures of general application that affect the operation of the provisions of [Services] enacted by federal, central and state governments or by non-governmental regulatory agencies. International agreements referring to or affecting trade in services to which one party is a signatory should also be published.⁴⁷

The new vision for FTAA proposed at the last Ministerial meeting at Miami assumes the development of a joint and balanced set of rights and liabilities applicable to all countries members, in which each of them may accept different levels of commitment. This achievement means almost nothing for the negotiations process. It was a diplomatic outcome.

The possibility to accept different levels of commitment already exists independently of the FTAA, simply because it is always possible to a country execute a bi-partite agreement with another at anytime. The problem is to establish a joint and balance set of rights and liabilities. Thus, there might not have happened progress enough.

The US ambassador in Brazil, Donna J. Hrinak, understands that there is space to discuss topics as agriculture, subsidies and antidumping at FTAA negotiations. Ms. Hrinak says that US wants an extended, multilateral and ambitious FTAA. In the concept of extended, multilateral and ambitious it is possible to include "negotiations on trade of goods, agriculture, antidumping and domestic subsidies", topics of Brazilian interest, as well as topics proposed by US, such as government procurement, services and intellectual property.⁴⁸

According to Ms. Hrinak, US are favorable to eliminate the subsidies, but will only make it happen when the European Union and Japan demonstrate their interests in the same way. "We want a world without subsidies, but we live in a real world. The problem of the subsidies is global" said Ms. Hrinak in Seminar about FTAA in Porto Alegre, last October,

⁴⁷ See supra note 17.

⁴⁸ "There is Space to Discuss Subsidies and Antidumping", *Gazeta Mercantil*, a major Brazilian newspaper, October 20, 2003.

promoted by American Chamber of Commerce - Amcham.⁴⁹

The decision for a “light” FTAA, i.e., a more flexible and less extended agreement than the original idealized one, is obviously against US interests. Despite of the speech of US Minister Robert Zoellick, US are clearly unsatisfied with the result. However, US acceptance of this option is merely tactic and temporarily. It is noticed that US government was trying to avoid a second failing in a row, especially in Florida (a state governed by US President’s brother) and in Miami, the serious candidate to FTAA’s headquarter.

Canada, Chile and Mexico still insist that Brazil and Argentina shall accept the US proposal to include clauses regarding topics as services, intellectual property, investments, and government procurement. According to their understanding, these clauses are indispensable in “last generation” trade agreements. Actually, they have nothing to loose, because their free-trade agreements with US already contain such clauses. They are in the same position of that fox in the La Fontaine’s fable, in which as it lost its tail in a trap tried to convince the other foxes that a tail cut is the fashion.⁵⁰

One of the main issues, investments, might be solved with the concept of a “positive list”. In such a concept each government shall prepare a list of items that it accepts to negotiate, by excluding those not listed. However, it is necessary to keep in mind that Brazil is not willing to discuss any possibility to include a clause allowing investors to sue the State, as it is stated in NAFTA⁵¹.

With respect to the market access, which includes the agriculture and antidumping issues, it might be a better solution to negotiate first in the context of Mercosur and US, and starts negotiation within the first semester of 2004. According to Brazilian Minister, Celso Amorim, the discussions of an agreement between Mercosur and US will positively contribute to the FTAA.⁵²

In the opinion of the President of ICONE⁵³, Mr. Marcos Jank, it is

⁴⁹ See supra note 48.

⁵⁰ “FTAA and the La Fontaine’s Fox”, Paulo Nogueira Batista Jr., Folha de São Paulo, a major Brazilian newspaper, November 20, 2003.

⁵¹ North America Free-Trade Agreement.

⁵² In interview to Gazeta Mercantil, a major Brazilian newspaper, November 21, 2003, free translation.

⁵³ Brazilian International Trade and Negotiations Studies Institute (Instituto de Estudos de Comércio e Negociações Internacionais).

also possible to create a “Behavior Code” for the steel industry, for example, in order to solve some deadlocks in the negotiations. He also understands that in the market access issue, the key point is the extension of the terms for the elimination of tariffs.⁵⁴

According to Brazilian ambassador, Mr. Luiz Felipe de Seixas Corrêa, “Brazil is prepared to move and to sign an agreement in any topic, provided that we are able to achieve significant progress in agriculture.”⁵⁵ In the hypothesis of a more extended FTAA, Brazil and Mercosur would naturally become very attractive areas for investments and, of course, with positive effects for their export and development.

⁵⁴ In interview to Valor Econômico, a major Brazilian newspaper, November 19, 2003, free translation.

⁵⁵ In interview to Valor Econômico, a major Brazilian newspaper, December 16, 2003, free translation.

“O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA ALCA”

Vicente Bagnoli*

I – Introdução; II – União Européia e ALCA: Propostas Distintas; III – O Direito da Concorrência no Continente Americano; IV – A Política da Concorrência na ALCA; V – Conclusão: Uma Alternativa para Instigar o Debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA; VI – Referências Bibliográficas

I - Introdução

As discussões relativas à Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) estão cada vez mais presentes no dia-a-dia dos diversos setores da sociedade. Parte dessa tendência em debater intensamente a ALCA está ligada ao prazo de implementá-la no início de 2005.

Dentre os temas em discussão relacionados à ALCA vem ganhando destaque a defesa da concorrência. Contudo, antes de se analisar e procurar alternativas para assegurar a defesa da competição no hemisfério é preciso entender o que é a ALCA e o que ela propõe.

Neste sentido, encontra-se a proposta deste artigo: abordar aspectos gerais da ALCA, verificar sucintamente como o Direito da Concorrência é tratado no âmbito dos 34 países que debatem a integração hemisférica a partir da liberalização do comércio e, ao final, apresentar uma alternativa para instigar o debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA.

II – União Européia e ALCA: Propostas Distintas

O processo de globalização da economia traz consigo a tendência da integração das nações em blocos econômicos. A proposta comum é cada Estado associar-se ao país vizinho, geralmente sob o enfoque econômico, a fim de

* Advogado, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; bagnoli@mackenzie.com.br

ambos estarem mais aptos a competição internacional e em muitos casos também desenvolverem sua região. A atração de novos investimentos, a geração de novos empregos, o aumento na arrecadação do Estado, enfim, ganhos pretendidos pela integração econômica dos Estados e que ao final se revertam para o país-membro, para o bloco de países e para a sociedade em geral.

Na América do Sul, o Mercosul é uma das grandes experiências de integração. Ele representa grande aproximação entre seus Estados-membros (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e até mesmo para os demais países da região, e resulta em importantes ganhos econômicos para os países que o integram. Mais recentemente, a partir de 1994, teve início discussões sobre a constituição de uma área de livre comércio no Continente Americano, a ALCA.

Quando se discute a ALCA algo comum que vem em mente é o modelo europeu. Certamente a União Européia, talvez o melhor exemplo de integração entre povos, tem muito a contribuir com a ALCA, desde que guardadas as especificidades de cada proposta.

II.1 – União Européia

A história da União Européia está ligada a um longo caminho percorrido nesse Continente na busca da unidade e da paz entre as diferentes culturas, os diferentes povos e seus diferentes países.

O cenário do pós-Segunda Guerra e a tradição histórica que se repetia e marcava o continente, permitiram que fosse ganhando força entre os líderes dos países a necessidade de caminhar para uma integração estável e institucional de caráter supra-nacional.

A cooperação funcional entre nações européias teve início com a Comunidade Européia do Aço e do Carvão (CECA), lançada em 1950, quando o Ministro francês dos Negócios Estrangeiros Robert Shuman, inspirado por Jean Monet, propôs que a França e a Alemanha concentrassem seus recursos do carvão e do aço. Instituída oficialmente em 18 de abril de 1951, quando os Seis (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) assinam o Tratado de Paris, a CECA foi a primeira fundação concreta da União Européia, iniciando assim o processo de integração europeu.

Em 1955, na cidade italiana de Messina, os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Seis definem o objetivo da integração de seus países na área econômica, até a celebração dos Tratados de Roma. Em 1957, os Seis

assinam em Roma os Tratados instituidores da Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom) e da Comunidade Econômica Européia (CEE), formalmente criada em janeiro de 1958.

No ano de 1967, em decorrência da consolidação da Comunidade Econômica Européia (CEE), bem como da consolidação da Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom) e da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), foi criada a Comunidade Européia (CE), organização dos países da Europa Ocidental, encarregada da integração econômica e política estabelecida pelo Tratado de Roma.

A implementação de diversas políticas em diferentes setores pela CE ampliou o estágio de integração entre as nações do continente participantes do Tratado. Atualmente a CE é denominada União Européia (UE), e os Estados-membros coordenam suas políticas econômicas e estabelecem políticas comuns.

A UE já chegou em seu último estágio de integração, com a união econômica e monetária, desde 01 de janeiro de 1999, com a entrada em vigor do “Euro” (•), a moeda única.

A integração européia representa a estabilidade, a paz e a prosperidade econômica dos seus membros e, de certa forma, do continente, além da melhora do nível de vida da população, a criação de um mercado interno e de uma moeda comum para fortalecer a posição da UE no contexto mundial.

A UE, fundamentada no princípio do estado de direito e na democracia, significa a delegação da soberania de seus Estados-membros para instituições que representam os interesses comuns de todos os seus integrantes, cujas decisões e procedimentos são tomados a partir de tratados ratificados por cada Estado-membro.

Importante perceber que não se trata de um novo Estado, nem se assemelha a qualquer outra organização internacional. Trata-se da integração de nações que delegam sua soberania a um organismo supra-nacional, com os objetivos comuns de: (i) instituir uma cidadania européia, alicerçada nos direitos fundamentais, nos direitos civis e políticos e na liberdade de circulação; (ii) criar uma área de liberdade, segurança e justiça, garantida pela cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos; (iii) promover o progresso econômico e social, a partir de um mercado único, de uma moeda comum, no desenvolvimento regional e na proteção do meio-ambiente; e (iv) afirmar o papel da Europa no contexto mundial, com uma política externa e de segurança comum.

II.2 - ALCA

Por iniciativa dos Estados Unidos da América, realizou-se no ano de 1994 na cidade de Miami a primeira *Cúpula de Chefes de Estado e Governo das Américas*, cuja agenda inicial era política, com temas relativos à corrupção e narcotráfico, por exemplo. A princípio questões comerciais não seriam discutidas, mas a vontade de diversos países latino-americanos de uma integração que pudesse permitir-lhes o crescimento, somando-se ainda a pressão de empresários norte-americanos, conduziu a reunião para outra direção. A Cúpula de Miami ficou conhecida pelo tema do livre comércio.

Logo de início surgiu uma divergência quanto ao caminho a ser adotado para a constituição da área de livre comércio hemisférica. Os EUA defendiam como modelo ideal a incorporação paulatina dos países do hemisfério para a constituição de um bloco comercial denominado NAFTA. O modelo integracionista norte-americano era da forma centro e raios (*hub-and-spokes*), devendo o NAFTA atuar como o grande centro de agregação dos outros países americanos que se ligariam por meio de acordos bilaterais.

O Brasil e os demais países do Cone Sul entenderam que a melhor forma para se negociar a integração hemisférica seria por meio do *building blocks*, ou seja, a construção aos poucos da integração do Continente a partir dos acordos já celebrados. Dessa maneira os países latino-americanos teriam maior força para negociar com os EUA.

Depois de Miami ocorreram outras reuniões de ministros de comércio. A primeira em Denver, nos EUA, e a segunda em Cartagena das Índias, na Colômbia, mas é a partir da terceira e da quarta reuniões que se define a estrutura de funcionamento da ALCA.

A terceira reunião ocorreu em 1997 na cidade mineira de Belo Horizonte, e seu objetivo foi definir como e quando teria início as negociações para implementar a ALCA. Já a quarta reunião, que teve como cidade sede São José da Costa Rica, em 1998, foi promovida para estabelecer o mandato dos grupos negociadores e a atual estrutura da ALCA.

Na seqüência, as reuniões dos ministros de comércio ocorreram em 1999 na cidade canadense de Toronto, onde foi finalizado o primeiro projeto de redação do futuro acordo, e no ano de 2001 em Buenos Aires, quando se estabeleceu o prazo final para se concluir as negociações do acordo para a entrada em vigor da ALCA, além de estipular prazos para as negociações de temas específicos.

Em 2002 a reunião ocorreu na cidade de Quito, no Equador. Além de definir o calendário e a agenda de negociações para 2003, nessa reunião foram criados grupos temáticos e foram reiterados os pressupostos dos trabalhos, principalmente no que se refere à agricultura e o equilíbrio de resultados. Brasil e EUA também assumiram a co-presidência das negociações.

O objetivo pretendido pela ALCA é a criação de uma área de livre comércio que reúna a troca de bens e de serviços, produtos agrícolas, a liberalização dos fluxos de investimentos, compras governamentais e comércio eletrônico, além de definir um acordo de propriedade intelectual e patentes. Apesar de buscar proporcionar a livre circulação de capitais e mercadorias, opõe-se à circulação de mão-de-obra.

A ALCA constitui-se uma iniciativa na qual deve prevalecer o consenso dos 34 países americanos¹. Esse princípio geral soma-se a outros que resultaram da declaração ministerial de Belo Horizonte, quais sejam: (i) os acordos da ALCA somente serão assinados quando todos temas da pauta forem concluídos (*single undertaking*); (ii) a coexistência da ALCA com acordos bilaterais e sub-regionais; (iii) a compatibilização da ALCA com os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC); (iv) a negociação e adesão individual ou em bloco dos países; e (v) especial atenção a economias menores para garantir suas participações na ALCA.

Decidiu-se, ainda em Belo Horizonte, que 2005 seria o ano limite para se concluir as negociações da ALCA, mas o Brasil, apoiado pela Argentina, estuda a prorrogação deste prazo, talvez para 2007.

As negociações da ALCA também se dão nas *Cúpulas de Chefes de Estado das Américas*, que ocorreram em Miami, 1994, Santiago do Chile, 1998 e em Quebec, 2001. Nessas reuniões não se discute apenas assuntos propriamente relativos a ALCA, mas também se debate o fortalecimento da democracia, o combate à pobreza e a promoção da educação, porém com menor intensidade do que as discussões acerca do livre comércio.

¹ Os 34 países americanos que poderão integrar a ALCA são: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, São Cristóvão e Nevis, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. O único país do hemisfério excluído das negociações da ALCA é Cuba.

A terceira instância de negociações da ALCA se dá no âmbito dos *Grupos de Negociação*, na *Comissão Tripartite de Apoios Técnicos* e nos *Comitês Não Negociadores*.

Os *Comitês Não Negociadores* são integrados pelo *Grupo Consultivo sobre Economias Menores*, o *Comitê de Representantes Governamentais sobre a Participação da Sociedade Civil* e o *Comitê Conjunto de Especialistas do Governo e do Setor Privado sobre Comércio Eletrônico*. Os *Comitês Não Negociadores* recebem o apoio técnico e logístico de instituições regionais da *Comissão Tripartite de Apoio Técnico*, formada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a América Latina (CEPAL).

Já o *Grupo Consultivo sobre Economias Menores* deve se ocupar em propor recomendações ao *Comitê de Negociação Comercial*, pertinentes às pequenas economias, enquanto o *Comitê Conjunto de Especialistas do Governo e do Setor Privado sobre Comércio Eletrônico* se atenta à ampliação dos benefícios do mercado eletrônico, e o *Comitê de Representantes Governamentais e do Governo Civil* para a promoção dos entendimentos dos diversos setores sociais relacionados às negociações da ALCA.

Por fim, os *Grupos de Negociação* se detêm à discussão de importantes temas que constituem pontos fundamentais para a ALCA. Esses grupos têm como objetivos: (i) *acesso a mercados*, eliminar barreiras não-tarifárias e outras medidas de restrição ao comércio entre os países integrantes conforme ditames da OMC; (ii) *agricultura*, evitar a aplicação protecionista de supostas medidas sanitárias e fito-sanitárias, além de evitar subsídios às exportações e identificar outras práticas que comprometam o comércio; (iii) *investimentos*, estabelecer um ordenamento jurídico para a promoção dos investimentos sem dificultar investimentos vindos de fora do continente; (iv) *subsídios*, *antidumping* e *direitos compensatórios*, atentar aos tópicos de subsídios, dumping e medidas compensatórias como prevê a OMC, e buscar que entre os países integrantes não ocorram barreiras injustificadas ao comércio; (v) *compras governamentais*, permitir abertura e transparência nos procedimentos de compra dos governos e evitar discriminações; (vi) *direitos de propriedade intelectual*, promover a efetiva proteção dos direitos de proteção intelectual; (vii) *serviços*, liberalização progressiva do comércio de serviços; (viii) *soluções de controvérsias*, fomentar mecanismos alternativos para resolver disputas comerciais privadas dentro da ALCA; e (ix) *políticas de concorrência*, assegurar que os resultados positivos advindos do processo de

liberalização da ALCA não restem prejudicados por práticas anticompetitivas, além de estabelecer uma cobertura jurídica e institucional em âmbito nacional, sub-regional ou regional que esteja atenta à essas práticas.

II.3 – *Propostas Distintas*

A análise dos dois itens anteriores é pertinente para verificar que a proposta para integrar as regiões (Europa e América) e a forma como se dá a integração entre os respectivos Estados é distinta.

Tal entendimento fica evidenciado ao se estudar na construção de blocos econômicos as principais características das fases de uma integração.

Inicialmente se tem a *Área de Preferência Tarifária*, na qual os países-membros tributam o comércio recíproco em sua totalidade ou em parte com alíquotas de importação menores do que aquelas aplicadas às mercadorias originadas de países que não integram a *área*.

A *Zona de Livre Comércio* se caracteriza pela eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio recíproco entre os países-membros. É o caso da NAFTA e a proposta para a ALCA.

Já a *União Aduaneira*, além do livre comércio entre os países-membros, significa a adoção de uma tarifa externa comum (TEC) para a importação de produtos originados de países que não fazem parte desse mercado regional. Este é o estágio em que se encontra o Mercosul.

O *Mercado Comum*, por sua vez, significa a união aduaneira na qual se agrega a livre mobilidade de fatores produtivos entre os países-membros, bem como a adoção de uma política comercial comum. Caracteriza-se também por contemplar a coordenação entre os países-membros de políticas macroeconômicas e setoriais. Neste estágio pode-se também ocorrer a harmonização das legislações. Esta fase foi a qual se encontrava a CEE (Comunidade Econômica Européia).

Por fim, tem-se a *União Econômica*, que além de reunir os elementos do mercado comum, caracteriza-se pela adoção de políticas macroeconômicas, setoriais e sociais comuns, além da utilização de uma moeda única. Caso da União Européia.

Essa classificação é importante para se verificar o caminho percorrido pelos europeus para constituir a União Européia e, sobretudo, para compreender o que se pretende com a ALCA.

Na UE a delegação da soberania dos Estados-membros para instituições que representam os interesses comuns de todos os seus integrantes, visa a estabilidade, a paz e a prosperidade econômica dos seus membros e da região, bem como a melhora do nível de vida da população, a criação de um mercado interno e de uma moeda comum para fortalecer a posição do bloco no contexto global.

A proposta da ALCA, por sua vez, não tem como objetivo a realização de qualquer integração e cooperação econômica, conforme promove a UE, sequer se aproximar dos objetivos buscados pelo Mercosul de um mercado comum.

Resta claro, portanto, que a proposta da ALCA está somente consubstanciada na eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias ao comércio recíproco entre os Estados-partes, caracterizando-se apenas como uma zona de livre comércio.

Neste sentido, não se pode falar em institutos supra-nacionais no âmbito da proposta da ALCA, aos quais seria delegada a soberania dos Estados-partes para representar externamente esses países como um bloco, como também dirimir controvérsias internas.

III – O Direito da Concorrência no Continente Americano

A maioria dos países americanos promove a concorrência em sede constitucional com disposições relativas à liberdade de contratar, comércio e iniciativa privada. Alguns proíbem a excessiva concentração do poder econômico, a manipulação abusiva de preços e outras condições ao mercado, bem como monopólios, exceção feita àqueles estabelecidos em favor do estado ou por lei.

Em sede infraconstitucional são treze os países americanos que possuem legislação e instituições de defesa da concorrência: (i) Argentina; (ii) Brasil; (iii) Canadá; (iv) Colômbia; (v) Costa Rica; (vi) Chile; (vii) Estados Unidos da América; (viii) Jamaica; (ix) México; (x) Panamá; (xi) Peru; (xii) Uruguai; e (xiii) Venezuela. Ademais, outros países estão ativamente planejando e debatendo projetos de legislação de concorrência: (i) Bolívia; (ii) El Salvador; (iii) Equador; (iv) Guatemala; (v) Honduras; (vi) Nicarágua; (vii) República Dominicana; e (viii) Trinidad e Tobago.

Tais legislações podem apresentar diversos escopos, como a promoção de defesa da concorrência, a promoção da eficiência econômica e do bem-estar

do consumidor, liberdade de iniciativa, abertura de mercados, participação justa e equilibrada entre pequenas e médias empresas, desconcentração do poder econômico e prevenção aos monopólios e abusos de posição dominante.

A aplicação das leis se dá para todas as empresas ou corporações nacionais ou internacionais, públicas ou privadas, em relação a todas as condutas, acordos, atos ou transações relativas à produção e propaganda de produtos e serviços, ocorridos no respectivo território nacional, ou em alguns casos, como Brasil e Argentina, que tenham se originado no exterior mas venham a afetar a concorrência interna.

No Brasil, Colômbia, Chile, Jamaica, México, Panamá e Peru, é permitida a existência de monopólios estatais, setores reservados estratégicos ou de segurança nacional e exclusiva exploração dos direitos de propriedade intelectual. Todavia, é igualmente reconhecido nesses países que tais monopólios sujeitam-se às leis de concorrência quando exacerbam a natureza do escopo que lhes foi assegurado e incorrem em abusos de posição dominante ou práticas monopolísticas.

Com relação às condutas, no Canadá, Colômbia, Costa Rica, Jamaica, México, Estados Unidos e Venezuela, setores específicos e atividades econômicas como agricultura, esportes profissionais, organizações laborais e atividades de exportação têm sido isentados das legislações de defesa da concorrência. Nos Estados Unidos da América, as legislações estaduais são aplicadas paralelamente às leis federais quando condutas anticoncorrenciais afetam o mercado do estado.

Em linha geral, as legislações dos países americanos proíbem toda conduta comercial que limite, restrinja ou distorça a competição. Práticas horizontais consistentes em qualquer forma de acordos colusivos entre agentes concorrentes num mesmo setor, bem como práticas verticais derivadas de acordos entre agentes que atuam em diferentes estágios de uma cadeia produtiva, também são proibidas.

Determinadas condutas consideradas proibidas estão dispostas em diversas legislações. Essas condutas se referem à: fixar preços e outras condições de venda; impor barreiras de acesso ao mercado; propostas colusivas; limitar a produção ou vendas por quotas determinadas; recusa concertada para adquirir produtos, prover serviços ou admitir novos agentes no mercado; repartir mercados; acordos discriminatórios ou predatórios; aceitação casada de serviços suplementares; acordos de exclusividade; abuso de posição dominante e monopolização; e boicotes.

Semelhanças e divergências nesta área dependem da lei adotada por cada país, como também das jurisprudências formadas por cada instituição nacional de defesa da concorrência. Existem proibições *per se*, absolutas ou não-autorizáveis e proibições relativas, autorizáveis ou regra da razão.

As instituições de defesa da concorrência devem analisar caso a caso se a conduta tida proibida ou restritiva pode ser justificada pelos seus efeitos como pró-competitiva e fomentadora de eficiências. Incluem-se nas práticas permitidas por tais exceções: concentração econômica; determinados acordos verticais em condições não relacionadas com preços como representação territorial ou acordos de exclusividade; acordos que contribuem para o aumento da produção, qualidade e divulgação de produtos e serviços; desenvolvimento de pesquisas e tecnologia; e utilização de economias de escala.

Em alguns países os critérios e procedimentos estão estabelecidos em regulamentos ou precedentes judiciais, enquanto em outros países ficam a cargo da discricionariedade da instituição de defesa da concorrência. De qualquer forma, esses critérios e procedimentos podem variar de país para país.

Exceção feita ao Chile e ao Peru, as legislações dos países americanos contêm previsões para controlar a concentração econômica derivada de associações (*joint ventures*), fusões, aquisições ou incorporações de companhias, quando seus efeitos limitarem, prejudicarem ou impedirem a competição. Para essa finalidade o Brasil, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Jamaica, México, Venezuela e Argentina possuem regulamentos de controle de concentração baseados tanto na notificação prévia obrigatória ou voluntária para se verificar o grau de concentração e seus efeitos na competição.

As instituições de defesa da concorrência dos países americanos atuam como órgãos independentes ou agências na forma de comissões, como é o caso da Argentina, Brasil, Canadá, Costa Rica, Chile, Estados Unidos da América, Jamaica, México e Peru, ou na forma de superintendências, caso da Colômbia e da Venezuela. A distinção entre as comissões e as superintendências é que naquelas as decisões são tomadas por um colegiado, enquanto nestas a decisão é individual. Essas instituições possuem autonomia técnica e operacional na condução de investigações e processos e na decisão e efetivação da lei, e são assistidas por unidades técnicas ou secretarias.

De maneira geral, a função das instituições de defesa da concorrência é garantir o cumprimento das disposições referentes à competição. Por essa razão, na maioria dos países essas instituições detêm poderes para publicar medidas preventivas, e requerer testemunhos,

documentos ou informações relativas a agentes públicos ou privados, inclusive por meio de injunção ou requerimento perante o Judiciário.

Em todos os países os procedimentos para conduzir investigações e decidir casos de condutas anticoncorrenciais são administrativos ou judiciais e podem ser iniciados *ex officio* pela instituição responsável pela defesa da concorrência ou por requerimento de qualquer parte interessada. Cada legislação estabelece as instâncias, modalidades, evidências, sanções e prazos para decidir casos ou aprovações. No Uruguai está estipulado um procedimento arbitral para solucionar disputas entre competidores, iniciadas de atos anticoncorrenciais nos termos da lei.

As sanções previstas nas diferentes legislações são pecuniárias e criminais, administrativas ou judiciais, dependendo do órgão que aplica a lei. A maioria das legislações autoriza as instituições de defesa da concorrência a aplicarem multa para aqueles que cometam condutas anticoncorrenciais e a imponham compromissos de desempenho.

Por fim, cumpre ressaltar que, uma vez esgotados os procedimentos administrativos, está assegurado em todos os países americanos o direito de qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, rever os atos ou decisões da instituição de defesa da concorrência perante as Cortes, incluindo recursos aos Tribunais Superiores e à Suprema Corte de Justiça, respeitando-se a especificidade de cada país.

IV – A Política da Concorrência na ALCA

Para debater o tema da defesa da concorrência nas discussões da ALCA foi constituído um grupo de negociação específico denominado, em inglês, *Free Trade Area of the Americas Working Group on Competition Policy*.

O Brasil vem sendo representado nessas discussões pelo corpo técnico indicado pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Algumas definições já foram adotadas para os debates da política de concorrência na ALCA. O *princípio do devido processo* significa garantir processos justos, independentes e equitativos, diante de autoridades competentes e pré-estabelecidas, na observância das formalidades e garantias legais. Já o *princípio da transparência* significa que cada Estado disponibilizará

as leis, regulamentos, procedimentos e regras administrativas de aplicação geral em matéria concorrencial. Por fim, o *princípio da não-discriminação* significa o tratamento nacional e o tratamento da nação mais favorecida².

Por enquanto, nada está definido, contudo pode-se destacar alguns tópicos que estão em debate e poderão ser aprovados oportunamente, para que os participantes da ALCA assumam as obrigações no sentido de assegurar que os benefícios do processo de liberalização não sejam prejudicados por condutas anticoncorrenciais, conforme segue:

1 – Legislação em matéria de concorrência

Cada Estado adotará ou procurará adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional para combater condutas de agentes públicos ou privados contrárias à concorrência, para que se promova a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor, em observância aos princípios da não-discriminação, transparência e devido processo nos procedimentos administrativos ou judiciais, para a adoção de políticas de concorrência.

Fica assegurado o acesso, sem discriminação, de agentes físicos ou jurídicos a qualquer Estado, além de se promover o combate às condutas contrárias à concorrência que tenham como objetivo ou resultado limitar, restringir, falsear ou distorcer de qualquer forma a livre concorrência, e ao abuso de posição dominante que resulte ou possa resultar em prejuízo à eficiência econômica ou ao bem-estar dos consumidores.

Os países que integram a ALCA também acordão que as legislações e regulamentações nacionais ou sub-regionais proibam, ao menos: (i) os acordos ou esquemas anticoncorrenciais entre agentes na fixação de preços, restrição à produção, cartelização para licitações ou divisão de mercados; (ii) os abusos de uma empresa ou grupo de empresas com posição dominante

² O tratamento nacional em sua essência requer que qualquer Estado-parte não coloque os produtos ou serviços de outro Estado-parte em desvantagem competitiva em comparação aos seus próprios produtos ou serviços. Já o tratamento da nação mais favorecida implica que qualquer vantagem, facilidade, privilégio ou imunidade concedido por qualquer Estado-parte para qualquer produto originado ou destinado para qualquer outro Estado-parte deve ser consentido imediatamente e incondicionalmente para os produtos similares originados ou destinados aos territórios de todos os Estados-partes do acordo.

e que exerçam poder de mercado; e (iii) as concentrações, fusões ou aquisições que tenham efeitos anticoncorrenciais.

Contudo, poderão ser aceitos os acordos que: (i) atuem conforme ditames comerciais em harmonia com o interesse público e não prejudiquem a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores; (ii) não utilizem suas condições para que direta ou indiretamente procedam em condutas anticoncorrenciais em mercados outros do que aquele do Estado que o autorizou; e (iii) não sejam discriminatórios.

Qualquer exclusão ou exceção às normas concorrenciais nacionais ou sub-regionais deverão ser transparentes e revistas periodicamente pelo Estado ou entidade sub-regional, a fim de que se avalie sua necessidade para obter os objetivos fundamentais de sua política, excetuando-se os cartéis de exportação que não poderão ser aceitos.

Os países também se comprometem a assegurar, em conformidade com as disposições jurídicas nacionais ou sub-regionais: (i) o contraditório aos agentes sujeitos de imposição de sanção por violar sua lei de concorrência, além de uma revisão independente da eventual condenação; e (ii) a proteção das informações consideradas confidenciais obtidas em decorrência das investigações ou procedimentos.

2 - Políticas e condutas regulatórias, monopólios legais, acordos anticoncorrenciais, empresas do estado, auxílios estatais e acordos governamentais

Os países integrantes da ALCA deverão respeitar as políticas e condutas regulatórias e observar que sejam acordos que privilegiem a utilização de princípios reguladores pró-competitivos, em respeito aos princípios da transparência, não-discriminação e devido processo, além de evitar que seja limitado o acesso aos mercados ou de alguma forma menosprezadas as condições de concorrência na ALCA com a aplicação do critério da razoabilidade.

O acordo de concorrência da ALCA não poderá impedir que um Estado constitua ou mantenha um monopólio. Entretanto, quando esse monopólio possa afetar o interesse de agentes de outros países, deverá o Estado introduzir condições que minimizem ou eliminem qualquer anulação ou limitação aos benefícios da liberalização comercial no bloco. Cada Estado assegurará que qualquer monopólio privado ou governamental que ele tenha

permitido, ou venha a permitir, atue de forma compatível com o disposto nos *Capítulos de Compras do Setor Público e Acesso a Mercados*, bem como não utilize sua posição monopolística para práticas contrárias à concorrência nos mercados não monopolizados.

Nenhuma disposição do acordo da ALCA também será interpretada para impedir que um Estado mantenha ou estabeleça empresas estatais, na medida em que estejam sujeitas às normas nacional e sub-regional de promoção e defesa da concorrência.

Quanto aos auxílios estatais, os Estados se comprometem a estabelecer um prazo para negociar e determinar o tratamento de tais ajudas que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e que sejam suscetíveis de prejudicar o comércio entre os países da ALCA. Os acordos governamentais também ficam sujeitos às normas de política de defesa da concorrência.

3 – Disposições institucionais

Os Estados integrantes da ALCA se comprometem a estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades, em âmbito regional ou sub-regional, com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência nacionais ou sub-regionais, e advogar a favor de políticas que favoreçam a competição, diante seus próprios organismos governamentais, bem como jurisdicionar acerca de condutas que tenham ocorrido em seu território.

Cada Estado também deverá indicar um representante ou entidade para compor um Comitê a ser estabelecido na esfera da ALCA, que terá as seguintes funções: (i) monitorar os avanços na implementação da política de concorrência pelos Estados e entidades sub-regionais; (ii) promover a cooperação entre os Estados e entidades sub-regionais sobre política de concorrência; (iii) coordenar a assistência técnica; (iv) comunicar aos Estados notificações apresentadas por países acerca de suas respectivas políticas e condutas regulatórias, monopólios legais, acordos anticoncorrenciais, empresas do estado, auxílios estatais e acordos governamentais, bem como de mecanismos de cooperação; (v) estabelecer um plano básico para a realização dos exames conforme dispõe o *Mecanismo de Exame de Políticas de Concorrência* e a periodicidade dos mesmos; (vi) formular recomendações sobre a implementação na política de concorrência; e (vii) difundir e atualizar informações acerca da política de defesa da concorrência por meios eletrônicos.

Os Estados, reconhecendo o significado da transparência nas políticas de concorrência, estabelecem um *Mecanismo de Exame das Políticas de Concorrência*, que procederá no exame periódico das legislações, políticas e atividades no cumprimento das normas de concorrência.

4 – Mecanismos para a cooperação e intercâmbio de informação

Os países da ALCA, cientes da importância da cooperação entre as autoridades para a aplicação efetiva das normas de concorrência e do desenvolvimento de suas políticas no bloco, comprometem-se sempre que existir indícios de prática de conduta anticoncorrencial com impacto transfronteiriço trabalhar conjuntamente na investigação e adoção das medidas pertinentes.

Para a aplicação efetiva das relações de cooperação, os Estados reconhecem a importância de celebrar acordos ou convênios, atentando às notificações, intercâmbio de informações, consultas, considerar os interesses dos outros países da ALCA ao aplicar leis de defesa da concorrência (cortesia negativa) e um Estado que entenda que seu mercado esteja sendo prejudicado por prática que ocorra em outro Estado, e que tal conduta seja tida como infração concorrencial naquele Estado, solicitar a investigação e aplicação da lei (cortesia positiva).

5 – Consultas e soluções de controvérsia

Qualquer Estado, quando solicitado, responderá consulta acerca de matérias de defesa da concorrência e, no caso de controvérsias entre os Estados, essas serão dirimidas pelo *Mecanismo de Solução de Controvérsias da ALCA*. Não cabe ao Mecanismo questionar ou revisar decisões administrativas ou judiciais de cada Estado acerca da aplicação de sua legislação de defesa da concorrência, exceção feita às disposições de monopólios e empresas estatais.

6 – Assistência técnica

Os países se comprometem a trabalhar em conjunto nas atividades de assistência técnica relativas à adoção, aplicação e execução de normas e políticas de defesa da concorrência, incluindo o compartilhamento de experiências e

informações, capacitação de funcionários, participação dos mesmos em eventos do tema da política da concorrência e intercâmbio de pessoal.

7 – Período de transação

A adoção das normas de concorrência e a implementação das disposições institucionais, bem como o início efetivo para a aplicação dessas normas se dará num cronograma estabelecido pelos Estados, levando-se em conta as diferenças entre o estágio de desenvolvimento, o tamanho das economias e a situação dos países que não disponham de uma legislação de concorrência.

V - Conclusão: Uma Alternativa para Instigar o Debate acerca do Direito da Concorrência na ALCA

A ALCA ainda é algo que está em discussão, sua formação e a integração do Brasil e do Mercosul aos demais países do hemisfério é incerta, mas de qualquer forma, uma vez implementada, o Direito da Concorrência merece destaque nesse contexto. Para isso, são necessários profundos debates acerca deste tema que é item de negociação da ALCA.

Quando se está diante da liberalização do comércio e da entrada de novos agentes num determinado mercado, até então pouco competitivo, além de promover uma abertura adequada, garantidora da adaptação dos agentes tradicionais para a nova realidade de concorrência, deve-se proteger o mercado das infrações anticoncorrenciais que prejudicam o bem-estar econômico dos consumidores, por meio de legislações eficazes.

Na formação da ALCA, no item específico da política de concorrência, não está previsto a criação de um órgão supra-nacional para legislar a matéria, mas sim a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência dos países-participantes. Entretanto, dos 34 países que debatem a ALCA, apenas 13 dispõem de alguma legislação concorrencial.

Conforme apresentado neste artigo, cada Estado adotará ou procurará adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional, além de estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência. Cada país participante também deverá indicar um representante

ou entidade para compor um Comitê a ser estabelecido na esfera da ALCA que se ocupará especificamente do tema da defesa da concorrência.

Considerando a necessidade da cooperação entre as autoridades para a aplicação efetiva das normas de concorrência e do desenvolvimento de suas políticas no bloco, cada Estado fica comprometido sempre que existir indícios de prática de conduta anticoncorrencial com impacto transfronteiriço trabalhar conjuntamente na investigação e adoção das medidas pertinentes.

