

REVISTA DO

IBRAC

10 anos

Instituto Brasileiro de Estudos
das Relações de Concorrência e de Consumo

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 10 número 3
2003

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 10 número 3 - 2003

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - 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

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

DOCTRINA

SUMÁRIO

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR REGULADO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	9
Valdomiro José de Almeida.....	9
LEGAL AND ECONOMIC INTERFACES BETWEEN ANTIDUMPING AND COMPETITION POLICY.....	27
José Tavares de Araujo Jr.....	27
DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO	45
BRASILEIRO.....	45
Paulo Leonardo Casagrande	45
AS CLÁUSULAS DE RAIOS EM <i>SHOPPING CENTERS</i> E A PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA.....	77
Pedro Paulo Salles Cristofaro	77
Pedro Dutra.....	105
OS OBJETIVOS DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A ESCOLA DE HARVARD E A ESCOLA DE CHICAGO.....	133
Jorge Fagundes	133
DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E O ROBINSON-PATMAN ACT	153
João Paulo G. Leal	153
LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA.....	199
Por Julián Peña	199
TRANSNATIONAL REACH OF ECONOMIC REGULATIONS - THE EXTRATERRITORIAL REACH OF U.S. REGULATION ON TELECOMMUNICATIONS	213
Magali Favaretto Prieto	213
SPORTS AND THE RULE OF REASON.....	239
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	239
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	253

ÍNDICE

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR REGULADO DE ENERGIA ELÉTRICA	9
Valdomiro José de Almeida.....	9
1. OS INSTRUMENTOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	9
2. O PAPEL DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA	12
3. O <i>ENFORCEMENT</i> DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL	20
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	25
LEGAL AND ECONOMIC INTERFACES BETWEEN ANTIDUMPING AND COMPETITION POLICY	27
José Tavares de Araujo Jr.....	27
1. Introduction	27
2. The Controversy on Antidumping	28
3. The Room for Compromising Solutions.....	31
4. The FTAA Peculiarities.....	36
5. Conclusion.....	40
References	40
DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO	45
BRASILEIRO.....	45
Paulo Leonardo Casagrande	45
Introdução	45
1. Características da indústria de energia elétrica	47
Setor elétrico brasileiro antes da reforma	51
2. Reforma regulatória.....	52
2.1 Início das reformas	52
2.2 O Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto ReSEB.....	56
3. Crise de energia e revitalização do modelo.....	62
4. Controle concorrencial no setor elétrico	65
5. Conclusão	73
BIBLIOGRAFIA.....	73
AS CLÁUSULAS DE RAIOS EM <i>SHOPPING CENTERS</i> E A PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA.....	77
Pedro Paulo Salles Cristofaro.....	77
(i) O Shopping center como um Sistema Organizado.....	78
(ii) Estrutura Jurídica que Garante a Unidade do <i>Shopping</i> e a Integridade do <i>Tenant Mix</i>	81
(iii) Qualificação Jurídica das Cláusulas de Raios	83
(iv) Os Ilícitos contra a Concorrência, segundo a Lei 8.884/94.....	87
(v) Regra da Razão e Restrições Ancilares.....	91

(vi) Validade das Cláusulas de Não Concorrência	94
(vii) Validade das Cláusulas de Raio.....	97
(viii) A Posição da Jurisprudência.....	100
(ix) Conclusão	102
Pedro Dutra.....	105
1. A intervenção estatal no domínio econômico	105
1.1. A exploração da atividade econômica: artigo 173, da Constituição Federal 108	
1.2. Regime aplicável a empresa sob controle estatal	111
1.3. Atividade econômica e a prestação de serviços públicos.....	113
2. O alcance da lei de defesa da concorrência.....	120
3. Estratégia competitiva e a guarda do sigilo.....	123
3.1. Prestação de dados e de informações à autoridade competente	126
4. Conclusão	129
5. Bibliografia.....	131
OS OBJETIVOS DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A ESCOLA DE HARVARD E A ESCOLA DE CHICAGO.....	133
Jorge Fagundes	133
I - Introdução.....	133
II - A Escola de Harvard, o Modelo ECD e a Eficiência no <i>Mix</i> de Produção.	134
III - A Escola de Chicago e a Maximização da Eficiência (Potencial) de Pareto	139
IV - Conclusões.....	146
Bibliografia.....	148
DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E O ROBINSON-PATMAN ACT	153
João Paulo G. Leal	153
Introdução	153
I. A discriminação de preços e seus efeitos (diretos) sobre os consumidores..	154
I.1. Condições para a Discriminação de Preços e sua Classificação	154
I.2. Efeitos Distributivos e Alocativos da Discriminação de Preços	156
II. A discriminação de preços e a concorrência	160
II.1. “Primary-line Injury” e “Secondary-line Injury”	160
II.2. O que é “Discriminar Preço”?	163
II.3. O que é Prejudicar a Concorrência?	169
II.3.1. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Primária de Preços.....	169
II.3.2. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Secundária de Preços.....	178
II.4. Quando a Discriminação de Preços É Lícita?	181
II.4.1. Justificativas Baseadas em Custos.....	182
II.4.2. Meeting Competition Defense.....	188
III. UMA síntese.....	193
Referências bibliográficas e de jurisprudência	195
CLAYTON ACT COMO EMENDADO PELO ROBINSON-PATMAN ACT (15 U.S.C. 13).....	196
LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA	199
Por Julián Peña	199

1. Introducción.....	199
2. Antecedentes históricos.....	199
3. El régimen de la Ley Nº 25.156.....	201
a) Confirmación del principio de la regla de la razón.....	202
b) Introducción de la “teoría de los efectos”.....	202
c) Creación de un Tribunal autárquico.....	203
d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas.....	204
4. Situación actual.....	209
5. Conclusiones.....	211
TRANSNATIONAL REACH OF ECONOMIC REGULATIONS - THE EXTRATERRITORIAL REACH OF U.S. REGULATION ON TELECOMMUNICATIONS.....	213
Magali Favaretto Prieto.....	213
Introduction.....	213
I. The accounting rate system.....	214
A. Definition of accounting rate.....	214
B. The collapse of the accounting rate system.....	215
II. How the U.S. and International Organizations have worked to reform the Accounting Rate System.....	217
A. The ITU role and pressures for reform.....	217
III. The FCC <i>Benchmark</i> Order and its extraterritorial effects.....	225
A. Violation of free-market/Excessive government intervention.....	227
B. Impact of the Benchmarks SR on Developing Countries.....	227
C. Lack of legal basis for establishing Benchmarks Settlement Rates/Attempt to exercise Jurisdiction over foreign carriers.....	228
D. Violation of International Regulations.....	229
E. Violation of GATS Obligations.....	229
The reactions against the <i>Benchmark</i> Order.....	230
A. The ITU reaction.....	230
B. Cable & Wireless, et al v. FCC.....	231
IV. “Global Information Infrastructure serving all the world’s consumers” or “Global Telecom Trade War”?.....	233
V. Conclusion.....	237
SPORTS AND THE RULE OF REASON.....	239
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.....	239
I. – Introduction.....	239
II. – Development of the Rule of Reason Analysis.....	240
III. – The Rule of Reason and the World of Professional Sports.....	244
IV. – Rule of Reason and Amateur Sports.....	247
V. – Conclusion.....	250
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC.....	253

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR REGULADO DE ENERGIA ELÉTRICA

Valdomiro José de Almeida¹

Sumário: 1. Os instrumentos de defesa da concorrência. 2. O papel da política de concorrência no Setor de Energia Elétrica. 3. O *enforcemet* da política de defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro. Referências bibliográficas.

Resumo: A defesa da concorrência por meio do controle dos atos de concentração tem um papel chave no desenvolvimento da concorrência nos mercados de eletricidade em reestruturação. A aplicação dos conceitos e instrumentos da análise antitruste ao setor elétrico tem que levar em conta certas especificidades desse setor. Além disso, os índices de concentração usuais tendem a ser inadequados para uma avaliação do poder de mercado nos mercados de energia elétrica. Pelas disposições legais vigentes, a defesa da concorrência no setor elétrico deve efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a agência reguladora e os órgãos de defesa da concorrência. Os mecanismos regulatórios, como, por exemplo, a Resolução 278/2000, não substituem um roteiro específico de análise antitruste para o setor elétrico.