Os Países-membros para a efetiva aplicação das relações de cooperação, reconhecem a importância de celebrar acordos ou convênios, processar notificações, intercâmbio de informações, consultas e considerar os interesses dos outros países da ALCA ao aplicar leis de defesa da concorrência (cortesia negativa). O Estado que entenda esteja ocorrendo prejuízo ao seu mercado em decorrência de prática ocorrida em outro Estado, e que tal conduta seja tida como infração concorrencial naquele Estado, poderá solicitar a aplicação daquela legislação (cortesia positiva).

O princípio da *cortesia positiva* é um importante fundamento para a cooperação em defesa da concorrência e será de grande valia dentro da ALCA. Introduzido na economia mundial na década passada, a partir de acordos bilaterais entre os governos de alguns países, a finalidade desse princípio é lidar com megafusões entre empresas transnacionais e com condutas anticoncorrenciais de dimensões internacionais, diante da ausência de instrumentos multilaterais.

Os acordos de cortesia positiva geralmente apresentam o seguinte conteúdo: (i) notificações recíprocas e suficientemente detalhadas das investigações iniciadas por cada um dos países, sempre que possam afetar o interesse do outro signatário, tanto na prevenção (estrutura) quanto na repressão (condutas) de matéria concorrencial; (ii) visita mútua dos funcionários das agências de defesa da concorrência de um país ao outro durante o curso das investigações; (iii) auxílio na instrução processual com a localização de testemunhas, colheita de depoimentos e busca de evidências; e (iv) reuniões regulares entre as autoridades de defesa da concorrência para debater as respectivas políticas de concorrência e trocar informações sobre determinados setores da economia que despertam interesse recíproco.

Esses acordos permitem operacionalizar as políticas de concorrência entre os Estados e suas respectivas autoridades de defesa da concorrência, a fim de facilitar investigações de atos ou condutas extraterritoriais mas que produzam efeito no mercado local e representar maior efetividade no combate aos abusos praticados pelo poder econômico.

Dentre os acordos de cortesia positiva já assinados e que servem de exemplo, pode-se citar: Estados Unidos da América e União Européia; Estados Unidos da América e Canadá; e Austrália e Nova Zelândia.

Ocorre, entretanto, conforme já visto, que apenas 13 dos 34 países americanos possuem legislação de defesa da concorrência. Uma macro-análise permite concluir que a defesa da concorrência no Continente Americano é pouco consistente, tendo em vista o número de países que negociam a ALCA e não dispõem de legislação específica para a matéria. Evidentemente, a cortesia positiva teria uma utilização restrita.

Entretanto, deve-se atentar que um dos compromissos dos países-participantes da ALCA, em matéria concorrencial, é adotar ou procurar adotar leis ou regulamentos de defesa da concorrência, em âmbito nacional ou sub-regional, além de estabelecer ou manter uma autoridade ou autoridades com a responsabilidade e o poder para aplicar leis de concorrência.

A implementação de uma lei de defesa da concorrência e o seu desenvolvimento é um processo histórico que se desenvolve com o tempo, transformando a cultura da sociedade e criando e aprimorando instituições atuantes e eficazes para a aplicação dessa lei.

Em blocos regionais, o Direito da Concorrência se desenvolve a partir da harmonização das legislações nacionais dos Países-membros, e posteriormente na transformação da defesa comercial em defesa da concorrência.

Contudo, um bloco regional pode reunir Países-membros que estejam em diferentes estágios de evolução na defesa da concorrência. Por exemplo, enquanto um Estado dispõe de uma agência antitruste atuante na prevenção aos abusos do poder econômico, outro Estado sequer possui uma legislação concorrencial.

Nesta situação é perfeitamente aceitável que o país-membro atrasado em matéria concorrencial elimine alguns estágios da evolução do processo de formação de legislação e órgãos de defesa da concorrência e adote as determinações comuns do plano sub-regional. Assim, países de economia pequena e que integram um bloco poderiam realizar o controle preventivo em matéria concorrencial exclusivamente na esfera regional.

Uma vez consolidado o mercado comum, pode-se implantar um órgão de defesa da concorrência supra-nacional. Entretanto, cumpre lembrar que a proposta de negociação e implantação da ALCA não prevê a

institucionalização de órgãos supra-nacionais, que só são possíveis com a delegação da soberania dos Estados-partes.

Os países americanos que possuem legislação e instituições de defesa da concorrência e participam das discussões de formação da ALCA são: Argentina; Brasil; Canadá; Colômbia; Costa Rica; Chile; Estados Unidos da América; Jamaica; México; Panamá; Peru; Uruguai; e Venezuela. Outros países já estão estudando projetos de legislação de concorrência, são eles: Bolívia; El Salvador; Equador; Guatemala; Honduras; Nicarágua; República Dominicana; e Trinidad e Tobago. Ou seja, 13 países americanos já dispõem de legislação de defesa da concorrência, enquanto 8 países debatem a promulgação de uma lei.

Considerando que a superposição de fases é algo comum em países com experiência recente em defesa da concorrência e está estritamente relacionada ao processo de globalização econômica, pode-se sugerir o seguinte caminho para debates nas negociações da ALCA no que se refere à política da concorrência.

Os países-participantes da ALCA que já dispõem de legislações de defesa da concorrência cooperariam com os países que ainda não possuem, na elaboração de estudos e projetos para a implementação de tais legislações.

Primeiramente a cooperação se daria pela assistência técnica, com o treinamento e preparação da legislação de defesa da concorrência e, na seqüência, celebração de acordos de cooperação de primeira geração, a partir da ajuda recíproca em casos específicos e a troca de informações não-confidenciais. Finalmente, a realização de acordos de cooperação de segunda geração, com a cooperação sistemática entre as agências, inclusive com a troca de informações confidenciais.

Dividindo o hemisfério em quatro regiões tem-se: (i) *América do Norte* – com os Estados Unidos da América, Canadá e México dispendo de legislação de defesa da concorrência; (ii) *América Central* – com Costa Rica e Panamá dispendo de legislação de defesa da concorrência, e El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua em estudos para a implantação da legislação; (iii) *Caribe* – apenas com a Jamaica dispendo de legislação de defesa da concorrência, e República Dominicana e Trinidad e Tobago em estudos para a implantação da legislação; e (iv) *América do Sul* – com Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, Peru, Uruguai e Venezuela já dispendo de legislação de defesa da concorrência, e Bolívia e Equador em estudos para a implantação da legislação.

Com essa divisão, pode-se fazer uma subdivisão, ligando cada país aos países a que já esteja ligado por acordos comerciais regionais. Assim o mapa do hemisfério ficaria dividido em NAFTA; MCCA; CARICOM; CAN e MERCOSUL.

O NAFTA não teria maiores trabalhos, já que todos os seus integrantes já possuem legislação de defesa da concorrência.

No MCCA, que abrange Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Honduras, a Costa Rica que já dispõe de legislação de defesa da concorrência poderia auxiliar El Salvador, Guatemala e Honduras que já integram o MCCA e estão estudando a implantação de legislação de concorrência, bem como a Nicarágua que também já estuda a implantação da lei. Fora isso, poderiam estender a consolidação de legislação e autoridades de defesa da concorrência por toda a região, o que abrangeria o Panamá, que já dispõe de lei e auxiliaria na implantação do projeto na região, e Belize.

O CARICOM, que reúne 13 países caribenhos, seria outra região, onde a Jamaica já possui legislação de defesa da concorrência e República Dominicana e Trinidad e Tobago encontram-se em processo de estudo para implantação da legislação. A Jamaica, além de auxiliar a República Dominicana e Trinidad e Tobago, conduziria o processo para o Haiti, Antígua e Barbuda, Dominica, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Barbados, Granada, Bahamas e São Cristóvão e Nevis.

A CAN é integrada pela Venezuela, Colômbia e Peru, que já dispõem de legislação em defesa da concorrência, e Equador e Bolívia que já estão em estudos para a implantação de legislação, e constituiria outra região, estendendo esse processo para a Guiana e o Suriname.

Por fim o MERCOSUL, apenas faltando a implantação de legislação de defesa da concorrência no Paraguai, mas que poderia até mesmo ser suprimida, adotando-se as determinações comuns do plano sub-regional, com a implementação definitiva do Protocolo de Fortaleza para cuidar da defesa concorrencial em âmbito regional. O Chile, egresso do Pacto Andino, atual CAN, e em que pese seu acordo bilateral com os EUA, por uma questão geopolítica poderia se integrar à região do MERCOSUL.

Desta forma, num primeiro momento teriam cinco sub-regiões dentro da ALCA analisando questões de defesa da concorrência, que teriam força ainda maior na prevenção e repressão aos abusos do poder econômico com a celebração de acordos de cortesia positiva entre essas regiões.

A etapa seguinte seria a integração dessas regiões, inicialmente MERCOSUL e CAN, constituindo o AMERCOSUL, e MCCA e CARICOM, constituindo o MERCONORTE.

O estágio conclusivo da política da concorrência na integração hemisférica seria a criação de um órgão de defesa da concorrência supranacional para analisar a matéria em toda a ALCA, com características similares ao que ocorre na União Européia. Certo é que no atual estágio das negociações da ALCA não está prevista a delegação da soberania dos Estados-partes, o que inviabiliza um “Tribunal da ALCA para Defesa da Concorrência”. Contudo, os debates e a proposta de implantação da ALCA podem sofrer modificações que venham a permitir a constituição de um órgão supra-nacional.

VI - Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. *Relações Internacionais e sua Construção Jurídica: aspectos históricos, jurídicos e sociais*. São Paulo: FTD, 1998. (Coleção juristas da atualidade. Série ALCA; v. 1)
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- *Atlas Geográfico Mundial*. 2ª ed. São Paulo: Folha da Manhã, 1994.
- BAGNOLI, Vicente. *O Direito da Concorrência e sua Aplicação na Área de Livre Comércio das Américas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2003.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e o seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR, 1994.
- CINTRA, Marcos e CARDIM, Carlos Henrique (organizadores). *O Brasil e a Alca: seminário*. prefácio Aécio Neves. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.
- HIRST, Paul e THOMPSON, Grahame. *Globalização em Questão*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CASSOTTANA, Marco e POGGI, Emanuele. *Il Codice della Concorrenza: normativa nazionale e comunitaria*. 2ª ed. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2002.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- JAKOBSEN, Kjeld; MARTINS, Renato. *ALCA: Quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ONUKI, Janina. *Relações Internacionais e sua Construção Jurídica: a ALCA e os interesses nacionais*. São Paulo: FTD, 1998. (Coleção juristas da atualidade. Série ALCA; v. 3)
- RATTNER, Henrique. *Mercosul e ALCA: O Futuro Incerto dos Países Sul-Americanos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- Revista Direito Mackenzie. ano 3, nº. 2. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.
- STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. Max Limonad: São Paulo, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4ª ed. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. (tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa)
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. (tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa)

Sites na internet

- ALCA (Área de Livre Comércio das Américas)
www.ftaa-alca.org
- IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo) www.ibrac.org.br
- Ministério das Relações Exteriores

www.mre.gov.br

- UE / DG-4 (União Européia / Comissão de Concorrência) <http://europa.eu.int/comm/competition>

- WTO-OMC (Organização Mundial do Comércio) www.gatt.org

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 instituam 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.

⁹Na 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 instituída 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

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 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

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.

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.

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 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

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,

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.

¹³ 1931: Departamento de Aeronáutica Civil (DAC)

inclusive aqueles criados no período democrático, já na vigência da Constituição de 1946¹⁴.

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.

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)

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

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.

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.

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 norte-americana 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

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.

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

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.

¹⁷PERRY 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.

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 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.

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.

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 cumpriram 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 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

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.

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.

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.

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 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.

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, 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 HELY 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.

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 dotado de autonomia, de independência de ação administrativa nos limites da Lei, atributos mantidos pelo legislador ao editar o Decreto-lei 200/67²⁵, os

(...) 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 ilegitimamente, 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.

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 prin-

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.

1. 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 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.

cialmente 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.

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.

1.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.

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 n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências.”

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

1.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

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.

²⁸ Escrivendo 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 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.

1. 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, 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

²⁹ Artigo 26, da Constituição Federal.

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.

1. 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”,

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 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 tranqüilamente 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.

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 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

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.

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

³³Como 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 costituzioni 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.

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.

1. 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.

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.

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.

1.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,

³⁶ Artigo 76, da Constituição Federal.

³⁷ Artigo 82, da Constituição Federal.

é o agente administrativo ou o parlamentar, eleito pelo povo, desatender à Lei,³⁸ votada por representantes do povo, por ele também eleitos.

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 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).

NOTA 1 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.

NOTA 2 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

Conclusão

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

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.

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.

ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO E BARREIRAS À LIVRE CONCORRÊNCIA

Eduardo Molan Gaban¹

1. Introdução

No final do ano de 2001, a Academia Sueca de Ciências comunicou a concessão do prêmio Nobel de Economia daquele ano para os Professores George A. Akerlof, Michael Spence e Joseph E. Stiglitz por suas contribuições ao estudo das relações de mercado, feitas sob a premissa da posse assimétrica de informações entre os agentes econômicos envolvidos. Os trabalhos desenvolvidos pelos economistas possuem grande relevância a diversas áreas como a educação, a saúde, o desemprego e representa, sobretudo, um marco à atividade regulatória setorial dos Estados e à defesa da concorrência.

O reconhecimento da premissa de existência de informações assimétricas na maior parte dos mercados trouxe alterações estruturais aos modelos econômicos adotados como premissas lógico-analíticas para desenvolvimento de estratégias de atuação privada ou governamental.

Em busca da consecução do equilíbrio do mercado, o Estado (em sua acepção funcional contemporânea) pode se valer de duas estratégias: (i) o estabelecimento de um regime de competição, ou, livre concorrência, em setores que não haja presença de “falhas” de mercado, representadas sobretudo pela presença de *monopólios naturais*, excessivo grau de *concentração econômica* e presença excessiva de *assimetria de informação*; e de outro, (ii) pelo estabelecimento de uma regulação setorial naqueles mercados em se constate tais “falhas” e/ou nos quais se objetive alvedrios não atingidos/atingíveis pelo “simples” estabelecimento de regimes competitivos.²

¹ Advogado, atua em defesa da concorrência, mestrando em Direito do Estado / Direito Constitucional na PUC-SP.

² Segundo os economistas Bill Baker e Sophie Trémolet, ambos membros do Grupo Private Sector and Infrastructure Network do Banco Mundial, a regulação, em princípio, pode ser justificada pelas (i) “falhas” de mercado (representadas, v.g., pelo poder de mercado [excessivo, chegando ao ápice nos casos de monopólios naturais] e pela divisão/distribuição imperfeita de informações) e/ou pela (ii) busca de efeitos benéficos à sociedade, como a redução de doenças e da poluição, a consignação de políticas públicas e políticas distributivas. Para eles, por exemplo, alguns serviços de infra-estrutura possuem caracte-

Mister se faz que a assimetria de informação, assim, configura não só uma “falha” nas estruturas de mercado que demanda atuação regulatória setorial, mas também, é um fenômeno que apresenta consideráveis reflexos na competição entre agentes econômicos, inseridos em mercados sob o regime de livre competição.

Procuraremos explorar, no presente trabalho, em linhas gerais, conceitos do fenômeno da assimetria de informações, bem como alguns de seus principais efeitos gerados na economia e nos mercados competitivos, concluindo com a análise rápida de dois casos de assimetria de informações com reflexos na competição compreendidos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

2. Assimetria de Informação

A *assimetria de informação*, como brevemente mencionada, representa uma das “falhas” verificadas nas estruturas de mercado que demandam atuação do Estado como regulador, bem como um fenômeno concorrencialmente relevante. Mas, o que é assimetria de informação? Em que medida atua no mercado? Antes mesmo de representar um fenômeno que acomete o mercado, limitando-o de tal forma a demandar a atuação positiva do Estado, para efeitos de *eficiência econômica e bem estar social*, cremos que a assimetria de informação representa um fenômeno de comunicação.

Para haver comunicação (*lato sensu*), ou seja, troca de informações ou até mesmo de dados entre dois sujeitos, é preciso que haja entre eles uma correspondência mínima de *repertórios*³, supondo valerem-se os dois de

rísticas de monopólio natural, tanto por possuírem significativas economias de escala, em que é mais econômica a presença de uma rede a duas, quanto por possuírem significativas economias de escopo, em que a coordenação de fatores de produção é mais barata dentro de uma mesma organização industrial do que sua distribuição, mediante a utilização de preços de transferências, a duas ou mais organizações.

³ “Para que haja uma transmissão efetiva de mensagem, é necessário ocorrer uma correspondência entre o repertório do emissor e o repertório do destinatário da mensagem. Esclarecendo, tomemos por conceito inicial de repertório o conjunto de elementos que possuem significado para o usuário de um sistema de comunicação. O repertório é o conjunto de signos conhecidos ou assimilados por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos, uma espécie de estoque de experiências, fixados por determinado código.” In A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática, 2º. Relatório Final de Iniciação Científica apresentado à FAPESP, p.10.

códigos idênticos ou até congêneres. E que, uma relação de comunicação pode ser estabelecida de forma *simétrica* e *complementar*⁴, de modo que, no caso desta última, um dos participantes do processo de comunicação exerce ou pode exercer *poder* sobre o outro.⁵

Em outras palavras, para que haja a comunicação, é imprescindível, dentre outros elementos de ordem estrutural, a presença do “bit”⁶ informacional, viabilizado pela correspondência mínima entre os repertórios dos participantes da troca de mensagens. Verificando-se a presença (a) do “bit”, (b) do canal e (c) do envio de mensagens, pressupõe-se a comunicação, porém ainda não se sabe se sua natureza é simétrica ou complementar. Por vezes, a natureza do processo de comunicação é preestabelecida, como é o caso da linguagem normativa do direito-positivo, cuja predominância é da complementaridade⁷.

Todavia, em processos cuja natureza não seja preestabelecida, vislumbrando-se na esfera de *probabilidades* os resultados (“*feedbacks*”) da interação, como é o caso da linguagem econômica⁸, temos que voltar nossas atenções a detalhes do processo, aos efeitos da interação, ou às suas

⁴ “(...) a interação simétrica é caracterizada pela igualdade e a minimização da diferença; a interação complementar baseia-se na maximização da diferença.” In Pragmática da comunicação humana, p.63.

⁵ In A efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática, 1º. Relatório Final de Iniciação Científica apresentado à FAPESP, p.49.

⁶ “BIT. Na teoria da comunicação, o bit é a unidade de da quantidade de informação. O termo ‘bit’ (diz-se também ‘binit’) é uma abreviação da expressão inglesa ‘binary digit’. Os dados, nos sistemas de informação mecânica e eletrônica, como o computador, são representados somente por dois estados possíveis; é portanto uma notação binária que se emprega para ilustrar essas indicações (...) Se se considera um código, ou sistema de signos, suscetível de servir de base à transmissão de uma mensagem, esse código, comportando dois sinais possíveis, ambos igualmente prováveis, (0 e 1, p. ex.), tem a capacidade de um bit cada vez que é utilizado (...)” in Jean Dubois e outros. Utilizamos assim o termo bit com o significado de possibilidade de escolha binária revestida de conteúdo informacional.

⁷ “(...) o direito caracteriza-se como um discurso eminentemente complementar, uma vez que não possibilita o diálogo em sua completude, pois estabelece unidirecionalmente, através de seu cometimento, a forma pela qual devem se comportar seus endereçados (...)” in A efetividade da norma jurídica (...), p.21.

⁸ De forma diversa da linguagem do direito, que prescreve condutas e vincula resultados, a economia se estabelece, com maior rigor, no âmbito descritivo (para com a realidade), apresentando maior grau de imprevisibilidade e menor grau de vinculação comparada ao direito, enquanto ordenamento jurídico.

probabilidades, para que possamos identifica-la. Assim, um fator marcante à identificação da natureza da relação de comunicação é o equilíbrio ou não dos repertórios dos sujeitos da comunicação. Tomando para tanto a noção de *equilíbrio de conteúdo informacional*⁹, ou seja, se são semelhantes em conteúdo informacional ou se um deles possui um conteúdo informacional demasiadamente superior ao do outro.

Caso haja um equilíbrio de repertórios, é grande a probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de simetria. Entretanto, caso haja desequilíbrio de repertórios, há maior probabilidade da comunicação estabelecer-se em patamares de complementaridade, ou seja, de uma das partes exercer poder sobre a determinação do comportamento da outra.

Desse modo, temos que uma acentuada diferença de repertórios, sobretudo no aspecto conteúdo¹⁰, pode desvirtuar a natureza de uma comunicação, de modo a converter uma relação cuja normalidade repouse na simetria (igualdade de posições) à complementaridade. Restando uma das partes sobreposta à outra em *poder de informação*, é potencialmente hábil a abusar da sua posição de sumo “detentor” de informação em detrimento da outra parte. Assim, *v.g.*, no caso de uma simples relação comercial de compra e venda de bens, algo que poderia resultar em uma troca de ônus e bônus, poderá resultar em abuso por parte de um dos sujeitos da relação.

Assim, a assimetria de informação pode ser representada por uma *assimetria* ou *desequilíbrio de conteúdo* de repertórios, em que um dos agentes do processo de comunicação detém maiores informações (em termos de conteúdo e qualidade) que os demais agentes. Tendo por certo que tal desequilíbrio pode resultar em desequilíbrio da capacidade de barganha e sobreposição de interesses numa relação entre dois sujeitos em torno de bens e/ou valores. Situação essa que se amplia demasiadamente na medida em que se ampliam poder econômico e poder de mercado.

Análoga à definição de assimetria de informação, com base na teoria da informação, encontramos a definição de Stiglitz com base na teoria econômica, a saber:

⁹ Informações compreendidas e incorporadas nos repertórios dos sujeitos.

¹⁰ Partindo da premissa que, em visão ampla e simplificada, numa linguagem estão presentes aspectos de estrutura e de conteúdo, tal como na escrita a sintaxe e semântica, temos que o aspecto conteúdo expressa-se em informações já consolidadas e informações novas e inteligíveis, hábeis a crescer, globalmente, o repertório do receptor (ouvinte).

“Asymmetric information is a situation in which economic agents involved in a transaction have different information, as when a private motorcycle seller has more detailed information about its quality than the prospective purchaser, or an employee will know more about their ability than their employer. Information that is distributed asymmetrically between economic agents can be categorized as *ex ante*, pre-contractual of the transaction, or *ex post*, post-contractual of the transaction, that influence economic behavior and operation of the market.”¹¹ (destacamos).

Em interessante e recente tese de doutoramento, o Prof. Fábio Gallo Garcia, da Fundação Getúlio Vargas – EAESP, afirma que a ciência econômica se ocupa primordialmente do estudo do uso dos recursos limitados para obtenção de máxima satisfação material, tendo-se em conta que a distribuição de tais recursos se dá pelo envolvimento de agentes em transações as mais diferenciadas. Por sua vez, essas transações de mercado são explicadas em modelos microeconômicos que detalham mercados individuais.¹²

Grande parte desse detalhamento teórico, partiu do pressuposto crítico de que os agentes detinham total informação sobre os bens e serviços que estavam negociando. Ou seja, basearam-se na simetria e perfeição de informações, distanciando-se das situações presentes na realidade, “servindo antes de marcos teóricos para a compreensão de realidades complexas”.

“De fato, os mercados trabalham com informações imperfeitas porque as informações são custosas ou impossíveis de ser obtidas. Ademais, como pontuam VARIAN (1990) e STIGLITZ (1993), esses desvios informacionais dos mercados podem estar relacionados a uma ou às duas pontas envolvidas nas transações que se realizem correntemente na economia.”¹³

Com base nesse conceito microeconômico, Fábio Gallo Garcia definiu a assimetria informacional com sendo a situação em que ao menos um dos agentes envolvidos em transações econômicas específicas é melhor informado do que as outras partes envolvidas. Além disso, ressalta, define-se comumente duas formas de assimetria informacional, a saber, a *ex-ante* (pré-evento) e a *ex-post* (pós-evento).

¹¹ In Economics, p. 450.

¹² In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.25.

¹³ Ibid., p.26.

Mantendo-se no campo das definições, o autor lembra que a forma de assimetria informacional *ex-ante* está relacionada ao conceito de “seleção adversa”, enquanto a forma *ex-post* traz o conceito de “risco moral”.

Adiantando, a “seleção adversa” traz a idéia de que um agente econômico envolvido em uma transação comercial qualquer conhece algo sobre as suas próprias características que a outra parte (o outro agente) desconhece. Esse conceito é representado pelo problema de “informação escondida” no mercado, tendo sido bem explorado por Akerlof (1970), em estudo realizado no mercado de carros usados nos EUA.

O “risco moral” caracteriza-se por situações em que determinado agente, de posse de uma informação privada, toma atitudes que podem afetar negativamente o outro agente. “Esse tipo de problema é típico do mercado de locação de veículos; exemplos surgem naquelas situações em que os motoristas dirigem com menos cuidado pelo fato do veículo estar totalmente segurado.”¹⁴ O problema de “risco moral” é também representado por um problema de “atitude escondida”, visto que diversas seriam as situações em que um dos lados envolvidos em determinada operação não poderia observar as atitudes da outra.

Temos assim que, unindo o conceito da teoria da informação ao conceito econômico, este desequilíbrio de repertórios entre os agentes de um processo de comunicação (assimetria de informação) projeta-se nas relações dos agentes de mercado, de modo que passa a influir de maneira marcante no regime de competição nos/dos mercados, chegando até a demandar intervenção (*indutiva e/ou pró-ativa*) do Estado para proporcionar o equilíbrio do setor.

3. Reflexos no modelo econômico de “mercado perfeitamente competitivo”

O primeiro impacto da assunção da existência de informações assimétricas nas realidades dos diferentes mercados resultou na reestruturação de modelos econômicos, como é o caso do modelo do mercado com regime de “concorrência perfeita”. Adotando as palavras do jurista e ex-Conselheiro do CADE, Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca, podemos observar como se cristaliza o modelo de concorrência perfeita:

¹⁴ Ibid., p.27.

“(…) a concorrência perfeita pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe-se que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (atomicidade) e que a atuação individual de um deles na fixação de preços de seus produtos não consiga afetar de maneira substancial a formação de preços dos bens. Pressupõe ainda a *fluidez*, pois que todos os concorrentes teriam pleno conhecimento da intenção e da forma de atuação de todos os outros, e consequentemente podem determinar com toda liberdade a quantidade e qualidade da oferta e da procura e, ainda, podem livremente entrar no mercado ou dele sair. A fluidez traz consigo o requisito da informação, que, sendo correta, clara e transparente, é o fruto opimo da lealdade (“fairness”). Pressupõe também que haja uma *homogeneidade do produto* e uma formação de preços absolutamente isenta de qualquer influência desigualadora. A homogeneidade não significa igualdade de produtos, mas sobretudo tem como característica a *substitibilidade*.”¹⁵ (destacamos).

Acostumados normalmente a utilizar como parâmetro de análise de impacto na concorrência real de setores da economia o modelo econômico da “concorrência perfeita”, estudiosos, notadamente economistas, supunham viger nesse modelo situações de perfeita troca e posse de informações, isto é, supunham haver perfeito equilíbrio de informação entre os agentes de mercado. Em contrapartida, incorporando o fator “informação assimétrica” aos modelos econômicos, estudiosos têm tido um imenso trabalho em preencher a lacuna verificada entre a realidade dos mercados e a realidade descrita no modelo de “concorrência perfeita” com informações perfeitas e simétricas.

É o que extraímos das lições de Stiglitz, Akerlof e Spence, cujas crenças condizem com uma realidade repleta de *informações imperfeitas*, verificadas em vários graus a irradiar uma série de efeitos nas relações entre agentes econômicos, demandando atuação governamental. Para eles, menos que a informação perfeita suposta tradicionalmente no modelo de concorrência perfeita, temos informação imperfeita.

“By incorporating imperfect information into their models of the economy, economists have come along way in closing the gap between the real world and the world depicted by the perfect competition, perfect model (...).”¹⁶

¹⁵ In Lei de proteção da concorrência – comentários à legislação antitruste, p.4.

¹⁶ In Economics, p.493.

Explicando a terminologia utilizada por Stiglitz, entendemos que, ao empregar o termo *informação imperfeita* quer significar (i) ora a simples desigualdade de repertórios entre os agentes do processo de comunicação e, outrora, (ii) a detenção de dados equivocados da realidade das variáveis e fatores dos mercados. Assim, temos a *informação imperfeita* como gênero e a *assimetria de informação* (repertórios) e *informação equivocada* como espécies.

Adotamos, em contrapartida, o termo *assimetria de informação* para significar tanto o desequilíbrio de repertórios quanto a detenção de dados equivocados da realidade, isto é, enquanto sinônimo do termo *informações imperfeitas*, pois, seja pela incompletude ou pela equivocidade, a informação será imperfeita, resultando em última análise, numa visão relacional, em assimetria de informação.

Mas, o simples fato de indivíduos e firmas não serem perfeitamente bem informados, por si só, não reflete a crítica ao modelo competitivo (da concorrência perfeita), tal como o fato dos mercados não serem perfeitamente competitivos não fundamenta, de igual maneira, a crítica ao referido modelo. Não configuram argumentos necessários para que descartemos o modelo.

Indaga-se: *há algum importante fenômeno econômico que pode unicamente ser explicado pela presença de informações imperfeitas? Há importantes previsões do modelo que são incorretas, como pressupostos de firmas e consumidores bem informados? Há, em outras palavras, instâncias relevantes em que o modelo torna-se incompleto ou desvirtuado?* Acrescenta-se que após as duas últimas décadas, economistas passaram a acreditar que a resposta a tais indagações é afirmativa.¹⁷

4. A teoria da seleção adversa

Comentando o mercado de carros usados nos EUA, George Akerlof, Professor da Universidade Berkeley, Califórnia, encontrou uma explicação simples para o fenômeno da depreciação do valor (redução do preço) de

¹⁷ “The question is: are there important economic phenomena that can be only explained by taking into account these imperfections of information? Are there important predictions of the model that are incorrect, as a result of assumptions concerning well-informed consumers and firms? Are there, in other words, important instances in which the model is either incomplete or misleading? (...) over the past two decades, economists have come to believe that the answer to these questions is yes.” Ibid., p.495.

carros usados com relação aos carros novos, com base na *imperfeição das informações*. A essa teoria, denominou *seleção adversa*.

Para ele, uns carros são piores que os demais. Neles, pode haver defeitos ocultos, os quais são desvendados por seus primeiros possuidores, apenas após a aquisição do veículo, ou, na terminologia de Stiglitz e Takor¹⁸, *ex-post* contrato. Atribuiu-se a tais carros defeituosos o apelido de “limões”; com a natureza refletida no pensamento dos proprietários através do enunciado: “algo no veículo não anda bem, e pode piorar”. Prosseguindo, revela que enquanto garantias reduzem o custo de possuir um “limão”, não eliminam o problema que perfaz sua natureza de “limão”, de modo que seu proprietário fica cada vez mais *ansioso* para vendê-lo, pois, mesmo com a presença de termo de garantia, sabe que, provavelmente, em algum momento o “limão” vai quebrar de vez.¹⁹

Os possuidores/donos dos “limões” sabem que não foram bem sucedidos em sua aquisição e querem “passa-los” (vendê-los) para outros proprietários. A qualquer preço, aqueles que possuem os piores “limões” têm ansiedade por vendê-los rapidamente. Como o preço cai, por consequência do grande movimento de venda de “limões”, aqueles que tem os carros usados em melhor estado que típicos “limões”, decidem que é melhor permanecer

¹⁸ “TAKOR (1993) explica que a informação é assimétrica quando as partes que estão transacionando em torno de determinado contrato não são igualmente informadas, tanto ex-ante como ex-post. Por exemplo: uma pessoa que pretenda assinar um contrato de seguro de vida sabe muito mais sobre sua própria vida e saúde do que a companhia de seguros. Portanto, ela é privilegiada na medida que possui ex-ante informação superior. Outro exemplo é dado pela situação de uma empresa que desvia parte de seu fluxo de caixa operacional para outras atividades sem que isso seja observado pelo agente financiador, o que confere a essa situação o status de informação superior ex-post.” Apud, Verificação da existência de assimetria de informação no processo de (...), p.16.

¹⁹ “Some cars are worse than others. They have hidden defects, which become apparent to the owner only after she has owned the car for a while. Such defective cars are called lemons; one thing another seems to go wrong with them. While warranties may reduce the coast of having 0a lemon, they do not eliminate the bother – the time it takes to bring the car into the shop, the anxiety of knowing that with any long-term use, there is a good chance of break down. (...) As the price falls, those with least bad cars decide it is worth keeping their car rather than selling it. That means that the average quality of those still being offerd in the market is lowered. We say that there is an adverse selection effect as the price falls: the mix of those who elect to sell changes adverselly as price falls.” Apud, Ibid., p.497.

com os veículos a vendê-los a preços tão reduzidos. Isto significa que a *qualidade média* daqueles ainda oferecidos no mercado é reduzida.

Segundo Akerlof, num *efeito de seleção adversa* conforme o preço cai: o *mix* daqueles que optam por vender diminui proporcionalmente. Isto quer dizer que a qualidade da oferta diminui à medida da redução do preço. A razão para este tipo de movimento do mercado repousa na assertiva geral de que à medida que o preço aumenta, a qualidade aumenta, tendo-se por certo que o comportamento da demanda não se fixa apenas por preço, mas também por qualidade (“valor” do bem para o mercado). De forma proporcional, à medida que o preço cai, a qualidade dos produtos deteriora-se rapidamente, reduzindo-se, como o preço, a demanda por quantidade, posto que os consumidores/clientes não estarão dispostos a gastar com produtos de baixa qualidade.²⁰

Na seqüência dos preceitos de Akerlof, no exemplo particular do mercado de carros usados nos EUA, notamos a presença de *informações assimétricas* na relação entre *vendedores e compradores* de carros. Ou seja, os vendedores de carros têm *mais* informações sobre seus produtos que os compradores. Muitos mercados são caracterizados por assimetrias de informação em um dos pólos da relação, ou até mesmo nos dois pólos, e têm como consequência sua relativa redução do número de compradores e vendedores, em comparação a mercados revestidos de maior riqueza (difusão) informacional.

O crescimento do grau de assimetria de informações nas relações entre os agentes de mercado pode acarretar seu enfraquecimento e até mesmo seu desaparecimento. Economistas usam do termo “*thin*” (delgado) para descrever mercados nos quais esteja presente um número relativamente pequeno de compradores e vendedores. Outrossim, em algumas ocasiões, um mercado pode ser tão delgado que é tido por inexistente; ao qual atribui-se o adjetivo “*incompleto*”.²¹

²⁰ “The reason for this is that as the price increases, the average quality increases. And demand depends not just on price but on quality – on the ‘value’ being offered on the market. If, as price falls, quality deteriorates rapidly, then the quantity demanded will actually fall as price falls – consumers are getting less for their dollars.” (sic.) Ibid., p.498.

²¹ “One of the consequences of asymmetric information is that there may be relatively few buyers and sellers, far fewer than there would be with perfect information. Economists use the term thin to describe markets in which there are relatively few buyers and sellers. In some situations, a market may be so thin as to be essentially nonexistent; economists call such a market incomplete.” (sic.), Ibid., mesma p.

A *falta* ou *imperfeição* de informações de parte dos agentes de mercado, como vimos no exemplo do mercado de carros usados, utilizado pelo Prof. Akerlof para aplicar sua teoria da *seleção adversa*, atinge de modo contundente as noções de *preço* e *qualidade* (enquanto sinais de mercado). Ou seja, as noções de preço e qualidade restam, para clientes e consumidores, distorcidas. Passando a haver confusão quanto ao valor de mercado do bem, resultando tal obscurecimento na atribuição de maior valor informacional ao fator preço, pois a qualidade é uma informação que permanece com os vendedores.

Sabe-se que o mercado de carros usados (tanto nos EUA quanto no Brasil) não é composto inteiramente por “limões”, havendo, de outra feita, carros usados de boa qualidade. Todavia, devido à acentuada assimetria de informações por parte da maioria daqueles que desejam *compra-los*, a assertiva da boa qualidade dos carros usados não tem efeitos práticos na relação direta entre compradores e vendedores.

Da mesma forma, aqueles que desejam *vender* bens e serviços, num ambiente de assimetria de informações, apresentarão posturas diferenciadas quanto às suas estratégias competitivas, pois tiveram a noção da demanda distorcida em decorrência da imperfeição informacional.

Em mercados sob regime de competição, as normas de defesa da concorrência poderão estabelecer limites à *assimetria de informação* presente entre agentes econômicos, com vistas a preservar a competitividade no mercado. Situação que deve ser revista em mercados com “falhas” estruturais, ou naqueles em que a competição não resulte informação suficiente ao consumidor.

5. Sinalização/equilíbrio artificial de informação

Nos trilhos do exemplo do setor de carros usados, em que encontramos a presença de assimetria de informações tanto na noção da oferta, notadamente no aspecto de qualidade, quanto na noção da demanda, bem como lembrando a assertiva econômica dos “*thin-market*” e “*incomplete-market*”, em razão da elevação do grau de assimetria de informação, podemos concluir que mercados deste gênero necessitam de mecanismos intermediários com funções de equilibrar as informações entre seus agentes, para que tenham efetivamente relações de mercado, não deixando com que este último padeça à inexistência. “*Brokers*”, *sinalização de qualidade*, *publicidade e propaganda* representam mecanismos hábeis a reduzir e até mesmo sanar assimetrias de informação em mercados aptos ao regime de competição.

Conforme a revista norte-americana *Consumer Reports*²², um “*broker*” (ou agente, corretor, intermediário) é aquele que arranja contratos entre duas partes. De tempos antigos, notamos a presença de “*brokers*”, por exemplo, em questões matrimoniais, mercado de ações e mercado de automóveis (tanto novos quanto usados). O trabalho do “*broker*” só existe em decorrência das imperfeições de informação. Mas, por que as pessoas não buscam as informações e não realizam diretamente os negócios, *v.g.*, para arrumar um cônjuge, para comprar ações ou carros? O problema mais óbvio é que há, nos mercados, muitas e diferentes variáveis disponíveis, sendo que, gasta-se muito em tempo, energia e dinheiro para se coletar as principais informações e tomar uma decisão bem informada.²³

Outro mecanismo voltado a sanar a informação é a *sinalização de qualidade* do produto. Através dela, clientes e consumidores poderão creditar qualidade ao produto ou serviço, antes mesmo de adquiri-los (auta na noção *ex-ante*). Isto é, através da sinalização de qualidade, as firmas podem atrair mais os consumidores e clientes expressando a oferta de produtos e serviços de melhor qualidade.

Há uma premissa básica que norteia a sinalização de qualidade: “ações falam mais alto que palavras”²⁴. Dessa forma, depreendemos que a sinalização de qualidade é efetivada por *ações* das firmas cujo objetivo é atribuir noção de qualidade e credibilidade aos seus produtos, como conferir garantias relativamente extensas aos usuários dos produtos ou serviços e/ou relacioná-los a marcas munidas de “reputação” no mercado.

Ainda, a reputação tem um papel extremamente importante na promoção de incentivos nas economias de mercado. Representa na verdade uma forma de garantia e faz com que as firmas estabeleçam um compromisso de qualidade para com os clientes e consumidores.

Demais disso, numa visão complementar do fator *reputação*, crê-se que os mercados com informações imperfeitas diferem-se dos mercados

²² “A better way to buy a car?”, *Consumer Reports*, September 1989, Apud, Joseph E. Stiglitz, in *Economics*, p.501.

²³ “In every case, though, a broker is someone whose job exists only because of imperfect information. (...) The obvious problem is that many different variables are available, and it costs time and energy and money to collect the information to make an informed decision.” *Economics*, p.501.

²⁴ “There is a simple principle: actions speak louder than words.” (sic.), *Ibid.*, p.498.

com informações “perfeitas” (simétricas) pelos efeitos da competição no estabelecimento do preço dos “bens”. Nos mercados competitivos com informações “perfeitas”, a concorrência dirige os preços ao custo marginal, ao passo que, nos mercados em que a qualidade é mantida de acordo com mecanismo de *reputação*, sendo competitivos ou não, o preço deve permanecer acima do custo marginal.²⁵

Ainda no aspecto da *reputação*, temos que, enquanto o mecanismo da reputação opera no sentido de manter os preços acima dos custos, sendo competitivo ou não, nos mercados em que a reputação seja importante a concorrência é freqüentemente bastante imperfeita. Assim, a necessidade de estabelecer *reputação* age como importante *barreira à entrada*, limitando o grau de concorrência em dadas indústrias. Esta afirmação reflete-se na premissa de que ofertando um produto de uma firma estabelecida com uma boa reputação e um produto de um entrante sem reputação, *pelo mesmo preço*, o consumidor irá normalmente optar pelo bem advindo da firma com reputação.²⁶ Ressaltando-se: o direito de opção do consumidor deve sempre ser mantido.

Entrar no mercado sob estas condições torna-se uma tarefa extremamente cara, posto que as firmas têm de gastar quantia considerável de dinheiro para estabelecerem-se com marcas fortes e reputação.

A reputação, as garantias e outras ações que atraiam a atenção dos consumidores à qualidade dos “bens” oferecidos no mercado podem ser veiculadas por *publicidades e propagandas*, outro mecanismo de sinalização de qualidade e credibilidade. A propaganda pode representar três vertentes, com linhas divisórias tênues entre suas naturezas, podendo ser (a) informativas, (b) persuasivas e (c) enganosas.

No primeiro caso, a propaganda tem importante função econômica de veicular relevantes informações sobre quais escolhas (preço, localização, garantias, facilidades, características etc.) estão disponíveis no mercado. No segundo caso, a propaganda tem função de persuadir o consumidor a experimentar dado “bem” ou persuadi-lo a cativar-se a dado produto ou serviço em função de

²⁵ “In competitive markets with perfect information, competition drives price down to marginal cost. In markets in which quality is maintained as the result of a reputation mechanism, whether competitive or not, price must remain above marginal cost.” Ibid., p.504.

²⁶ “Why try a new cola drink when you know what Pepsi and Coca-Cola taste like?” Ibid., p.505.

sua qualidade (v.g., publicidade de cigarros e bebidas). No terceiro caso, a propaganda tem a função de distorcer a realidade com vistas a confundir os consumidores e clientes sobre produtos e serviços ofertados no mercado (v.g., atribuindo-lhe características e atribuições de função inexistentes), fazendo-os crer que dois produtos idênticos, na realidade, são completamente diferentes.

No caso desta última modalidade de propaganda, uma eventual mudança na curva da demanda pode ser resultante de prática anticompetitiva, objeto da tutela do Estado por meio das autoridades de defesa da concorrência.

É bom lembrar que a publicidade tem uma função importante nas estratégias competitivas das firmas, da feita que, se bem sucedidas, podem alterar demasiadamente a curva da demanda do mercado para seus produtos e/ou serviços.

6. Efeitos na concorrência

Tendo sido verificado que, numa visão *micro*, a assimetria de informação parte da relação de dois ou mais sujeitos envolvidos num processo de comunicação, lembrando o que dissemos acima, numa visão *macro*, seus efeitos atingem de forma marcante o contexto econômico em que estão inseridos. Assim, supondo estarmos tratando de sujeitos - agentes econômicos, verificar-se-ão efeitos da assimetria de informação no contexto do mercado em que estiverem inseridos.

Torna-se assim interessante relembrar a definição de assimetria de informação levada a efeito pelo professor Fábio Gallo Garcia, cujo enfoque repousou no processo de emissão de ações no mercado de capitais brasileiro. Segundo ele, de maneira objetiva, “*o termo assimetria de informação refere-se aos diferentes graus de informações sobre uma determinada empresa, possuídos de um lado pelos administradores da companhia e de outro lado pelos diversos agentes do mercado de capitais.*”²⁷

Sob sua ótica, esta situação é óbvia nos mercados de capitais e financiamentos, posto que os gerentes (administradores) que podem projetar o fluxo de caixa da empresa, têm uma perspectiva razoável dos resultados futuros de seus projetos de investimentos e estão sobremodo ligados aos

²⁷ In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.4.

negócios da empresa, que possuem informações do mercado, como um todo, as quais não poderia deter de qualquer forma. Segundo o prof. Fábio Gallo Garcia, “os trabalhos nessa área são dirigidos para estudar a informação em microeconomia, mais especificamente detectar onde a informação é um fator de falha de mercado em mercados de uma dada economia, a fim de tornar a teoria econômica mais realista” (destacamos).²⁸

A assimetria de informações definida e classificada por Stiglitz como “*ex ante*” e “*ex post*”, bem como, definida e contextualizada por Gallo no mercado de capitais e financiamentos, frise-se, projeta-se às relações entre agentes econômicos em mercados competitivos. Nesses, a assimetria de informações pode irradiar efeitos diretos nas relações entre concorrentes, *v.g.*, quanto à estrutura competitiva das firmas, como também, atuando sobre a demanda, pode afetar seriamente o regime de competição (como veremos mais à frente).

6.1. Assimetria de informação e entraves à livre concorrência

Como pudemos verificar ao longo deste capítulo, em mercados competitivos, notamos a assimetria de informação em duas relações, (a) entre concorrentes e (b) entre fornecedores de produtos ou serviços e clientes e consumidores.

No primeiro aspecto, a assimetria de informações pode representar um fator positivo à competição, posto que, em certo grau, reflete a estratégia competitiva adotada por agente econômico em busca de maior *eficiência econômica*. Desse modo, *v.g.*, assimetrias de gestão, assimetrias tecnológicas e assimetria de ações, cuja premissa inicial são informações sobre a realidade/contexto do mercado bem como de seus principais vetores, representam forças que estimulam os agentes a se desenvolver e proporcionar ao mercado produtos e serviços de melhores qualidades e melhores preços.

É o que depreendemos do dito por Fábio Gallo Garcia, para quem a crença de que em mercados competitivos agentes mais preparados irão conduzir outros menos preparados para fora do mercado tem longa duração entre os economistas. Abordando MAILATH e SANDRONI (2001), ALCHIAN (1950) e FRIEDMAN (1953), acrescenta que essa crença tem recebido suporte qualificado dos estudos mais recentes sobre seleção adversa,

²⁸ *Ibid.*, p.5.

pontuando que essa melhor qualificação dos agentes ocorre devido a diferenças no conteúdo informacional que eventualmente detenham.²⁹

“If superior information of an agent type gives the agent an effective informational advantage over other agents, then indeed his wealth share must increase (because this agent will then have more accurate beliefs). However, as that agent type controls a larger fraction of economy’s wealth, prices become more informative, reducing his informational advantage. (...) This trade-off implies that agents with inferior information need not to be selected against.” (MAILATH e SANDRONI, 2001, p.02)³⁰

Já no segundo caso, as imperfeições de informação dificilmente serão benéficas ao mercado, posto que os consumidores e clientes permanecerão aquém da real qualidade dos produtos deixando de exercer livremente seu direito de escolha, fator que irradiara efeitos aos concorrentes, como é o caso das barreiras de reputação e das propagandas enganosas e persuasivas, situações que devem ser atentamente fiscalizadas pelas autoridades de defesa da concorrência.

Nas relações entre concorrentes, entretanto, a assimetria de informações pode representar entraves à concorrência nos mercados, com é o caso da utilização da *reputação* com o fim anticompetitivo de gerar *efeitos diretos* em segmentos de indústria verticalizada, como também com o fim de gerar *efeitos cruzados* em mercados correlatos, criando barreiras à entrada e à manutenção da competição nos setores da economia. Em dadas situações, a autoridade de defesa da concorrência deve fiscalizar de perto a atuação das firmas de modo a proteger o regime de livre competição dos eventuais abusos praticados por aqueles que detém posições dominantes nos mercados.

²⁹ In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.27.

³⁰ Apud, Fábio Gallo Garcia, In Verificação da existência de assimetria de informação no processo de emissão de ações no mercado brasileiro, p.28.

6.1.1. Sistemas Informatizados de Reserva e a Reputação da Marca na Aviação Civil:

Por algumas ocasiões, já se verificou no SBDC que a *assimetria* ou *imperfeição* de informação pode representar barreiras à entrada de concorrentes no mercado. Foi o constatado³¹ pela Secretaria de Acompanhamento Econômicos do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) nos mercados de transportes aéreos³² subdivididos em rotas com e sem conexões.

A SEAE/MF apurou que dentre as barreiras à entrada verificadas no setor, algumas se caracterizam por *assimetrias de informação*. De forma interessante, a Secretaria estabeleceu a presença de dois tipos de assimetrias de informação: (a) presente na relação entre as firmas e os consumidores/clientes, cristalizada pela fixação da *marca* e *reputação* das firmas, transposta em termos de custo de publicidade e propaganda; e (b) presente na relação direta entre concorrentes, objetivada nos *sistemas informatizados de reserva*.

Para visualizar maiores detalhes das modalidades de *assimetria de informação* aventadas pela SEAE/MF, vale a pena observar breves trechos do seu Parecer, em que transparecem os efeitos da *assimetria de informação* como barreira à entrada da concorrência no setor:

“Foram identificadas duas importantes barreiras de informação no mercado aéreo brasileiro. A primeira delas está representada nos esforços

³¹ Por ocasião da análise do Ato de Concentração n°.08012.007398/00-70, cujas requerentes foram as empresas TRANSBRASIL S.A. Linhas Aéreas e TAM – Companhia de Investimento em Transportes, Parecer n°.008/COGDC-DF/SEAE/MF, janeiro de 2001, Versão Pública.

³² “Assim sendo, para fins de análise concorrencial, foram identificados 27 mercados relevantes, definidos como o transporte regular de passageiros entre as seguintes cidades: 1) Belém – São Luís; 2) Brasília – Porto Velho; 3) Brasília – Galeão; 4) Brasília – Recife; 5) Belém – Brasília; 6) Brasília – Guarulhos; 7) Brasília – Congonhas; 8) São Luiz – Fortaleza; 9) Curitiba – Porto Alegre; 10) Curitiba – Guarulhos; 11) Guarulhos – Navegantes; 12) Navegantes – Porto Alegre; 13) Galeão – Recife; 14) Galeão – Salvador; 15) Guarulhos – Salvador; 16) Guarulhos – Manaus; 17) Guarulhos – Florianópolis; 18) Guarulhos – Fortaleza; 19) Guarulhos – Porto Alegre; 20) Guarulhos – Goiânia; 21) Salvador – Maceió; 22) Fortaleza – Recife; 23) Recife – Natal; 24) Curitiba – Florianópolis; 25) Santos Dumont – Vitória; 26) Guarulhos – Vitória; 27) Santos Dumont – Congonhas.” Ibid., p.10.

empreendidos pelas companhias aéreas para conquista de passageiros, que demanda substantivos gastos em publicidade e marketing. As despesas com publicidade consistem um exemplo clássico de diferenciação do produto. Por meio dessa estratégia as empresas visam distanciar-se umas das outras, criando espaço para a fidelização de consumo, diminuindo o grau de substitutibilidade entre firmas. Esse esforço possibilita uma maior margem para cobrança de preços supra competitivos. No mercado de aviação civil, os esforços de propaganda são de considerável volume. Por representarem um “sunk cost”³³ típico, essas despesas consistem fatores impeditivos à atuação de entrantes no setor.

A segunda barreira detectada foi a dos sistemas informatizados de reserva. Esses sistemas, muitas vezes, são elaborados por empresas de aviação de grande porte ou com seu apoio. Como consequência, no momento das informações prestadas, há uma tendência ao favorecimento dessas mesmas empresas. Sem o acesso aos sistemas de reserva utilizados pelos agentes de viagem, que comercializam cerca de 80% das passagens, dificilmente uma empresa entrante conseguiria comercializar seus serviços. Essa peculiaridade do mercado gera uma dificuldade adicional à atuação no setor de aviação civil brasileiro levando à necessidade de entrada em dois mercados distintos para poder competir em condições de igualdade com os *incumbentes*.”³⁴ (destacamos).

Na linha do dito pela Secretaria, encontramos na doutrina, alienígena, lições sobre a relevância do tema da assimetria da informação para a competição no setor de aviação civil. Assim, podemos extrair das lições de Viscusi, Vernon e Harrington (1997) que no setor de aviação civil dos Estados Unidos da América do Norte, a assimetria de informação também configurou uma forte barreira à entrada, igualmente no detectada nos sistemas de reserva de passagens aéreas detidos por grandes corporações, a saber:

“Deterrents to Entry. On top of na industry-wide trend of rising concentration,

³³ “Sunk Costs” podem ser definidos como custos irrecuperáveis; representam forte ameaça de perda por parte dos concorrentes potenciais caso seja necessário sair do mercado antes da depreciação dos investimentos realizados. Para maiores da definição e seus efeitos no mercado, ver Mário Possas e outros, in Regulação da concorrência (...), p.32 e ss.

³⁴ Ibid., p.20.

there are several factors that may limit entry. One factor is the threat of predatory relation from the industry leaders. Former Chairman Kahn speaks again:

‘I take perverse satisfaction in predicting the demise of price-cutting competitors like World and Capital Airways if we did nothing to limit the predictable geographical discriminatory response of the incumbent carriers to their entry.’

A more pervasive factor is travel agent’s use of reservation systems supplied by carriers. The two dominant systems are American Airlines’ Sabre and United Airlines’ Apollo. By determining the order in which carriers’ flights show up on a travel agent’s computer screen, an airline reservation system can influence the distribution of demand among airlines. (...) Although airline reservation systems aid travel agents in servicing customers, they can provide an anticompetitive advantage to the airlines providing systems. It has also been argued that this advantage is accentuated by merger.”³⁵ (destacamos).

Assim, tem-se que detenção de pólos de concentração de informações sobre a dinâmica do setor (como também a outros setores) pode ser utilizada com fins anticompetitivos, situação que demanda a atenção da autoridade antitruste, pois que, dessa prática de negativa de informação podem resultar outras mais lesivas ao mercado e à livre concorrência.

6.1.2. Sistema de Informações Cadastrais e a Reputação da Marca na Edição de Mídia Direcional:

Na mesma linha, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ)³⁶ acolheu pedido de Medida Preventiva avertado em Parecer seu com vistas a sanar, dentre outras coisas, assimetria de informação que estava representando barreira à entrada e ao desenvolvimento de concorrência no mercado de edição de mídia direcional da Região I de exploração dos serviços de telecomunicações.

³⁵ in Economic Regulation of Transportation: Surface Freight and Airlines, p.593.

³⁶ Por ocasião da análise da Representação n.º 08012.003431/2001-31, cuja Representante fora a empresa Listel – Listas Telefônicas e os Representados as empresas Telemar Norte Leste S.A. e Telelistas (Região 1) Ltda., Parecer (versão pública) da Secretaria com pedido de adoção de medida preventiva acolhido pelo Secretário de Direito Econômico e mantido pelo CADE.

Dentre outras práticas apontadas como anti-competitivas no Parecer, (a) a negativa de cessão das *informações cadastrais*, mediante preços justos e razoáveis e (b) a utilização da *marca* de empresa regulada na aferição de *reputação e credibilidade* ao produto da firma concorrente no mercado em questão foram fatores caracterizados como barreiras à entrada e ao desenvolvimento da competição em dado setor.

Como vimos acima, a *reputação* pode representar uma barreira à entrada, ao passo que serve como garantia aos consumidores, com base no compromisso de qualidade da firma detentora de reputação estabelecida, sendo potencialmente hábil a alterar substancialmente a curva da demanda. Adrede, podemos assentir que a *marca* reflete a firma em sua essência, sua *reputação/qualidade/credibilidade* de seus produtos ou serviços. Desta feita, uma vez que uma firma em mercado correlato ou, no caso, em mercado ligado por uma relação vertical, valha-se da marca e, logo, da reputação, de outra firma regulada, poderá estar construindo barreiras à entrada e às atividades de concorrentes seus no setor em que estiver inserida, pois poderá provocar uma diferenciação de seus produtos e serviços que seria inexistente sem a utilização da marca.

É importante lembrar que não pretendemos adotar a tese utilizada pela SDE/MJ na aplicação da medida preventiva ao caso ora em apreço, nem tampouco, as teses adotadas pelo representante e representados no processo, mas tão só demonstrar que, em mercados com elevado grau de assimetria de informação, há grande probabilidade da reputação, expressa na marca, proporcionar alterações na curva da demanda influenciando de forma determinante o comportamento dos agentes de mercado, tal como informamos no item 5, ao abordar os ensinamentos de Stiglitz e outros. Razão pela qual, torna-se imprescindível a cautela antitruste contra condutas anticompetitivas pautadas na confusão da demanda e/ou no estabelecimento de restrições verticais sob justificativas (não razoáveis) de proteção do uso de marca.

Segundo o Parecer, constatou-se que as informações cadastrais dos assinantes, angariadas no mercado à montante (“upstream market”), *regulado*, constitui fator essencial da atividade das firmas no mercado à jusante (“downstream market”) – sujeito ao regime de competição. Como também, que o uso da marca da firma regulada na aferição de qualidade do produto/serviço sujeito ao regime de competição estava alterando a curva da demanda para a firma beneficiada pela marca e pelas informações cadastrais atualizadas, as quais acessava com melhores condições (melhores preços e condições), restando prejuízos aos seus concorrentes.

Vale observar alguns trechos do Parecer da SDE/MJ que resultou na adoção de medida preventiva, cujas determinações, dentre outras, foram (a) a cessão dos dados cadastrais atualizados pela firma regulada às demais firmas do mercado à jusante, por preços justos e razoáveis e (b) a vedação do uso da marca da firma regulada nos produtos e serviços da firma do mercado à jusante, sujeito ao regime de livre concorrência.

“(…) é no mercado de edição de mídia direcional da Região I de exploração de serviços de telecomunicações que recaem os efeitos da restrição vertical que estaria sendo praticada contra a LISTEL e todos os demais concorrentes da TELELISTAS.

(…)

As empresas atuantes no mercado de elaboração, distribuição e edição de listas telefônicas dependem do fornecimento das informações cadastrais de usuários de telefones, pela empresa prestadora do serviço de telecomunicações, para seu funcionamento. Para a elaboração dos classificados, é necessária a disponibilização de um rol completo dos comerciantes que possuem aparelhos telefônicos na área geográfica coberta pela lista telefônica.

Temos, assim, um mercado potencialmente competitivo, ligado verticalmente a um mercado outrora monopolista, em que a representada TELEMAR detém posição dominante.”³⁷ (destacamos).

Ainda no mesmo Parecer, a SDE/MJ, comentando as alegações da representante, lembra que o uso da marca em regime de exclusividade pode conferir maior credibilidade ao produto aos “olhos” dos anunciantes (clientes) e dos usuários (consumidores), resultando tal fato em vantagem competitiva à firma inserida no mercado “competitivo” em detrimento de seus concorrentes.

Por fim, a Secretaria assevera que é alta a probabilidade de infração à ordem econômica posto que pela própria dinâmica do mercado em questão, a empresa fixada no mercado à montante (“upstream”) pode exercer “controle” no mercado à jusante (“downstream”), desde que detenha controle do fornecimento de “*informações essenciais*”, v.g., (no caso, o cadastro de

³⁷ Ibid., p.21.

assinantes), sendo apta, destarte, a dificultar o funcionamento das empresas rivais, como também, dificultar a entrada de novos “*players*” (concorrentes) no mercado.

7. Conclusão

Em linhas gerais, vale salientar, a assimetria de informação pode ser um problema inserido no escopo:

(a) da regulação econômica (*lato sensu*), a qual se volta à consecução da eficiência econômica, expressa em termos de eficiência *produtiva, alocativa* (ou, *distributiva*)³⁸ para com a sociedade. Sendo seus objetivos finais, o *equilíbrio de mercado* e o *bem estar da sociedade*, atingíveis pelo estabelecimento de um regime de concorrência no mercado ou pelo estabelecimento de um regime de regulação setorial; de modo paralelo:

b) do regime de competição no mercado, o qual se volta, *v.g.*, ao aumento da qualidade, à redução do preço e à inovação tecnológica dos bens, refletindo pura *eficiência econômica* no/ao mercado. Resultando esta última em benefícios à sociedade, sobretudo ao consumidor, que desfrutará maior possibilidade de escolha de bens mais baratos e revestidos de maior qualidade, sem contar na possibilidade de se inibir formas anticompetitivas de controle de preços exercido por agente monopolista, por oligopólio ou tipo similar de concentração industrial.

Nesse plano, assumindo que o fenômeno da assimetria de informação enquanto problema pode apresentar-se tanto em (i) setores regulados, e (ii) mercados sujeitos a regimes mistos de competição e regulação setorial (como é o caso do setor de telefonia e sub-setores), quanto em (iii) mercados sujeitos

³⁸ Para uns, eficiência alocativa: “a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. (...), definição da Teoria Neoclássica (...), verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam”, In Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos, Calixto Salomão Filho, Malheiros, São Paulo, 2001, p.111. Para outros, eficiência distributiva “refere-se à capacidade de eliminação, por meio da concorrência ou de outro dispositivo, de rendas monopolísticas ou outros ganhos temporários por parte de agente individuais” Mário Possas e outros, in regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil, p.5.

unicamente à competição, é mister que a autoridade antitruste atue nos casos de condutas anticompetitivas baseadas na situação de assimetria informacional presente nas realidades mercadológicas assegurando a livre competição frente ao mau uso da posição de suma detenção de informações.

Em síntese, apurou-se que os casos mais usuais sujeitos aos efeitos da assimetria de informação enquanto elemento que desvirtua a livre competição são aqueles em que: (i) a informação é representada por pólos de dados, organizados e concentrados em *sistemas cadastrais de dados* sobre a dinâmica da demanda e/ou oferta de dado segmento mercadológico; e (ii) a *marca* é elemento que destoa a competição, *i.e.*, a informação sobre os bens produzidos no mercado necessita da publicidade para chegar às bases da demanda, influenciando-lhe (ou como fim de influir-lhe) o comportamento, de modo que, nesse caso, (ii.a.) havendo situações de indústria verticalizada, há, no geral, grande probabilidade de ocorrência comportamento anticompetitivo, a exemplo do exposto no mercado de edição de mídia direcional da Região I de exploração dos serviços de telecomunicações.³⁹

Assim, cremos ser papel do SBDC, valendo-se dos ditames da Constituição e dos preceitos veiculados na Lei 8.884/94, e diplomas congêneres, fiscalizar a dinâmica dos mercados de modo a impedir que uma ou outra forma maléfica de atuação (envolvendo informações assimétricas) possa ser levada a efeito e perdurar no mercado, impedindo que a concorrência se estabeleça e, conseqüentemente, prejudicando as estruturas do mercado interno e o bem estar dos consumidores.

8. Bibliografia

BARKER, BILL; TRÉMOLET, SOPHIE, *Public Police for the Private Sector – Regulating Quality*, The World Bank Group Private Sector and Infrastructure Network, Note Number 221, October 2000.

GALLO GARCIA, FÁBIO, *Verificação da existência de Assimetria*

³⁹ Verificar, para apuração de fenômeno análogo da presença de assimetria de informação na dinâmica de indústria verticalizada, o Processo Administrativo n.08012.000172/98-42, envolvendo as empresas Power-Tech Teleinformática Ltda. X Matel Tecnologia de Informática Ltda, em que houve condenação por parte do SBDC da empresa Matel por práticas anticoncorrenciais positivadas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

de Informações no processo de emissão de ações no mercado brasileiro “uma forma de medir a importância da Estrutura de Ativos da Empresa, Tese de Doutorado, FGV-EAESP, São Paulo, 2002.

LEOPOLDINO DA FONSECA, JOÃO BOSCO, *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste*, 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001.

MOLAN GABAN, EDUARDO, *A Efetividade da norma jurídica, uma abordagem pragmática*, PUC-SP / FAPESP, Monografias Inéditas de Iniciação Científica, São Paulo, maio e dezembro de 2000.

STIGLITZ, JOSEPH E., *Promoting competition and regulation policy: with examples from network industries*, Senior Vice President and Chief Economist, The World Bank, *Speech delivered* on the Research Center for Regulation and Competition, Chinese Academy of Sciences, Beijing, China, July 25, 1999.

_____, *Economics*, First Edition, W.W. Norton & Company, New York / London, 1993.

WISCUSI, KIP. W.; VERNON, JOHN M.; HARRINGTON JR., JOSEPH E., *Economics of Regulation and Antitrust*, Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1997.

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

Eduardo Augusto Guimarães

Uma indústria é caracterizada como um monopólio natural quando o suprimento do mercado através da produção de uma única firma permite minimizar o custo do bem ou serviço produzido.¹ A constatação de que uma indústria apresenta tais características implica um desafio para a política pública: preservar a maior eficiência propiciada pela existência de um único produtor e, ao mesmo tempo, impedir que esse monopolista exerça efetivamente seu poder monopólico. Esse desafio tem sido, tradicionalmente, enfrentado através da intervenção direta do Estado em tais indústrias, seja pela constituição de empresa estatal que assume o papel de monopolista, seja pela implementação de mecanismos de regulação econômica.²

Os serviços de transporte têm sido tradicionalmente objeto de intervenção do setor público, através da atuação direta de entidades estatais ou da implementação de marco institucional destinado a regular a operação das empresas prestadoras desses serviços. Tais iniciativas tem constituído, em geral, mas nem sempre, respostas a situações caracterizáveis como de monopólio natural.³ Por outro lado, a forma e os objetivos da intervenção

¹ Essa especificidade reflete a magnitude das economias de escala e de escopo observadas na indústria vis-à-vis a dimensão do mercado correspondente. Além disso, o exercício efetivo e continuado do poder de monopólio nesse mercado depende da presença de barreiras à entrada na indústria e do volume e da natureza do investimento a ser realizado por um novo competidor para ingressar nesse segmento produtivo. De fato, se não existem maiores obstáculos à entrada, se o investimento requerido é de menor magnitude e se tal investimento pode ser recuperado caso um novo produtor resolva abandonar o mercado, o aparecimento de lucro extraordinário propiciado pelo exercício do poder de monopólio atrairá novos competidores, fazendo desaparecer, ainda que temporariamente, o monopólio e afetando assim a política de preço e os lucros do monopolista.

² Isto não significa, evidentemente, que as intervenções direta do Estado em segmentos produtivos tenham se restringido a indústrias caracterizáveis como monopólio natural. Outras motivações têm também inspirado a criação de empresas estatais e a adoção de mecanismos regulatórios.

³ Em alguns casos, a motivação foi exatamente oposta a que preside a intervenção no monopólio natural: não se trata de procurar reproduzir os resultados que seriam observados em um ambiente competitivo, mas sim de amortecer o próprio processo de competição.

governamental no setor tem sofrido modificações significativas ao longo do tempo — refletindo aliás uma evolução comum a outras indústrias sujeitas a intervenções da mesma natureza.

Este texto tem por objetivo examinar as transformações ocorridas no caso do transporte rodoviário e suas implicações do ponto de vista do marco regulatório. Seu foco está restrito ao transporte interurbano.

Concorrência nos serviços de transporte interurbano

A prestação do serviço de transporte consiste no deslocamento de uma carga (passageiros ou produtos) entre dois pontos do espaço. A prestação desse serviço pode ser desdobrada em atividades subseqüentes – embarque, deslocamento e desembarque — cada uma delas requerendo uma infraestrutura própria: os pontos (terminais) de embarque/desembarque e, no caso do deslocamento, a via e os veículos de transporte. Diferentes modalidades de transporte estão associadas a diferentes infra-estruturas, cujas características são determinantes quanto à forma de organização da prestação do serviço e quanto à natureza do mercado correspondente.

A via de transporte constitui o elemento mais importante para essa determinação — inclusive porque assume características dicotômicas entre as diversas modalidades de transporte. De fato, contrapõem-se aqui, de um lado, o transporte marítimo e o aéreo —nos quais o uso da via é livre, não oneroso — e, de outro, os transportes ferroviário, rodoviário e dutoviário — os quais requerem investimentos bastante elevados e caracterizáveis como custos irrecuperáveis (*sunk costs*). O quadro a seguir resume as características associadas às diversas modalidades de transporte.

A tvidades >>>		Embarque/desembarque	Deslocamento	
Infra-estrutura requerida >>>		Pontos de embarque/desembarque	Via	Veículos
Marítimo	Propriedade da Infra-estrutura	porto	livre	empresa de navegação
	Investimento/custo fixo	Elevado e <i>sunk</i>	-	médio e não <i>sunk</i>
Aéreo	Propriedade da Infra-estrutura	aeroporto	livre	empresa.aérea
	Investimento/custo fixo	Elevado e <i>sunk</i>	-	elevado mas não <i>sunk</i>
Ferroviário	Propriedade da Infra-estrutura	ferrovia	ferrovia	Ferrovia
	Investimento/custo fixo	médio e <i>sunk</i>	muito elevado e <i>sunk</i>	médio e não <i>sunk</i>
Rodoviário	Propriedade da Infra-estrutura	empresa transportadora	Governo / concessionária	empresa transportadora
	Investimento/custo fixo	pequeno	muito elevado e <i>sunk</i>	pequeno e não <i>sunk</i>

No caso dos transportes marítimo e aéreo, apesar do investimento elevado requerido nos terminais de embarque/desembarque resultar freqüentemente numa situação de monopólio natural nessa etapa, o livre acesso às vias de deslocamento e a natureza recuperável dos investimentos nos veículos de transporte implicam que tais mercados são potencialmente competitivos. Nesse sentido, os mecanismos regulatórios e os acordos entre empresas que prevaleceram nesses setores durante muitas décadas refletem exatamente um movimento no sentido de impedir que o potencial competitivo se concretizasse.

No caso dos transportes ferroviário, o investimento elevado (e basicamente irre recuperável) associado à construção da via férrea, bem como os custos expressivos envolvidos em sua manutenção geram condições típicas de um monopólio natural, que tradicionalmente tem sido exercido pela empresa ferroviária — proprietária da via e do equipamento de transporte e dos terminais de embarque/desembarque, que são operados de forma integrada. A regulação, nesse caso, tem por objetivo limitar o exercício do poder discricionário da ferrovia monopolista.⁴

⁴A constituição do setor em alguns países (os Estados Unidos no final do século passado,

O transporte rodoviário constitui um caso distinto dos anteriores. A via de transporte não é um bem livre como nos transportes marítimo e aéreo; pelo contrário, sua construção envolve investimentos expressivos (e irrecuperáveis) como no caso da ferrovia. Diferentemente desta, no entanto, devido as características da operação da rodovia, o uso dessa via e a prestação do serviço de transporte propriamente dito não constitui um objetivo da entidade que investe na sua construção.

Essa dissociação permite caracterizar, em relação ao deslocamento de carga através da rodovia, duas atividades econômicas potenciais distintas: a primeira tem como mercadoria o uso da rodovia; a segunda, o deslocamento da carga, ou seja, a prestação do serviço de transporte propriamente dito. É possível identificar, assim, dois mercados potenciais: o mercado do uso da rodovia, do qual participam, do lado da oferta, a entidade que a explora a rodovia e, do lado da demanda, empresas transportadoras e particulares; e o mercado de serviços de transporte propriamente dito, no qual as empresas transportadoras respondem pela oferta e indivíduos e empresas em geral compõem a demanda.

O mercado de serviço de transporte rodoviário mostra-se muito competitivo. A inexistência de barreiras à entrada e a possibilidade de recuperar os investimentos realizados na indústria impedem que o mercado evolua no sentido de um maior grau de concentração e limita a possibilidade de obtenção de lucros extraordinários. Contribui para aumentar o nível de concorrência no mercado o fato de não haver, em geral, maiores obstáculos a que os próprios usuários dos serviços de transporte se tornem “auto-transportadores” — possibilidade que está presente tanto no transporte de passageiros, quanto no de cargas, nesse caso envolvendo sobretudo os grandes usuários. Além disso, freqüentemente as demais modalidades de transporte constituem efetivamente substitutos dos serviços supridos pelos transportadores rodoviários.

No tocante ao mercado do uso da rodovia, assinale-se que sua existência não é necessária. De fato, tradicionalmente, o investimento para a construção das rodovias tem sido realizado pelas diferentes esferas de Governo e seu uso disponibilizado gratuitamente a particulares e empresas transportadoras, não configurando portanto um mercado do uso da rodovia.

por exemplo) gerou, no entanto, um ambiente de forte concorrência, ensejando a introdução de mecanismos regulatórios destinados a refrear o processo competitivo. (W.K.Viscusi, J.M.Vernon and J.E.Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*. Third Edition. Cambridge,Mass.: The MIT Press, 2000., p.530-51)

Em consequência, embora os investimentos elevados requeridos pelas rodovias caracterizem uma situação de monopólio natural, as questões usualmente associadas a essa condição de mercado não têm estado presente nesse caso.

A privatização das rodovias

Ao longo das últimas década, no entanto, a construção das rodovias pelo setor público e seu uso gratuito tem dado lugar, pontualmente, à cobrança de pedágio e, complementarmente, a sua privatização, vale dizer, à construção e/ou exploração da rodovia por concessionários.^{5 6}

Essa evolução está basicamente associada a considerações de natureza fiscal, que refletem duas preocupações distintas. A utilização gratuita das rodovias implica, evidentemente, um subsídio em favor do usuário e um encargo para alguma esfera de Governo. Assim, a primeira preocupação, associada ao reconhecimento do subsídio, envolve uma questão distributiva: os contribuintes

⁵ Essa transição tem lugar na Europa a partir da década de sessenta (inicialmente, na França, Espanha e Itália), nos Estados Unidos a partir dos anos oitenta (retomando uma tradição do século anterior, que havia sido progressivamente substituída por uma participação crescente do Estado ao longo das décadas precedentes) e nos países emergentes a partir do final dos anos oitenta (México) mas sobretudo nos anos noventa. (A.Estache, M.Romero and J.Strong. "Toll Roads" in A.Estache and G.Rus. editors, Privatization and Regulation of Transport Infrastructure. Washington, D.C.: The World Bank, 2000, p.245-46)

⁶ A privatização de atividades previamente conduzidas pelo Estado pode ocorrer em formas distintas, atribuindo-se ao setor privado alternativamente (i) o financiamento, projeto, construção, manutenção e operação da rodovia [build-operate-transfer (BOT) contracts ou greenfield projects]; (ii) seu financiamento, recuperação, manutenção e operação [rehabilitate-operate-transfer (ROT) contracts]; (iii) sua manutenção e operação, inclusive a realização de investimentos necessários ao longo do tempo [franchise contracts]; e (iv) sua manutenção e operação [operations and maintenance (O&M contracts)]. (Estache et al., op.cit., p.251-53). A legislação brasileira distingue ente a (i) concessão de serviço público e (ii) a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; nessa última, o concessionário assume, por sua conta e risco, a responsabilidade pela construção, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, devendo o investimento a ser realizado ser remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra (Lei 8987/95, art.2). A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública corresponde, assim, aos BOT e ROT contracts.

como um todo estão sendo penalizados em benefício dos usuários diretos e indiretos do serviço de transporte. Nesse sentido, a cobrança do pedágio visa fazer o custo do serviço incidir sobre seu beneficiário.⁷ O segundo aspecto tem a ver com a preocupação crescente com o equilíbrio das contas públicas por parte das diferentes esferas de governo: trata-se, aqui, de desonerar o Estado do encargo de realizar os investimentos requeridos para a expansão e recuperação da malha rodoviária, bem como dos custos envolvidos em sua manutenção e conservação.