1. OS INSTRUMENTOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

As leis de concorrência podem ser comparadas a um *kit* de instrumentos para lidar com as questões concorrenciais das firmas nos mercados. Os diferentes instrumentos incorporados nessas leis são convencionalmente divididos em duas categorias quais sejam, estruturais (fusões e concentrações) ou comportamentais (condutas). Os problemas decorrentes do exercício (ilícito) do poder de mercado, por sua vez, podem ser agrupados em três conjuntos formais, os dois primeiros, de natureza comportamental, e o terceiro, de natureza estrutural: i) relacionamentos e acordos entre as diferentes firmas independentes; ii) ações unilaterais de uma só firma; e iii) combinações estruturais de firmas independentes.

A primeira categoria, *acordos*, é, em geral, subdividida para fins analíticos em dois grupos: acordos “horizontais” entre firmas do mesmo ramo de atividades, e acordos “verticais” entre firmas em diferentes estágios da ca-

¹ Mestre em Economia da Regulação e Defesa da Concorrência, pelo CERME/UnB, e integrante da carreira de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

deia de produção ou distribuição.² A segunda categoria é chamada “*monopolização*” em algumas leis (como nos EUA), e “*abuso de posição dominante*” (como no Brasil). São categorias que estão relacionadas principalmente com conduta e circunstâncias de firmas individuais. Leis contra a monopolização são tipicamente direcionadas a táticas exclusionárias por meio das quais firmas podem tentar obter ou proteger posições de monopólio.³ A terceira categoria, que são as “*fusões*” e “*concentrações*”, incluem outros tipos de combinações estruturais, tais como participações ou aquisições de ativos, *joint ventures*, participações cruzadas em empresas e compartilhamento de diretores.

Os mais diversos motivos podem justificar a decisão corporativa de crescimento por meio da aquisição de um negócio existente ao invés da opção pelo empreendimento da expansão interna e novo investimento (cf. OECD, 1998). No caso das concentrações horizontais, as autoridades de concorrência estão especialmente interessadas em dois possíveis motivos: o aumento no **poder de mercado** ou na eficiência econômica, ou em ambos. Distinguir entre os dois tem sido reconhecido como uma tarefa complexa.

O controle de concentrações tenta evitar a criação, por meio de aquisições ou outras combinações estruturais, de empresas que terão o incentivo e a capacidade para exercer o poder de mercado.⁴ Em alguns casos, o teste da legalidade é derivado das leis sobre dominância ou restrições; em outros, há um teste separado expresso em termos de potencialidade de efeitos na concorrência de uma maneira geral. O processo analítico aplicado tipicamente se encaminha para caracterizar os produtos que são substitutos, as firmas que podem oferecer concorrência, e as participações relativas e importância estratégica dessas firmas com relação aos mercados de produtos. Um importante fator é a possibilidade de nova entrada e a existência de **barreiras** efetivas para a nova entrada. A maioria dos sistemas emprega alguma forma de teste de *market share* seja como guia para maior investigação ou como uma presunção sobre a legalidade da concentração. As concentrações em mercados concen-

² Os acordos de cartel são amplamente conhecidos como tentativas de replicar o comportamento monopolista de elevar os preços acima do nível de livre concorrência pela redução da produção.

³ Leis contra abuso de posição dominante tratam das mesmas questões, e podem tentar também tratar do efetivo exercício de poder de mercado. Por exemplo, sob alguns sistemas de abuso de dominância, cobrar desarrazadamente preços altos pode ser uma violação da lei.

⁴ O Direito brasileiro consagra um sistema de controle de atos de concentração por meio da Lei nº 8.884/94, a Lei de Defesa da Concorrência.

trados, ou que criam firmas com elevados *market shares* são vistas como tendentes a afetar a concorrência.⁵

A política de concorrência tem um papel chave no desenvolvimento da competição em mercados de eletricidade, principalmente no trato dos atos de concentração econômica (OECD/IEA, 2001). A análise e o posicionamento das autoridades de concorrência, nessa área, é fundamental em muitos países nos quais o mercado de eletricidade é inicialmente altamente concentrado, como via de regra acontece. O estudo da OECD acima, faz, no entanto, alguns “alertas” para os órgãos antitruste. Observam, por exemplo, que as *condições de entrada* e a expansão geográfica dos limites do mercado, que podem mitigar o poder de mercado, ocorrem muito lentamente nos mercados de eletricidade. Há também o perigo de que o movimento de concentrações e aquisições possa reagregar funções do sistema elétrico, que a reforma justamente procurou desagregar para promover a concorrência. O estudo também enfatiza que uma política ativa de controle das concentrações pode ser o único remédio efetivo contra o poder de mercado em um grande número de situações.

O estudo destaca as vantagens da análise antitruste nos setores regulados afirmando que

a experiência mostra que o procedimento de avaliação das concentrações pode ser talhado e ajustado para enfocar o poder de mercado sem ter que necessariamente bloquear a operação em si. Identificar as medidas remediadoras apropriadas para mitigar o poder de mercado requer uma análise cuidadosa dos mercados para identificar as áreas geográficas em que ele pode ser exercido e o particular conjunto de ativos que conferem poder de mercado.

e que

*[I]nstrumentos e expertise específicos para a análise da concorrência em mercados de eletricidade estão sendo rapidamente desenvolvidos, particularmente nos EUA, onde a legislação antitruste é mais amplamente aplicada. Enquanto os conceitos básicos da análise antitruste — **poder de mercado, desinvestimento e barreiras à entrada** — permanecem os mesmos, outros, como a **definição de mercado** e os fatores específicos que são tendentes a facilitar o **exercício do poder de mercado** (ou torná-lo mais difícil) na indústria de eletricidade requerem um refinamento dos conceitos (negrito e grifo são meus)*

⁵ Conforme Martin, S. (ob. cit.), “Market share parece trazer consigo poder de mercado. Essa hipótese é consistente tanto com os modelos de oligopólio geralmente aceitos, como com os trabalhos empíricos ao nível da firma no paradigma estrutura-desempenho”.

Quanto à aplicação dos instrumentos da análise antitruste no setor elétrico, como por exemplo, o mercado relevante, o estudo da OCDE faz algumas advertências. Primeiro, o mercado relevante geográfico e do produto eletricidade para a análise antitruste tem que ser definido com referência às condições de oferta e demanda que variam de acordo com o tempo. Por exemplo, a mesma área geográfica pode constituir um mercado em períodos de baixa demanda mas pode ser dividida em dois ou mais mercados em períodos de alta demanda se restrições de transmissão impedem o comércio entre duas ou mais zonas. Como um resultado, pode haver diferentes mercados para diferentes períodos de tempo. Ademais, transações no atacado e no varejo, geralmente não estariam no mesmo mercado dado que as oportunidades dos compradores de trocar de fornecedor são diferentes. E, para alguns propósitos, transações de curto, médio e longo prazo, também, definem mercados diferentes.

Segundo, a avaliação do poder de mercado em mercados de eletricidade tem que levar em conta muitos fatores específicos incluindo a forma na qual a concorrência se dá (isto é, como os preços são estabelecidos em uma particular estrutura vertical ou horizontal) e as condições de entrada no mercado. A abordagem antitruste baseada nos índices de concentração, como o Herfindahl-Hirschman Index (HHI), o índice de Lerner e o C-4, tende a ser inadequada para fazer uma avaliação acurada do poder de mercado no setor.⁶ Em razão disso, as análises de mercados de eletricidade têm se apoiado em modelos estruturais mais completos, como os modelos de oligopólio de Cournot, ou o de curva de oferta, como o de Kemplerer & Meyer (1989), que apresentam hipóteses específicas sobre o comportamento das firmas.

No que se refere às condições de entrada, a análise antitruste tem que levar em conta o relativamente longo tempo (embora decrescente), do planejamento inicial à operação dos ativos de geração e transmissão.