Essa última perspectiva tem implicações importantes no tocante à opção entre a cobrança de pedágio pelo próprio Estado e a exploração das rodovias por concessionários. A opção entre essas alternativas envolve uma escolha intertemporal, uma vez que a privatização da construção e da exploração da rodovia significa não só evitar hoje a realização de investimentos requeridos para sua implantação ou recuperação (embora abrindo mão de uma possível receita de pedágio no futuro), mas também a possibilidade de antecipar o fluxo futuro de recursos propiciado pela cobrança de pedágio. Assim, a opção pela concessão aparece como mais a atrativa do ponto de vista de governos empenhados em avançar na direção do equilíbrio fiscal.

A viabilidade do recurso à concessão está condicionada, no entanto, à capacidade da rodovia gerar receita e lucro, de modo a atrair investidores privados — o que depende do volume potencial de tráfego e da elasticidade-preço dessa demanda, por sua vez afetada pela renda do usuário potencial e pela existência de serviços substitutos.⁸

A concorrência nos mercados criados pela privatização

A cobrança de pedágio e a concessão dão origem à constituição de um mercado do uso da rodovia, trazendo à tona a questão do monopólio natural e, conseqüentemente, da atuação do Estado no sentido de supervisionar sua operação.

⁷ Esta preocupação está presente na legislação brasileira que inclui, entre os princípios gerais que devem orientar o gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes terrestre, a determinação de “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência” (Lei 10233/01, art. 11, V)

⁸ O volume de tráfego requerido para viabilizar a exploração rentável da rodovia depende, evidentemente, da magnitude do investimento requerido do concessionário.

Embora a ação requerida do Estado decorra da existência de monopólio, não há que falar aqui de defesa da concorrência, uma vez que não há como induzi-la.⁹ Na verdade, a atuação regulatória do Estado deve antes evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio e, quando muito, tentar reproduzir as condições que vigorariam em um regime de concorrência - o que constitui um objetivo distinto da promoção da concorrência.

Embora não exista a possibilidade de concorrência no mercado associado ao uso da rodovia, é possível introduzi-la na escolha do concessionário que vai explorar esse serviço, recorrendo-se ao processo de licitação. Tal processo tem sido apontado como dando origem à concorrência pelo mercado (ou concorrência *ex ante*). Esta não garante, no entanto, aos consumidores no mercado, os mesmos resultados que seriam derivados da concorrência no mercado, nem torna prescindível a atuação de agências de regulação, como se verá adiante.¹⁰

A concorrência pelo mercado tem sido frequentemente tratada de forma pontual, como se o processo de licitação relativo à exploração de um mercado específico se esgotasse em si mesmo, constituindo fenômeno isolado. Ora, o processo de concorrência tem lugar necessariamente em um mercado (já que, invertendo a proposição, o mercado é, por definição, o espaço no qual tem lugar a concorrência). Cabe afirmar, portanto, que o processo de licitação, ao induzir essa concorrência pelo mercado, suscita a constituição de um mercado no qual se negocia o mercado do uso da rodovia - vale dizer, cria um mercado do mercado do uso da rodovia, o qual será designado aqui, de forma abreviada, como metamercado do uso da rodovia.¹¹

⁹ Exceto através da oferta de serviços substitutos por outras rodovias ou por outros meios de transporte; tais serviços são, no entanto, em geral, substitutos imperfeitos e não afetam de forma significativa a atuação do monopolista.

¹⁰ A caracterização do processo de licitação como concorrência pelo mercado está, no entanto, associada, em sua origem, à proposta de que a regulação dos mercados de serviços públicos fosse substituída pela licitação dos direitos de exploração de tais serviços. Ver H.Demsetz. "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, vol.11, (Apr 1968),pp.55-65

¹¹ Em uma perspectiva mais ampla, é possível caracterizar a existência de um único metamercado de uso das rodovias, que abrange todos os mercados de uso de todas as rodovias oferecidas a licitação, como se destacará adiante. A análise apresentada nesse momento, no entanto, considerará o metamercado como referido a apenas uma rodovia.

A política de regulação e, notadamente, a de defesa da concorrência para o setor de transporte rodoviário devem ter presente a existência e a dinâmica desse metamercao - em particular, porque a concorrência pelo mercado (ou seja, a concorrência no metamercao) é de natureza completamente distinta da concorrência no mercado e requer, portanto, um enfoque específico por parte daquelas políticas.

Essa especificidade será apontada mais adiante. Importa examinar aqui, no entanto, algumas questões relativas ao metamercao, mais precisamente relativas à natureza da mercadoria em torno da qual se estrutura e a singularidades do seu processo de concorrência.

O usufruto da mercadoria negociada no metamercao - isto é, o acesso, o direito de exploração do mercado do uso da rodovia - se instrumentaliza através do contrato de concessão, que é o objeto imediato do processo de licitação. Por conseguinte, a mercadoria negociada no metamercao não é um mercado pré-existente à licitação, mas sim o mercado do uso da rodovia como definido no contrato de concessão. De fato, esse contrato reconfigura o mercado quando define (i) a estrutura da oferta (ao conferir ao concessionário a situação de monopolista pelo período de vigência do contrato), (ii) a forma de operação do mercado (ao fixar tarifas, ao estabelecer as características técnicas e o padrão de qualidade do serviço e ao indicar critérios para a revisão de cláusulas contratadas) e (iii) encargos que incidirão sobre o empreendedor (por exemplo, investimento a ser realizado na construção/recuperação da rodovia ou pagamento a ser feito ao poder concedente).¹²

No tocante às singularidades da concorrência no metamercao, registre-se, inicialmente, o fato de não ser contínua no tempo, mas de se concentrar em processos de licitação que ocorrem em momentos definidos e eventualmente separados por intervalos de muitos anos.

¹² A legislação brasileira que regulamenta o transporte terrestre considera como cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre outras, (i) o prazo de vigência da concessão e condições para sua prorrogação; (ii) o modo, forma e condições de exploração da infra-estrutura e da prestação dos serviços; (iii) os deveres relativos a exploração da infra-estrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e os cronogramas de execução; (iv) obrigações dos concessionários quanto às participações governamentais e ao valor devido pela outorga, se for o caso; (v) tarifas; (vi) critérios para reajuste e revisão das tarifas; (vii) receitas complementares ou acessórias e receitas provenientes de projetos associados; (viii) critérios para reversibilidade de ativos (Lei 10.233/01, art.35).

Além disso, destaque-se, em relação ao processo de licitação, que o poder concedente pode contemplar dois objetivos distintos.

De um lado, pode ter presente os interesses dos usuários da rodovia e, indiretamente, dos demandantes dos serviços de transporte, procurando obter menor preço e melhor qualidade nos serviços disponibilizados pelo futuro concessionário.¹³ Nessa perspectiva, o poder concedente poderá eleger o preço como critério de decisão e definir previamente a qualidade do serviço a ser prestado, o que, se houver concorrência efetiva entre os licitantes com maior nível de eficiência, fará com que o preço resultante do processo licitatório se aproxime do custo médio do concessionário e o lucro efetivo tenda para o lucro normal. Assim, o resultado do processo de concorrência pelo mercado, embora não reproduza nem substitua a concorrência no mercado, orienta-se na mesma direção desta.¹⁴

O poder concedente pode, no entanto, privilegiar as preocupações fiscais do Estado - tendo em vista inclusive que tais preocupações estão, em geral, na origem do próprio processo de privatização da construção e/ou exploração da rodovia - e buscar maximizar a receita a ser gerada pelo concessionário em benefício do setor público. Nessa perspectiva, o processo de licitação deveria ser desenhado tendo em vista assegurar ao futuro concessionário condições que permitam maximizar seu lucro no mercado objeto da licitação - procurando, por conseguinte, aproximar o resultado do concessionário, antes do pagamento a ser feito ao poder concedente, daquele que seria obtido pelo monopolista. Evidentemente, quanto maior o lucro esperado no mercado, maior o preço que os agentes econômicos que participam da concorrência pelo mercado estarão dispostos a pagar pelo seu controle e maior a receita do poder concedente. Nesse caso, a função da concorrência pelo mercado é maximizar a parcela do lucro extraído pelo futuro concessionário monopolista nesse mercado que será transferida para o setor público.¹⁵

¹³ Nessa perspectiva, o poder concedente pode contemplar inclusive o subsídio ao setor.

¹⁴ Contudo, se a qualidade do serviço não for definida previamente pelo poder concedente, a concorrência pelo mercado reduzirá não apenas o preço mas também a qualidade. Uma alternativa consiste em substituir o preço como parâmetro de decisão da licitação por um critério multidimensional que envolva preço e qualidade. Trata-se, no entanto, de um processo licitatório mais complexo e mais difícil de operar do que o da licitação por preço. Para uma formalização, ver Vascusi et al., op.cit., pp.397-403.

¹⁵ Uma licitação que libere o preço cobrado do usuário do serviço e que seja decidida em função do pagamento que o concessionário se propõe a fazer ao poder concedente acarre-

Não é de se esperar que as preocupações fiscais do Estado sejam traduzidas na postura radical sugerida no parágrafo anterior. Não obstante, essas preocupações podem estar presentes no desenho do processo de licitação.¹⁶

De resto, cabe enfatizar que qualquer que seja o objetivo do poder concedente, seu êxito depende da existência e do vigor da concorrência pelo mercado do uso da rodovia, ou seja, da concorrência no metamerco do uso da rodovia.

A natureza da regulação no setor de transporte rodoviário

Os comentários anteriores caracterizaram a existência de três mercados estruturados em torno do transporte rodoviário entre dois pontos do espaço: (i) o mercado de serviços de transporte rodoviário, (ii) o mercado do uso da rodovia e (iii) o mercado do mercado (o metamerco) do uso da rodovia. O quadro apresentado a seguir define esses mercados.

	Mercadoria transacionada no mercado	Oferta composta por:	Demanda composta por:	Mercadorias substitutas
 Mercado de serviço de transporte rodoviário	serviço de transporte rodoviário	empresas de transporte rodoviário	indivíduos e empresas em geral	outras modalidades de transporte
 Mercado do uso da rodovia	uso da rodovia	concessionário (monopolista)	empresas de transporte rodoviário e particulares	rodovias alternativas
 Mercado dos mercados do uso da rodovia	mercado do uso de rodovia	poder concedente	concessionários potenciais	

tará um resultado no qual o preço observado no mercado se aproxima do preço de monopólio, mas o concessionário auferirá apenas lucro normal. A diferença entre o lucro que seria propiciado pelo preço de monopólio e lucro normal será apropriado pelo poder concedente. Esse resultado será obtido qualquer que seja o critério de decisão da licitação — a importância a ser paga inicialmente ao poder concedente ou o percentual da receita da concessão que será lhe destinado. Para uma formalização desse resultado, ver Vascusi et al., op.cit., pp.402-404.

¹⁶ A legislação brasileira estabelece que os critérios para o julgamento da licitação de

As características substancialmente distintas desses mercados implicam diferentes padrões de concorrência e requerem atuação diferenciada dos órgãos reguladores. Examina-se a seguir a natureza do processo de regulação em cada um desses mercados. Esse exame reconhece os diferentes enfoques que podem estar presentes na ação regulatória do poder público e destaca, dentre esses enfoques, a defesa da concorrência, a defesa do consumidor e a supervisão da operação de mercados específicos¹⁷ (esse último, considerado usualmente como objeto da regulação econômica *stricto sensu*). Tais enfoques são considerados como atribuições do aparato regulatório como um todo, evitando-se enquadrá-los em uma estrutura organizacional particular que os atribua a instituições específicas.

O mercado de serviço de transporte rodoviário

Como já enfatizado, o mercado de serviço de transporte rodoviário mostra-se muito competitivo. Nesse contexto, não cabe, em princípio, uma ação governamental diretamente focalizada nesse mercado, aplicando-se aí apenas as orientações gerais das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. No entanto, o pleito por uma intervenção da autoridade governamental no mercado e pela implementação de um marco regulatório específico tem sido, algumas vezes, formulado por empresas transportadoras que compõem o mercado.¹⁸ A intervenção esperada não é, contudo, uma ação em defesa da concorrência, mas antes uma defesa contra a concorrência. Tal pleito é apresentado, em geral, como uma resposta à ocorrência de políticas de preço predatórias e de práticas oportunistas - levada a cabo por segmentos da indústria e por concorrentes recém-ingressados no mercado - que caracterizariam uma concorrência destrutiva, acarretando instabilidade na prestação do serviço e deterioração de sua qualidade.¹⁹

contrato de concessão de exploração de rodovia considerarão, isolada ou conjugadamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga (Lei 10.233/01, art.34 A, IV).

¹⁷ Notadamente, mas não exclusivamente, daqueles mercados caracterizados como monopólio natural. Não se considera aqui outros enfoques contemplados na ação regulatória do poder público, como a defesa do meio ambiente e a defesa comercial.

¹⁸ Ou mesmo por empresas ferroviárias. Esse é o caso do transporte rodoviário nos Estados Unidos que, como o ferroviário, esteve submetido a políticas de regulação, durante longos períodos no século passado. (Viscusi et al. op.cit, p.530-51).

¹⁹ Embora a questão da qualidade do serviço possa ser enfrentada a partir do enfoque da

De modo geral, no entanto, o mercado de serviços de transporte de cargas tem operado livremente. Distintamente, o transporte de passageiros tem sido submetido a controles específicos e operado sob um marco regulatório próprio.²⁰ Esse marco tem contemplado inclusive o controle pelo poder público da entrada de concorrentes no mercado, através de seleção discricionária por parte de entidades governamentais ou, mais frequentemente, através do recurso a processo licitatório. Nesse último caso, caracterizar-se-ia a substituição da concorrência no mercado pela concorrência pelo mercado (e a conseqüente constituição de um metamercado de serviços de transporte), induzida aqui não pela impossibilidade de promover a concorrência no mercado, como na situação de monopólio natural, mas exatamente pela razão oposta, pela intenção de coibir essa concorrência.

O mercado do uso da rodovia

Como já se mencionou, o enfoque da defesa da concorrência não cabe no mercado do uso da rodovia, uma vez que não é possível induzi-la. É verdade que a concorrência por esse mercado, introduzida pelo processo de licitação, pode abrir espaço para que a competição determine as tarifas a

defesa do consumidor, a existência de um marco regulatório específico para o mercado tem sido justificada por sua maior eficácia. Para uma discussão sobre concorrência destrutiva, ver A.E.Kahn. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1993, II, pp.172-250.

²⁰ A legislação brasileira estabelece que o exercício da atividade de transporte rodoviário de cargas independe de concessão, permissão ou autorização, requerendo-se apenas a inscrição do transportador em registro nacional mantido pela ANTT (Lei 9.074/95, art.2º, §2º e Lei 10233/01, art.14A). Em relação ao transporte rodoviário de passageiros, essa legislação exige permissão da ANTT no caso do transporte coletivo regular e simples autorização daquela agência no caso do transporte sob o regime de afretamento. A outorga da permissão pressupõe a realização de licitação e a existência de contrato que regule a atividade do permissionário, envolvendo inclusive a fixação de tarifas e de regras para sua revisão. Já a autorização da ANTT independe de licitação e é “exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição” (Lei 10233/01, arts. 14, 39 e 43). Em todos os caso, cabe, no entanto, à ANTT, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 31).

serem aí observadas.²¹ Contudo, mesmo nesse caso, não há que falar em concorrência nesse mercado já que o preço, fixado competitivamente através da licitação, corresponde apenas a uma das dimensões do processo de competição - que envolve também as características do produto ou do serviço, as quais ou serão especificadas em contrato ou serão deixadas à discricção do concessionário monopolista.

Da mesma forma, essa transmigração da concorrência do metamerco para o mercado do uso de rodovia não dispensa a supervisão da agência reguladora, necessária, por exemplo, para fiscalizar a observância das cláusulas contratuais e coibir comportamento oportunista que pode envolver deterioração das condições de prestação do serviço sem descumprimento do contrato.

Assim, incapaz de introduzir a concorrência no mercado, a ação de supervisão que o aparato regulatório exerce em relação ao monopólio natural pode apenas procurar reproduzir as condições que vigorariam em um regime de concorrência. Desse ponto de vista, destaca-se, antes de mais nada, a intenção de evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio e, em particular, a preocupação em proteger o usuário do poder discricionário do monopolista, o que aproxima a intervenção governamental nesse mercado do enfoque da defesa do consumidor.

A política de defesa do consumidor, em geral, responde a situações concretas, sem se apoiar em regras pré-estabelecidas que balizem a atuação das empresas. Essa orientação tende a prevalecer também aqui, quando a rodovia é explorada por um ente estatal; nesse caso, a entidade fiscalizada e o fiscalizador se situam ambas no âmbito do setor público e, freqüentemente, se confundem. No caso de concessionários privados, no entanto, a atuação em defesa do consumidor deve envolver a definição prévia (no âmbito do contrato de concessão, por exemplo) de normas e parâmetros a serem observadas pelo concessionário — inclusive como forma de resguardá-lo de uma atuação discricionária do regulador — e a fiscalização da observância desse marco regulatório.

²¹ Como se viu, no entanto, esta não é uma conseqüência necessária do processo de licitação. O poder concedente, refletindo preocupações de natureza fiscal, pode optar por definir a tarifa a vigorar no mercado e decidir a licitação pelo maior pagamento que os concorrentes se dispõem a fazer ao Estado ou pelo menor prazo de concessão que estão dispostos a aceitar.

Contudo, além de evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio, a atividade reguladora deve também substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste das condições de operação das empresas e do mercado, face a eventuais alterações no ambiente econômico - no caso do mercado regulado, esse ajuste tende, aliás, a ser bloqueado pelas próprias normas e restrições estabelecidas pelo marco regulatório. Essa dimensão da política de regulação é uma decorrência da necessidade de preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço contratado (essa questão aparece, freqüentemente, referida como “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”). É também um requisito para a atração de investidores privados e para que a incerteza quanto ao futuro não se reflita nas condições aceitáveis para esses investidores quando da contratação da concessão.

A possibilidade de prever situações futuras e estabelecer regras contratuais para enfrentá-las é, no entanto, evidentemente, limitada. Os contratos de concessão são, assim, inevitavelmente incompletos. Por conseguinte, essa dimensão da política de regulação se desdobra necessariamente em negociações entre a agência reguladora e o concessionário e, eventualmente, no exercício de poder discricionário por parte da agência, chamada a decidir sobre situações não previstas em contrato.

Outra conseqüência da necessidade de criar uma alternativa ao mercado como mecanismo de ajuste diz respeito ao compartilhamento do risco decorrente de mudanças no ambiente econômico. No mercado competitivo, o risco é, em princípio, compartilhado por todos os participantes, cabendo à dinâmica do próprio mercado determinar, em cada situação particular, quem se beneficiará dos ganhos e quem arcará com as perdas decorrentes de tais mudanças (que podem, inclusive, resultar na exclusão do mercado). No caso do mercado regulado, cabe à autoridade competente - ao fixar normas contratuais de ajuste, ao renegociar contratos ou em decisões *ad hoc* - definir a forma e a extensão como eventuais perdas e ganhos serão repartidos. Vale notar, em particular, que a preocupação com a continuidade do serviço contratado, ou com a manutenção da taxa de retorno do empreendimento, significa, freqüentemente, fazer recair sobre o usuário o ônus do ajuste.²²

²² A legislação brasileira que regulamenta o transporte terrestre considera, como cláusulas essenciais do contrato de concessão, a definição de critérios para reajuste e revisão das tarifas, estabelecendo que esses critérios deverão considerar (i) os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas e (ii) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos

Além disso, a preocupação com a continuidade do serviço contratado e a inconveniência de uma substituição não planejada do concessionário conferem, a este, certa capacidade de pressionar o órgão regulador no sentido de obter mudanças a seu favor nos termos do contrato de concessão. Essa possibilidade abre espaço inclusive para uma estratégia oportunista no processo de licitação: oferecer preços suficientemente baixos para derrotar concorrentes e obter o contrato de concessão, contando com alteração posterior nos termos desse contrato que lhe assegure a remuneração desejada.

Por outro lado, cabe reconhecer que o órgão regulador detem também poder de pressão nas negociações relativas a alterações dos termos do contrato de concessão requeridas por mudanças no ambiente econômico. De fato, a possibilidade de punir o concessionário e, em particular, de decidir pela rescisão do contrato constitui uma ameaça efetiva, capaz de induzir concessões por parte do concessionário, sobretudo naqueles casos em que este incorreu em investimentos elevados e de difícil recuperação. Esse poder de pressão do regulador pode ter, no entanto, uma contrapartida indesejável: as propostas apresentadas pelos participantes do processo de licitação podem levar em consideração o risco associado a esse poder de pressão, resultando em condições menos favoráveis aos usuários do setor ou ao poder concedente.

Tais considerações sugerem que, face às mudanças de ambiente econômico que inevitavelmente ocorrem durante a vigência da concessão e ao caráter incompleto dos contratos, a eficácia do mecanismo de regulação em substituir o mercado, e assegurar a prestação eficiente do serviço de transporte, depende - não apenas do vigor da concorrência pelo mercado e do seu reflexo no processo de licitação - mas também da capacidade técnica e negociadora da agência de regulação e de sua independência e autonomia perante as partes envolvidas, entre as quais as demais instâncias do aparato de governo.

Aqui também, a transmigração da concorrência do metamercaado para o mercado do uso da rodovia pode, em princípio, contribuir para enfrentar essa questão. De fato, se os intervalos entre os processos de licitação forem reduzidos para períodos suficientemente pequenos, é possível evitar a renegociação do contrato, mantendo-o inalterado durante seu prazo de vigência e introduzindo, quando da licitação seguinte, as alterações eventualmente requeridas por mudanças no ambiente econômico. Essa

econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (Lei 10.233/01, art.35,§ 1º)

sistemática permitiria, em particular, que a concorrência definisse os reajustes de tarifas quando do processo de licitação; além disso, possibilitaria também que, em determinadas situações, a licitação mantivesse a tarifa vigente e recorresse a outra variável, até mesmo de natureza qualitativa, para escolher o novo concessionário. Além disso, se o desempenho do concessionário for avaliado e puder afetar suas possibilidades de sucesso no processo de renovação do contrato, a preocupação com a sua reputação deverá se refletir na qualidade do serviço prestado durante a vigência do contrato.

Essa sistemática é, no entanto, de difícil implementação.²³ No caso dos contratos que envolvem financiamento e construção (ou recuperação) da rodovia (*BOT ou ROT contracts*), o prazo de vigência deve ser suficientemente longo para permitir a recuperação do investimento realizado pelo concessionário sem onerar excessivamente o valor da tarifa. É verdade que o ônus representado pelo ativo não depreciado durante a vigência da concessão pode ser transferido para o novo concessionário no término do contrato, repetindo-se esse processo nas sucessivas licitações. Essa transferência pode ser mediada pelo poder concedente, que compraria o ativo não depreciado no final do contrato e o revenderia ao concessionário seguinte, ou resultar de negociação direta entre o antigo e o novo concessionário. A implementação desse mecanismo, no entanto, não é simples.²⁴

Além disso, para períodos realmente curtos, que dispensem efetivamente a necessidade de renegociação dos termos do contrato durante a sua vigência, mesmo admitida a eficácia do mecanismo de transferência de ativos acima indicado ou mesmo para contratos de manutenção e operação que não envolvem maiores investimentos, a curta duração do contrato pode acarretar, além de custos de transação elevados, desincentivo para a realização de inovações e de investimentos de mais longo prazo e instabilidade na prestação do serviço.

²³ Exceto nos casos em que os custos não recuperáveis não são significativos e em que os ativos do concessionário não são específicos à concessão e podem ser transferidos para outros empreendimentos.

²⁴ Para uma análise das dificuldades e alternativas associadas às licitações para renovação de contrato, ver M.Klein. "Rebidding for Concessions" in World Bank, Public Policy for the Private Sector, Note n° 161, november 1998

O mercado dos mercados (ou o metamercao) do uso de rodovias

Até aqui, as referências ao mercado do mercado (ou metamercao) do uso da rodovia associaram-no a uma única rodovia. Em uma perspectiva mais ampla, cabe, no entanto, caracterizar a existência de um único metamercao, que é o mercado de todos os mercados de uso das rodovias, abrangendo assim todas as rodovias oferecidas ao capital privado para exploração. De fato, as mercadorias negociadas nesse metamercao - isto é, os mercados dessas rodovias, ou seja, os direitos de exploração de cada uma dessas rodovias - aparecem como produtos diferenciados (cada um deles oferecidos por um único vendedor), que, no entanto, são, do ponto de vista dos concessionários potenciais que compõem a demanda, substitutos próximos entre si.

Nesse sentido mais amplo, a oferta provem do poder concedente constituído pelo marco legal do País, que pode operar no metamercao seja como monopolista, no caso desse poder estar concentrado no governo central, seja individualizado em diferentes entes governamentais, quando esse poder é compartilhado por distintas esferas de governo.²⁵ Assim, o metamercao não é necessariamente um monopólio, embora seja composto, em geral, por poucos vendedores.

Do ponto de vista de produtos, a oferta apresenta significativa diferenciação. Como se mencionou, a mercadoria negociada no metamercao é o mercado de uso de rodovia como definido no contrato de concessão. A diferenciação dos produtos decorre, portanto, não apenas da extensão e das características de cada rodovia destinada à exploração privada e da peculiaridade da correspondente demanda por serviços de transporte, mas também dos dispositivos contratuais que regularão a sua exploração - dentre os quais sobressai a natureza da concessão, isto é, se envolve apenas a manutenção e operação da rodovia (*O&M contracts*) ou se compreende também seu financiamento, projeto e construção ou recuperação (*BOT ou ROT contracts*).²⁶

²⁵ A legislação brasileira relativa a concessões considera, como poder concedente, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão (Lei 8.987/95, art.2).

²⁶ Ou, na terminologia da legislação brasileira, se a concessão é ou não precedida da execução da obra pública.

Essa diferenciação, em particular a associada à natureza da concessão, dá margem a uma nítida segmentação do metamercao do uso de rodovias. Assim, enquanto os mercados de rodovias aos quais se associam contratos de operação e manutenção são acessíveis a demandantes de menor porte, aqueles que envolvem a construção (e, em menor grau, a recuperação) da rodovia estão restritos a candidatos que não apenas sejam dotados de capacitação técnica para levar a cabo o empreendimento, ou pelo menos para contratá-lo com terceiros e supervisionar sua execução, mas sobretudo que tenham suficiente capacidade financeira para fazer face ao investimento requerido e ao deferimento da receita durante o período de execução da obra.

No tocante à demanda do metamercao, cabe caracterizar os agentes econômicos que, como concessionários potenciais, a compõem. Nesse sentido, é importante ter presente que a privatização da exploração das rodovias é, na maioria dos países, um fenômeno recente. É de se esperar, por conseguinte, que os agentes econômicos que venham a participar dos processos licitatórios induzidos por essa privatização - e que venham assim compor a demanda do metamercao - sejam empresas atuantes em outros setores da economia que se disponham a diversificar suas atividades.

Essa diversificação é mais atrativa para empresas que possam utilizar na exploração de rodovias a experiência acumulada em suas atividades originais. Daí porque as empresas do setor de construção pesada e de projetos, notadamente aquelas especializadas em obras rodoviárias, aparecem, isoladamente ou em associação, como os participantes naturais do novo mercado. De resto, no caso de contrato que envolva a construção (ou recuperação) da rodovia e seu financiamento, no qual o concessionário deve ser capaz de mobilizar os recursos financeiros requeridos pelo empreendimento, é natural que a participação no novo mercado envolva a associação entre empresas do setor de engenharia civil e instituições financeiras.

A trajetória bem sucedida de uma nova empresa que se propõe a atuar na exploração de rodovias compreende sua participação (como demanda) no metamercao de concessões, seguida de sua atuação (como oferta) em um mercado do uso de rodovia específico. A partir daí, sua expansão passa necessariamente por participações subseqüentes no metamercao, que lhe assegure a renovação das concessões obtidas e lhe garanta o acesso a novos mercados de uso da rodovia. Por outro lado, cabe admitir que, uma vez constituída uma empresa e assegurada sua presença em um ou mais mercados de uso da rodovia, existe, evidentemente, a possibilidade de que tenha seu

controle transferido para novos acionistas, perdendo eventualmente o vínculo original com o setor de engenharia civil *stricto sensu*.²⁷

Caracterizada a oferta e a demanda, é possível examinar a natureza do processo de regulação do metamerado do uso de rodovias e a orientação a ser perseguida pelo aparato regulatório nesse caso.

Como já se mencionou, qualquer que seja a expectativa do poder concedente em relação à outorga de concessões e ao processo de licitação de rodovias (obter menor preço e melhor qualidade nos serviços disponibilizados pelo futuro concessionário ou maximizar a receita a ser apropriada pelo setor público), seu sucesso depende da existência e do vigor da concorrência pelo mercado do uso da rodovia, ou seja, da concorrência no metamerado do uso da rodovia.

Logo, o aparato regulatório deve atuar, em relação ao metamerado, sob o enfoque da defesa da concorrência. Contudo, contrariamente ao observado nos mercados em geral, no caso do metamerado, a concorrência relevante, do ponto de vista dos objetivos da política de regulação, é aquela que se dá entre os comparadores. É, portanto, sobre a demanda, e não sobre a oferta, que deve recair o foco da política de defesa da concorrência. Tal especificidade implica que essa política venha a enfrentar questões distintas e, eventualmente, tenha que desenvolver instrumentos diferenciados daqueles que constituem o arsenal tradicional das agência de defesa da concorrência.

Como na política de concorrência com foco na oferta, também aqui, uma preocupação central é a possibilidade de formação de cartel ou de conluio pontual (nesse caso entre compradores potenciais) com vistas a influenciar a formação de preço ou dividir o metamerado.

O fato da concorrência no metamerado não ser contínua no tempo, concentrando-se em licitações que ocorrem em momentos definidos, facilita o acordo entre licitantes potenciais; por outro lado, o fato dessas licitações

²⁷ A legislação brasileira sobre transporte terrestre condiciona, à prévia e expressa autorização da ANTT, a transferência da titularidade da outorga de concessão, bem como as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias ou permissionárias (lei 10.233/01, art.30). Ao conceder a autorização, a ANTT deve ter presente sua atribuição de harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica (arts.30 e 20)

serem pouco freqüentes e separadas por longos intervalos dificulta a divisão do mercado no âmbito de um cartel. De resto, a eficácia da cartelização depende de coordenação entre os compradores potenciais - o que incluem tanto concessionários, quanto empresas ainda não ativas como concessionárias mas que, pela sua atuação em outros setores produtivos, não teriam maiores dificuldades de diversificar suas atividades.

Contudo, a segmentação do metamercao do uso de rodovias, apontada acima, pode facilitar a coordenação entre licitantes, notadamente no caso do segmento cujos contratos envolvem a construção ou recuperação da rodovia, no qual a exigência de maior capacitação técnica e capacidade financeira reduz o número de licitantes potenciais.

Como na política de concorrência com foco na oferta, cabe aqui também a hipótese de que o número e as dimensões relativas dos agentes econômicos que compõem a demanda é relevante do ponto de vista da ocorrência de práticas contrárias à concorrência. Nesse sentido, merece consideração das autoridades reguladoras as iniciativas no âmbito da demanda que reduzem o número de licitantes potenciais. Dentre tais atos de concentração, ressalta a associação entre concessionários e entre empresas atuantes em outros setores (notadamente, nos de engenharia civil) para participar de licitações de contratos de exploração de rodovias. O posicionamento do poder público ante tais consórcios depende — como no caso de fusões ou *joint-ventures* no âmbito da oferta — de avaliação de cada situação concreta para determinar se sua constituição visa aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços a serem prestados (ou mesmo fortalecer a capacidade de competição de licitantes potenciais de menor porte, favorecendo assim a concorrência no metamercao) ou se corresponde apenas a um movimento no sentido da cartelização.²⁸

O exame do grau de concentração no mercado relevante - enfatizado pela política de defesa da concorrência nesse contexto - esbarra em obstáculos,

²⁸ A legislação brasileira de defesa da concorrência prevê sejam autorizados os atos de concentração que atendam as seguintes condições: (i) tenham por objetivo, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (Lei 8884/94, art. 54).

quando o foco dessa política se volta para a demanda, . Antes de mais nada, porque não é simples, e nem sempre possível, individualizar os agentes econômicos que compõem efetivamente a demanda em um dado momento. Depois porque, ainda que se enumere os componentes da demanda, não existe uma variável que permita reconhecer o peso de cada um deles no mercado e que possa prover uma medida síntese do grau de concentração - papel cumprido pela capacidade instalada ou pelo volume de produção ou de venda, quando se trata da concentração da oferta.

Por fim, dentre as questões usualmente abordadas pela política de defesa da concorrência, aparece ainda aqui a prática de preço predatório. No metamerco, no entanto, a questão ganha conotação peculiar e está associada a uma estratégia oportunista no processo de licitação: oferecer preços suficientemente baixos para derrotar concorrentes e ganhar o contrato de concessão, contando com a possibilidade de pressionar posteriormente o órgão regulador no sentido de obter alteração nos termos do contrato que assegure a remuneração desejada.

Resumo e conclusões

A privatização da exploração das rodovias dá origem a um conjunto de cadeias de mercados, nas quais se sucedem mercados de serviços de transporte rodoviário, mercados do uso da rodovia e o metamerco (mercado dos mercados) do uso da rodovia, que constitui o ponto focal dessas cadeias. O poder concedente, como oferta, e os usuários dos serviços de transporte, como demanda, se situam nos extremos dessas cadeias; os concessionários (ativos e potenciais) das rodovias e as empresas transportadoras aparecem entre esses extremos, atuando simultaneamente como oferta e como demanda em diferentes elos das cadeias.

A estrutura dos diversos mercados que compõem as referidas cadeias apresentam diferenças significativas. Os mercados de serviços de transporte mostram-se muito competitivos, enquanto os mercados do uso da rodovia caracterizam-se como monopólios naturais; o metamerco é potencialmente competitivo, mas apresenta uma dinâmica singular.

A ação regulatória do poder público se desdobra em diferentes enfoques, dentre os quais importa considerar, no presente contexto, o da defesa da concorrência, o da defesa do consumidor e o da supervisão da operação de mercados específicos. As características substancialmente distintas e os diversos

padrões de concorrência associados aos diferentes elos dessas cadeias de mercados requerem atuação diferenciada dos órgãos reguladores.

Assim, prescinde-se, em princípio, de uma ação governamental diretamente focalizada nos mercados de serviços de transporte, aplicando-se aí apenas as orientações gerais das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Contudo, no caso particular do transporte de passageiros, tais mercados têm sido objeto de marco regulatório específico que reflete preocupação em assegurar a estabilidade na prestação do serviço e em garantir sua qualidade.

Em relação aos mercados do uso da rodovia, a atuação governamental deve se traduzir na supervisão da operação dos mercados, enquadrando-os em um marco regulatório específico. Essa atuação visa coibir e proteger o usuário do exercício ilimitado do poder de monopólio, aproximando-se assim do enfoque da defesa do consumidor. Deve também substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste do mercado face a mudanças no ambiente econômico, tendo em vista preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço.

No tocante ao metamercaado do uso da rodovia, o aparato regulatório deve atuar sob o enfoque da defesa da concorrência. Contudo, nesse caso, contrariamente ao observado nos mercados em geral, é, sobre a demanda, e não sobre a oferta, que deve recair o foco da ação reguladora. Tal especificidade implica que a política dirigida ao metamercaado ganha conotações próprias que a distingue da política tradicional de defesa da concorrência.

Evitou-se aqui enquadrar as diversos enfoques e atribuições que compõem a ação regulatória do Estado em uma estrutura organizacional particular que os atribua a instituições específicas. De todo modo, as diversas instituições envolvidas devem ter presentes, no exercício de suas atribuições, que a atividade de transporte rodoviário se desdobra em diversas classes de mercado, que essas classes de mercado requerem enfoques e políticas diferenciados por parte do aparato regulatório e que essas políticas específicas interagem e devem ser articuladas.

OS ESCOPOS SOCIAIS DO DIREITO ANTITRUSTE

Carlos Jacques Vieira Gomes¹

“No Estado Social de Direito a justiça social não deriva espontaneamente do livre jogo da autonomia privada, mas sim de intervenções conformadas da sociedade”.

Luís Cabral de MONCADA²

Introdução

Discutir a existência de escopos não-econômicos para o direito antitruste, tema objeto deste artigo, constitui o corolário de três elementos.

Primeiro, decorre da identificação das normas antitruste como normas de direito econômico, as quais devem ser concebidas, portanto, enquanto instrumento de políticas públicas.

Segundo, diz respeito à percepção de que o *conteúdo* de tais políticas públicas deve, sempre, coincidir com os valores e objetivos (liberais e intervencionistas) reconhecidos pela *Ordem Econômica* positivada na Constituição de 1988, estatuto *conformador* da realidade econômica e social.

Terceiro, como consequência dos anteriores, refere-se à noção de que o Direito, enquanto ciência, não foi (e nunca será) colonizado pela Economia, porque não poderá ser reduzido à mera condição de instrumento regulador de falhas de mercado.

Ao contrário, valores sociais e políticos permeiam a própria concepção do Direito, o que lhe confere o relevante papel de *distorcer*, na intensidade que for necessária, os mecanismos de mercado, com o intuito de promover a *justiça social*.

¹Mestre em Direito e Estado pela Unb, Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB, Bacharel em Direito pela USP, Professor de Direito Econômico da FD/UnB e UCB, Professor de Direito Comercial do IESB e UCB. Assessor de Ministro do STJ.

²Direito econômico, p. 50.

Calixto SALOMÃO FILHO³, com propriedade, critica a visão de que a intervenção estatal na economia deve estar fundada apenas na busca de imperativos econômicos, isto é, de correção das chamadas falhas de mercado, com o fito de maximizar a eficiência produtiva da sociedade: *“Essa concepção é contrária a tudo que a aplicação do Direito procurou atingir em seus mais de 2.000 anos de história. A busca de organização do sistema social com base em valores éticos e humanísticos é uma conquista humana social. (...) Importa apenas dar prevalência à força sistematizadora do Direito, organizando as idéias em função de endereços éticos, morais e constitucionais, e não de imperativos econômicos”*.

A este respeito também anotam Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES⁴, para quem a racionalidade jurídica não se reduz à econômica: *“Do ponto de vista microeconômico, o direito é frequentemente encarado como um obstáculo ou como um elemento, entre outros, do contexto ou da estratégia de decisão dos agentes econômicos. As conseqüências da sua eventual violação por parte destes são mesmo objecto de um complexo cálculo de probabilidades e de um cálculo de risco econômico. Por outro lado, os poderes públicos privilegiam, não raro, a faceta organizativa da técnica jurídica posta ao serviço das políticas macroeconômicas do Estado, sejam elas de regulação ou de desregulação. Tais perspectivas instrumentais, presentes em muitos estudos econômicos, são porventura importantes do ponto de vista da política do direito (ou da política tout court), mas são redutoras e deformadoras da natureza e função do Direito Econômico, se não mesmo do Direito no seu conjunto. O jurista sempre sublinhará que a evolução da economia tornou patente a existência de uma certa tensão entre valores quantitativos e qualitativos, entre valores econômicos (eficácia, eficiência, relação custo-benefício, concorrência) e valores jurídicos ou valores extra-econômicos juridicamente protegidos (segurança, justiça social, direitos dos trabalhadores e dos consumidores, interesse geral, solidariedade, qualidade ambiental, etc.). O Direito, produto cultural por excelência, surge assim como uma instância reguladora, dotada de uma racionalidade irreduzível à pura racionalidade econômica”*. E adiante continuam: *“É, no entanto, por não abdicar de uma valoração não estritamente econômica da realidade econômica e da consideração de interesses não especificamente econômicos que é possível*

³ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, pp. 11-2.

⁴ Direito econômico, pp. 18-20.

falar do Direito Econômico como disciplina jurídica (e como ramo de direito) e não como disciplina econômica. A Economia, nas suas diversas componentes, surge aqui como a ciência auxiliar por excelência do Direito Econômico”.

Também para Jeffery L. HARRISON⁵, os valores sociais e políticos que o Direito busca tutelar, em especial o direito antitruste, não podem ser afastados (‘compensados’) em razão de imperativos econômicos: *“Como as palavras no dicionário, alguns valores são, sem dúvida, hierarquizados de tal forma que eles não podem ser trocados por valores ou fontes de utilidade que se encontram em níveis diferentes. Isso significa dizer que conceitos como “compensação” e “incentivos” podem ser mais complexos do que a teoria econômica convencional parece indicar. Isto é particularmente importante na aplicação de conceitos econômicos no campo do Direito, porque o Direito é composto por muitos desses valores”.*

Assim considerado, o direito antitruste não apenas recebe contribuições da teoria econômica, com o fito de identificar os seus escopos, mas também a conforma, a partir de valores outros, sociais e políticos, dignos de tutela.

Nesse contexto, o presente artigo buscará identificar, dentre os escopos do direito antitruste, aqueles de feição social, em atenção aos princípios informadores da Ordem Econômica e também da Ordem Social brasileira (Constituição de 1988, artigos 193 a 232), que assim podem ser sintetizados: (a) o valor social do trabalho humano e a tutela do pleno emprego, (b) o fomento à redução das desigualdades sociais e regionais e (c) o controle da livre iniciativa econômica (privada) exercida em mercados socialmente relevantes.

1. O valor social do trabalho e a tutela do pleno emprego

Dentre os efeitos irradiados pelo fenômeno da concentração econômica está a redução substancial do volume de mão-de-obra empregada.

Leciona João Bosco Leopoldino da FONSECA⁶ que a tutela de

⁵ Law and economics in a nutshell, p. 52: “Like words in the dictionary, some values are, no doubt, ranked in such a way that they are not interchangeable with values or sources of utility that exist at a different level. This means concepts like “compensation” and “incentive” may be more complex than conventional economics seems to allow. This is particularly important in the application of economics to law because law is about so many of these values”.

⁶ Direito econômico, p. 222.

pautas sociais ligadas às reivindicações laborais se origina em resposta à concentração de empresas, movimento que “*passou a impor pesado ônus à classe trabalhadora. Daí surgiu a necessidade de elaboração de leis destinadas à proteção dos empregados, com a finalidade de garantir-lhes a observância dos direitos fundamentais garantidos ao homem*”.

Tal observação se revela pertinente ao presente estudo, porque, a despeito de não ser enfocada aqui a questão do *direito do trabalho*, demonstra o Autor a existência de causalidade intrínseca entre concentração econômica e produção de desemprego⁷, uma vez que o *poder econômico* provoca impacto negativo sobre as condições de trabalho, pois tende a ser exercido contra as rubricas economicamente mais tolerantes, tais como o fator trabalho⁸.

No limite da concentração empresarial, suponha-se, ter-se-ia um verdadeiro *monopsônio* no chamado “*mercado de trabalho*”, representado pela presença de apenas um único agente econômico, na condição de empregador para um determinado grupo de trabalhadores.

Nessa hipótese teórica, o monopsonista impediria a busca do pleno emprego, dado que ofereceria salários inferiores e usaria menos recursos (volume de mão-de-obra) em comparação ao empregável em um mercado organizado sob a estrutura competitiva⁹.

Com o intuito de impedir tal efeito pernicioso irradiado pela concentração empresarial, e em atenção aos princípios *intervencionistas*¹⁰ de dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade, construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social e de busca do pleno emprego¹¹, está o escopo

⁷ Deste entendimento compartilha Calixto SALOMÃO FILHO (Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 131): “Basta observar, na realidade brasileira atual, as conseqüências da conhecida relação inversa entre concentração econômica e nível de emprego”.

⁸ Paula FORGIONI, Os fundamentos do antitruste, p. 60.

⁹ Ernest GELLHORN e William KOVACIC, Antitrust law and economics in a nutshell, pp. 65-6.

¹⁰ Aqueles que demandam a ação estatal positiva e conformadora da realidade econômica e social.

¹¹ Luís Cabral de MONCADA (op. cit., pp. 366-7) incluiria aqui o princípio do tratamento

social do direito antitruste de, mediante o controle do exercício abusivo de poder econômico, *garantir* a manutenção do nível de emprego existente e *promover* a busca do pleno emprego.

Busca-se, assim, a efetivação do *direito ao trabalho*, entendido este, na lição de Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES¹², como o direito a “*uma prestação positiva por parte do Estado, consistindo no desenvolvimento de políticas que assegurem o máximo de emprego possível e a igualdade de oportunidades e de formação específica e genérica*”.

Nesse contexto, assume fundamental importância reconhecer que a necessidade de se tutelar as condições de trabalho, verdadeiro *escopo social* do direito antitruste, influencia a aplicação de suas normas, em especial no que respeita: (a) ao controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, como forma de se evitar que a formação de estruturas econômicas concentradas produza redução no nível de emprego, (b) à isenção antitruste aos sindicatos, permitindo-se a ampla restrição da concorrência entre empregados, como meio de se valorizar o trabalho humano, e (c) ao acolhimento da teoria da *failing firm*, como forma de se tutelar o emprego, ainda que em detrimento da estrutura concorrencial que possa o mercado considerado apresentar, após a compra da empresa em estado pré-falimentar. Passaremos à análise, respectivamente, de cada uma das três questões enfocadas.

Em diversos países, a legislação antitruste contempla, expressamente, a questão relativa à análise do nível de emprego decorrente de ato de concentração econômica.

Como anota Shyam KHEMANI¹³, a lei antitruste da Nova Zelândia, promulgada em 1975 (e revogada em 1986), incluiu, dentre os benefícios que devem ser tutelados, o relativo ao nível de emprego. Também acolhem esse enfoque os regimes adotados por Austrália, Alemanha (Lei de 1974) e Reino Unido (Lei de 1973).

favorecido à empresa de pequeno porte, o qual está diretamente relacionado, na visão do Autor, com a tutela do nível de emprego: “A proteção à pequena empresa é o garante do volume da oferta global, nomeadamente em países como o nosso, em que o peso das P. M. Es. no conjunto da economia é determinante. Do mesmo modo e no plano social, é de grande relevo o seu papel na efectivação do pleno emprego e na regionalização da oferta de trabalho”.

¹² Op. cit., p. 60.

¹³ A framework for the design and implementation of competition law and policy, p. 127.

Na Noruega, a análise antitruste enfoca o impacto sobre o nível de emprego como variável *primordial* na aprovação, ou desaprovação, de ato de concentração econômica, a ponto de a autoridade governamental que aplica o direito antitruste, a *Norwegian Competition Authority*, estar diretamente subordinada ao Ministério do Trabalho e da Administração¹⁴.

A questão do nível de emprego também está positivada na legislação antitruste brasileira, como se depreende do § 1º do art. 58 da Lei nº. 8884/94, que assim dispõe: “*Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e às alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes*”.

A primeira parte do dispositivo (competição internacional) está relacionada à questão das barreiras à entrada, tratada no Capítulo anterior.

A segunda parte, entretanto, exemplifica o escopo social do direito antitruste que ora se analisa, porque sugere ao aplicador de suas normas que, ao condicionar, no exercício do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, a aprovação do ato de concentração econômica a determinadas condições¹⁵, poderá nessas incluir a que se refere ao nível de emprego.

Entretanto, a tese, que ora se aventa, de que o CADE poderá condicionar a aprovação de uma fusão ou aquisição à manutenção do nível de emprego existente antes da concentração não constitui tema pacífico na Doutrina.

Vozes contrárias assumem que os escopos econômicos do direito antitruste – eficiência, por exemplo – são contraditórios e mesmo incompatíveis com escopos não-econômicos – como o nível de emprego, o que basta à

¹⁴ Configuração institucional semelhante a esta foi adotada no Brasil pela chamada Lei Malaia (Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945), segundo leciona Alberto VENANCIO FILHO (A intervenção do estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil, p. 332), ao afirmar que a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE) era constituída também por representantes do Ministério do Trabalho.

¹⁵ A utilização, nesta hipótese, do termo de compromisso de desempenho, com o fito de coordenar a busca de objetivos sociais por aqueles que realizam o ato de concentração, é compatível com a sua natureza jurídica, enquanto instituto do direito antitruste que, nas palavras de Luís Cabral de MONCADA (op. cit., p. 35), “substitui a concepção policial da intervenção econômica do Estado (...) por uma concepção contratual dessa mesma intervenção, sucedendo à fase de mera polícia econômica à fase da política econômica”.

conclusão de que o direito antitruste não deve tutelar tal enfoque, sob pena de cair em insolúvel contradição e assim descumprir a sua função precípua.

José Marcelo Martins PROENÇA¹⁶ tece críticas à exigência contida no § 1º do art. 58 da Lei nº 8884/94 sobre o nível de emprego: “o impacto social é elemento totalmente estranho às condições de aprovação do ato de concentração, ensejando até incompatibilidade com as eficiências econômicas buscadas pelo ato e que devem ser especificadas no compromisso de desempenho, uma vez que, mantendo-se o nível de emprego e sendo possível diminuí-lo, evidentemente que não serão obtidas as eficiências econômicas da transação”.

Cita o Autor¹⁷ que o nível de emprego restou tutelado na França, em legislação hoje revogada, devido às incoerências que uma análise de tal tipo implicou: “tão logo o primeiro parecer foi publicado, as contradições de um balanço estabelecido ao mesmo tempo sob critérios econômicos e sociais foram denunciados pelos especialistas, pois o que deveria ser considerado como um elemento positivo sob o ponto de vista social (a manutenção do emprego após a operação) era necessariamente um fator negativo na análise econômica da operação (o aumento da eficiência)”.

Objeta Calixto SALOMÃO FILHO¹⁸, ao interpretar a expressão “alterações no nível de emprego” (§ 1º do art. 58), que “se o objetivo da regra era incluir essas preocupações na avaliação das concentrações, por que colocá-la no capítulo do compromisso de desempenho, e não no capítulo anterior (‘controle dos atos e contratos’)? A resposta parece clara. Não houve intenção de dar a esse objetivo a mesma importância dos demais previstos no capítulo relativo ao controle dos atos e contratos. Tornando sua consideração obrigatória simplesmente quando da elaboração dos compromissos de desempenho, a lei lhe atribui caráter atenuante mas não impeditivo da concentração”.

A percepção assumida por Calixto SALOMÃO FILHO de que o nível de emprego possui mero caráter atenuante, e nunca impeditivo da operação, porque não tratado entre as condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 54, não merece prosperar, e isto por uma razão muito simples: o nível de emprego não está referido apenas no § 1º do art. 58, mas no próprio § 1º do art. 54 que, em seu inc. I, alínea ‘c’, refere-se ao desenvolvimento econômico como condição de aprovação do ato de concentração.

¹⁶ Concentração empresarial e o direito da concorrência, p. 157.

¹⁷ Op. cit., p. 157.

¹⁸ Direito concorrencial: as estruturas, p. 295.

E, no conceito de desenvolvimento econômico, está contido o de nível de emprego, como bem anota Nuno T. P. CARVALHO¹⁹, para quem a análise das alterações do nível de emprego deve-se ao mandamento legal previsto no art. 54, § 1º, inc. I, alínea ‘c’, que menciona o desenvolvimento econômico.

A respeito cita o Autor precedente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, o qual, no julgamento do caso Metro v. Comissão (1977), decidiu que fatores sociais, tais como a manutenção do nível de emprego, inserem-se no conceito de “desenvolvimento econômico”²⁰.

Para este entendimento caminhou Calixto SALOMÃO FILHO, em obra posterior à citada anteriormente²¹, ao agora enfatizar a importância do controle do volume de emprego por meio do direito antitruste: “É preciso entender a existência da concorrência como um valor em si, inadmitindo o poder econômico e exigindo que ganhos de escala sejam repartidos com o consumidor (admitindo-se, portanto, a eficiência só no sentido distributivo, e não alocativo), ao mesmo tempo em que não se permite que o processo de interação econômica leve à exclusão social (exigindo-se, portanto, que compromissos de desempenho incluam regras estritas de garantia de emprego, i.e., cumprindo com rigor o disposto no art. 58, § 1º, da lei concorrencial)” (grifo nosso).

E assim conclui Calixto SALOMÃO FILHO²²: “(...) o direito antitruste não pode e não deve ser instrumento de criação de desigualdades sociais e especialmente de exclusão. Novamente aqui essa é a maneira de compatibilizar materialmente os ditames constitucionais da livre concorrência e da justiça social. Particularmente, o controle das estruturas, cujo impacto sobre o nível de emprego é inegável, tem que ter em conta esse imperativo (o art. 58, § 1º, da lei concorrencial dele dá conta expressamente)”.

Em diversos precedentes, o CADE condicionou a aprovação de ato de concentração restritivo da concorrência à observância da manutenção do nível de emprego.

¹⁹ As concentrações de empresas no direito antitruste, p. 189.

²⁰ Também no caso SABA (1976), o TJCE manifestou-se sobre a questão do emprego, ao declarar válida cláusula anticompetitiva em contrato de distribuição, porque contributiva para a manutenção de empregos (Nuno T. P. CARVALHO, op. cit., p. 82).

²¹ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, p. 40.

²² Ibidem, pp. 126-7.

Na análise do ato de concentração GERDAU-PAINS²³, restou determinado que as requerentes da aquisição adotassem medidas compensatórias do nível de emprego, consistentes em programa de requalificação profissional e recolocação para todos os trabalhadores cuja perda de emprego estivesse diretamente associada à operação de compra da PAINS pelo Grupo GERDAU.

No caso AMBEV²⁴, cite-se o paradigmático parecer proferido pelo então Procurador-Geral do CADE, Amauri SERRALVO: “Neste contexto, impõe-se a necessidade, diante do interesse maior, estabelecido pela própria Constituição do País em princípios de igual intensidade hierárquica (artigo 170, incisos IV e VIII), atentar para a questão do emprego, aplicando-se medidas efetivas de recolocação e re-treinamento da mão de obra nos casos em que eventual fechamento de unidades produtivas ou a reestruturação empresarial mais ampla implicar em perda de postos de trabalho”.

O Parecer, neste aspecto, foi acolhido pelo Plenário do CADE, o qual vinculou a aprovação da fusão entre a Brahma e a Antartica, dentre outras condições, à manutenção de emprego, assim referida no item “r” da decisão: “Deverão as requerentes comprometerem-se a manter nível de empregos, sendo que as dispensas associadas à reestruturação empresarial devem vir acompanhadas de programa de recolocação e retreinamento, os quais deverão ser acompanhados pelo Ministério do Trabalho, no âmbito do Convênio em vigor com o CADE”.

Ao comentar o conteúdo desta deliberação, ressalta Manoel Jorge e Silva NETO a sua consonância com a tutela do pleno emprego²⁵: “A determinação do CADE para que seja mantido um nível de emprego razoável nas empresas em processo de concentração, com evidência, não leva ao desdobramento das atribuições da autarquia; pelo contrário, afina-se à diretriz constitucional persecutora do pleno emprego, aqui visualizado sob a ótica do trabalho humano”.

A questão do emprego voltou a ser tratada pelo CADE em recente determinação, proferida em acordo de preservação de reversibilidade da operação de compra da rede SÉ SUPERMERCADOS pelo grupo PÃO DE

²³ Ato de Concentração nº 16/94 (decisão de 29/3/95), requerido por Gerdau e Korf GmbH, (CADE, Relatório anual 1996, p. 49).

²⁴ Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, firmado entre Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antartica Paulista.

²⁵ Direito constitucional econômico, pp. 200-1.

AÇÚCAR²⁶, com o objetivo de garantir a manutenção do emprego, assim descrito: “As requerentes, publicamente, se comprometem a (...) manter os postos de trabalho conforme a média do faturamento por funcionário das dez maiores empresas de supermercados do Brasil, divulgada pela Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) em relação ao ano de 2001”.

Mas não apenas no exercício do controle preventivo o escopo de tutela das condições de trabalho merece guarida. Reflexos da proteção ao emprego também influenciam a aplicação antitruste do controle repressivo do abuso de poder econômico, como se dá, em especial, nos acordos que restringem a concorrência no mercado cujo produto relevante seja o próprio trabalho, isto é, a relação (jurídica) de emprego.

Bem observado, o sindicato nada mais constitui do que um cartel formado entre trabalhadores de qualificação e atividade semelhantes.

Essa impressão, de tão verdadeira que é, está corroborada pela experiência antitruste dos EUA: no início do século XX, sindicatos foram condenados porque a sua atividade básica – uniformização de conduta entre empregados – infringia a legislação antitruste.

A questão assumiu tamanha importância que, nos anos seguintes, foram editadas leis que isentavam os sindicatos da observância da legislação antitruste. Originariamente prevista na Lei Clayton, de 1914²⁷, tal isenção foi explicitada em 1932, pelo Norris-LaGuardia Act of 1932²⁸.

Relembra Manoel Jorge e Silva NETO²⁹, como acima apontado, que antes dessa isenção os tribunais americanos condenavam a atividade dos sindicatos: “As primeiras decisões judiciais nos Estados Unidos terminaram por estabelecer grande limitação à iniciativa dos sindicatos profissionais no sentido de reivindicar melhores salários para os trabalhadores, vez que, equiparado o trabalho a uma mercadoria, não poderiam tais entidades

²⁶ Ato de concentração nº 08012.0004897/02-93. Também no Ato de concentração nº. 08012.001697/2002-89, firmado entre CHOCOLATES GAROTO S/A e NESTLÉ BRASIL LTDA., determinou o CADE, em acordo de preservação de reversibilidade da operação, que as requerentes se abstivessem de realizar: “...mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão de obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa”.

²⁷ Nuno T. P. CARVALHO, op. cit., p. 76.

²⁸ Ernest GELLHORN e William KOVACIC, op. cit., p. 485.

²⁹ Op. cit., p. 183.

defender o pagamento de remuneração mínima, o que, à época, correspondia a atividade ilícita, no caso a cartelização”.

A justificativa para tal isenção³⁰ decorre da percepção, em essência, sobre a incompatibilidade existente entre o escopo de se tutelar o trabalho, de um lado, e a busca de uma concorrência entre empregados, de outro, a qual, se prevalecente na hipótese, levaria à extinção dos sindicatos.

A respeito anotam Ernest GELLHORN e William KOVACIC³¹: “Os sindicatos buscam melhorar os salários, as horas e as condições laborais dos trabalhadores através da monopolização da oferta de trabalho e do incentivo a acordos de uniformização voltados para a recusa coletiva em contratar com o empregador. (...). Sem a exceção, o direito antitruste poderia ameaçar a existência dos sindicatos”³².

No Brasil, a liberdade de associação sindical³³ está prevista no art. 8º, caput, da Constituição de 1988, ressaltando o seu inc. I que são vedadas ao Poder Público “a interferência e a intervenção na organização sindical”, o que afasta, de todo, a possibilidade de se sancionar os sindicatos por ofensa à legislação antitruste.

³⁰ Que de resto é seguida pelos demais países, em especial pela Comunidade Econômica Européia, a qual afasta a aplicação da legislação antitruste aos sindicatos ao fundamento de que tais associações, por não estarem constituídas sob a forma de empresa, estão fora do alcance do controle do abuso de poder econômico (Caso EATE, julgado em 1985, como citam Christopher BELLAMY e Graham CHILD, Derecho de la competencia en el mercado comum, p. 75).

³¹ Op. cit., p. 485: “Unions seek to improve the wages, hours, and working conditions of workers largely by monopolizing the supply of labor and policing concerted refusals to deal. (...). Without an exemption, antitrust would threaten the existence of unions”.

³² Citam Ernest GELLHORN e William KOVACIC (op. cit., p. 485) precedentes na jurisprudência americana que desafiaram a questão: Apex Hosiery Co. v. Leader (1940) e United States v. Hutcheson (1941), nos quais a Suprema Corte afirmou que o monopólio da oferta de trabalho pelos sindicatos não viola o direito antitruste.

³³ Sobre a liberdade de associação sindical, leciona Eros GRAU (A ordem econômica na Constituição de 1988, pp. 256-7): “Conssubstanciando desdobramento da liberdade de associação, a liberdade sindical, ao mesmo tempo em que viabiliza ao trabalho organizar-se tendo em vista a articulação de suas reivindicações diante do capital organizado, atua, atua, projetada em instituições (a instituição sindical), no sentido de relacionar os seus titulares com o mercado capitalista”.

Por fim, identifica-se também na teoria da *failing company defense* o escopo social do direito antitruste em se tutelar o nível de emprego³⁴.

Acolhida pela Suprema Corte dos EUA em 1930, no julgamento de *Int'l Shoe Co. v. FTC*, a teoria da *failing company defense* apregoa que a compra de uma empresa em estado pré-falimentar, ainda que lesiva à concorrência e carente de eficiências compensatórias, deve ser aprovada, uma vez que a sua saída do mercado, com a conseqüente paralisação da produção, seria mais lesiva ao consumidor e à sociedade (em especial ao nível de emprego) do que a fusão anticompetitiva³⁵.

Busca a defesa calcada na *failing firm*, deste modo, sustentar, em detrimento da redução do nível de concorrência, a preservação da empresa, de forma a tutelar sua função social, cujos efeitos sobre o nível de renda e de emprego são evidentes.

Entretanto, justamente porque o encerramento de atividades de uma dada empresa não implica, necessariamente, que tal capacidade produtiva deixará o mercado³⁶, quatro condições são tidas como necessárias à plausibilidade da defesa fundada em *failing firm*³⁷: (a) a empresa deve provar sua incapacidade em solver suas dívidas no futuro próximo, (b) a empresa deve demonstrar ser inviável sua reorganização financeira por meio de concordata, (c) a empresa deve comprovar ter realizado esforços na busca de um comprador capaz de manter seus ativos no mercado relevante, sem que isso implique redução do nível de concorrência e (d) a empresa deve provar que, sem o ato de concentração proposto, seus ativos irão, invariavelmente, deixar o mercado relevante.

Richard POSNER³⁸, a despeito de criticar a adoção da teoria da *failing firm* como meio de defesa antitruste, admite que o seu escopo está

³⁴ Não apenas o nível de emprego, mas também a função social da propriedade.

³⁵ Como corrobora Calixto SALOMÃO FILHO (Direito concorrencial: as estruturas, pp. 188-9): “A concentração não cria barreiras adicionais à entrada de concorrentes se comparada com a situação alternativa, de falência da empresa e destruição de sua capacidade produtiva (...). Comparada à sua alternativa, a concentração é eficiente e benéfica ao consumidor”.

³⁶ Eis que poderá ser exercida por um concorrente que intencione aumentar sua produção.

³⁷ Shyam KHEMANI (op. cit., p. 49).

³⁸ Antitrust law (an economic perspective), p. 21.

diretamente relacionado com a tutela dos empregados, dos credores e dos acionistas da empresa em estado pré-falimentar adquirida.

Em síntese do exposto neste item, conclui-se que o direito antitruste possui, como modalidade de escopo social, a tutela do valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, escopo este que se reflete na aplicação de suas normas, considerando-se, em especial, (a) a busca da manutenção do nível de emprego mediante o controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, (b) a isenção antitruste conferida aos sindicatos e (c) a adoção da teoria da *failing company defense* como instrumento a justificar concentrações lesivas à concorrência em prol da tutela do emprego e da função social da propriedade.

2. A proteção dos níveis socioeconômicos das comunidades regionais

A aplicação do direito antitruste deve estar sensível ao princípio constitucional da Ordem Econômica representado pela redução das desigualdades sociais e, aqui em especial, regionais (Constituição de 1988, arts. 3º, inc. III, e 170, inc. VII).

A questão se revela pertinente se considerado, no controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, que a aprovação de uma dada concentração econômica poderá levar à desativação de unidades fabris que, se inofensiva para o mercado relevante como um todo, poderá causar sérias distorções na comunidade local.

Como bem assinala Shyam KHEMANI³⁹, uma determinada concentração econômica poderá retardar o desenvolvimento socioeconômico de uma dada comunidade regional que tenha se organizado, por exemplo, em torno de uma unidade industrial.

Neste contexto, o exercício do controle preventivo deverá atentar para o problema, e assim utilizar-se dos mecanismos hábeis, tais como a cisão parcial e/ou venda pública de ativos, com o fito de se evitar uma desigual distribuição social dos benefícios e malefícios provocados pela concentração econômica.

³⁹ Op. cit., p. 4. Essa percepção é corroborada por David W. BARNES (Nonefficiency goals in the antitrust law of mergers, p. 16): “One may start with evidence that the locus of control often shifts away from the community as a result of mergers. (...). The next step is to demonstrate that this increase in control results in a decline in the level of local reinvestment of profits derived from community activities and a decline in local corporate charitable contributions”.

A medida proposta se justifica, portanto, menos em atenção aos escopos econômicos do direito antitruste e mais em atenção aos seus escopos sociais, aqui considerada a tutela à redução das desigualdades regionais.

3. O controle da livre iniciativa econômica exercida em mercados socialmente relevantes

Nos mercados em que a relevância social do produto considerado é substancial, a aplicação do direito antitruste tende a ser mais restritiva à liberdade de iniciativa econômica.

Esta restrição se dá, entre outros elementos, mediante a adoção preferencial do mecanismo de controle de preços, em detrimento de outros tipos de controle, preventivo e repressivo, do exercício abusivo de poder econômico.

A justificativa para a adoção de um enfoque mais restritivo à liberdade de iniciativa econômica está no fato de que, se o produto é socialmente relevante, torna-se mais provável o exercício abusivo de poder econômico, porque dificilmente irá o consumidor, em caso de aumento substancial de preços, deixar de adquirir o bem ou o serviço.

Entre os mercados socialmente relevantes, podemos citar: (a) a atividade econômica (sentido lato) exercida pelo Estado, diretamente ou por delegados, no âmbito dos *serviços públicos*⁴⁰, (b) a prestação da saúde e (c) a prestação da educação.

Calixto SALOMÃO FILHO⁴¹ reconhece que, na área social⁴², o objetivo a ser buscado é francamente redistributivo, o que torna inviável a sua prestação exclusivamente por particulares, de forma a atrair para o setor, preferencialmente, a atuação estatal.

⁴⁰ Como observa Eros GRAU (A ordem econômica na Constituição de 1988, pp. 124-5), a ação estatal na prestação de serviços públicos, diretamente ou por meio de delegados, não constitui modalidade de intervenção econômica, mas de atuação estatal, dado que o termo intervenção pressupõe a idéia de atuação em domínio de outrem, e o Estado, ao prestar serviços públicos, não age em domínio alheio, mas em domínio próprio, pois a prestação de tais serviços incumbe, preferencialmente, ao próprio Estado.

⁴¹ Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos, pp. 27-8.

⁴² Exemplifica o Autor, como atividades detentoras de relevância social, a saúde e a educação.

O Autor⁴³ exemplifica seu raciocínio com o caso da educação: *“Jamais o que o estudante está disposto ou tem condições de pagar pela escola pode remunerar o imenso benefício social trazido pela educação de cada indivíduo. Até porque esse benefício não é passível de mensuração. Isso responde pelos maus resultados da educação quando sujeita às regras de mercado – ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas”*.

Identificados, assim, os mercados socialmente relevantes, bem como reconhecido que em tais mercados o exercício abusivo do poder econômico é mais provável, dada a essencialidade dos bens considerados (serviços públicos, saúde e educação), o que torna a demanda substancialmente inelástica em relação à variação de preço (ainda que expressiva), deve-se assumir, como conseqüência do escopo social do direito antitruste aqui reconhecido, que em tais mercados a utilização do controle de preços constitui, em regra, mecanismo preferencial.

Nos serviços públicos, o controle tarifário (controle de preços que é) é de larga utilização, inclusive nos setores em que a concorrência tenha se inserido em substituição ao monopólio natural que antes existia⁴⁴.

Na educação, temos como exemplo, no Brasil, a Lei nº 8.039, de 30 de maio de 1990, que introduziu verdadeiro *controle de preços* no setor, ao impor critérios para o reajuste das mensalidades cobradas por escolas particulares.

A constitucionalidade desse diploma normativo foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 319-4/DF. Ressalte-se, neste precedente, trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, o qual reconheceu ser o controle de preços, além de constitucional, instrumento adequado ao controle do exercício abusivo do poder econômico na hipótese em que o produto ou serviço possua relevância social: *“Penso que mais patente se torna a legitimidade dessa intervenção, quando se trata de atividades abertas à livre iniciativa, porém, de evidente interesse social, porque situadas em*

⁴³ Op. cit., p. 28.

⁴⁴ Na experiência brasileira, cite-se o setor de telecomunicações, o qual, por ocasião da privatização, foi remodelado de forma a substituir o monopólio estatal existente por diversas empresas, concessionárias e autorizadas, atuando em regime de concorrência.

área fundamental da construção da ordem social projetada na Constituição de 1988. Delas um dos setores fundamentais é, precisamente, o da educação, definido na Constituição como direito de todos e dever do Estado, que não se cumpre apenas pela educação pública, mas há de cumprir-se, também, pelo controle, pela regulação da atividade educacional privada”.

E, no campo da saúde, relevante se faz anotar que, em diversos países, adota-se o controle de preços, em especial no setor de medicamentos.

Assim anotam Pierre DELVOLVÉ⁴⁵, ao afirmar que a França adota o controle de preços para os medicamentos, e Antônio C. SANTOS, Maria E. GONÇALVES e Maria M. L. MARQUES⁴⁶, ao ressaltarem que na CEE e em Portugal “*a salvaguarda da saúde pública, a comparticipação do Estado na sua aquisição – que o torna efectivamente no principal interessado no preço do produto – e a relativa ausência de liberdade de escolha por parte do consumidor, justificam a atenção especial que é dada à regulação do preço dos medicamentos, no âmbito comunitário e nacional*”.

No Brasil, em recente medida, foi adotado o controle de preços para os medicamentos. Trata-se do Protocolo de Intenções firmado entre os Ministérios da Justiça, da Saúde e da Fazenda e as empresas fabricantes de medicamentos, representadas pela Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica. O normativo possui vigência de seis meses (com término em 30 de junho de 2003) e define critérios para o cálculo dos preços máximos a serem praticados na venda de medicamentos.

Em síntese do exposto neste item, a relevância social do produto ou serviço influi, em atenção ao escopo social do direito antitruste em promover a justiça social, na aplicação de mecanismos de controle mais coercitivos do exercício da liberdade de iniciativa econômica, como é o caso do controle de preços, a fim de se prevenir o (aqui) provável abuso de poder econômico.

Conclusão

O reconhecimento de escopos sociais, a despeito de tornar mais complexa a aplicação do direito antitruste, não a torna inconsistente, porque

⁴⁵ Droit public de l'économie, p. 523.

⁴⁶ Op. cit., p. 459.

constitui decorrência lógica da interpretação constitucional dos princípios, liberais e intervencionistas, que conformam a ordem econômica positivada pela Constituição de 1988.

A tensão entre princípios liberais e intervencionistas decorre da própria lógica da constituição econômica, a qual não se limita a reconhecer a realidade econômica existente, mas busca conformá-la à ordem econômica positivada (mundo do dever ser).

Nesse contexto, deve-se reconhecer a preponderância dos princípios intervencionistas sobre os princípios liberais, pois, do contrário, estar-se-ia limitando a busca da máxima efetividade às normas constitucionais, em evidente abandono do projeto conformador desenhado pela constituição econômica, qual seja, o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, caput).

Assim considerado, o direito antitruste, instrumento de políticas públicas que é, deve resolver eventual colidência de seus escopos em atenção ao escopo maior de se efetivar a justiça social.

A preferência se traduz, aqui, não pela hierarquização ou exclusão mútua de escopos, mas pelo reconhecimento de uma intrínseca complementaridade existente entre eles, como mecanismos que são de consecução da justiça social.

Observada a questão referente à complementaridade de escopos, apresentam-se, em ordenação tópica, as linhas conclusivas assumidas neste ensaio:

1 - O direito antitruste possui, como modalidade de escopo social, o de tutelar o valor social do trabalho e a busca do pleno emprego, escopo este que se reflete na aplicação de suas normas, considerando-se, em especial: (a) a busca da manutenção do nível de emprego por meio do controle preventivo do exercício abusivo de poder econômico, (b) a isenção antitruste conferida aos sindicatos e (c) a adoção da teoria da *failing company defense* como instrumento a justificar concentrações lesivas à concorrência em prol da tutela do emprego e da função social da propriedade.

2 – Representa escopo social do direito antitruste o de reduzir as desigualdades regionais. Nesse contexto, se a aprovação de uma dada concentração econômica levar à desativação de unidades fabris que, a despeito de inofensiva para o mercado relevante como um todo, puder causar sérias distorções na

comunidade local, deverá o exercício do controle preventivo atentar para o problema, e assim utilizar-se de mecanismos hábeis, tais como a cisão parcial e/ou venda pública de ativos, com o fito de se evitar uma desigual distribuição social dos benefícios e malefícios provocados pela concentração econômica.

3 - A relevância social do produto ou serviço (tais como saúde, educação e serviços públicos) influi, em atenção ao escopo social do direito antitruste em promover a justiça social, na aplicação de mecanismos de controle mais coercitivos do exercício da liberdade de iniciativa econômica, como é o caso do controle de preços, a fim de se prevenir o provável exercício abusivo de poder econômico.

Bibliografia

BARNES, David W. *Nonefficiency goals in the antitrust law of mergers*. William and Mary Law Review, Summer, 1989.