2. O PAPEL DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

⁶ O HHI é usado pelo DOJ (*Merger Guidelines*) e pela FERC, ambos nos EUA, e em vários outros países, na avaliação de efeitos de uma fusão na concentração do mercado. Originalmente concebido simplesmente como uma medida de concentração, e usado como um indicador do potencial para colusão, o índice tem sido adotado como um indicador de poder de mercado exercido por meio de *ações unilaterais*, um termo que indica que nenhuma colusão tácita ou explícita, está envolvida (cf. Stoft 2002: 342).

Pode uma firma que é regulada por uma agência governamental ser processada sob as leis antitruste? A resposta é *sim*, já que a regulação não provê uma defesa absoluta contra a execução de uma denúncia antitruste.⁷

O desenvolvimento histórico da legislação antitruste e da regulação desde o final do século dezenove sugere uma delimitação de fronteiras entre as duas áreas que parece auto-evidente à primeira vista. A política de concorrência seria concebida com a intenção de garantir o próprio funcionamento dos mecanismos de mercado; em contraste, a regulação tradicional era desenhada para substituir tais mecanismos na presença de inevitáveis falhas de mercado.

No entanto, nas duas últimas décadas, os diversos processos de reforma regulatória que vêm ocorrendo no mundo, têm sido centrados, principalmente, na introdução de competição nos ambientes regulados. Na prática, tais reformas raramente consistem em abolir a regulação e deixar o ambiente submetido apenas às forças de mercado. Assim, surge a importante questão que é, “até que ponto os setores regulados devem submeter-se à ação das agências de defesa da concorrência” (Ishihara *et alii*, s/d). Essa questão remete para outra que é a da interface entre a atuação das agências antitruste e reguladores setoriais. Como observam Possas *et alii* (1998:50),

... os setores de infra-estrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, em que a concorrência, pela entrada de novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto a regimes de regulação como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país.

Nesse contexto, na maioria dos países-membros da OCDE, a competição nos ambientes regulados é fomentada por um novo tipo de regulação. Como resultado desse processo, há, entre os países, diversos exemplos de agências de regulação com competência legal para promover competição, além de formular e aplicar leis gerais de concorrência e/ou regras “*customizadas*”.

⁷ Essa pergunta é feita por Carlton & Perloff (ob. cit., p. 797) para o caso dos EUA e respondida afirmativamente pelos autores. Estes dão como exemplo o caso da AT&T, em que as leis antitruste foram usadas tanto por particulares quanto pelo governo contra a companhia telefônica altamente regulada. As ações privadas resultaram em algumas das maiores indenizações na história. O resultado da ação governamental foi a ordem de ‘quebra’ (desinvestimento) da companhia em sete companhias operadoras locais, as “Baby Bells”, e em uma operadora de longa distância.

Todavia, há nuances diferentes na atuação e na perspectiva das políticas de concorrência e de regulação, como se pode ver no Quadro 1.

Quadro 1 – Regulação vs. Política de Concorrência

Dimensões	Regulação Tradicional	Política de Concorrência
Abrangência	Setor específico da economia	Todos os setores da economia
Objetivos	Mais amplos: universalização de serviços, integração regional, proteção ambiental, etc.	Mais restritos: eficiência alocativa
Método Básico	Substituição dos mecanismos de mercado	Uso de mecanismos de mercado
Timing da Ação	“ex ante” e contínua	“ex post” (exceto para atos de concentração) e eventual
Informação Disponível	Detalhada em relação ao setor regulado	Específica ao caso
Tipos de Recomendação	Medidas comportamentais	Medidas estruturais
Propensão à Captura	Maior probabilidade	Menor probabilidade

Fonte: OCDE (*apud* Vinhaes *et alii*, ob. cit.).

O fato é que a competição e a política da sua defesa tornaram-se presentes em praticamente todos os setores da economia, inclusive, naqueles regulados. A OCDE no relatório sobre a experiência de seus países-membros em reformas da indústria de energia elétrica (OECD/IEA, ob. cit.) chama a atenção para o importante papel da política de defesa da concorrência após uma reestruturação setorial.⁸ Segundo o relatório, o papel da lei geral de concor-

⁸ A política de defesa da concorrência é a política pública que regula o exercício do poder de mercado de empresas e a forma como ocorre a competição entre elas (cf. CARLTON & PERLOFF, 1998:793). KHEMANI & DUTZ (1995:16) têm uma definição mais abrangente: “Por ‘política de concorrência’ chamamos aquelas medidas governamentais que diretamente afetam o comportamento das empresas e a estrutura da indústria. Uma apropriada política de concorrência, como a definimos, inclui tanto (1) políticas que elevam a competição nos mercados local e nacional (tais como políticas de liberalização do comércio, relaxamento das exigências ao investimento e à propriedade estrangeira, e desregulamentação econômica) como (2) lei de concorrência (também chamada de lei antitruste ou antimonopólio) instituída para evitar práticas negociais anticompetitivas por firmas e intervenções desnecessárias do governo no mundo dos negócios”. Assim, nesta acepção de KHEMANI & DUTZ, a po-

rência tem de ficar claro no momento em que começa a competição no setor elétrico. Deve, no entanto, ser observado que é cada vez mais crescente, o papel atribuído às políticas de concorrência em todos os setores da economia, nos diversos países desenvolvidos e em desenvolvimento.⁹

lítica de concorrência abrange a própria reforma regulatória como uma política destinada a introduzir a competição em um determinado setor, e também a política de defesa da concorrência, muitas vezes confundida com a lei de concorrência. De fato, para estes autores, *“uma política de defesa da concorrência apropriada requer mais do que o enforcement da lei de concorrência (...). requer nada menos que uma mudança no paradigma da forma como as autoridades de concorrência funcionam. Isto é, a lei e a política de concorrência precisam ser aplicadas não apenas reativamente, mas pró-ativamente contra situações anticoncorrenciais – sejam elas emanadas das práticas empresariais, sejam das políticas governamentais. Em suma, uma função de advocacia da concorrência das agências antitruste, é tão importante quanto a função de enforcement da lei”*. BONER (1995) observa que *“Competition policy, long a feature of developed market economies, in recent years has been adapted to numerous reforming economies.(...) it strives to ensure that competition between private parties is not unduly impeded by state or private actions. (...) Competition policy, often referred to as ‘antitrust’ consists of **competition law and competition advocacy**”*. Segundo John Clark, *ex-Deputy Assistant Attorney General* na Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA (DoJ), *“Há um importante papel para uma agência de defesa da concorrência em todo país como o de advogado da política de concorrência em todos os aspectos das operações do governo, incluindo especialmente a atividade legislativa e regulação. Membros do governo e reguladores de fora da agência de defesa da concorrência podem não ser especialistas na política de concorrência e não estarem conscientes da sua importância para suas atividades e para os consumidores que são seus constituintes. A agência de defesa da concorrência pode dar uma significativa contribuição à política regulatória nos setores caracterizados por “indústria de rede”, intervindo formal ou informalmente, nas principais decisões do regulador com o propósito de encorajar políticas que fortalecem a concorrência onde ela seja possível”* (tradução livre de trecho do paper *“Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report”*, s/l, s/d, mimeo). Neste trabalho utiliza-se como equivalentes as expressões “lei de defesa da concorrência”, “lei de concorrência” e “lei antitruste”.

⁹ No novo contexto de reorientação do papel do Estado na economia, desregulação e liberalização, o escopo de ação das agências antitruste tem sido tão ampliado que recente publicação da OECD e Banco Mundial (OECD/WORLD BANK, 1998:8) advoga que *“para atingir os maiores objetivos da política de concorrência, as autoridades de concorrência precisam considerar um aumento e alteração de seus papéis na economia”*. No mesmo sentido KHEMANI & DUTZ (ob. cit., p. 29) sugeriram, ainda no tempo do GATT, que as agências de concorrência deveriam promover o uso de painéis binacionais ou supranacionais e consultas. Deveriam também explorar a substituição de medidas *antidumping* por um expandido código de salvaguardas sancionado pelo GATT.