BELLAMY, Christopher e CHILD, Graham. *Derecho de la competencia en el mercado comum*. Tradução de Enric Picañol. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

CADE. *Relatório anual 1996*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

_____. *Relatório anual 1997*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.

_____. *Relatório anual 1998/99*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

CARVALHO, Nuno T. P. *As concentrações de empresas no direito antitruste*. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques da. *Da restrição da concorrência na comunidade europeia: A franquia de distribuição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

FILHO, Alberto Venâncio. *A intervenção do estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil*. Edição fac-similar da edição de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Lei de proteção da concorrência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. *Antitrust law and economics in a nutshell*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

KHEMANI, Shyam (organizador). *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington: World Bank, OECD, 1999.

KORAH, Valentine. *Introducción al derecho y práctica de la competencia en la CEE*. Tradução de Alejandro Fernández de Aráoz Gómez-Acebo. Barcelona: Ariel Derecho, 1988.

MONCADA, Luis Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NADER, Ralph. *The proper goals of antitrust: when public and private interests collide*. Loyola Consumer Law Reporter, Chicago, 1997.

NETO, Manoel Jorge e Silva. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POSNER, Richard A. *Antitrust law (an economic perspective)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial (as estruturas)*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 319-4/DF*, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 30.04.1993.

SCHWARTZ, Louis B. *Justice and other non-economic goals of antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, April, 1979.

REGULATION 2004 - BRAZIL

Ubiratan Mattos, Maria Cecília Andrade and Caroline Sanselme Vieira

Legislation and jurisdiction

1. What is the relevant legislation and who enforces it?

Law 4137 of 10 September 1962 was the first Brazilian legislation specifically dealing with competition issues, providing general restraints on anti-competitive practices and very broad provisions aimed at controlling acts and contracts that could harm competition on the Brazilian market. This law created the Administrative Council for Economic Defence (the CADE), the Brazilian agency charged with enforcing competition laws.

Other specific laws and decrees were subsequently enacted. Laws 4137/62 and 8158/91 provided the basic framework for Brazilian competition legislation until enactment of the current Brazilian Competition Law (Law 8884/94).

Law 8884/94 transformed the CADE into a federal independent agency linked to the Ministry of Justice, deciding cases on a definitive basis in the administrative sphere.

The Brazilian competition structure comprises two other entities: the Economic Policy Bureau of the Ministry of Finance (the SEAE), which reviews cases from an economic viewpoint; and the Economic Law Office of the Ministry of Justice (the SDE), which reviews the cases from a legal standpoint.

The CADE board is composed of a president and six commissioners chosen from among citizens between 30 and 65 years of age renowned for their legal or economic knowledge and unblemished reputation. They are duly appointed by the President of the Republic after approval by the Senate.

The CADE president and commissioners serve for a two-year term on a full commitment basis (unless otherwise stated in the Brazilian Constitution). One re-election is permitted.

Recent amendments to Law 8884/94 have increased the CADE's investigative powers and instituted leniency agreements, intensifying the fight against major anti-competitive practices (including cartels). Also, the fines currently imputable to anticompetitive practices have also contributed to actual enforcement of the Brazilian Competition Law.

2. *What is the substantive law on cartels in the jurisdiction?*

The substantive law on cartels is Law 8884/94, Article 20 of which states that, irrespective of intent, any act that actually or potentially: (i) limits, restrains or in any way harms open competition or free enterprise; (ii) results in relevant market dominance for a certain product or service; (iii) arbitrarily increases profits; or (iv) abuses a dominant position, is viewed as an anticompetitive practice. Examples are provided in Article 21. Cartels are defined in Article 21,1 as the setting or offer in any way (in collusion with competitors) of prices and conditions for the sale of a certain product or service.

CADE Resolution No. 20 of 9-June 1999 defines cartels as horizontal restrictive trade practices that are “express or implied agreements between competitors in the same market, involving a substantial part of the relevant market, regarding prices, production and distribution quotas and territorial division, in a concerted attempt to increase prices and profits to levels that are closer to monopolistic levels.”

A cartel is punishable only if it can actually or potentially have harmful effects on the relevant market. Harmful effects are the limitation, misrepresentation, or hindrance to open competition or freedom of enterprise; dominance of a relevant market for goods or services; profiteering; or the abusive exercise of a dominant position (Law 8884/94, Article 20). The Brazilian legal system does not acknowledge the existence of an anticompetitive practice *per se*.

If a conduct generates none of the effects (even potentially) that would injure a free market structure, no unlawfulness is held to have occurred, and there is no collective interest to protect. In these cases, Law 8884/94 does not apply; a position which the CADE has consolidated.

Cartels are considered both illegal administrative acts punishable under Law 8884/94, and crimes against economic policy as prescribed in Law 8137 of 27 December 1990 (Law 8137/90), which punishes the same acts as Law 8884/94. However, it is the judiciary (not the Brazilian competition authorities) which has jurisdiction over crimes under Law 8137/90, on the initiative of the Public Prosecutor Office.

3. *Are there any industry-specific offences/defences?*

No. There are no statutory exemptions or defences for cartels under Brazilian legislation.

4. *Does the law apply to individuals or corporations or both?*

Law 8884/94 applies to individuals, public or private companies, and any individual or corporate associations established de facto and de jure, even on a provisional basis, irrespective of separate legal identity, and despite the exercise of activities regarded as a legal monopoly.

5. *Does the regime extend to conduct that takes place outside the jurisdiction?*

Yes. Without prejudice to any agreements and treaties to which Brazil is a party, the Law applies to the acts that have actual or potential effects within the Brazilian territory.

6. *Are there any current proposals for the change to the regime?*

Currently, there are four bills in progress at the House of Representatives proposing amendments to Law 8884/94: Bill 834/1999; Bill 2130/1996; Bill 3565/1997; and Bill 834/1999.

The most important is Bill 834/1999 which is primarily intended to expedite investigations. It proposes that preliminary investigations be completed within 90 days (instead of 60 days), and that the evidentiary phase be completed within 180 days (currently, there is no fixed time limit). It also proposes that CADE decisions be rendered within 90 days. Finally, it suggests that the term of office of commissioners lasts six years, in lieu of two years.

However, as the development of bills is bureaucratic and time-consuming, it is uncertain when these bills will pass into law.

Investigation

7. What are the typical steps in an investigation?

First, the SDE conducts preliminary investigations on its own initiative or upon a written and substantiated formal complaint. Upon completion of 60-day preliminary investigations, the head of the SDE orders the start of administrative proceedings or shelving of the case.

Administrative proceedings are instituted at an order of the head of the SDE for investigation into the facts. The defendant is summoned to file a defence within 15 days.

Then the SDE orders that some actions be taken and pieces of evidence be presented, at its discretion. The defendant produces any evidence after submission of defence, as well as presenting new documents at any time before the discovery phase lapses.

Upon completion of the discovery phase, the defendant is summoned to make its final statements, and the head of the SDE then issues a report suggesting that the case records be sent for the CADE's review or shelved.

In most cases, investigation takes at least one year and administrative proceedings another year, or longer (depending on the complexities of the markets involved, and on the conduct dealt with in the formal complaint).

8. What investigative powers do the authorities have?

Law 10149/00, which amended certain provisions of Law 8884/94, has increased the investigative powers of the SDE and the SEAE, which now have powerful instruments to curb anticompetitive practices.

The head of the SDE may authorise an inspection at the principal place of business, establishment, office, branch or subsidiary of the suspected company (known as a dawn raid). The federal police, acting in compliance with the law and by court order, may carry out dawn raids. In this case, inventories, items, working papers of any kind, accounting books, computers and magnetic files may be inspected, and copies of any documents or electronic data may be extracted or requested. The Federal Attorney-General's Office, upon request of the SDE, may ask the judiciary Branch for a search and-seizure warrant.

As regards the evidence of witnesses, the general rules of the Code of Civil Procedure will apply (since there are no specific provisions in Law 8884/94).

Under Article 406 of the Code of Civil Procedure, a witness is not required to testify about: (i) facts that are detrimental to the witness, spouse, blood relatives or in-laws; and (ii) confidential facts, on account of status or profession.

However, after deciding to testify, the witness does not have the right to remain silent. Deposition is taken under oath and, in case of perjury, criminal charges will apply. No defendant is in turn required to tell the truth upon testifying, as he need not produce proof against himself.

Therefore, testimonial evidence may be used against the witness himself or third parties; even an employer in a different proceeding (for example, if the testimony serves as proof of any breach).

International cooperation

9. Is there inter-agency cooperation? If so, what is the legal basis for an extent of cooperation?

Brazil and the United States of America entered into an agreement for technical cooperation between their competition authorities in 1999, which came into force on 25 March 2003. On 16 October 2003, Brazil and Argentina also signed a technical cooperation agreement in the competition area, allowing all merger reviews and investigations that may affect the Brazilian and Argentine markets to be conducted simultaneously (in a similar way to the agreement with the United States). However; this agreement still needs to be ratified in both countries.

As for national agreements, a cooperation agreement was recently signed between the federal police and the SDE, providing for intervention by the law enforcement authorities in any investigations into a possible cartel with interstate or international repercussions, thus calling for uniform control.

Additionally, the Ministry of justice (through the CADE and the SDE) has also entered into technical cooperation agreements with other regulatory agencies for the prevention and punishment of anti-competitive practices, eg with the National Telecommunications Agency (ANATEL),

the National Petroleum Agency (ANP), the National Electricity Agency (ANEEL), the National Land Transportation Agency (ANTT), and the National Public Health Agency (ANVISA). The CADE also entered into a cooperation agreement with the Central Bank of Brazil.

10. How does the interplay between jurisdictions affect the investigation, prosecution and sanction of cartel activity in the jurisdiction?

The CADE, the Agency in charge of final review and judgment of administrative cases, acts jointly with the SEAE and the SDE. The SDE conducts preliminary investigations and starts administrative proceedings. Finally, during the course of administrative evidentiary proceedings for the formal complaint to be forwarded to the SDE, the SEAE may determine the performance of certain acts and the production of evidence, if applicable. Please note that Brazil has only one competition jurisdiction.

Adjudication

11. How is a cartel matter adjudicated?

Cartel matters are adjudicated before specialised agencies: the SDE and the CADE, as explained below. The SEAE is always informed of the filing of administrative proceedings and then joins investigations to express its non-binding opinion on the matters under its authority, if necessary.

12. What is the appeal process, if any?

The parties may appeal a CADE decision to the CADE itself. Another reporting commissioner will be assigned to the appeal, but the voting commissioners will be the same as in the first decision. To the best of our knowledge, the CADE has never reversed any of its decisions so far.

It should be noted that CADE decisions do not qualify for executive branch (administrative) review. However, according to the constitutional principle of full access to the judiciary, anyone dissatisfied with the final decision of the CADE may challenge it in court.

13. With which party is the onus of proof?

There is no express provision about the burden of proof under the Brazilian Competition Law. According to its Article 83, the Code of Civil Procedure applies to these cases, and the burden of proof thus rests with the plaintiff (the Brazilian competition authorities). However, the defendant must challenge each charge, otherwise the plaintiff's allegations are held to be true.

Sanctions

14. What criminal sanctions are there for cartel activity?

Law 8137/90 establishes confinement from two to five years, detention from one to five years, or a fine.

15. What civil or administrative sanctions are these for cartel activity?

The penalties prescribed by the Brazilian Competition Law are: (i) for companies: a fine from 1 to 30 per cent of their gross pretax revenue in the latest financial year; and (ii) for managers directly or indirectly liable for the company's breach: a fine from 10 to 50 per cent of the fine imposed on the said company.

Possible sanctions, which can be individually or cumulatively imposed whenever the severity of the facts or the public interest so requires, are: (i) publication of the summary sentence in a court-appointed newspaper at the offender's expense; (ii) ineligibility for official financing or participation in bidding procedures; (iii) annotation of the offender's name on the Brazilian Consumer Protection List; (iv) recommendation that government agencies (a) grant compulsory licenses for patents held by the offender and (b) deny the offender's access to instalment payment of federal overdue debts, or order total or partial cancellation of tax incentives or public subsidies; and (v) the company's spin-off, transfer of corporate control, sale of assets, partial discontinuance of activities, or any other antitrust measure required for such purposes.

The penalties stipulated in the Brazilian Competition Law will vary according to: (i) the severity of the offence; (ii) the offender's good faith; (iii) the advantages obtained or envisaged by the offender; (iv) actual or

threatened occurrence of the offence; (v) the extent of actual or threatened damage to open competition, the Brazilian economy, consumers, or third parties; (vi) the adverse economic effects on the market; (vii) the offender's economic status; and (viii) recidivism.

16. Are private damage claims or class actions possible?

The Brazilian Competition Law establishes that an injured party may defend its interests in court by way of antitrust measures, and seek an award for losses and damages, irrespective of administrative proceedings (which are not stayed by the said court action).

Both actions for damages and class actions are filed before the courts. No such cases are heard by competition authorities (the CADE, the SDE, and the SEAE).

In cases of violation of individual interests, only the aggrieved person has standing to bring a civil action. The bodies which have standing to sue only when an anti-competitive practice has injured trans-individual interests are: the Public Attorneys Office; the federal government; the states; the municipalities; the federal district; the entities and agencies of the direct or indirect administration; and the associations lawfully created at least one year in advance and whose corporate purposes include Consumer protection rights.

17. What recent fines or other penalties are noteworthy?

The history of the battle against cartels in Brazil is very recent. The first decision against a cartel in Brazil was rendered in 1999, and although it is still being disputed in court, the fines imposed on companies in the steel segment reached 1 per cent of their gross sales in the previous year (ranging from approximately US\$ 4 million to US\$ 7 million).

On 27 June 2001, the CADE fined Estaleiros Ilha SA (EISA) and Marítima Petróleo e Engenharia Ltda (Marítima) for an alleged bid-rigging practice. The fine amounted to 1 per cent of the companies' gross sales in 1996. The CADE also ordered that its decision be published in leading Brazilian newspapers. Marítima and EISA are appealing against these penalties at the courts.

In 2002, the CADE issued two rulings against petrol (gas) stations in Florianópolis, State of Santa Catarina, and in Goiânia, State of Goiás, both also being appealed in court. Fines imposed came to 10 per cent of their gross sales in the previous year. In addition, individuals were also fined at 10 per cent of the fines imposed on the corresponding companies. The CADE's decision also included other penalties, such as prohibition against instalment payment of federal tax liabilities, a five-year ban on borrowings from official financial institutions and on the participation in public tenders, and a half-page publication of this unfavourable decision in leading Brazilian newspapers. In both cases, the CADE's decision is being challenged in court.

On 2 July 2003, the CADE held that nine petrol stations in the city of Lages, their senior managers, and the Gas Stations Association of the State of Santa Catarina (Sindipetro/SC) breached the Competition Act by restraining free competition in the fuel market in the Lages region. As a result of this alleged hard-core cartel behaviour, the CADE fined the petrol stations 15 per cent of their annual gross sales, whereas their senior managers were fined 15 per cent of the amount imposed on each company.

Sentencing

18. Do Sentencing guidelines exist?

There are no Sentencing guidelines in the Brazilian legislation.

19. Are they binding on the adjudicator?

Not applicable.

Leniency/immunity programmes

20. Is there a leniency/immunity programme?

The leniency agreement was introduced by Law 8884/94 as a kind of plea-bargaining mechanism.

21. What are the basic elements of a leniency/immunity programme, if one exists?

The federal government (through the SDE) may offer leniency extinguishing the punitive action or reducing the applicable penalty by one- to two-thirds, for individuals and legal entities involved in anti-competitive practices, provided that they effectively cooperate with investigations and administrative proceedings. In these cases the cooperation must result in: (i) identification of co-offenders; and (ii), the obtaining of information and documents that evidence the anti-competitive practice notified or under investigation. These provisions do not apply to companies or individuals that have prompted the conduct considered an anti-competitive practice.

The leniency agreement may only be executed if, cumulatively: (i) the company or individual is the first to qualify with regard to the anti-competitive practice notified or under investigation; (ii) the company or individual ceases all involvement in the anti-competitive practice notified or under investigation as from the date on which the covenant is proposed; (iii) the SDE does not have sufficient evidence to ensure the sentencing of the company or individual at the time the covenant is proposed; and (iv) the company or individual confesses its participation in the unlawful practice and cooperates fully and permanently with investigations and administrative proceedings, taking part (on its or his own expense, whenever requested) in all procedural acts until they have been completed.

22. What is the importance of being ‘first in’ to cooperate?

Only the company or individual that is the first to qualify with regard to an anti-competitive practice notified or under investigation can execute the leniency agreement.

23. What is the importance of going second? Is there an ‘immunity plus’ or ‘amnesty plus’ option?

Going second does not give an ‘immunity plus’ or ‘amnesty plus’ option, as only the first-in to cooperate can qualify for the leniency agreement

and, consequently, is excused punishment or gains the one to two-third mitigation of the penalty.

24. What is the best time to approach the authorities when seeking leniency/immunity?

There is no right time to approach the authorities when seeking leniency/immunity, but it should happen before the SDE has sufficient evidence to ensure the sanctioning of the company or individual. Otherwise, the Brazilian competition authorities cannot implement a leniency covenant.

25. What confidentiality is afforded to (a) the leniency/immunity applicant and (b) any other cooperating party?

The proposal for a leniency covenant is treated as confidential, except in the interest of investigations and administrative proceedings.

However, if a proposal for a leniency covenant is denied by the SDE, it will not be viewed as an admission of any facts at issue, nor an acknowledgment of the unlawfulness of the conduct under investigation. In addition, the SDE cannot make any disclosure in this regard.

26. What is needed to be a successful leniency/immunity applicant (or other cooperating party)?

There are no specific requirements for the leniency/immunity applicant other than those mentioned in 21 above.

27. What is the effect of leniency/Immunity granted to corporate defendant on employees of the defendant?

As mentioned above, individuals and legal-entities that have participated in an anti-competitive practice may cooperate with antitrust authorities in investigations, in exchange for immunity from punishment or a one to two-third mitigation in the penalty, as the case may be.

28. *What guarantee of leniency/immunity exists if a party cooperates?*

The problem of the leniency programme in Brazil was that it was brought from a foreign legal system into the Brazilian legal framework without being adapted. Therefore, the CADE and the Public Prosecutor Office could not agree on the feasibility of releasing an offender from punishment upon compliance with a leniency agreement. In view of this impasse, an offender that was willing to cooperate with the administrative authority would receive pardon from the CADE for the administrative offence and from the resulting fine, but there was no assurance that they would be given immunity from prosecution and punishment within the criminal sphere.

However, in October 2003 the first leniency agreement was signed by the Brazilian competition authorities, the Federal and State Attorneys Office, and a security company, located in the State of Rio Grande do Sul, in which several companies were accused of running a cartel (bid-rigging) in relation to public bids for the provision of private security services. Execution of this leniency agreement with the Federal and State Attorneys Office made it possible to exempt the denouncing company from criminal liability.

29. *What are the practical steps in dealing with the enforcement agency?*

The Brazilian Competition Law offers no practical steps in dealing with the enforcement agency. Considering that the first leniency covenant in Brazil was carried out in October 2003, practical steps are yet to be determined.

Basically, the accuser must contact the authorities to make the denunciation and to present some evidence. In the landmark leniency case in Brazil (see 28 above), the statements of the accusing businessman and his employee were accompanied by documents, video and audio tapes.

Please note that only one company can execute the leniency covenant. However, legal counsel is not prohibited by law from acting on behalf of cooperate defendants that executed a leniency covenant as well as of its directors, officers, and employees, provided that the ethical principles of the profession are observed.

Defending a case

30. Can counsel represent employees under investigation as well the corporation?

As mentioned above, legal counsel can represent both employees and the company under investigation, provided that there is no conflict of interest between them.

However, in case of conflict of interest between clients (eg between current and past employees), counsel must choose one of these clients and renounce the other powers of attorney, in accordance with attorney-client privilege under Article 18 of the Code of Professional Ethics.

31. Can counsel represent multiple corporate defendants?

As mentioned, legal counsel can represent multiple corporate defendants, provided that there is no conflict of interest between them.

32. Can a corporation pay the legal costs of and/or penalties imposed on its employees?

The Brazilian Competition Law establishes that penalties are personal and exclusive (that is, employees must pay the penalties imposed on them). Law 8137/90, in turn, makes no reference to this matter.

There is no express legal provision on legal costs, but the company and employees may enter into an agreement in this respect.

Getting the fine down

33. What is the optimal way in which to get the fine down?

If the company has performed an anti-competitive act, the only way to get the fine down is to execute a leniency covenant, allowing the company to benefit from exemption from or mitigation of the penalty.

However, prevention is of the essence. As many actions taken by company employees may be construed by Brazilian competition authorities as a cartel, employees must be instructed accordingly. It is advisable that the company implement a compliance programme.

Update and trends

The latest landmark development in cartel enforcement is the implementation, last October, of the first leniency agreement between the Brazilian competition authorities and a security company, located in the State of Rio Grande do Sul (RS), which accused several companies of cartel practice (bid-rigging) in public bids for private security services.

Implementation of this leniency agreement can be seen as a sign that the risk of engaging in anti-competitive behaviour is increasing. In addition, the increased participation of law enforcement authorities and public prosecutors in investigations helps to overcome the difficulties faced by the lack of resources of competition authorities.

CRITÉRIOS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS AO CADE

*Amadeu Carvalhaes Ribeiro*¹

1. Introdução

Desde a edição da lei concorrencial brasileira (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), são freqüentes as dúvidas a respeito das transações realizadas no exterior que geram o dever de notificação obrigatória ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O presente artigo se propõe a discutir os critérios para determinação desse dever.

A chave para determinar os critérios de notificação de transações internacionais está nos artigos 2º e 54 da lei concorrencial. Por essa razão, o primeiro passo consistirá em analisar esses artigos com o objetivo de estabelecer uma interpretação razoável da lei. O passo seguinte será comparar essa interpretação com a jurisprudência atual do CADE, de forma a identificar os pontos em que esta é omissa ou vacilante.

Uma vez examinada a lei concorrencial nos termos acima propostos, passaremos a identificar as questões relativas à notificação de transações internacionais que mereceriam ser esclarecidas pelo CADE por meio de resolução específica. Isso será feito a partir de aplicações práticas da lei às situações que mais freqüentemente aparecem e geram dúvidas.

2. O artigo 54 da lei concorrencial

O *caput* do artigo 54 dispõe que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de um mercado relevante, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

O dispositivo acima é bastante amplo, o que dificulta sua interpretação. À primeira vista, todo e qualquer negócio que tenha efeitos sobre a concorrência seria passível de notificação ao CADE. Assim, não apenas atos de concentração econômica estariam sujeitos à análise antitruste

¹O autor agradece a colaboração de Ricardo Franco Botelho na pesquisa de jurisprudência do CADE para a elaboração deste artigo.

no Brasil. Esse também seria o caso dos acordos de cooperação econômica, tais como determinados tipos de *joint venture*, contratos de franquia, contratos de distribuição, acordos para troca de informações técnicas etc. Afinal, todos eles podem, dependendo dos agentes econômicos e dos mercados envolvidos, restringir a livre concorrência.

O critério formal de identificação das hipóteses de notificação obrigatória está no parágrafo 3º do artigo 54. Esse dispositivo estabelece que serão obrigatoriamente apresentados ao CADE os atos que visem à concentração econômica, desde que resultem em participação de 20% ou mais em um mercado relevante, ou qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões no último exercício.

A primeira importante constatação é que somente o acordo que resultar em *concentração econômica* é que deve ser obrigatoriamente apresentado². Quanto aos demais, cumpre aos particulares avaliar seus efeitos e apresentá-los voluntariamente sempre que, em seu entender, houver possibilidade de prejuízo à livre concorrência. Daí porque é essencial distinguir entre os atos de concentração econômica e outros tipos de acordo. Antes, porém, vejamos rapidamente o significado dos outros dois requisitos do parágrafo 3º do artigo 54, a saber, faturamento e participação no mercado relevante.

O critério do faturamento é tradicionalmente interpretado pelo CADE como sendo o faturamento mundial do grupo econômico a que pertença a empresa envolvida na transação³. A título exemplificativo, se uma subsidiária brasileira de empresa estrangeira adquirir um concorrente, não basta verificar o faturamento da subsidiária. Este deve ser somado àquele da empresa estrangeira. Se o valor total ultrapassar R\$ 400 milhões, estará preenchido o requisito do parágrafo 3º do artigo 54. Se a empresa estrangeira possuir outras subsidiárias, o faturamento destas também deverá ser considerado.

A interpretação do CADE é excessivamente extensiva. A lei se refere apenas à empresa que tenha faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões. Ela não se refere ao seu faturamento mundial, tampouco ao faturamento das demais empresas do grupo econômico a que ela pertença. Ao insistir em sua posição, o

² Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - As Estruturas, Malheiros, São Paulo, 2002, 2ª edição, p. 279.

³ Esse entendimento foi firmado no ato de concentração nº 28/95, em que foi analisada a *joint venture* entre NALCO e Exxon Chemiclas do Brasil Ltda. A decisão do CADE data de 19 de junho de 1996.

CADE tem provocado um número enorme de notificações, muitas delas irrelevantes do ponto de vista concorrencial. Melhor seria adotar uma interpretação mais restrita da lei, o que permitiria que as autoridades concentrassem seus esforços na análise de casos de efetivo impacto sobre a concorrência. Restringir o faturamento ao território nacional, por exemplo, seria uma boa medida, pois continuariam a ser abrangidos todos os tipos de venda no mercado brasileiro, sejam aquelas feitas localmente ou por meio de exportações.

No que diz respeito à definição do mercado relevante, os critérios adotados pelo CADE são similares àqueles de outras jurisdições⁴. Com efeito, a Resolução CADE nº 15, de 19 de agosto de 1998, determina que sejam consideradas duas dimensões na definição do mercado relevante: o mercado de produtos e o mercado geográfico. A primeira dimensão compreende todos os produtos e/ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Curioso notar que a Resolução nº 15/98 não trata dos substitutos pelo lado da oferta. A segunda dimensão, por sua vez, compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos ou serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos ou serviços. Essa dimensão será objeto de análise mais detalhada no tópico 3 abaixo⁵.

⁴Na verdade, os critérios para definição de mercado são bastante parecidos com aqueles utilizados nos EUA. A título comparativo, cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice*, West, St. Paul, 1999, cap. 3.

⁵Em se tratando da definição de mercado relevante, cabe mencionar também a posição das duas Secretarias encarregadas de analisar atos de concentração e formular recomendações ao CADE. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento de Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), por meio da Portaria Conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001, estabeleceram detalhadamente os critérios a serem adotados tanto na definição do mercado relevante quanto na determinação da participação no mercado. Para a definição do primeiro, é indicado o teste do “monopolista hipotético”, vale dizer, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessária para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços. As Secretarias ressaltam alguns casos específicos, em que poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um aumento de preços “pequeno, porém significativo e não transitório”. Ainda de acordo com a referida portaria, a participação no mercado será calculada com base nos seguintes dados: (i) capacidade produtiva; (ii) volume de vendas; ou (iii) valor

As dúvidas começam a surgir quando se trata de estabelecer o conceito de *concentração econômica*, por oposição ao conceito de *cooperação econômica*. Isso porque o CADE até hoje não definiu o conceito de concentração, seja por meio de resolução, seja por meio de decisões em casos específicos. Ao contrário, a jurisprudência sempre se pautou por afirmar que cabe à autoridade, e não ao particular, definir se uma determinada transação deve ou não ser apresentada. Disso resulta que as empresas acabam se sentindo obrigadas a submeter toda e qualquer transação à apreciação do CADE, ainda que ela claramente não constitua hipótese de concentração. Isso será examinado em maior detalhe no tópico 4 abaixo.

A cooperação é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo.

Enquanto a concentração econômica - conforme veremos em mais detalhes a seguir - resulta na unificação de agentes econômicos, na cooperação temos apenas a colaboração entre esses agentes com relação a um ou mais aspectos de suas respectivas atividades. Assim, se produtores de leite concorrentes entre si decidirem lançar uma campanha de marketing para incentivar o consumo de leite, eles estarão agindo conjuntamente, mas nem por isso este será um ato de concentração econômica. Da mesma forma, se todos os comerciantes de trigo decidirem que venderão seus produtos por um mesmo canal de distribuição, eles estarão tomando uma decisão concorrencialmente relevante, mas não se pode dizer que tal decisão implique concentração, pois cada produtor continuará a decidir isoladamente como produzir e a quem vender os seus produtos.

A cooperação resume-se, pois, à coordenação de determinadas ações entre concorrentes, sem que isso implique a unificação de todas as suas atividades em caráter estável e duradouro. No passado não era aceitável falar em cooperação entre concorrentes, porque a doutrina antitruste a

das vendas das empresas que integrem o mercado definido. Serão consideradas empresas participantes do mercado os produtores atuais, isto é, empresas que efetivamente produzem ou vendem no mercado. No caso concreto, será usado como critério o dado mais adequado a indicar as condições de competição no mercado relevante. Note-se que o CADE não é tão específico quanto as Secretarias no que se refere ao método de cálculo da participação no mercado, permitindo apenas inferir, a partir da leitura da Resolução nº 15/98, que serão levados em conta o valor ou o volume das vendas.

considerava ilegal *per se*⁶. Com a evolução doutrinária e a decorrente aplicação da regra da razão aos casos de coordenação de ações entre concorrentes, ficou claro que nem todas as cooperações econômicas implicam limitação injustificada da concorrência. Em alguns casos, certas limitações são necessárias para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a eficiência das empresas⁷.

Para que ocorra uma concentração, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico. Não ocorre simples uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certas atividades conjuntamente. Para que se possa caracterizar a concentração, tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização devem estar sujeitos a um único centro decisório, permitindo considerar as empresas como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas⁸.

Tradicionalmente, as concentrações econômicas são classificadas em três categorias: (i) concentração horizontal; (ii) concentração vertical; e (iii) a formação de conglomerados⁹.

A concentração horizontal ocorre quando duas empresas atuantes no mesmo mercado relevante passam a atuar como um único agente econômico, integradas por uma fusão ou aquisição. Já a concentração vertical ocorre quando duas empresas atuantes na mesma indústria, mas em níveis diversos, se integram. Por último, a formação de um conglomerado é a forma residual de concentração. Ocorre quando duas ou mais empresas que não atuam no mesmo mercado ou na mesma indústria se concentram. Em outras palavras, toda concentração que não se enquadra na classificação como horizontal ou vertical é um conglomerado.

⁶ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 240.

⁷ Cf. AREEDA, Phillip e Louis KAPLOW. *Antitrust Analysis - Problems, Texts, Cases*, Aspen, Nova Iorque, 1997, 5ª edição, cap. 2.

⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 241 a 243.

⁹ Cf. AREEDA, cit., cap. 5; HOVENKAMP, cit., caps. 9, 12 e 13; VISCUSI, W. Kip et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Cambridge e Londres, 2000, 2ª edição, cap. 7; EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*, Beck, Munique, 1999, 8ª edição, p. 312 e seg.

Qualquer que seja a classificação adotada, o conteúdo essencial do conceito não se altera, ou seja, para que haja uma concentração são necessárias (i) uma mudança estrutural duradoura e (ii) a unicidade no exercício do comando.

Para que a mudança seja estrutural e duradoura, não basta a existência de um acordo. É necessário que as empresas envolvidas passem a funcionar como um único agente econômico em caráter permanente. O exemplo mais freqüente é o da fusão entre empresas - a forma jurídica adotada sugere que a mudança será estrutural e duradoura.

No que se refere à unicidade no exercício do comando, é necessário que antes da transação existam agentes com centros decisórios distintos, e que dela decorra a unificação do comando. Se isso não ocorrer, então não estaremos diante de uma concentração, mas sim de uma cooperação. Por exemplo, se dois competidores se unem para distribuir conjuntamente seus produtos, regulamentar sua atividade (estabelecimento de padrões mínimos de atendimento, horário de funcionamento etc.) ou para estabelecer padrões tecnológicos comuns (como os fabricantes de produtos eletrônicos freqüentemente fazem), não há que se falar em concentração. Cada agente econômico continua a existir e agir como agente único e independente, ainda que para aquele ponto específico de suas atividades tenham se unido e tenham tomado uma decisão conjunta. Essas decisões não afetam a identidade dos agentes e não bastam para caracterizar a concentração no mercado.

Em suma, somente os acordos de concentração econômica estão sujeitos à regra de apresentação obrigatória conforme o faturamento ou a participação no mercado relevante. Esse critério formal não vale para outros tipos de acordo, cuja notificação ao CADE só será compulsória se resultar em prejuízo à livre concorrência, o que deverá ser analisado especialmente em função do conteúdo do acordo.

3. O artigo 2º da lei concorrencial

Vimos acima os critérios de notificação obrigatória de acordos empresariais ao CADE. Cabe examinar agora as regras aplicáveis especificamente a transações realizadas fora do território brasileiro. A questão é saber quando transações desse tipo devem ser submetidas ao CADE.

A lei concorrencial brasileira, seguindo o exemplo de outras

jurisdições, adotou o critério dos efeitos¹⁰. Determina o artigo 2º que a lei se aplica aos atos realizados no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. A questão que se coloca, portanto, é definir critérios para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Novamente a jurisprudência do CADE não é de muito auxílio, pois dela não é possível extrair parâmetros seguros de aplicação da lei. Infelizmente também não há resoluções administrativas que tratem da matéria, de tal forma que os critérios devem ser estabelecidos com base em uma interpretação razoável da lei.

Aqui a economia é de grande auxílio. Para sabermos se uma determinada transação produz efeitos no território brasileiro, cumpre verificar se esse território integra ou não o mercado atingido por ela. Para respondermos a essa questão, é necessário recorrer aos métodos econômicos de definição da dimensão geográfica do mercado relevante.

A dimensão geográfica do mercado relevante é aquela área em que concorrentes e consumidores ofertam e procuram produtos em condições mais ou menos homogêneas. Trata-se da dimensão mais importante na definição do mercado, pois em função dela é que se determinará o grau de concentração e o poder dos agentes.

Para sabermos se o mercado geográfico é nacional ou se vai além das fronteiras de um país, devemos investigar a possibilidade efetiva de importação¹¹. Como regra geral, podemos incluir todo o mercado externo apenas quando:

- i) o preço na região exportadora, somado aos custos de transporte, não supera os preços praticados pelos produtores concorrentes da região importadora. É possível ainda que simplesmente não haja produção na região importadora, hipótese em que esse requisito estará evidentemente preenchido; e
- ii) as barreiras à entrada (v.g. impostos de importação, barreiras não tarifárias e preferências dos consumidores) da região importadora não forem elevadas a ponto de dificultar as importações.

Feitas essas considerações, é possível voltar à interpretação do artigo 2º da lei concorrencial brasileira. Como visto, ele dispõe que a lei será

¹⁰ Cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, RT, São Paulo, 1998, cap. 9.

¹¹ Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 110 e seg.

aplicável às transações realizadas no exterior, desde que produzam ou possam produzir efeitos no território nacional. A questão aqui consiste em determinar os critérios que permitam aferir a produção efetiva ou potencial desses efeitos. A resposta é simples: se, de acordo com os parâmetros acima estabelecidos, for possível incluir a produção das empresas estrangeiras no mercado local, tem-se que a prática gera efeitos no território brasileiro e deve, portanto, ser apreciada pelo CADE.

Não obstante, veremos no tópico 4 abaixo que a jurisprudência do CADE tem sido hesitante nessa matéria, deixando de apresentar critérios claros e objetivos para a apresentação de atos de concentração econômica ocorridos no exterior. A ausência desses critérios não é suprimida pelo parágrafo 1º do artigo 2º da lei concorrencial, segundo o qual reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. A redação do dispositivo é equivocada por duas razões. De um lado, a referência a “operar no território nacional” é pouco esclarecedora. Persiste a dúvida sobre o que sejam tais operações - o mais razoável é que se trate de exportações ao Brasil, o que remete à dúvida sobre o nível de operações que deve ser considerado suficiente para que a concentração empresarial ocorrida no exterior gere efeitos sobre a concorrência local. De outro lado, a menção a “filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante” parece ter sido uma opção por um critério formal de apuração de efeitos no território nacional, ante a ausência de critérios materiais firmes. A opção foi equivocada, pois a presença de qualquer um desses tipos de atividade econômica nada diz sobre o nível de vendas da empresa estrangeira a consumidores brasileiros, nem leva em consideração a possível existência de barreiras que impeçam a entrada efetiva de seus produtos no território nacional¹².

4. Aplicações práticas

Conforme vimos acima, nos casos julgados pelo CADE nos últimos anos, bem como nas resoluções administrativas por ele editadas, é difícil identificar critérios precisos e seguros para determinar se uma transação realizada no exterior deve ou não ser submetida à jurisdição antitruste no Brasil.

O presente tópico examinará algumas situações que frequentemente

¹² Cf. SALOMÃO FILHO, cit., p. 118 e 119.

geram dúvida a respeito do dever de notificação no Brasil. Esse exame será feito a partir de decisões recentes do CADE, que serão criticadas conforme os critérios teóricos acima apresentados. A partir daí será possível formular sugestões de racionalização no controle de transações internacionais pelo CADE.

4.1 Concentração econômica

Como visto acima, as hipóteses de concentração econômica são três: horizontal, vertical ou formação de conglomerado. Somente acordos que envolvam uma dessas hipóteses devem estar sujeitos ao controle formal do CADE, baseado no artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94. Duas são as críticas que podem ser feitas à jurisprudência do CADE no que diz respeito a esse tema.

A primeira crítica é que o CADE aplica de forma excessivamente ampla o dever formal de apresentação, abarcando acordos que não implicam concentração econômica. Essa crítica será aprofundada no tópico seguinte, que analisará a jurisprudência tocante a acordos de cooperação.

A segunda crítica é que o CADE até hoje falhou em definir claramente o sentido da expressão “concentração econômica”, e, por consequência, do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94. Decisões recentes deixam claro que, havendo relação horizontal ou vertical entre as partes de uma transação, esta se enquadra na hipótese de notificação obrigatória. Com efeito, não há um único caso desse tipo que o CADE tenha deixado de analisar, ou em relação ao qual tenha manifestado dúvida sobre o dever de notificação.

As dificuldades começam a surgir quando se trata da formação de conglomerado. Especialmente em decisões recentes os Conselheiros do CADE têm expressado opiniões pouco esclarecedoras, por vezes contraditórias, a respeito desse tipo de concentração. A opinião majoritária ainda é no sentido de que a formação de conglomerado constitui hipótese de notificação obrigatória, desde que esteja presente um dos demais requisitos do parágrafo 3º do artigo 54, a saber, participação igual ou superior a 20% no mercado relevante, ou faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões¹³.

¹³ Com efeito, em alguns casos recentes um ou mais Conselheiros do CADE opinaram pelo não conhecimento da notificação com base no argumento de que inexistia relação horizontal ou vertical entre as partes da operação. Seus votos foram vencidos pela maioria, porém tornaram clara a necessidade de definição, idealmente por meio de resolução do CADE, dos critérios teóricos para determinação das hipóteses de concentração econômica.

Não obstante, em setembro de 2002 o CADE examinou um caso de formação de conglomerado e o julgou não passível de notificação obrigatória. Trata-se do caso nº 08012.003246/2002-86. O fundamento para seu não conhecimento esteve no fato de que as partes da transação notificada - Besam AB e Assa Abloy AB - não possuíam relação horizontal ou vertical entre si.

Em síntese, é possível perceber um avanço na jurisprudência do CADE, ainda que com algumas imperfeições técnicas, como a aparente tentativa de excluir os conglomerados das hipóteses de concentração. Com efeito, estes podem levar ao aumento de poder no mercado e a prejuízos à concorrência. Hipótese óbvia em que isso ocorre é aquela em que uma empresa estrangeira, embora não atuante no mercado nacional, é concorrente potencial de empresas já atuantes no Brasil. A eventual aquisição de uma dessas empresas pela estrangeira é potencialmente restritiva da livre concorrência, haja vista que a estrangeira poderia vir a ingressar no mercado nacional na condição de novo concorrente.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que determinados tipos de formação de conglomerado não apresentam risco à concorrência. É o caso, por exemplo, das aquisições de participações relevantes em empresas nacionais feitas por fundos de investimento estrangeiros. Em regra, tais aquisições são feitas exclusivamente a título de investimento, e não têm a capacidade de prejudicar a concorrência no território brasileiro. Daí decorre que elas poderiam, por meio de resolução do CADE, ser excluídas das hipóteses de notificação obrigatória.

4.2 Cooperação econômica

Como visto acima, a cooperação econômica consiste na coordenação de determinadas ações entre concorrentes, sem que isso implique a unificação de todas as suas atividades em caráter estável e duradouro. Ela está fora do

Cf. (i) AC nº 08012.003626/2002-11, julgado em 11 de setembro de 2002, em que foram requerentes Sears, Roebuck and Co., L.P. e Inlet Acquisition Corp.; (ii) AC nº 08012.002888/2002-68, julgado em 11 de setembro de 2002, em que foram requerentes Abbot Laboratórios do Brasil Ltda. e Biolab Sanus Farmacêutica Ltda.; e (iii) AC nº 08012.004181/2001-13, julgado em 30 de outubro de 2002, em que foram requerentes TD Capital Canadian Private Equity Partners (QLP) L.P. e Harrowston Inc.

alcance da regra formal de notificação obrigatória do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei nº 8.884/94, porém certamente é alcançada pela regra do *caput* do artigo 54, haja vista que pode, ao menos em tese, restringir a livre concorrência.

Nem todo tipo de acordo cooperativo tem o poder de limitar a livre concorrência, porém aqueles que o têm devem ser obrigatoriamente submetidos à apreciação do CADE. As questões que se colocam são, portanto, duas. Em primeiro lugar, é preciso distinguir entre um acordo cooperativo e um concentrativo - foi justamente isso que procuramos fazer no tópico 2 acima. Em segundo lugar, cabe determinar os tipos de acordo de cooperação que devem ser submetidos à análise do CADE. Esse é um trabalho que depende essencialmente da análise do conteúdo de cada acordo, pois é preciso verificar em que medida as ações dos concorrentes passarão a ser coordenadas. Concluída essa análise, é preciso inseri-la no contexto dos mercados envolvidos, no quais deverão ser examinadas as condições concorrenciais, o grau de concentração, as barreiras à entrada etc. Só assim será possível estabelecer conclusões a respeito dos efeitos anticoncorrenciais do acordo e, por consequência, da necessidade de submetê-lo à aprovação do CADE.

Caberia ao CADE, por meio de resolução específica, dar resposta às questões acima colocadas. Isso implicaria definir os conceitos de concentração e cooperação econômica. No que diz respeito aos acordos cooperativos, a tarefa consistiria em criar regras que os particulares pudessem utilizar como roteiro para apuração do dever de notificação. Seria de grande auxílio também se fosse criado um procedimento de consulta ao CADE, pelo qual dúvidas a respeito do dever de notificação de acordos de cooperação econômica pudessem ser esclarecidas.

Não é isso, entretanto, o que ocorre no momento. Na ausência de regras administrativas relativas às questões acima levantadas, a jurisprudência do CADE também não tem sido capaz de fornecer respostas seguras ao enquadramento jurídico de diversas situações. A postura da autarquia tem sido a de exigir genericamente que todo tipo de acordo lhe seja apresentado, sob a afirmação de que cabe à autoridade, e não ao particular, avaliar que situações têm a capacidade de restringir a concorrência¹⁴. Uma postura desse tipo obriga

¹⁴ Cf., nesse sentido, o voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho no caso nº 08012.001196/98, de 23 de setembro de 1998, em que foram requerentes as Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. e S.A. Indústrias Votorantim, in verbis: “(...) Entendem os mesmos [os requerentes] – ao contrário do que já tem sido reiterado inúmeras vezes

os particulares a notificar transações que muitas vezes não têm relevância concorrencial. Além de representar um ônus desnecessário à atividade econômica, ela torna mais difícil que os agentes públicos concentrem seus esforços e recursos em assuntos de verdadeiro impacto sobre a concorrência.

Exemplo recente do estado de coisas acima descrito é a consulta nº 0077, formulada por Souza Cruz S.A. e Companhia de Bebidas das Américas - AmBev e analisada pelo CADE em 13 de março de 2002. Enquanto a primeira atua no mercado de cigarros e fumo, a segunda é uma das principais empresas da indústria de bebidas. As empresas requereram ao CADE que informasse se era necessária ou não a análise de um acordo entre elas destinado a criar uma *joint venture* para venda, por meio eletrônico, de produtos a clientes comuns de pequeno e médio porte.

A dúvida de Souza Cruz e AmBev era legítima, pois se tratava de duas empresas não concorrentes que estavam realizando um acordo relativo a apenas um aspecto de suas atividades. Os Conselheiros do CADE, ao invés de esclarecerem a dúvida, limitaram-se a decidir por unanimidade que o acordo deveria ter sido apresentado na forma de ato de concentração. Ou seja, entenderam que o acordo era de apresentação obrigatória, cabendo ao CADE, e não a Souza Cruz e AmBev, avaliar seu impacto sobre a concorrência.

Recentemente nota-se que a postura acima identificada tem começado a mudar. Prova disso é o caso nº 08012.007863/2001-70, julgado em 26 de setembro de 2002. Tratava-se de um acordo comercial de produção de veículos entre Peugeot Citröen do Brasil S.A. e Fiat Automóveis S.A., pelo qual parte da produção de ambas as empresas passaria a ser feita conjuntamente. Ao examinar o caso e decidir por sua aprovação, os Conselheiros do CADE

por este Plenário – que o ato, por não trazer danos à concorrência não se enquadraria no caput do art. 54 e, portanto, não seria sujeito à obrigatoriedade da apresentação. Ora, esta definição de se um ato é ou não, lesivo à concorrência, compete ao Plenário deste Colegiado e, não, às partes envolvidas na operação”. No mesmo sentido é o voto do Conselheiro Ruy Santacruz no auto de infração nº 08, de 14 de julho de 1999, em que é impugnante a Leitesol Indústria e Comércio S/A: “Atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência deverão ser levados ao conhecimento do CADE para análise. Uma vez constatado que embora potencialmente capazes de afetar a concorrência, de fato não o fizeram, serão aprovados de maneira incondicional. Entretanto, mesmo tais atos não estão dispensados da análise do CADE – único legalmente competente para efetuar essa análise – e, sendo assim, se não forem apresentados ou forem apresentados com perda do prazo legal, cabe a aplicação da multa prevista”.

reconheceram estar diante de um acordo de cooperação econômica. Alguns reconheceram que, por essa razão, o acordo só deveria ser analisado se seu conteúdo fosse capaz de limitar a livre concorrência. O CADE acabou confirmando que a operação deveria lhe ter sido submetida, entre outras razões porque dela decorriam efeitos anticompetitivos.

A partir do entendimento acima seria possível concluir que acordos de cooperação sem efeitos sobre a concorrência não precisam ser notificados ao CADE. Essa conclusão é, no entanto, ainda prematura, pois tal entendimento continua a ser minoritário entre os Conselheiros. Além disso, são raros os casos em que a questão dos acordos cooperativos foi trazida à discussão, bem como não há, como visto acima, resolução do CADE que estabeleça regras claras sobre a matéria.

4.3 *Faturamento*

Como visto no tópico 2 acima, o critério do faturamento é tradicionalmente interpretado pelo CADE como sendo o faturamento mundial do grupo econômico a que pertença a empresa envolvida na transação. Esse entendimento foi firmado no ato de concentração nº 28/95, em que foi analisada a *joint venture* entre NALCO e Exxon Chemiclas do Brasil Ltda. A decisão do CADE data de 19 de junho de 1996.

De lá para cá, a posição do CADE pouco ou nada mudou. A interpretação extensiva da lei continua a provocar um número enorme de notificações, muitas delas irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

Recentemente, contudo, é de se notar que os gastos da Administração com a análise de atos de concentração irrelevantes do ponto de vista concorrencial têm levado à discussão de critérios alternativos para determinar as hipóteses de apresentação obrigatória. A criação de tais critérios exigiria alteração da Lei nº 8.884/94, de tal modo que teria que passar pelo Congresso Nacional.

Um modo mais econômico, porém igualmente eficiente de resolver o problema está na simples reinterpretação da Lei nº 8.884/94. Com efeito, a lei se refere apenas à empresa que tenha faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões. Ela não se refere ao seu faturamento mundial, tampouco ao faturamento das demais empresas do grupo econômico a que ela pertença. Bastaria, portanto, que fosse adotada uma interpretação mais restrita da lei. Como visto no tópico 2 acima, limitar o faturamento ao território nacional seria uma boa medida, pois

continuariam a ser abrangidos todos os tipos de venda no mercado brasileiro, sejam aquelas feitas localmente ou por meio de exportações.

No âmbito jurisprudencial, apenas o Conselheiro Fernando de Oliveira Marques tem defendido a idéia de que o faturamento referido no parágrafo 3º do artigo 54 é o faturamento nacional e não o internacional. É o caso, por exemplo, do ato de concentração nº 08012.002875/2002-99, envolvendo Regis Corporation e Gameo International Limited. O caso foi analisado e aprovado pelo CADE em 2 de outubro de 2002, tendo sido vencido o citado Conselheiro, que opinou que a operação não deveria ter sido apresentada.

O mesmo ocorreu no caso nº 08012.002876/2002-33, em que foram requerentes Habasit Belting Incorporated e Maurizio Cozzi. A transação foi aprovada pelo CADE em 9 de outubro de 2002. O Conselheiro Fernando Marques opinou por seu não conhecimento, haja vista que a subsidiária brasileira da Habasit Belting Incorporated não possuía faturamento superior a R\$ 400 milhões.

4.4 Teste dos efeitos

No tópico 3 acima vimos que o artigo 2º da Lei nº 8.884/94 determina que esta se aplica aos atos realizados no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. Vimos também que a jurisprudência do CADE não permite extrair critérios seguros para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Isso pode ser demonstrado a partir de duas situações que ocorrem com bastante frequência. A primeira delas consiste na transação internacional em que ao menos uma das empresas envolvidas possui atividade no Brasil. A segunda diz respeito à hipótese em que ao menos uma das partes de uma transação internacional tem exportações ao Brasil.

No primeiro caso, a jurisprudência do CADE não é uma referência segura para a avaliação do dever de notificação, pois não há nas decisões recentes nenhuma consideração quanto ao volume ou à natureza das atividades que os agentes situados no Brasil devem ter para que operações de seus controladores realizadas no exterior sejam passíveis de notificação ao CADE. Não importa se se trata de um simples representante comercial ou uma importante subsidiária com faturamento elevado - para que se configure o dever de notificação, basta que uma das partes esteja presente no Brasil e que o propósito de tal presença tenha alguma relação, ainda que distante, com a atividade objeto da transação realizada no exterior. Não há nas decisões do CADE considerações que

demonstrem preocupação em estabelecer critérios para averiguar quando, a despeito da presença física de uma das partes no Brasil, a operação realizada no exterior tem a capacidade de produzir efeitos no território nacional.

Há três exemplos que retratam com clareza a afirmação acima. No caso nº 08012.000994/2000-45, em que Rexan plc. notificou a aquisição - realizada no exterior - de American National Can Group, apenas esta última possuía subsidiária no Brasil, o que foi suficiente para que o CADE considerasse a operação passível de notificação. Não foi feita nenhuma consideração a respeito do tipo de negócio que a American National Can Group detinha no país, bem como não foi investigado se a Rexan plc. poderia ou não ser considerada concorrente - ainda que potencial - no mercado brasileiro. Em 14 de fevereiro de 2001 a transação foi julgada e aprovada sem restrições.

O segundo exemplo é o caso nº 08012.003360/2000-44, no qual Anadarko Petroleum Corporation notificou ao CADE a aquisição de todas as ações de Union Pacific Resources Group, Inc. A Anadarko não tinha atividades no Brasil, sendo que a empresa adquirida participava apenas de uma *joint venture* para a exploração de óleo cru no nordeste brasileiro, o que lhe conferia participação inferior a 1% no mercado relevante. Ao analisar o caso em fevereiro de 2001, o CADE sequer cogitou do cabimento ou não da notificação. Simplesmente a analisou e aprovou sem restrições.

O terceiro exemplo é o caso nº 08012.001783/00-68, em que Reuters Limited e Equant Finance B.V. requereram ao CADE a aprovação da formação de uma *joint venture* fora do território brasileiro. A transação foi notificada apenas porque as empresas possuíam subsidiárias no Brasil, ainda que as atividades destas não tivessem relação direta com o propósito da *joint venture*. Além disso, não havia relação horizontal ou vertical entre Reuters e Equant. Mesmo assim a transação foi analisada pelo CADE e, é claro, aprovada sem restrições em outubro de 2001.

A falta de discussão a respeito dos critérios de apuração dos efeitos no território nacional pode ser notada também na hipótese de transação envolvendo empresas que tenham, ao menos uma delas, exportações ao Brasil.

Como visto no tópico 3 acima, o simples fato de haver exportações não deve ser considerado suficiente para que os efeitos no território nacional estejam presentes. É preciso distinguir entre as hipóteses em que as exportações são regulares e de fato concorrem com os produtos fabricados no Brasil, e aquelas em que as exportações são esporádicas ou temporárias,

não podendo ser vistas como verdadeira concorrência, nem mesmo potencial, a produtos fabricados localmente.

O exercício de classificação acima sugerido não é feito atualmente pelo CADE. No caso nº 08012.003144/2001-80, por exemplo, a divisão de refrigerantes da Royal Crown Company, pertencente à Cadbury, foi adquirida pela Cott Corporation. A empresa adquirente não tinha nenhuma atividade no Brasil, tampouco exportações. A transação foi notificada apenas porque a Cadbury tinha exportações de refrigerantes ao Brasil em nível inferior a 1% do mercado relevante. Se o CADE tivesse considerado que operação não tinha efeitos no Brasil, não a teria analisado, determinando seu simples arquivamento. No entanto, a operação foi examinada e aprovada sem restrições em 23 de janeiro de 2002.

Outro caso que merece ser comentado é o ato de concentração nº 08012.007667/2001-03, em que a Ametek, Inc. adquiriu a totalidade das ações de Perkinelmer Instruments, Inc. Nenhuma das empresas possuía ativos ou atividade no território nacional, porém a Perkinelmer exportava uma determinada linha de seus produtos ao Brasil. Além disso, inexistia relação horizontal ou vertical entre as partes no que se refere aos produtos exportados ao Brasil. Não obstante, o CADE considerou ter jurisdição para analisar a transação, aprovando-a sem restrições em 8 de maio de 2002.

Por fim, em 27 de novembro de 2002 o CADE julgou e aprovou sem restrições a operação pela qual Liberty Media Corporation e sua subsidiária LDIG OTV, Inc. adquiriram o controle de Open TV Corp. (ato de concentração nº 08012.003483/2002-47). As partes só atuavam no Brasil por meio de exportações. Ao examinar, o caso, o CADE não avaliou o volume ou a regularidade dessas exportações - bastou que elas existissem para que o dever de notificação estivesse configurado.

A partir dos exemplos acima, nota-se que os critérios adotados pelo CADE para interpretar a lei concorrencial podem ser aperfeiçoados. No que diz respeito especificamente ao teste dos efeitos, é preciso reconhecer que não é todo tipo de presença física no Brasil que gera o dever de notificação. Além disso, cabe determinar o tipo de exportações suficientes para que a empresa estrangeira seja considerada concorrente efetiva ou potencial no território brasileiro.

5. Conclusão e sugestões de aperfeiçoamento

A mais importante conclusão que se tira do exposto acima é que o artigo 54 da Lei n° 8.884/94 carece de interpretação mais clara e estável por parte das autoridades brasileiras de defesa da concorrência. No que se refere aos critérios de notificação de transações internacionais, o melhor instrumento para fixar tal interpretação seria uma resolução do CADE, pela qual as seguintes questões seriam abordadas: (i) momento da notificação; (ii) faturamento bruto; (iii) concentração e cooperação econômica; e (iv) teste dos efeitos.

A questão do momento da notificação não foi objeto do presente artigo, a não ser por breves comentários no item 2 acima. Ela é, no entanto, muito importante, dada a dificuldade de interpretar com segurança a Resolução n° 15/98 do CADE, em que os procedimentos para notificação são estabelecidos de forma pouco clara. Uma sugestão seria estabelecer pura e simplesmente, por meio de nova resolução, que as transações deverão ser notificadas a partir da assinatura do primeiro documento vinculante. Essa mesma resolução deveria proibir que as partes de uma transação coordenassem suas atividades sob qualquer forma antes da assinatura do primeiro documento vinculante. Isso garantiria que elas continuassem a agir como concorrentes independentes um do outro.

A segunda questão, relativa à interpretação do critério de faturamento previsto no parágrafo 3° do artigo 54, poderia ser solucionada de forma bastante simples. Bastaria ao CADE reinterpretar a lei por meio de resolução, definindo que o faturamento a que se refere o dispositivo legal é o obtido no território brasileiro, seja por meio de produção e vendas locais ou exportações ao Brasil.

No que se refere à terceira questão, urge definir com clareza os conceitos de concentração e cooperação econômica.

Ao se definir concentração, devem ser considerados aspectos como (i) a mudança estrutural duradoura na organização empresarial das partes; e (ii) a formação de unidade no exercício do comando de todas as atividades abrangidas pela operação.

Em uma interpretação razoável da lei, apenas os casos de concentração econômica estariam sujeitos ao critério formal de notificação obrigatória previsto no parágrafo 3° do artigo 54. Entre esses casos, o ideal seria que fossem definidas regras distintas para cada espécie de concentração, a saber, a concentração horizontal, a vertical e a formação de conglomerados.

Cada uma delas oferece riscos específicos à concorrência, suficientes para justificar um tratamento diferenciado.

Por outro lado, as preocupações na definição da cooperação econômica dirão respeito primeiramente à sua licitude. Considerando que toda cooperação é caracterizada pela uniformização ou unificação de certos comportamentos, o conteúdo de cada acordo deverá ser analisado à luz de critérios que procurem identificar a licitude de tal uniformização ou unificação. O problema aqui consiste em estabelecer regras capazes de distinguir entre acordos cooperativos passíveis de análise estrutural e acordos que devem ser tratados simplesmente como condutas anticompetitivas. Estabelecidas essas regras, cumpre criar ferramentas específicas de análise dos acordos cooperativos. Tais ferramentas deverão se dirigir ao conteúdo de cada acordo, bem como às características estruturais do mercado em que o acordo se insere (grau de concentração, barreiras à entrada etc.).

Note-se que os acordos de cooperação econômica continuariam sujeitos à apresentação obrigatória ao CADE, porém apenas dentro de critérios distintos daqueles aplicáveis às concentrações.

Por fim, o chamado teste dos efeitos. As dificuldades aqui estão em definir critérios para a verificação dos efeitos de uma transação internacional no Brasil. Tais critérios devem regular duas situações distintas. A primeira delas diz respeito às exportações ao Brasil; a segunda, às atividades que as partes da operação desenvolvem no território brasileiro.

A questão das exportações ao Brasil está intimamente ligada à dimensão geográfica do mercado relevante. É preciso desenvolver regras capazes de identificar se o mercado geográfico é nacional ou se vai além das fronteiras de um país. Em outras palavras, se existe ou não a possibilidade efetiva de exportação. Como vimos no tópico 3 acima, tal possibilidade existe quando: (i) o preço na região exportadora, somado aos custos de transporte, não supera os preços praticados pelos produtores concorrentes da região importadora; e (ii) as barreiras à entrada (v.g. impostos de importação, barreiras não tarifárias e preferências dos consumidores) da região importadora não forem elevadas a ponto de dificultar as importações.

A questão das atividades desenvolvidas no Brasil pelas partes de uma determinada transação possui duas dimensões: a primeira se refere à natureza das atividades. Evidentemente estas devem se identificar - ou se relacionar de algum modo - com o objeto da transação. Só assim será possível cogitar de efeitos no Brasil. A segunda dimensão diz respeito ao volume das atividades

que devem existir no território nacional para que seja razoável concluir pela existência de efeitos. Deve ser afastado o critério formal até hoje utilizado pelo CADE, segundo o qual basta haver presença física no Brasil, seja por meio de subsidiária ou simples representante, para que os efeitos sejam constatados. É preciso examinar o nível das atividades desenvolvidas localmente, distinguindo-se sua relevância em função, por exemplo, do volume de faturamento obtido.

Assim, no que diz respeito ao teste dos efeitos, caberia ao CADE editar resolução que enfrentasse as questões relativas às exportações ao Brasil e ao nível das atividades desenvolvidas no território brasileiro. Em linhas gerais, foram apresentadas acima sugestões sobre o modo de lidar com essas questões.

Numa palavra final, cabe reconhecer que muito se fez, desde a edição da lei em 1994, pelo desenvolvimento do controle concorrencial no Brasil. Isso é louvável e deve ser continuado e aperfeiçoado. As críticas e sugestões acima apresentadas têm a intenção única de colaborar com esse aperfeiçoamento.

A CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA¹

*Michelle Lúcia Silva de Souza**, *Homero Francisco Tavares Junior***

SUMÁRIO 1. Histórico 2. Conceituação do instituto 3. Classificação 4. Evolução do instituto 5. Importância da utilização da cláusula da nação mais favorecida 6. Globalização x Regionalismo: relação com a cláusula da nação mais favorecida.

1. Histórico

A cláusula da nação mais favorecida, instituto de ampla aplicação no ramo do Direito Internacional, conta com mais de 900 anos de história, remontando dos primórdios da elaboração das leis européias internacionais.

Esta cláusula já tinha reflexos no comércio de produtos na época do Império Romano. Os favores obtidos por uma cidade eram estendidos a todas as outras. No século XI, encontramos os “primeiros passos” desta cláusula, quando o imperador Henrique III fez com que a cidade de Mântua lhe assegurasse o gozo dos “costumes” que fossem obtidos por qualquer outra cidade. Certamente, os “costumes” aqui mencionados diziam respeito a privilégios para a aquisição de produtos comercializados na época.

Posteriormente, vários tratados contiveram o preceito da cláusula da nação mais favorecida. Eis alguns exemplos: Tratado de 17 de agosto de 1417, entre Henrique V e o Duque de Burgundy; o Tratado entre o rei da Inglaterra e a Dinamarca, em 1490; dentre outros.

Em suma, tem-se que a cláusula da nação mais favorecida esteve presente na maioria dos tratados realizados desde aquela época, especialmente os assinados pela Inglaterra.

Segundo Albuquerque Mello, no século XVIII, a cláusula da nação mais favorecida passou a adquirir maior relevância. Afirma o autor que “o Tratado de Utrecht (1713), ao introduzir pela primeira vez o princípio

¹ Palestra apresentada no VII Encontro de Estudantes de Direito do Mercosul. Faculdade de Direito Milton Campos. De 04 a 07 de setembro de 1998. Belo Horizonte – MG. Coordenação: Prof. Dr. Sérgio Mourão Corrêa Lima.

*moderno da igualdade de tratamento a respeito de direitos aduaneiros, acarretou o seu desenvolvimento.”*²

Contudo, foi a partir da segunda metade do século XIX que a cláusula da nação mais favorecida se desenvolveu amplamente. A concepção moderna do sistema já estava implantada: abrangia, tanto os favores já concedidos, como os que, no futuro, viessem a ser concedidos. E mais: em 1927, na Liga das Nações, uma frase proferida pelo Comitê de *experts* para a Progressiva Codificação do Direito Internacional ficou bastante conhecida: “*As nações parecem não conseguir escapar do uso da cláusula.*”³

Conclui-se, então, que a aplicação desta cláusula, em âmbito internacional, é de notória importância.

No Brasil, o instituto aqui estudado surge pela primeira vez, em um ato internacional, no Tratado de Paz e Aliança, de 29 de agosto de 1825, documento por meio do qual Portugal reconheceu a independência do Brasil. De fato, dispõe o art. 5º do mencionado tratado:

“Art. 5º. Os súditos de ambas as nações, brasileira e portuguesa, serão considerados e tratados, nos respectivos Estados, como os da nação mais favorecida e amiga.”

Poucos anos depois, a cláusula da nação mais favorecida reaparece em outro ato internacional brasileiro. Desta vez, no Tratado de Amizade, Navegação e Comércio, entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em 12 de dezembro de 1828.

No século XX, vários tratados assinados pelo Brasil adotam a cláusula da nação mais favorecida. Eis alguns exemplos: nos Tratados de Comércio e Navegação Fluvial celebrado entre o Brasil e a Colômbia (1908) e entre o Brasil e a Bolívia (1910); no Convênio Comercial celebrado com os Estados Unidos da América (1923); no Acordo Comercial provisório

²MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 9ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992. p. 704.

³Tradução livre para “nations do not seem able to scape the use of the clause” – Comittee of Experts for the Progressive Codification of International Law (League of Nations – 1927). In SCHWARZENBERGER, Georg. International Law and Order. London: Stevens & Sons, 1971. p. 298.

celebrado com o Egito (1930), dentre outros que foram firmados nos anos seguintes, valendo citar o importante GATT – General Agreement on Tariffs and Trade (1947), e, mais recentemente, o Mercosul (1991).

A quase totalidade dos tratados celebrados pelo Brasil, principalmente os mais atuais, tiveram seu modelo inspirado no tipo de tratado de comércio aconselhado pelo já mencionado Comitê da Liga das Nações, sendo que, na maioria das vezes, continham uma cláusula nos seguintes termos:

“As Altas partes contratantes consentem em se conceder, reciprocamente, o tratamento incondicional e ilimitado da nação mais favorecida, em relação a tudo que se refere aos direitos alfandegários e a todos os direitos acessórios, ao modo de percepção dos direitos, assim como em relação às regras, formalidades e impostos que poderiam ser submetidas as operações de despacho alfandegário.”⁴

2. Conceituação do instituto

*Segundo Albuquerque Mello, “a cláusula da nação mais favorecida é aquela que em um tratado se estipula que os Estados contratantes se outorgarão as vantagens mais consideráveis que eles já tenham concedido, ou possam vir a conceder no futuro, a um terceiro Estado, sem que seja necessária uma nova convenção entre eles.”*⁵

Como se vê, encontra-se inserido no conceito da cláusula da nação mais favorecida o princípio da isonomia, ou seja, os países signatários de um determinado tratado terão que acordar, incondicionalmente, entre si, qualquer vantagem sobre direitos aduaneiros e taxas comerciais que por ventura vierem a firmar com outras nações não participantes do tratado.

Assim, se os Estados “A” e “B” celebram um tratado de comércio estipulando impostos aduaneiros “x”, e, mais tarde, o Estado “B” conclui tratado de igual gênero com o Estado “C”, estipulando impostos “x-1”, diz-se que o Estado “A” será automaticamente favorecido com a alíquota mais

⁴ In ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956. p. 361.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Ob. cit. p. 704.

branda (aquela do tratado entre “B” e “C”), já que a cláusula da nação mais favorecida constava em seu contrato inicial (firmado entre “A” e “B”).

Em termos práticos, para um melhor entendimento do mecanismo da cláusula da nação mais favorecida, visualize-se o seguinte exemplo: Brasil e Itália celebram um tratado internacional, em que as partes se comprometem a cobrar imposto de, no máximo, 5% (cinco por cento) sobre a importação de automóveis, fazendo constar, deste tratado, a cláusula da nação mais favorecida. Posteriormente, o Brasil celebra um tratado com a França, em que se compromete a cobrar uma alíquota de no máximo 4% (quatro por cento) sobre a importação de automóveis originários deste país. Dessa forma, a alíquota de 4% (quatro por cento), incidente sobre a importação de carros franceses, estender-se-á, automaticamente (e este é um importante aspecto da cláusula em estudo, conforme se verá oportunamente), à importação de carros italianos, uma vez que a cláusula da nação mais favorecida se fez presente no tratado inicial, firmado entre Brasil e Itália.

A rigor, a cláusula da nação mais favorecida não está formulada de forma igualitária em todos os instrumentos internacionais e, portanto, seus alcances variam de acordo com a maneira como está expressa. Prevalecerá, conforme o caso, o princípio da autonomia da vontade do país contratante.

Dentre outros, podem ser citados como exemplos de tratados em que a cláusula em estudo se faz presente, além dos já assinalados anteriormente: o Tratado de Montevideu de 1980 (ALADI) e o Tratado Constitutivo do NAFTA.

3. Classificação

A cláusula da nação mais favorecida pode ser bilateral (recíproca) ou unilateral. Será bilateral quando ambas as partes se concederem mutuamente as vantagens e benefícios da cláusula. Será unilateral quando for estipulada em proveito apenas de uma das partes, ou seja, quando operar em benefício de apenas um contratante.

Na maioria das vezes, a cláusula da nação mais favorecida é bilateral. Somente em alguns poucos casos apresenta-se com a característica de unilateralidade, valendo citar, como exemplo desta modalidade, o art. 267 do Tratado de Paz de Versailes, “que impôs à Alemanha, sem reciprocidade, a obrigação de estender, simultânea e incondicionalmente,

*a todos os Estados aliados ou associados, todo favor, imunidade ou privilégio relativo à importação, à exportação ou ao trânsito de mercadorias, por ela concedidos a qualquer dos ditos Estados ou a qualquer país estrangeiro.”*⁶

A cláusula da nação mais favorecida pode também ser classificada como positiva (quando declara que serão dadas as mesmas vantagens outorgadas a terceiros Estados) e negativa (quando se estabelece que não se imporão a um Estado gravames ou ônus mais onerosos do que aqueles aplicados a terceiros Estados). Tal classificação é adotada pelos doutos Albuquerque Mello e Aréchaga.

Outra classificação possível para a cláusula da nação mais favorecida é a que a define como ilimitada (absoluta) ou limitada. No primeiro caso, as vantagens concedidas a um Estado se estenderão a todos os outros. No segundo caso, como o próprio nome já indica, apenas alguns países se beneficiarão com os privilégios alcançados por uma determinada parte.

Albuquerque Mello acentua, ainda, que a cláusula em estudo pode ser geral ou especializada. Será geral quando se aplicar a todas as relações comerciais. Por outro lado, será especializada quando enumerar as mercadorias ou o seu campo de atuação.

Ainda no âmbito da classificação do instituto, a doutrina biparte a cláusula da nação mais favorecida em incondicional (simples) e condicional (qualificada). A cláusula será incondicional quando as vantagens por ela oferecidas se estenderem automática e gratuitamente à outra parte contratante, sem a necessidade de pedido de nenhuma compensação. A cláusula condicional, por sua vez, só opera quando o Estado que dela pretende se beneficiar oferece as mesmas vantagens que o terceiro Estado envolvido.

*Em outras palavras, a cláusula incondicional “compreende concessões feitas sem condições, isto é, gratuitamente, sem compensações. A cláusula condicional compreende a concessões feitas contra outras concessões ou compensações equivalentes.”*⁷

Na prática, percebe-se ser mais freqüente a forma incondicional da cláusula da nação mais favorecida. Surge, entretanto, um problema de interpretação quando a cláusula não traz em seu texto a indicação de ser condicional ou incondicional.

⁶ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit. p. 361.

⁷ Idem. p. 361.

Quando isso ocorre, lembra Hildebrando Accioly que:

“Na ausência de disposição expressa, que indique a natureza condicional ou incondicional da cláusula, os EUA, pelo seu governo e pela jurisprudência de seus tribunais, sustentaram sempre, até alguns anos, que a condição se subentende, isto é, que os favores concedidos em outros tratados somente podem ser reclamados pelos Estados que os obtêm em consequência da cláusula da nação mais favorecida, se esses Estados preencherem as mesmas condições ou deram as mesmas compensações mediante as quais, foram tais favores concedidos. A argumentação norte-americana girava em torno do objetivo visado pela cláusula da nação mais favorecida. Tal objetivo é assegurar a igualdade de tratamento. Assim sendo, não se pode presumir que um Estado possa reclamar gratuitamente os favores que outro concede onerosamente a um terceiro, pois isto não seria tratamento igual, mas sim tratamento mais favorável.”⁸

Ainda sobre o tema, é importante assinalar que, em casos de dúvida, a interpretação dada pelos europeus é a que tem prevalecido.

Com efeito, “a interpretação dada pelos Estados europeus é, em geral, justamente o contrário dessa antiga interpretação americana. Ao passo que, nos EUA, a cláusula era sempre considerada condicional, isso é, subordinada a uma eventual compensação, - entre os países da Europa, ela é, em princípio, considerada gratuita: se contém disposição em contrário, deve ser interpretada, como incondicional, ainda quando se saiba que os favores visados foram obtidos pela terceira potência mediante compensação.”⁹

Essa tese contrária, defendida pelos europeus, sustenta que, em caso de silêncio das partes a respeito, a cláusula da nação mais favorecida deverá ser interpretada incondicionalmente, pois, caso contrário, estar-se-ia “negando” o tratamento não discriminatório, sabidamente um dos mais importante efeitos inerentes à mesma.

Traçadas as linhas gerais acerca da cláusula da nação mais favorecida, passa-se a apontar alguns elementos de grande importância do instituto sob exame, procurando, ao final, relacioná-la paralelamente ao fenômeno da globalização e do regionalismo.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit. p. 361

⁹ Idem. p. 361

4. Evolução do instituto

Levando-se em conta todo esse tempo em que a cláusula da nação mais favorecida esteve presente nas relações internacionais, ou mesmo em relações nacionais do passado (por exemplo, quando as cidades do Império Romano tinham que privilegiar os produtos das outras, de maneira igualitária), nota-se que suas formulações e tipos nem sempre foram ou são os mesmos. Significa dizer que o instituto da cláusula da nação mais favorecida tem variado em todos esses seus anos de história.

O mais importante, entretanto, não é observar a ocorrência de tais mutações, mas, sim, a constante característica que marca o instituto da cláusula da nação mais favorecida: “o mínimo de discriminação e o máximo de favores concedidos para qualquer terceiro Estado.”¹⁰

O uso permanente dessa cláusula sugere que exista algo básico em seu modo internacional de conduta. Ela responde, por assim dizer, às constantes necessidades da comunidade internacional.