Nos setores regulados, ou *parcialmente regulados*, como é o caso da indústria de energia elétrica é, mais ainda, requerido um ativo papel das autoridades de defesa da concorrência. De fato, KHEMANI & DUTZ (1995:25) concordam que

[P]olíticas pró-competição tais como desregulação, privatização e a remoção de restrições ao investimento estrangeiro, podem também facilitar a entrada e saída de firmas e a mobilidade de recursos. Mas a introdução dessas políticas não absolve as autoridades de concorrência, da necessidade de revisar concentrações empresariais, aquisições, e se reestruturarem para garantir que elas não diminuam a concorrência.

Wise (1999), analisando os princípios fundamentais, as doutrinas básicas e os métodos de *enforcement* da lei de concorrência norte-americana para examinar como ela tem contribuído para a reforma regulatória, observa que essa política é central para a reforma, porque seus princípios e análises provêem um *benchmark* para avaliar a qualidade das regulações social e econômica, tanto quanto motiva a aplicação das leis que protegem a competição. Além disso, como a reforma regulatória estimula mudanças estruturais, a implementação vigorosa da política de concorrência é requerida para evitar abusos dos agentes privados no mercado, que possam reverter os benefícios da reforma.¹⁰

Essa é a lógica, por exemplo, que fundamenta a atuação do CADE ao analisar o impacto de atos de concentração nos setores regulados, como o de distribuição de gás canalizado (Cia. Estadual de Gás do Estado do Rio de Janeiro – CEG, Riogás, Gás Brasileiro, Comgás), transporte ferroviário de carga, telecomunicações, setor elétrico e petróleo e setor financeiro. Não faltam justificativas para uma ação efetiva das autoridades antitruste nessa área. Como observa Rocha ([2001])

... estamos falando de setores revestidos de três características importantes e interligadas: Primeiro, são setores que passam por processo de reforma regulatória em que um dos objetivos é precisamente a introdução de concorrência nos segmentos onde ela seja possível. Segundo, são setores em que convivem segmentos sujeitos à concorrência com outros infensos à ela. Ter-

¹⁰ Também para WISE (ob. cit.), um complemento ao *enforcement* da lei de concorrência é a “advocacia da concorrência” – a promoção de princípios de mercado competitivo em outras políticas e processos regulatórios.

ceiro, são setores nos quais os órgãos reguladores não têm a experiência da aplicação de políticas concorrenciais.

No caso em questão, da eletricidade, o estudo da OCDE já citado observa que as condições oligopolísticas que geralmente prevalecem na geração de eletricidade requerem intenso monitoramento do comportamento competitivo nesse segmento. Além disso, o histórico de “inexistência de mercado” na oferta para os usuários finais sugere um cuidadoso escrutínio de práticas anticoncorrenciais.

O relatório da OCDE ainda observa que, em geral, na fase anterior, dos monopólios estatais integrados na indústria de energia elétrica, as autoridades de concorrência não tinham praticamente nenhum envolvimento com o setor. Por isso, entende-se que é importante que recursos suficientes sejam tempestivamente destinados para a tarefa de acompanhar mais esse setor. Vis-to que uma compreensão detalhada da operação da indústria é requerida, é aconselhável íntima cooperação das autoridades de concorrência com os reguladores do setor, mesmo que eles estejam em diferentes instituições. Não por acaso, experientes especialistas em reformas regulatórias alertam para a possibilidade da “fraca aplicação das políticas de concorrência” nos setores reestruturados, entre outros riscos do processo como super-regulação, participações cruzadas, falhas de interconexão, reforma parcial etc.¹¹

Segundo Mello ([1999]), no momento da transição “*é fundamental que se discutam os potenciais problemas de concorrência que virão a ser enfrentados no novo ambiente competitivo que vem se conformando*”.¹²

A atribuição de poderes relacionados à defesa da concorrência entre as demais funções da ANEEL, no principal diploma regulatório do setor elétrico¹³ é o reconhecimento do legislador de que a política de defesa da concorrência é um instrumento importante para a nova regulação, centrada na competição e nos incentivos à eficiência. A ampliação do alcance da política de defesa da concorrência aos setores antes inteiramente regulados tem, assim, o

¹¹ São apontadas também possíveis deficiências decorrentes de sobreposição de jurisdição não-resolvida entre agências regulatórias, agência antitruste ou ministérios.

¹² Para Mello (ob. cit.), “*Tais problemas devem ser enfrentados não só pelo conhecimento das prováveis práticas anticompetitivas potenciais no setor – importante para propiciar a adoção de medidas adequadas para preveni-las – mas também pelo estudo mais aprofundado das relações institucionais necessárias para uma eficaz implementação das normas de defesa da concorrência*”.

¹³ Lei 9.427/96, com as modificações feitas pela Lei 9.648/98, art. 3º, incs. VIII e IX, e Parágrafo único.

papel de facilitar a política regulatória e, ao mesmo tempo, propiciar as condições para que a competição se torne cada vez mais a regra no setor.

Para Mello (ob. cit.), a convivência de normas aplicadas por uma agência reguladora e normas gerais de defesa da concorrência carrega um potencial de conflitos “*pela natural diversidade de objetivos visados por uma e outra legislação*” e pelo fato de serem aplicadas por autoridades distintas. Segundo a autora “[A]s situações mais frequentes nos serviços públicos (...) colocam-se num ponto intermediário entre regulação total e ausência de regulação”, ou seja, aquelas situações de *desregulação parcial*, que fazem com que as fronteiras sejam menos nítidas e as áreas de intersecção entre “concorrência” e “regulação”, crescentes, como é o caso de alguns segmentos do setor elétrico no Brasil (Figura 1).

Figura 1 – Fronteiras e Intersecções entre as Políticas de Defesa da Concorrência e Regulação

Política	Estruturas de Mercado			
	Concorrência Perfeita	Competitiva	Não-Competitiva	Monopólio
Concorrência				
Regulação				

não atuam atuam levemente atuam fortemente

Fonte: CADE, Relatório Anual, 1997, Quadro 15 (p. 54), adaptado.

Parece óbvio, pelas disposições legais vigentes, que a promoção das condições de concorrência no setor elétrico deverá efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a Agência setorial – a ANEEL – e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei antitruste – SDE/SEAE/CADE (cf. Mello, ob. cit.; Oliveira, 1997:42; OECD, 1999: 308). Mello (ob. cit.), entretanto, antevê certas dificuldades em razão de que, por um lado, a lei setorial (9.427/96) atribuiu a ANEEL algumas tarefas no sentido do controle repressivo das condutas anticompetitivas e no controle preventivo das estruturas e, por outro lado, tais disposições da legislação setorial não substituíram nem a Lei 8.884/94 (lei antitruste) nem as atribuições legais das autoridades encarregadas de implementá-la.

Wise (ob. cit.), tem uma explicação que ajuda compreender como instituições distintas podem co-implementar a política de concorrência em setores regulados. Para este autor há quatro formas particulares pelas quais a política de concorrência e os problemas regulatórios interagem:

1. a regulação pode **contradizer** a política de concorrência – as regulamentações podem ter encorajado, ou mesmo requerido, conduta ou condições (coordenação de preços, divisão territorial de mercado etc.) que estaria de outra forma em violação da lei de concorrência;
2. a regulação pode **substituir** a política de concorrência – especialmente onde o monopólio tem parecido inevitável, a regulação pode tentar controlar o poder de mercado, diretamente fixando preços e controlando a entrada e o acesso;
3. a regulação pode **reproduzir** a política de concorrência – regras e reguladores podem ter buscado evitar coordenação ou abuso em uma indústria, exatamente como a política antitruste faz;
4. a regulação pode **usar** métodos da política de concorrência – Instrumentos para atingir objetivos regulatórios podem ser desenhados para tirar vantagem dos incentivos de mercado e dinâmica competitiva. Coordenação pode ser necessária, para assegurar que esses instrumentos trabalhem como pretendido no contexto das condições da lei de concorrência.¹⁴