Os mecanismos da cláusula da nação mais favorecida não são essencialmente afetados pelas peculiaridades do tempo, lugar, ou, ainda, por diferenças entre sistemas sociais e econômicos. Nesse sentido, opina Schwarzenberg: “podemos dizer que a cláusula da nação mais favorecida é um denominador comum em que as nações subdesenvolvidas e desenvolvidas, economias agrícolas e industriais, assim como Estados capitalistas e socialistas se encontram.” E continua: “a elasticidade da cláusula da nação mais favorecida possibilita essa sua aplicação universal.”¹¹

5. Importância da utilização da cláusula da nação mais favorecida

Num primeiro momento, tem-se que a utilização da cláusula da nação mais favorecida acaba por colocar o serviço do negociante mais astuto (aquele que provavelmente está certo) à gratuitamente à disposição de outro Estado, individualmente considerado. Parece confuso, mas não é.

¹⁰ Tradução livre para “(...) the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third state.” in SCHAWARZENBERG, Georg. Ob. cit. p. 298.

¹¹ SCHAWARZENBERG, Georg. Ob. cit. p. 298.

Para efeito de compreensão, lembre-se que, no momento em que são firmados os tratados internacionais, via de regra, alguns representantes de Estado “palpitam” erroneamente. São pessoas, muitas vezes, incapacitadas e incompetentes para o propósito pelo qual estão ali, na hora de celebração do tratado. Logo, se a proposta do negociante – em tese mais esperto – prevalece, aquele Estado, que não iria sugerir a melhor alternativa, fica automaticamente beneficiado, bastando entender que o mesmo conta agora com os efeitos da cláusula da nação mais favorecida.

Num segundo momento, é possível vislumbrar a característica de auto-adaptação da cláusula da nação mais favorecida. A sociedade internacional é altamente dinâmica e envolvida em contínuos processos de integração, desintegração e transformação. Por muitas vezes, situações inesperadas acontecem, e, em vista de tais circunstâncias, mudanças podem ocorrer.

Nessa ordem de idéias, se um país se dispuser a manter um tratamento eqüitativo – assim como aquele que é dado a um terceiro país mais favorecido –, e a matéria, razão da necessidade da adaptação, estiver contida no tratado, o uso da cláusula da nação mais favorecida leva a uma constante auto-adaptação de tais tratados, contribuindo, sobremaneira, para uma racionalização das relações econômicas internacionais.

Em suma, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida constitui uma importante ferramenta para todo o contexto – notadamente o comercial – internacional, seja por sua característica elástica, seja por sua natureza automática, dentre as outras a ela inerentes. Aliás, são esses e outros elementos que lhe preservam as qualidades de continuidade e universalidade.

No âmbito dos fenômenos da globalização e do regionalismo (cada dia mais presentes no cotidiano da comunidade global), a cláusula da nação mais favorecida possui importância de relevo, pois diz respeito à sua abrangência, ou, ainda, à sua aplicação. O regionalismo, conforme se verá adiante, constitui uma exceção à cláusula da nação mais favorecida, fato que não ocorre com a globalização.

De fato, ensina Podesta Costa que:

“a cláusula da nação mais favorecida está limitada, às vezes, por determinadas estipulação pactuadas expressamente tendo em vista interesses especiais. Assim, pode-se estipular que a aplicação da dita cláusula fica excluída com relação aos benefícios concedidos ou que se concedam: a) ao tráfico com as

zonas fronteiriças (geralmente 10 a 15 km da fronteira); b) ao intercâmbio, qualquer que seja a sua natureza com os estados limítrofes; c) aos intercâmbios com certos estados com os quais se cultivam relações estreitas; d) ao intercâmbio com as próprias colônias, protetorados, etc; e) ao intercâmbio entre os estados que formam uma União Aduaneira.”¹²

Tomando como parâmetro a última alínea da citação supra, ou seja, a situação em que os efeitos da cláusula podem não ser aplicados para casos de “intercâmbio entre os estados que formam uma União Aduaneira”, pretendemos, na conclusão deste ensaio, ainda que sucintamente, traçar um paralelo entre o fenômeno da globalização e do regionalismo, e a relação da cláusula da nação mais favorecida com estes dois movimentos.

6. Globalização x Regionalismo: relação com a cláusula da nação mais favorecida

Tomemos como exemplo o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) e o Mercosul. O GATT é um acordo multilateral que visa a globalização comercial. Em seus dispositivos, o GATT, apesar de prever expressamente a cláusula da nação mais favorecida, traz também uma exceção quanto à aplicação da mesma, nos seguintes termos:

“(…) as disposições deste Acordo não constituirão obstáculo ao estabelecimento, entre os territórios das partes contratantes, de uma união aduaneira ou de uma zona de comércio livre.”¹³

O Mercosul, por sua vez, constitui uma organização internacional que tem como propósito a integração econômica, ou seja, é um bloco regional.

Mas, como relacionar globalização com regionalismo e GATT com Mercosul?

¹² COSTA, L. A. Podesta. Derecho Internacional Publico. 4ª ed. vol. I. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1960. p. 588.

¹³ GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) - Lei nº 313, de 30 de julho de 1948 -artigo XXIV

A título de exemplo, visualize-se o Brasil e a Argentina. Suponha-se que, em função do Mercosul, o Brasil concede uma alíquota de 0% (zero por cento) para a importação de carros argentinos (carros originários de um país integrante do Mercosul), e uma alíquota de 10% (dez por cento) para carros originários dos Estados Unidos da América, em função do GATT. Veja: se a exceção à regra da cláusula da nação mais favorecida não estivesse prevista no GATT, o Brasil teria que conceder, automaticamente, a alíquota de 0% (zero por cento) para os carros originários dos Estados Unidos da América, bem como para todos os outros Estados signatários do GATT. Assim, a alíquota de 0% (zero por cento), que era uma vantagem conferida a um país do Mercosul – ou seja, concedida em função de uma União Aduaneira –, seria estendida a vários outros países não participantes deste bloco regional.

Depois deste exemplo, podemos entender a relação da cláusula da nação mais favorecida com os fenômenos da globalização e do regionalismo. Não estamos dizendo que um não tem nada a ver com o outro. Pelo contrário, ambos surgiram em um mesmo contexto histórico e com várias semelhanças.

A propósito, o magistério do Prof. Sérgio Mourão Corrêa Lima:

*“(...) a tentativa de implementação do processo de globalização comercial expressava-se através do tratado internacional denominado GATT, cujo objetivo era a gradativa eliminação das barreiras ao comércio internacional. Por outro lado, o processo de regionalização começou com a tentativa de uma integração – primeiramente comercial e mais tarde econômica – dos estados europeus, o que serviu de exemplo para outros processos de integração (Mercosul) e tentativas de regionalismo comercial (ALCA)”.*¹⁴

Assim é que, sem a cláusula da nação mais favorecida, não seria possível uma integração comercial, uma vez que inexistiria tratamento isonômico entre as partes envolvidas. Porém, quando a integração comercial “invade” o campo da globalização e do regionalismo, temos sempre que estar atentos quanto à aplicação – ou o emprego da exceção retro anunciada – da cláusula da nação mais favorecida. No âmbito do regionalismo, a cláusula em questão é imprescindível para que haja a integração comercial entre aqueles países que constituem o bloco regional. Entretanto – e aí o

¹⁴ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo: Editora Ltr, 1998.

proveito do exemplo dado linhas atrás –, este bloco regional estaria constantemente ameaçado se a aplicação da cláusula da nação mais favorecida se estendesse a outros países no processo da globalização.

Na prática, para que haja uma integração comercial entre os países do Mercosul, vale dizer, para que se preserve uma União Aduaneira, é de suma importância a aplicação da cláusula da nação mais favorecida entre seus membros. Porém, estes países membros não poderão estender os favores reciprocamente concedidos para outros Estados, como por exemplo, para os signatários do GATT.

Mister ressaltar, por último, que um processo de integração remete, irremediavelmente, a uma Zona de Livre Comércio (ZLC), bem como a uma Tarifa Externa Comum (TEC). Entenda-se, entretanto, que, sem tratamento isonômico, não é possível ocorrer uma integração comercial, conforme defendido ao longo do presente trabalho.

A cláusula da nação mais favorecida surge, então, como o mecanismo – forma jurídica – adequado para viabilizar o mencionado tratamento isonômico, constituindo, por via de consequência, um dos elementos mais importantes para a efetivação de uma integração comercial.

Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956.

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. Derecho Internacional Publico. 2ª ed. tomo I. Montevideo: Ed. fundación de cultura universitaria, 1996.

COSTA, L. A. Podesta. Derecho Internacional Publico. 4ª ed. vol. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1960.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. Mercosul: No Contexto Latino Americano. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

HOCHLEITNER, Max. Fundamentos del Derecho Internacional Publico. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1952.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Tratados internacionais no Brasil e Integração. São Paulo: Editora LTr, 1998.

MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional

Público. 9^a ed. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

RESEK, J. Francisco. Direito Internacional Público – Curso Elementar. 6^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

RHYNE, Charles S. International Law. Washington D. C.: CLB Publishers, Inc., 1971.

RIOS, Aníbal Sierralta. Negociacion y Contratacion Internacional. 1^a ed. Assunção: Fondo Editorial, 1993.

SCHWARZENBERGER, Georg. International Law and Order. London: Steven & Sons, 1971.

A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS*

*Marco Antônio Ribeiro Tura***

1. O tema da autonomia das agências reguladoras tem sido tratado pelos juristas das mais variadas matrizes teóricas e com as mais variadas concepções políticas. As posições vão desde aqueles que, simplesmente, negam tal autonomia, sob alegação de afronta à letra e ao espírito da Constituição, até aqueles que a defendem, inclusive sem qualquer preocupação com a letra ou com o espírito da Constituição. A questão da autonomia das agências reguladoras não pode ser analisada de maneira abstrata. Por isso, a compreensão adequada da autonomia conferida às agências reguladoras reclama considerações sobre a concretização do direito, em geral, e do direito constitucional, em especial. Faça, isso, portanto, começando por tratar do processo de concretização em termos teóricos, para, em seguida, alcançar a sua dimensão prática.

2. A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito.¹ Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito.² Concretizar o direito significa

* Trabalho apresentado ao Grupo de Pesquisa Institucional sobre Regulação Econômica e Defesa da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

** Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutorando em Direito Internacional e da Integração Econômica na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Presidente da Associação Americana de Juristas no Estado de São Paulo. Membro Titular da Comissão Permanente de Direito Comunitário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Titular da Comissão Especial para a Reforma do Poder Judiciário da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo.

¹ Gadamer, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.^a edição, 1998, p. 460 e seguintes 482 e seguintes.

² Larenz, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a edição, 1997, p. 293 e seguintes.

aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

3. Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação.³ Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos.⁴ E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolúvelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz

³ A distinção entre texto de norma e norma tornou-se lugar-comum na literatura jurídica contemporânea. Embora não concordem, necessariamente, com todas as implicações da distinção, os autores mais atualizados não divergem quanto a diferença entre texto e norma. Ver, a respeito: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, p. 71 e seguintes. Sobre a concepção da metódica estruturante acerca da distinção, ver: Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996, p. 168 e seguintes. Sobre a concepção formulada a partir da semântica normativa acerca da distinção, ver: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 50 e seguintes.

⁴ Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, p. 79 e seguintes. Müller, Friedrich. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996.

pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

4. Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto.⁵ Conseqüências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos.⁶ A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas.⁷

5. Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos

⁵ Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. São Paulo: Saraiva, 10.^a edição, 2000, p. 61: “Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 1989, p. 183; e 3.^a edição, 2001, p. 245: “Com a expressão incidência propomos conceituar um fenômeno normativo simultaneamente estático e dinâmico. Normas incidem sobre a realidade: doam-lhe sentido e atuam sobre ela no tempo e no espaço. Incidência significa, pois, configuração atual de situações subjetivas e produção de efeitos em sucessão”. A visão tradicional da incidência como subsunção é aqui afastada. Não se trata, de maneira alguma, de uma aplicação mecânica, automática, de normas a fatos. A incidência da norma decorre de um processo que contempla elementos da norma e do fato. Sobre a complexa relação entre normas e fatos, ver: Neves, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise, p. 251 e seguintes.

⁶ Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 115 e seguintes.

⁷ Grau, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 69: “A expressão suporte fático pode ser usada sob duas conotações: a primeira designando o enunciado lógico da norma, contida no instituto jurídico, em que representa a hipótese fática condicionante da incidência desse mesmo instituto jurídico (suporte fático hipotético); a segunda nomeando o próprio fato quando materializado no mundo real (suporte fático concreto)”.

elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas.⁸ E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos.⁹ Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indissociáveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei ao final sobre a autonomia das agências reguladoras. Como demonstrarei, o conceito de autonomia depende de elementos lógicos, mas também de elementos sociológicos e teleológicos, que se relacionam de maneira profundamente contraditória e altamente complexa, dando ensejo a noções de autonomia.

6. Antes de saber, contudo, do que se trata a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, fundamental é saber o que são as agências no direito brasileiro. E, para tanto, busco, nas próximas linhas, abordar a organização estatal no direito brasileiro, definindo-a e classificando os seus elementos. Já que as agências reguladoras compõem a organização administrativa brasileira, fundamental é saber do que se trata a organização administrativa brasileira. Alerto, desde já, que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As

⁸ Idem. p. 66: “Os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos”.

⁹ Idem. Ibidem. Os conceitos jurídicos, como observou Montoro, são condicionados socialmente e atuam sobre a totalidade social. Montoro, André Franco. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo, p. 8.

classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas.¹⁰ Portanto, as classes, categorias, espécies, que apresentarei a seguir são as classes, categorias, espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época: a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vigente.

7. A organização estatal admite desconcentração e descentralização. Ocorre desconcentração quando as tarefas de um órgão são distribuídas para outros. Ocorre descentralização quando as atividades de um ente são distribuídas a outros. A desconcentração pode dar origem a órgãos; a descentralização, a entes. Distinguem-se os entes dos órgãos.¹¹ Entes são dotados de personalidade e órgãos não a possuem.¹² Os entes são entes públicos ou entes privados, conforme possuam personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, respectivamente. Os entes públicos são entes políticos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade política, ou entes administrativos, pessoas jurídicas de direito público com capacidade exclusivamente administrativa.

8. Os entes públicos administrativos são denominados autarquias.¹³ As autarquias se submetem, integralmente, no desempenho de suas atividades, ao regime de direito público. Entretanto, porções desse regime podem variar. Assim, há autarquias de regime comum e de regime especial. As autarquias de regime especial diferem das autarquias de regime comum em razão da maior amplitude da autonomia que possuem.¹⁴ As autarquias de regime especial,

¹⁰ Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997, pp. 57 e 122. Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 1989, pp. 118 e 127; e 3.^a edição, 2001, pp. 121 e 130. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.^a edição, 1979, p. 99.

¹¹ Com algumas adaptações, sigo Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 57 e seguintes. Também as lições de Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo III: *Estrutura constitucional do estado*. Coimbra Editora, 4.^a edição, 1998, p. 180 e seguintes.

¹² Deixo de lado, por sua desnecessidade para este trabalho, a concepção civilista de entes como sendo tanto personalizados quando despersonalizados.

¹³ As fundações públicas não passam de autarquias. Ver, a respeito: Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10.^a edição, 1998, p. 110.

¹⁴ Meirelles, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 310. Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de*

porém, podem possuir essa condição por força das leis ou da Constituição. Assim, diferem as autarquias de regime especial de natureza legal das autarquias de regime especial de natureza constitucional. A autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza constitucional é, evidentemente, incomparavelmente mais ampla do que a autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza legal. Mesmo com tal amplitude, contudo, é bom frisar, algo que retomarei ao final, autonomia não se confunde com soberania, de modo que não estão, as autarquias, especialmente as autarquias de regime especial de natureza constitucional, totalmente apartadas dos controles estatais.¹⁵ Com base em tais definições, classificações, categorizações e especificações, como podem ser vistas as agências reguladoras no direito brasileiro vigente?

9. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras dispõem serem elas autarquias de regime especial.¹⁶ Isso não as torna autarquias de regime especial de natureza legal, contudo. As leis criadoras das agências

direito público. São Paulo: RT, volume II, 1977, p. 321 e seguintes. Inexiste, como bem ressalta Meirelles, subordinação da autarquia ao poder criador. Ausente texto expresso, prepondera a autonomia. Medauar, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: RT, 1993, p. 71. Como ressalta Medauar, o controle administrativo sobre as autarquias, exercido pelo Ministro a que se vinculem, deve assegurar a autonomia destas entidades.

¹⁵ Nisso, e apenas nisso, concordo com o Ministro Paulo Brossard no voto proferido como relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 51, de 25 de Outubro de 1989. Evidentemente, autonomia não se confunde com soberania. A soberania qualifica o Estado brasileiro, em seu conjunto. Isso não significa que o poder constituinte originário não tenha reconhecido espaços legítimos de atuação livre completamente a salvo da atuação estatal, isto é, espaços de expressão autônoma. O problema é saber quais são os limites de tais espaços.

¹⁶ Lei n.º 9.427, de 26 de Dezembro de 1996, artigo 1.º (ANEEL); Lei n.º 9.472, de 16 de Julho de 1997, artigo 8.º, caput (ANATEL); Lei n.º 9.478, de 6 de Agosto de 1997, artigo 7.º, caput (ANP); Lei n.º 9.782, de 26 de Janeiro de 1999, artigo 3.º, caput (ANVISA); Lei n.º 9961, de 28 de Janeiro de 2000, artigo 1.º, caput (ANS); Lei n.º 9.984, de 17 de Julho de 2000, artigo 3.º, caput (ANA); Lei n.º 10.233, de 5 de Junho de 2001, artigo 21, caput (ANTT e ANTAQ); dentre outras de menor importância. As agências não são totalmente novas, porque o espírito de sua modelagem já o encontrávamos na reforma administrativa de 1967, seguindo a linha da reforma intervencionista dos anos quarenta/cinquenta dos Estados Unidos da América, em cujo bojo surgiram as comissões de regulação. Entretanto, não se pode dizer serem continuções de um passado agora distante, simplesmente porque se acelerou a transnacionalização das estruturas econômicas e, também, o que poucos falam, das estruturas políticas. As agências reguladoras, não só as brasileiras, só podem ser entendidas, atualmente, tendo em vista o novo quadro de expansão capitalista.

reguladoras brasileiras, na qualificação dos seus regimes, têm apenas caráter declaratório e não constitutivo. As leis criadoras das agências reguladoras brasileiras tiveram, apenas e tão-somente, a função de explicitar o regime especial que estava determinado, implicitamente, pela Constituição. Como a afirmação de que as agências reguladoras no direito brasileiro vigente possuem um regime especial de natureza implicitamente constitucional se trata de algo que não se encontra à evidência de todos, esclarecimentos se impõem. E, por isso, são imprescindíveis algumas considerações acerca da interpretação especificamente constitucional:¹⁷ uma interpretação cujas especificidades se mostram, na verdade, em se processar com apoio em um conjunto unitário de cinco métodos e através de um complexo jogo de sete princípios.¹⁸

10. O primeiro método é o jurídico-clássico. A Constituição não tem nenhuma diferença essencial em comparação com as leis em geral. A diferença entre as leis e a Constituição está em elementos acidentais, de caráter estrutural e funcional. Por isso, a utilização das regras e dos procedimentos do método válido para a interpretação das leis em geral é possível, validamente, para a interpretação da Constituição. Assim, a Constituição há de ser entendida segundo as regras e procedimentos sintáticos (métodos gramatical, lógico e sistemático), as regras e procedimentos

¹⁷ Contrário a uma interpretação especificamente constitucional: Bulos, Uadi Lamêgo. Manual de interpretação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. Favorável a uma interpretação especificamente constitucional: Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2.^a edição, 1999. A interpretação especificamente constitucional é reconhecida quase que pela unidade dos autores. Há diferenças estruturais e funcionais entre as leis e a Constituição de modo a impedir que sejam aplicados os mesmos métodos e técnicas a ambas, sem maiores correções. O que não significa que sejam completamente distintas a interpretação da Constituição e a interpretação das leis. A especificidade de interpretações não deve ser entendida como disparidade de interpretações.

¹⁸ Coelho, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 89 e seguintes. Grau, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997, p. 169 e seguintes. Importante, nesse passo, é considerar que a interpretação constitucional se processa com o apelo aos múltiplos métodos segundo uma linha de atuação de caráter ideológico; seja estática, conservadora, seja dinâmica, transformadora, o fato é que a ideologia jurídica acaba por conformar e informar o trato e o manejo dos métodos. Para uma abordagem crítica da metódica constitucional, ver: Müller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2.^a edição, 2000.

semânticos (métodos histórico e sociológico) e as regras e procedimentos pragmáticos (métodos teleológico e axiológico).¹⁹

11. O segundo método é o tópico-problemático. A abertura, a fragmentação e a indeterminação da estrutura material da Constituição e o caráter prático que assume a sua interpretação impõem que se privilegie, no processo de interpretação constitucional, o problema em detrimento do sistema. Por isso, a interpretação constitucional assume um caráter de argumentação aberta. O sistema constitucional é constantemente construído e reconstruído a partir e tendo em vista os problemas constitucionais. Uma orientação deste tipo implica em se reconhecer que o sistema não é anterior e nem superior aos problemas. O sistema, aberto, incompleto e dinâmico, só adquire sentido em função dos problemas que se lhe apresentam. Inexistem, pois, falsos problemas constitucionais. Se no sistema constitucional não se encontram respostas satisfatórias para os problemas constitucionais, significa uma limitação do sistema e não dos problemas. Reclama-se, assim, uma adaptação do sistema construído e reconstruído para que as respostas sejam oferecidas.²⁰

12. O terceiro método é o hermenêutico-concretizador. A interpretação da Constituição é um processo de compreensão do texto em um certo contexto. O intérprete da Constituição, assim, é o responsável pela concretização da Constituição em uma situação histórica concreta e determinada. E no desempenho dessa tarefa o intérprete deve iniciar pela pré-compreensão do texto constitucional, admitindo que inexistente separação entre a objeto de interpretação e o sujeito da

¹⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema”. Sobre o método tópico-problemático, ver Viehweg, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1979. Sobre a compatibilidade do método tópico-problemático com a idéia de sistema, ver: Canaris, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

²⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1138: “O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problemáticamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema”. Sobre o método hermenêutico-concretizante, ver: Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

interpretação, pois não se interpreta a Constituição, mas uma visão contextualizada socialmente acerca do texto constitucional. A Constituição, portanto, inconfundível e irreduzível ao seu texto, é o produto de um processo complexo, desenvolvido no âmbito de um círculo hermenêutico, que compreende idas e vindas e múltiplas concepções e múltiplos preconceitos.²¹

13. O quarto método é o científico-espiritual. A Constituição deve ser compreendida como um sistema de normas. Entretanto, sistemas normativos pressupõem sistemas valorativos. A dimensão deontológica da Constituição só pode ser devidamente compreendida em correlação com a sua dimensão axiológica. Ainda mais porque a Constituição se propõe a ser uma orientação espiritual para a comunidade política, econômica e cultural que sobre ela se constrói e se reconstrói. A Constituição é, não por acaso, um catálogo de princípios jurídicos, um catálogo de normas jurídicas referidas, direta e imediatamente, a valores, um catálogo de normas cujas referências a fatos dão-se apenas e tão-somente de modo indireto e mediato. A Constituição, assim, deve ser concebida no sentido de sua principal e primordial função de integração da comunidade em que se insere e da qual resulta.²²

14. O quinto método é o normativo-estruturante. A Constituição tem de ser compreendida em sentido muito mais amplo do que o que tradicionalmente se admite. A Constituição não se resume aos elementos lingüísticos do programa normativo, do texto constitucional, mas envolve, igualmente, os elementos extralingüísticos do âmbito normativo, do caso constitucional. A Constituição, pois, só pode ser adequadamente compreendida e, assim, dar respostas satisfatórias aos problemas

²¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “A idéia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado)”. A respeito do método científico-espiritual, ver: Smend, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milão: Giuffré Editore, 1988.

²² Canotilho, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1139: “(...) a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”. Ver, a respeito do método normativo-estruturante: Müller, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996.

constitucionais surgidos em determinados e delimitados contextos históricos e sociais, cumprindo seu papel de força integrativa da comunidade política, econômica e cultural, se, e somente se, admitir-se que sua força normativa depende da inserção de parcela da realidade no sistema do direito, depende da compreensão de que, se há tensão entre o mundo das normas e o mundo dos fatos, é uma tensão dinâmica – dinamizada e dinamizante.²³

15. Os métodos de interpretação constitucional devem ser compreendidos segundo o postulado da unidade. E em consonância com os princípios de interpretação devidamente relacionados entre si.²⁴ Os princípios de interpretação constitucional são, em síntese, os seguintes: a) princípio da unidade da Constituição: a Constituição deve ser interpretada como um todo unificado segundo princípios e regras; b) princípio do efeito integrador: a interpretação constitucional deve dar primazia aos critérios que assegurem e promovam integração e unidade político-sociais; c) princípio da máxima efetividade: a interpretação constitucional deve preferir os sentidos que confirmam maior eficácia e efetividade às normas constitucionais; d) princípio da conformidade funcional: a interpretação constitucional deve ser conduzida de modo a não perturbar o esquema estrutural e funcional do poder estatal constitucionalmente estabelecido; e) princípio da concordância prática: a interpretação constitucional deve buscar fazer com que, em caso de colisão, na prática constitucional, um bem constitucionalmente protegido não seja afirmado com a negação do outro; f) princípio da força normativa da Constituição: a interpretação constitucional deve dar preferência às soluções que dotem as normas da densidade necessária para que possam apresentar e manter eficácia; g) princípio da interpretação conforme a Constituição: a interpretação de textos normativos inferiores à Constituição deve ser feita tendo em vista a necessidade de torná-los compatíveis com ela, sem que, para tanto, seja contrariado o sentido literal dos referidos textos e seja contrariado o objetivo inequívoco dos seus emissores.

²³ Para a verificação da reduzida autonomia dos princípios de interpretação constitucional no que se refere aos tradicionais elementos de interpretação do direito, ver: Muller, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Max Limonad, 2.^a edição, 2000.

²⁴ Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.^a edição, 1990, p. 360 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.^a edição, 1990, p. 306. Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 8.^a edição, 1992, p. 685 e seguintes. Araújo, Luiz Alberto David e Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo; Saraiva, 4.^a edição, 2001, p. 376 e seguintes.

16. Após a exposição sumária de elementos da interpretação constitucional, posso, agora, pesquisar o texto constitucional vigente e apontar onde se apóia minha afirmação sobre o fundamento constitucional da autonomia conferida às agências reguladoras no direito constitucional brasileiro vigente.

17. Dispõe o artigo 174, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988: “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”. Sobre o dispositivo os manuais se calam, ou são sumários.²⁵ O dispositivo está a dizer que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas, também, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal –, no campo das atividades econômicas em sentido amplo, no campo, pois, que envolve a exploração de atividades econômicas em sentido estrito e a prestação de serviços públicos, se apresenta como agente normativo e agente regulador, exercendo as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento, obrigatório para o setor público, facultativo para o setor privado. Evidente a distinção operada pela Constituição entre as duas formas de atuação do Estado no campo das atividades econômicas em sentido amplo: de um lado, o Estado como agente normativo, de outro, o Estado como agente regulador.²⁶ Carlos Maximiliano, clássico da hermenêutica jurídica, ensina que as palavras do legislador não se devem presumir supérfluas.²⁷ Todas devem ser consideradas com igual valor, nenhuma se mostrando inútil ao intérprete. Normação e regulação são duas formas de atuar do Estado, são duas atividades do Estado. Impõe-se dizer, portanto, qual, afinal, a distinção entre elas.

18. O Estado situa-se entre dimensões políticas e jurídicas, ambas expressivas e ligadas a questões técnicas. O Estado, portanto, tem funções políticas, jurídicas e técnicas. As funções políticas, normalmente sem qualquer tratamento nas constituições, referem-se à elaboração e à implementação de políticas públicas. As funções jurídicas, exaustivamente tratadas pelas constituições como as únicas, referem-se à elaboração e à

²⁵ A distinção não passou despercebida de Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)* São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997. Entretanto, não foram extraídas todas as conseqüências.

²⁶ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 10.^a edição, 1988, p. 110; e 19.^a edição, 2001, p. 91.

²⁷ Sobre o assunto, ver: Tura, Marco Antônio Ribeiro. *A inconstitucionalidade do decreto-lei 70/66*. In: *Revista de direito internacional e constitucional*, n.º 31.

implementação de normas jurídicas. As funções técnicas, nem referidas pelas constituições, e mesmo pelas leis, relegadas a um plano de insignificância, referem-se à elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

19. Materialmente falando, enfatizando as atividades e os atos em detrimento dos agentes e dos entes, as funções jurídicas se referem à elaboração de normas gerais e abstratas aplicáveis a situações particulares e concretas. Isto é: as funções jurídicas são a função normativa e a função executiva. Normas jurídicas, porém, podem ser elaboradas tendo em vista sentidos e alcances distintos. Por isso, a função normativa pode se traduzir em atividade legislativa, atividade regulamentar e atividade regimental. E a implementação dessas normas jurídicas pode se dar segundo um ou outro interesse. A função executiva, portanto, pode se traduzir em atividade administrativa e atividade judiciária, conforme seja o aplicador interessado ou desinteressado pela questão sob exame.²⁸

20. Também de um ângulo material, a regulação não é função política, pois não implica em elaboração e implementação de políticas públicas, entregues, como seria adequado em democracias, aos órgãos e entes legitimados democraticamente para tanto; a regulação, também, não é função jurídica, pois não implica em elaboração de normas gerais e abstratas e nem mesmo em implementação de normas gerais e abstratas a situações concretas e particulares, entregues, novamente, àqueles que as constituições democraticamente legitimaram a tanto; por fim, a regulação é função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

21. Óbvia a diferença, assim, entre regulação e normação, de um lado, e regulação e execução, de outro. Inconfundíveis, pois a regulação é função técnica, não função política e nem função jurídica. As agências reguladoras, como todos os órgãos e como todos os entes estatais, são atravessadas por todas as manifestações estatais. Inegavelmente, manifestam-se funções políticas e jurídicas do Estado por elas. Mas, inegavelmente, também, que não se tratam de funções típicas das agências reguladoras. Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e aos objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões

²⁸ Ver nota 15.

consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas. A Constituição, ao fixar, no *caput* do artigo 174, a função regulatória como distinta da função normativa nada mais fez do que considerar ambas as funções como inconfundíveis, e como irreduzíveis, uma à outra, dando a ambas *status* constitucional. Esse o fundamento constitucional da regulação. E daqui deriva o fundamento da autonomia conferida pelo direito brasileiro às agências reguladoras. Pois se a Constituição dá tratamento diverso à função normativa e à função regulatória, não admitindo que sejam redutíveis uma à outra, evidente que não submete uma à outra. O exercício da regulação, propriamente dita, por sua natureza, não é passível de tratamento pela via de prescrição geral e abstrata. A regulação sempre está referida à situação e ao setor regulados. Nesse sentido, a lei se apresenta, para a regulação, como ordem-quadro, dentro da qual se desenvolve, com margens de manobra razoáveis, tendo em vista princípios, diretrizes e objetivos, a elaboração e a implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo. Fixada dita ordem-quadro, a regulação deve atuar, sem outras ingerências, na busca de atingir às metas socioeconômicas postas e de atender aos valores jurídico-políticos pressupostos pela ordenação constitucional e legal. É com base em tais considerações que se deve tratar a questão da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, o que farei agora.

22. Autonomia e soberania, como afirmou o Ministro Paulo Brossard, não se confundem.²⁹ Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a idéia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites

²⁹ Em tal sentido, ver: Aragão, Alexandre Santos de. A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16 e seguintes. Também: Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.^a edição, 1990, p. 248 e seguintes. De certo modo, também: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.^a edição, 1990, p. 40 e seguintes.

jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito.³⁰ A questão, contudo, é mais complexa.³¹

23. Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.³²

24. Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da autodeterminação individual e coletiva.

25. Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e

³⁰ Uma leitura imprecisa de Bodin costuma atribuir-lhe a idéia de que a soberania seria um poder sem limites. Tal, contudo, não lhe pode ser atribuída, pois sempre teve em mente a importância de submeter o poder do soberano aos ditames do direito. Ver, a respeito: Kritsch, Raquel. *Soberania: a construção de um conceito*. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002; Barros, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

³¹ Soberania e autonomia são princípios de direito pressuposto, condicionantes da produção e da reprodução do direito posto. Sobre a idéia de direito pressuposto, ver: Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998.

³² Sobre o direito como linguagem e como poder, ver: Reale, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 1994.

coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

26. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

27. Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder.³³ Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem lingüística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções.³⁴

28. Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocracia. Autocracia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade

³³ Sobre a distinção entre conceitos e noções, ver: Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998, apêndice.

³⁴ A ponto de alguns defenderem a sua eliminação da linguagem jurídica. A respeito, ver: Aragão, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 15.

de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se.³⁵ O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

29. Historicamente, essa idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma idéia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal idéia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de idéia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

30. Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autônias. Há noções e tipos de autonomia que podem corresponder, em maior ou menor grau, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível.³⁶

³⁵ Como mostrou Saussure apud Fiorin, José Luiz. Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos. São Paulo: Contexto, 2002, p. 60 e seguintes. Também: Warat, Luís Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.^a edição, 2.^a versão, 1995, p. 24 e seguintes.

³⁶ Passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras. Uma análise crítica da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em: Ávila, Humberto. Teoria dos princípios (da definição à aplicação). São Paulo: Malhei-

Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei tratar-se de autonomia com fundamento constitucional, a autonomia, portanto, é fundada em norma constitucional. A autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é fundada em norma constitucional; implícita, porém constitucional. Mas de que tipo de norma constitucional estou a falar, propriamente?

31. Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras.²⁷³ Princípios são normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas

ros, 2003. Uma resenha dos diversos autores que trabalharam a distinção pode ser vista em: Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)* São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997. Rothenburg, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 9.^a edição, 2000. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999. Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.^a edição, 2000. Tornaram-se obrigatórios, no estudo da distinção entre princípios e regras, dentre outros, os seguintes trabalhos: Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Dworkin, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985. Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978. Sanchis, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação.³⁷ Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

32. Conforme essa classificação, a autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro é princípio constitucional implícito. Se ao encarregado de exercer a regulação das atividades econômicas em sentido amplo, em certo setor e para determinadas situações, se atribui personalidade, segue-se, forçosamente, a atribuição de autonomia inerente às pessoas, sejam públicas, sejam privadas. Sendo exercício de função diversa das demais funções estatais, a regulação reclama acentuada autonomia, por determinação implícita do direito constitucional brasileiro vigente. Entretanto, a autonomia surge do direito constitucional brasileiro vigente não como uma prescrição referida, mediata e indiretamente, a valores, e, imediata e diretamente, a fatos. Não há, em sua hipótese, qualquer fato, mas um valor a ser atingido, isto é, que a regulação seja exercida de maneira a atender às necessidades derivadas da natureza da função regulatória e não para atender aos apelos de agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções estatais e nem, muito menos, para satisfazer aos anseios dos agentes e entes encarregados das atividades econômicas em sentido amplo. Trata-se, por isso, de princípio, de princípio constitucional implícito na expressão da função regulatória ao lado da função normativa.

³⁷ Sobre a ponderação, ver: Sarmento, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 2002. Também: Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999.

33. Em conclusão, posso afirmar que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem tradução nas regras da independência administrativa, da independência financeira, da independência funcional, com vistas a assegurar a liberdade no exercício da função de regular as atividades econômicas em sentido amplo. O princípio da autonomia das agências reguladoras, que encontra seu fundamento constitucional na expressa referência do artigo 174, *caput*, da Constituição da República, ao dever do Estado em regular as atividades econômicas em sentido amplo tendo em vista, dentre outros, os valores da proteção da concorrência e da tutela do consumidor e do ambiente, só tem sentido na medida em que assegure o cumprimento deste dever, do dever de regular, do dever de bem regular as atividades econômicas em sentido estrito, assim como os serviços públicos. Como princípio, todavia, não é absoluto. É preciso dizer, portanto, que o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro tem por finalidade assegurar o exercício de uma função albergada pela Constituição da República, a função regulatória. O princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro vale se e na medida em que se mostre adequado, necessário e proporcional para o cumprimento do dever de regular as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos. Não se presta, o princípio da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, para a usurpação de competências constitucionais, explícitas ou implícitas, de quaisquer outros entes e órgãos. Assim, necessária interpretação que compatibilize, em cada caso, o princípio da autonomia das agências reguladoras com o princípio do monopólio da atividade legislativa, com o princípio da unidade da atividade administrativa e com o princípio da universalidade da atividade judiciária. Do contrário, voltar-se-ia à nefasta confusão entre a propugnada autonomia dos entes reguladores com a pretensa soberania da regulação.

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.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º
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
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: FTA 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
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	11-2
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	11-2
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
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 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
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-2
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
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	Discrecionabilidade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8-3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, 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	Denúnciação 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	11-2
Fujiwara, Thomas	O uso estratégico de vendas casadas de bens Não complementares para monopolizar mercados	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
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: A importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
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 cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
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	11-2
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	11-2
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
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, 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, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; 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
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias 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
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
Step toe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Step toe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	Vol./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 N°16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração 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 Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umarama Participaçõeos 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 Brasiol 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 Chemicalce Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccaïn 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 Porducts	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; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
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 Oficio 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 Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2

Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comérciod e 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	Abtradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2

08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./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 EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferenç Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9

Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei N° 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4

RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4

PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency 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

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br