As quatro formas de interação parecem estar presentes no ambiente institucional do setor elétrico brasileiro, e parecem mesmo terem sido deliberadamente erigidas no arcabouço institucional pelo legislador. Assim, essas formas não podem gerar atritos nem conflitos quando adequadamente compreendidas e quando operadas no espírito da complementaridade, cooperação e coordenação. Possas, Fagundes e Pondé (1997) *apud* CADE (1997:53) destacam bem a necessidade de articulação:

... as muitas conexões, de natureza técnica e institucional, entre os diferentes órgãos responsáveis pela regulação da concorrência ‘lato sensu’ – tanto de defesa da concorrência como de regulação ‘ativa’ – recomendam não apenas maior integração entre suas atividades, como, principalmente, um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e aprendizado recíproco. De fato, a maior parte das variáveis competitivas, seus desdobramentos para a análise de mercado e as implicações regulatórias relevantes discutidas no texto para o âmbito da regulação “ativa” são inteiramente extensíveis à re-

¹⁴ Os EUA é o país com mais larga tradição na implementação de ambas políticas públicas, antitruste e regulatória. É verdade que o contexto brasileiro guarda algumas diferenças com o norte-americano, onde, como observa Wise (ob. cit.), domina a concepção da política de concorrência como um componente principal de sua “constituição” econômica, e o papel central que essa política joga no desenho da legislação econômica e da regulação, constitui uma base poderosa para as reformas fundamentais.

*gulação que chamamos de “reativa”, de defesa da concorrência, sendo, por isso familiares à análise antitruste, e já contando mesmo com substancial literatura técnica e acadêmica aplicada a diversas das questões mencionadas.*¹⁵

3. O ENFORCEMENT DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL

A ANEEL tem a atribuição de controlar as condições estruturais dos mercados no setor elétrico (art. 3º, inc. VIII, da Lei 9.427 e Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XI e XII).¹⁶ Previu, assim, o sistema jurídico, como já mencionamos, uma complementaridade entre as atribuições da ANEEL e as dos órgãos antitruste na defesa da concorrência no setor.

Entretanto, Mello (ob. cit.), nota que “... *para efetivar esse tipo de ação requer-se, da agência reguladora, o uso dos conceitos, parâmetros e técnicas de análise próprios da legislação antitruste – tais como, **posição dominante, mercado relevante, “rule of reason”** – e a discussão aprofundada de como eles podem se aplicar ao setor regulado (negritei).*

Para a autora, tais conceitos são básicos a qualquer ação em defesa da concorrência, “*inclusive aquela de caráter preventivo implementada por uma agência reguladora*”, porque:

a) a existência de posição dominante é condição para se saber se um caso é relevante do ponto de vista antitruste, à medida que quem não a detém não é capaz de prejudicar o processo competitivo;

¹⁵ A citação no Relatório Anual do CADE (1997) continua, com os autores afirmando que: “*Os prováveis conflitos de jurisdição que venham a surgir entre as agências reguladoras desses dois tipos devem servir como motivo para reforçar o terreno comum e não para multiplicar os focos de atrito interburocrático. No caso brasileiro, a experiência acumulada pelo CADE – assim como a secular experiência internacional em defesa da concorrência e em política antitruste – ainda que modesta, sugere como medida sensata considerá-la atentamente na montagem e operação dos órgãos reguladores dos setores da infra-estrutura, especialmente no que se refere às normas técnicas de caráter econômico a serem adotadas (análises de mercado e mercado relevantes, etc.) ...* (p. 53/4).

¹⁶ Mello (ob. cit.) observa que com as mudanças introduzidas pela Lei 9.648/98, a aprovação de alterações do controle acionário exercida pela ANEEL passa a ter mais uma finalidade, compatibilizando o controle da capacidade técnica e idoneidade (exigências da Lei 8.987/95) com o controle das condições de concorrência.

b) a delimitação de mercado relevante, por sua vez, é condição logicamente prévia para se analisar a existência de posição dominante, pois é neste espaço que o exercício do poder de mercado (abusivo ou não) tem lugar; é com relação a esse mercado que se efetuam os cálculos de market share e todas as demais análises necessárias à caracterização daquela posição;

c) a lei não pune o poder de mercado em si, mas apenas o seu exercício abusivo, admitindo-se, ademais, que mesmo práticas restritivas possam ter seus efeitos negativos contrabalançados por ganhos de eficiência, razões pelas quais é necessário analisá-las caso a caso, aplicando a rule of reason (método de análise que consiste em avaliar efeitos líquidos das práticas anticompetitivas).

A aplicação desses conceitos e técnicas em mercados novos, antes inexistentes em razão do contexto institucional então vigente (o dos monopólios estatais), é deveras difícil. Veja, por exemplo, que a ANEEL, diretamente incumbida, por lei, de zelar pela competição nos mercados nascentes do setor elétrico, não conseguiu assenhorear-se logo do instrumental antitruste há pouco mencionado.

Para não correr o risco de deixar que a concorrência fosse *suprimida* já no começo do processo de privatização, o caminho alternativo tomado pela Agência foi o da Resolução 94/98 (posteriormente substituída pela Resolução 278/2000), estabelecendo *ad cautelam* limites à participação de mercado das empresas nos segmentos de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica. Tais restrições consistem, basicamente, em proibir que um mesmo agente detenha a propriedade acima de um certo percentual da capacidade instalada (no caso da geração), ou do mercado, nos casos da distribuição e comercialização e conforme se trate dos mercados nacional ou regionais (Tabela 1).¹⁷ E ressalte-se que a tomada dessa medida mais simples e direta, mas menos eficaz, não foi, pelo menos neste caso, por falta de tentar articular-se com os órgãos de defesa da concorrência (SEAE, SDE e CADE).¹⁸

¹⁷ Conforme Vinhaes *et alii* (ob. cit.), “Esta resolução [Res. 94/98] atua no controle das estruturas de mercado, diferentemente dos Decretos e Leis mencionados anteriormente [Lei 9.427/96 e Decreto nº 2,335/97] que tratam do controle de condutas dos agentes do setor”.

¹⁸ Além desses órgãos a ANEEL promoveu reuniões técnicas, disponibilizou na Internet o resultado das reuniões, articulou-se com um Grupo Consultivo da Concorrência, com o Ministério das Minas e Energia, e com o BNDES.

TABELA 1 - Restrições à Concentração de Mercado de Acordo com a Res. ANEEL 278/2000¹⁹

SEGMENTO	MERCADO		
	NACIONAL	S/SE/CO	N/NE
Geração (capacidade instalada)	20%	25%	35%
Distribuição (energia distribuída)	20%	25%	35%
Comercialização (energia comercializada)	20%	25%	35%

Fonte: Elaboração própria.

E o caráter preventivo *ex ante*, ainda que precário, ressalte-se, dessas duas resoluções da ANEEL, pode ser apreendido pelos próprios limites nelas estabelecidos. Como se pode notar na Tabela 2 as “barreiras” que não podem ser ultrapassadas na aquisição de ativos pelos novos agentes privados de geração, de distribuição ou de comercialização, foram colocadas até acima dos padrões de participação dos antigos e grandes monopólios de geração, como p. ex., CESP (antes da cisão), Furnas, Itaipu e CEMIG, no Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste (Tabela 2). O mesmo acontece se olharmos para as maiores empresas de distribuição (Tabela 3).

Tabela 2 - Participação das Principais Empresas de Geração na Capacidade Instalada dos Sistemas Regionais e Nacional

Empresa	UF	Part. Capacidade N/NE	Part. Capacidade S/SE/CO (%)	Part. Capacidade Nacional (%)
CESP (antes da cisão)	SP		23,49	17,11
Furnas	RJ		17,85	13,00
Itaipu	PR		14,23	10,36
Cemig	MG		12,48	9,09
Gerasul	SC		8,20	5,97
Copel	PR		7,45	5,43

Fonte: ANEEL

¹⁹ Notas: A Resolução também limita as participações cruzadas nos segmentos de geração e distribuição: um agente que atue nos dois segmentos não pode ter a soma aritmética de sua participação na capacidade instalada nacional de geração com sua participação no mercado nacional de distribuição superior a 30%

Tabela 3 - Participação das Principais Empresas no Mercado de Distribuição dos Sistemas Regionais e Nacional (Out. 2001/Set. 2002)

EMPRESA	UF	SISTEMA S/SE/CO (%)	SISTEMA N/NE (%)	SISTEMA NACIONAL (%)
Eletronorte		0,00	24,81	5,48
CPFL	SP	14,64	0,00	11,40
CEMIG	MG	14,57	0,00	11,35
Eletropaulo Metropolitana.	SP	14,69	0,00	11,44
COELBA	BA	0,00	16,39	3,62
CHESF	BA	0,00	11,15	2,48
CELPE	PE	0,00	10,82	2,39

Fonte: ANEEL/SEM (www.aneel.gov.br)

Assim, enquanto a Lei 8.884/94 estabelece o limite de 20% do mercado relevante como um critério para que um ato de concentração seja apresentado aos órgãos antitruste, a atual Resolução 278/2000, da ANEEL, estabelece que um agente gerador pode ter no máximo 20% da capacidade instalada nacional. Esses valores são determinativos e limítrofes, não devendo ser ultrapassados. Trata-se, pois, de critérios muito distintos e que podem repercutir de forma absolutamente diferentes na tomada de decisões no controle estrutural dos mercados (a não ser que o mercado relevante de produto fosse “geração de energia elétrica”, o *market share* fosse definido com base na capacidade instalada e os limites geográficos do mercado viessem coincidir com o território nacional), o que, como veremos não é o caso, como indica a literatura especializada e a experiência internacional.

Mello (ob. cit.) analisa comparativamente os critérios da antiga Resolução 94/98 (atual 278/2000) com aqueles do controle antitruste preventivo estabelecido no art. 54 da Lei 8.884/94 e aponta as várias diferenças, conforme a síntese exposta no quadro abaixo:

	Resolução ANEEL 94/98 (atual 278/2000)	Lei 8.884/94, art. 54
Atos abrangidos pelas limitações	Fusões ou aquisições de controle acionários; Formação de grupos e de consórcios	Fusões, aquisições e qualquer outro tipo de ato – contratos, acordos etc. – que possam prejudicar a concorrência ou levar

ções/controles	<ul style="list-style-type: none"> ● concentrações horizontais (nos segmentos de geração e de distribuição); ● concentrações verticais (limites à participação nos dois segmentos – geração e distribuição - no mercado nacional) 	a posição dominante; <ul style="list-style-type: none"> ● atos de natureza horizontal; ● atos de natureza vertical.
 Mercados de referência	<ul style="list-style-type: none"> ● mercado nacional de geração; ● mercado nacional de distribuição; ● mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de geração; ● mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de distribuição; ● mercado regional N/NE (sistema interligado) de geração; ● mercado regional N/NE (sistema interligado) de distribuição. 	Mercado relevante delimitado geograficamente e por produto, segundo critérios econômicos.
 Critérios para submissão do ato ao controle	20%, 25% ou 30% da capacidade produtiva.	Possibilidade de prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Inclui os atos de concentração: a) de que resulte domínio de 20% (faturamento ou produção) do mercado relevante; b) em que algum participante tenha faturamento de R\$ 400 milhões.
 Critérios de avaliação	Proibição (<i>per se</i>) de deter mais do que os percentuais acima.	Análise caso a caso, com base no princípio da razoabilidade. Sujeito à discussão das eficiências.

Fonte: Mello (1999)

A autora, então chama a atenção para o fato de que se trata de tipos de controles diferentes (embora não necessariamente incompatíveis), com critérios distintos. Observa a autora que algumas dessas diferenças decorrem de que os limites estabelecidos pela Resolução não tomam por base o(s) mercado(s) relevante(s) do setor elétrico. Observa também que o controle previsto pela Resolução (278/2000) “*não substitui aquele estabelecido na lei 8.884 e tampouco este, necessariamente substitui aquele*”, podendo ambos conviver (negrito meu). Na verdade, afirma a autora, “*o controle pela ANEEL é um tipo diferente de controle de poder econômico* [não de poder de mercado, conceito

próprio do antitruste], *relacionado com o tamanho e a abrangência da área de atuação da empresa, que afetam seu poder de barganha vis à vis a agência reguladora (no sentido de que se uma só empresa detiver muitas concessões, o poder da agência de estabelecer-lhe limites de atuação pode ficar comprometido*".²⁰

Em que pese as justificativas dadas por Mello (ob. cit.) para a existência dos parâmetros da Resolução 278/00, e tendo já decorrido prazo suficiente para uma maior articulação institucional do regulador com os órgãos antitruste, o que se afigura é que esses parâmetros não devem *substituir* a análise caso a caso, da participação das empresas nos mercados relevantes devidamente delimitados. Sem estudos mais detalhados sobre a dimensão dos mercados relevantes, o estabelecimento de tetos percentuais tem como base a antiga idéia já superada pela literatura de organização industrial de que a livre concorrência é dada pelo número ou tamanho dos concorrentes no mercado. Urge, portanto a necessidade de elaboração de um roteiro de análise de atos de concentração, pela agência reguladora, em conjunto com os órgãos de defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carlton, D. W. & Perloff, J. M. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins, 2nd Edition, 1994.

KLEMPERER, P. D. & MEYER, M. A. "Supply Function equilibria in oligopoly under uncertainty". *Econometrica* 57(6), 1989, pp. 1243-1277.

Martin, S. *Industrial Economics. Economic Analysis and Public Policy*. Macmillan Publishing Co. New York, 1988.

MELLO, Maria Tereza L. *Defesa da Concorrência no Setor Elétrico*. Versão modificada do trabalho preparado para o Projeto "As Participações Acionárias de Concessionárias do Setor Elétrico e o Controle das Condições de Concorrência". FIPE/ANEEL, Março de 1999. s/l, mimeo.

²⁰ Segundo Mello (ob. cit.) "*Tal controle é importante também à medida que estimula a entrada de um maior número de empresas no setor. A existência de várias e distintas empresas, ainda que atuando em diferentes mercados relevantes geográficos, propicia o uso complementar de uma regulação de desempenho (yardstick competition)*". A autora reconhece, no entanto, que a convivência de dois tipos diferentes de controle - que, se bem é certo não têm exatamente as mesmas finalidades, apresentam vários objetivos comuns - pode provocar os já mencionados riscos de sobreposição de funções e de decisões contraditórias entre as agências.

Organization for Economic Cooperation and Development – OECD/International Energy Agency – IEA. *Competition in Electricity Markets*. Paris, 2001.

Organization for Economic Cooperation and Development – OECD/The World Bank. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998.

POSSAS, M., FAGUNDES, J., e PONDÉ, J. L. “Defesa da Concorrência e Regulação” in *Revista de Direito Econômico* nº 27. Brasília, jan./jul. 1998, pp. 49-72.

ROCHA, Bolívar M. *Balanço da Articulação entre Órgãos de Defesa da Concorrência e as Agências Reguladoras de Infra-Estrutura*. [2001], s/l, mimeo.

Stoft, S. *Power System Economics. Designing Markets for Electricity*. IEEE/Wiley, 2002.

Vinhaes, E. A. S. *et alii*. *O Papel da Regulação e da Defesa da Concorrência no Setor Elétrico Brasileiro*. Mimeo.

Wise, M. *Review of United States Competition Law and Policy*”. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. v. 1. nº 1, 1999, pp. 10-70.

LEGAL AND ECONOMIC INTERFACES BETWEEN ANTIDUMPING AND COMPETITION POLICY

José Tavares de Araujo Jr.

1. Introduction¹

The interaction between antidumping and antitrust is a polemic issue in every integration process for both legal and economic reasons. From a legal perspective, antidumping rules allow practices such as price undertakings and quantitative trade restrictions that may be forbidden by competition law, and punish certain types of price differentiation that are justifiable under the antitrust rules. From an economic viewpoint, the two policies pursue different objectives that eventually may lead to conflicting situations. Antidumping is a trade remedy for industries injured by import competition. The final goal of antitrust is to promote consumer welfare and productive efficiency, which in part depend upon market contestability, wherein import competition often plays a key role.

The enforcement procedures of these policies also differ significantly. Antidumping procedures are defined under the assumption that a domestic competitive industry is facing a foreign monopolist or an international cartel, but this assumption is not supposed to be tested during the investigation. Thus, in each case, the data to be collected are limited to import figures, price comparisons and performance indicators of the domestic industry. There is no room for any query about industry configurations, entry barriers, market power and other conditions of competition at home or abroad. In contrast, the starting point of every antitrust inquiry is the identification of the relevant market and its conditions of competition.

Another peculiarity of the interplay between antidumping and antitrust is that many industrialized economies are leading users of both policies. This implies a series of compromising solutions with different degrees of coherence and transparency for reconciling the legal and economic interfaces between the two policies. Some of these solutions may provide useful guidelines for the current negotiations on the creation of a Free Trade Area of the Americas (FTAA), where the attainment of a compromising solution will re-

¹ I thank Caldwell Harrop and Karsten Steinfatt for helpful suggestions, and Mariana Tavares de Araujo for the research assistance on legal matters. This paper was prepared for the Economic Commission for Latin America and the Caribbean. The views presented here are the author's own and should not be attributed to ECLAC.

quire an intricate exercise of economic diplomacy. Besides the disparities in terms of size and level of economic development of the member countries, one additional challenge to be faced by the FTAA initiative results from the uneven degree of law enforcement in the region. In most Latin American and Caribbean countries, antitrust institutions are still at an infant stage or simply do not exist. On the other hand, the main users of antidumping in the hemisphere are the United States, Canada, Mexico, Argentina and Brazil. The smaller economies seldom apply this policy (see Tavares, Macario and Steinfatt, 2001).

This paper addresses the above issues from three complementary perspectives. Section 2 summarizes the current debate about antidumping rules in the United States. This debate includes a large and growing academic literature that has been surveyed recently by Blonigen and Prusa (2001), papers and speeches by influential personalities such as Kenneth Dam, Alan Greenspan and Joseph Stiglitz, and the active participation of business associations, lawyers, lobbyists and politicians. This diverse collection of policy suggestions provides a normative background for the discussion in the rest of the paper. Section 3 reviews the instruments used by the European Union and the U.S. government for reconciling a strong enforcement of competition laws with an intense use of antidumping measures. Section 4 highlights some peculiarities of the FTAA process. Section 5 presents the main conclusions.

2. The Controversy on Antidumping

Thousands of pages have been written about antidumping over the last 25 years. One remarkable feature of this vast literature is that – at least within the academic community – most authors would share Michael Finger’s view that “antidumping is a trouble-making diplomacy, stupid economics and unprincipled law” (1993, p. 56). According the existing multilateral rules, antidumping actions are applied on a discriminatory basis and require no formal compensation to the affected parties, as they are under the blame of unfair behavior. Yet, in many cases the targeted exporting industries are well rewarded, by sharing the protection rents with their competitors from the importing country, but this compensation is never acknowledged by either party. Thus, antidumping rules generate unnecessary tensions among trading partners, because there is no clear record of the costs and benefits involved in each case, nor any transparent recognition of winners and losers. Moreover, the empirical literature has demonstrated that the aggregate welfare results of antidumping measures are systematically negative for the importing country. Finally, antidumping rules have another discriminatory component, as they impose requirements to foreign producers that are not applicable to domestic firms.

In a similar vein, Kenneth Dam, deputy Treasury secretary of the present Bush Administration, noted: “The focus of protectionist arguments in the United States has turned away from direct calls for protection to an emphasis on ‘fairness’. [...] Despite this smiling fair trade face, the antidumping proceeding always has been and is increasingly a protectionist device, as various Congresses have amended the underlying statute to make the proceeding and remedy more effective. This darker face of antidumping proceeding is so well known inside the Washington Beltway that it has become a trite joke among trade lawyers that antidumping is the protectionist’s weapon of choice”² (2001, p. 148).

Alan Greenspan, chairman of the Federal Reserve Board, pointed out the historical roots of this joke: “Generation after generation has experienced episodes in which the technologically obsolescent endeavored to undermine progress, often appealing to the very real short-term costs of adjusting to a changing economic environment. From the Luddites to the Smoots and the Hawleys, competitive forces were under attack. [...] Administrative protection in the form of antidumping suits and countervailing duties is a case in point. While these forms of protection have often been imposed under the label of promoting ‘fair trade’, oftentimes they are just simple guises for inhibiting competition” (1999, p. 3).”

Joseph Stiglitz, a Nobel Prize winner and former chief economist at the World Bank, highlighted the anti-competitive effects of these laws: “Perpetuating unfair trade laws that are themselves unfair thus imposes substantial burdens on our consumers and on our most efficient exporters while protecting our least efficient import-competing firms” (1997, p. 418).

Great part of the academic research on antidumping has been focused on the American economy. One reason for this is that the U.S. has maintained a leading international performance in regard to this instrument, as the principal user and the second worldwide target of antidumping investigations during the last decade (see Miranda, Torres and Ruiz, 1998). Another possible explanation stems from the contrast between the scholars’ denigration of antidumping and the longstanding commitment to this trade remedy by the U.S. government. Besides, as Blonigen and Prusa (2001) have reminded, antidumping can provide stimulating illustrations for an endless list of economic concepts, such as capture, rent-seeking, moral hazard, adverse selection, contingent protection, imperfect competition, cartel behavior, transaction costs, optimal tariffs, comparative advantage, regional integration, and so on.

Another interesting aspect of this controversy is that the most complete study so far on the welfare impact of antidumping on the U.S. economy

² According to Dam, the original author of this joke is Gary Horlick (1989).

was made in 1995 by the staff of the International Trade Commission (ITC), the institution responsible for this trade remedy in the country. The study showed that removing the antidumping and countervailing duties that were active in 1991 would have allowed a welfare gain of US\$1.6 billion, i.e., about 0.03 percent of U.S. GDP in that year. This finding had no effect on the ITC conduct in subsequent years, for the reasons bluntly explained by Commissioners Janet Nuzum and David Rohr in their comments on the study: "...when viewing the conclusions of this report, it must be remembered that the purpose of the antidumping and countervailing duty laws is not to protect consumers, but rather to protect producers. Inevitably, some cost is associated with this purpose. However, unlike the antitrust laws, which are designed to protect consumer interests, the function of the AD/CVD laws is, indeed, to protect firms and workers engaged in production activities in the United States. So it should not come as a surprise that the economic benefits of the remedies accrue to producers, and the economic costs accrue to consumers. The United States Government, through legislation, has made a conscious policy choice to provide these trade remedies in recognition of the reality that free and open trade does not yet exist worldwide. [...] The alternative to these trade remedies is most likely to be politically-driven decisions, which may have even more profound costs to our economic interests" (ITC, 1995, pp. VIII-IX)

In a communication to the World Trade Organization (WTO), the U.S. Government presented the same argument under a more sophisticated format: "Contrary to the assumptions of some economists, the antidumping rules are not intended as a remedy for the predatory pricing practices of firms or as a remedy for any other private anti-competitive practices typically condemned by competition laws. Rather, the antidumping rules are a trade remedy which WTO Members have agreed is necessary to the maintenance of the multilateral trading system. Without this and other trade remedies, there could have been no agreement on broader GATT and later WTO packages of market-opening agreements, especially given imperfections which remain in the multilateral trading system." (U.S. Government, 1998, p. 2)

In other words, antidumping is the price to be paid for the maintenance of an open trading system among nations wherein some industries are not prepared to face import competition. It is a safety valve – perhaps a cynical one – that ensures political support to trade liberalizing initiatives. As Dam (2001) has argued: "The case for antidumping duties is thus not so much sound economic policy but rather statecraft that channels protectionism to narrowly defined products and renders it less harmful to the economy as a whole" (p. 156).

Among trade economists, the standard reply to the above reasoning is that the correct instrument for providing temporary protection to inefficient industries is a safeguard measure, not antidumping (Nicolaidis and Van Wijngaarden, 1993; Messerlin, 1996; Finger 1998; Tavares, Macario and Steinfatt, 2001). Safeguards are more transparent, less belligerent and better focused than antidumping. Instead of blaming foreigners for the country's trading problems, safeguards direct the government's attention to the domestic factors that may be limiting the competitiveness of local firms. But governments prefer antidumping because it is easier to apply. It does not require negotiating compensations with trading partners, nor implementing industrial restructuring programs at home.

Over the last two decades several proposals have been made to improve the disciplines on antidumping. They varied from bold initiatives that would replace antidumping with competition law to narrow reforms that would introduce some antitrust principles into antidumping investigations, such as analyzing the conditions of competition in the importing country and abroad, or examining the aggregate welfare consequences of that protection measure (Hoekman and Mavroidis, 1996; Hart, 1997; Lipstein, 1997; Stiglitz, 1997; Lloyd and Vautier, 1999; Messerlin and Tharakan, 1999; Lloyd, 2001). But instead of more rigorous, the WTO rules on this matter became more flexible, due in part to the lack of a multilateral framework for dealing with competition issues. Nowadays, perhaps the only mechanism that engenders some parsimony on the use of this trade remedy is the effort made by some governments to avoid daily conflicts between antidumping and competition law enforcement in their domestic economies, as the next section shows.

3. The Room for Compromising Solutions

The effort to reconcile a serious enforcement of competition law with an active use of antidumping measures implies a difficult challenge for any government, as the experiences of the European Union and the United States well illustrate. Despite the different legal traditions and institutional settings of these economies, their experiences have shared one important point in common, which is the primacy of competition law over antidumping and other trade policy instruments. As the following discussion shows, this rule is explicit in the European legislation, while in the U.S. it resulted from jurisprudence. But its enforcement is severe in both economies.

The Legal Interface

The European legislation ensures the primacy of competition law with three overlapping provisions. First, the EU Treaty establishes clear limits on the implementation of any policy whose results would be inconsistent with its Articles 81 (on restrictive practices) and 82 (on market dominance). As Bourgeois and Demaret (1995) noted: "... from a legal point of view, the primacy of competition policy only implies that the Community may not violate its own specific competition rules and that, in addition, it may not take measures whose effect is to significantly distort competition in the internal market. Beyond that, the primacy of competition policy is essentially of a political nature and cannot be translated into sufficiently precise norms of conduct to become operative" (p. 85).

The second provision is the famous "Community interest" clause stated by Article 21 of the EU antidumping legislation. "A determination as to whether the Community interest calls for intervention shall be based on an appreciation of all the various interests taken as a whole, including the interests of the domestic industry and users and consumers; (...) In such an examination, the need to eliminate the trade distorting effects of injurious dumping and to restore competition shall be given special consideration. Measures, as determined on the basis of the dumping and injury found, may not be applied where the authorities, on the basis of all the information submitted, can clearly conclude that is not in the Community interest to apply such measures" (Article 21§1 of the Council Regulation No. 384/96).

The third provision refers to price undertakings. The preamble of the abovementioned regulation and its article 8 establish that price undertakings should not be accepted if they were likely to provoke anticompetitive results. Therefore, each provision reinforces the others and leaves the EU authorities with wide latitude for discretion when applying both antidumping and competition rules.

In the early sixties, two rulings by the U.S. Supreme Court established the Noerr-Pennington doctrine, which afterwards became the defining feature of the interaction between antidumping and antitrust in the U.S. legal system.³ This doctrine is based on the First Amendment right of citizens to petition the government and to participate in the legitimate processes of government (Jones, Lee and Shin, 2001). Accordingly, the Noerr immunity protects private actors from antitrust liability for lobbying and other attempts to influence government action, even when those efforts are intended to eliminate competition or otherwise restrain trade (Von Kalinowski, 2001). However, as Davidow (1999) noted, "... the Court has also stated that this privi-

³ Eastern Railways Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961); United Mine Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

lege may be lost if the antitrust plaintiff proves it was injured competitively by means of a pattern of knowingly baseless litigation motivated by a desire to injure rather than to prevail on the merits” (p. 2). Indeed, the limits of the Noerr immunity are well described in the 1995 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, issued by the U.S. DOJ Antitrust Division and the Federal Trade Commission. These guidelines include illustrative examples of situations wherein the parties would be protected by the Noerr immunity, but also highlight those facts that would go beyond the scope of that immunity. For instance, the information exchanged by domestic firms during a proceeding should not include their costs, the prices each has charged for the product, pricing trends, and profitability, nor “... information about specific transactions that went beyond the scope of those facts required for the adjudication” (p. 23).

Cases such as the abuse of dominant position by soda ash producers in Europe and the ferrosilicon cartel in the United States show that the primacy of competition policy is undisputed whenever the authorities detect illicit practices fostered by antidumping measures. In December 1990, the European Commission imposed a series of fines on soda ash producers that varied from ECU 7 million to ECU 20 million, as a result of an investigation started in March 1989. Those firms were involved in concerted practices that restricted the distribution of soda ash in the European market, and one instrument supporting such practices was an antidumping duty that blocked import competition from the U.S. and Eastern Europe. During the investigation, the Commission initiated a review proceeding of that antidumping measure, which was suspended in September 1990 (see Bourgeois and Demaret, 1995). The ferrosilicon case was similar (see Pierce, 2000). In 1996, the three largest U.S. producers of that metal were convicted of conspiring to fix domestic prices. At the time, the American industry of ferrosilicon was composed by only six firms, which were enjoying the benefits of several antidumping measures enacted since 1993 against exporters from Brazil, China, Kazakhstan, Russia, Ukraine and Venezuela. In August 1999, the ITC finally realized that these measures were taken under “the erroneous belief that the U.S. ferrosilicon market was competitive and price sensitive” (ITC, 1999, p. 3), and revoked them.

However, in both jurisdictions, the flexible boundaries between antidumping and competition law enforcement sometimes lead to controversial results. For instance, in the often cited Extramet case (Marceau, 1994; Bourgeois and Demaret, 1995; Van Bael, 1996), the Commission applied antidumping duties on the imports of calcium metal from China and Russia, thus protecting Pechiney, the sole European producer of this good. Many authors have criticized the decision, but in the Commission’s view the conditions of

competition in the European market were preserved, because the main supplying sources, the imports from the U.S. and Canada, were not affected by the measure. In the U.S., antidumping investigations in different industries such as fertilizers, pharmaceuticals and rubber have generated antitrust litigations with mixed results⁴ (Davidow, 1999). But there is no record – either in Europe or in the U.S. – of unlawful practices that remained unpunished because the competition authorities were unwilling to destroy privileges granted by an existing antidumping measure.

The Economic Interface

In contrast with the flexible, but clear, legal boundaries between the two policies, their economic interaction is much less transparent; due to the uncertain evidence about how often the competition policy goals of promoting efficiency and consumer welfare are hindered by market distortions created by antidumping measures. The regular use of antidumping provokes a series of unintended outcomes that exceed by far the standard welfare costs of conventional trade barriers. Besides raising the prices of imported goods and reducing the contestability of domestic markets, the potential distortions include incentives for collusion and/or retaliatory behavior among local and foreign oligopolies, trade diversion, perverse incentives to inward foreign direct investment and superfluous transfers of protection rents to trading partners. As Blonigen and Prusa (2001) pointed out, most of these consequences are difficult to observe and quantify. They do not necessarily imply unlawful business conduct, but impose an additional burden on competition authorities.

Therefore, despite the normative consensus among scholars reported in the preceding section, the empirical literature has produced some conflicting evidences about the economic interface between antidumping and competition policy. For instance, Messerlin (1990) found that 27 cartel cases investigated by the European Commission between 1980 and 1987 dealt with chemical products that have been also involved in antidumping cases. These results reinforce the argument for subordinating antidumping to competition law. The author concludes: "... firms that have lodged anti-dumping complaints to enforce cartel agreements have easily captured EC anti-dumping procedures. As a result, the EC de facto has two procedures for granting an exemption from the competition rules, one under the Treaty of Rome, and an-

⁴ Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, 176 F. 3d 1055 (8th Cir. 1999); Cheminor Drugs, Ltd. v. Ethyl Corp., 993 F. Supp. 271 (D.N.J. 1998); Dee-K Enterprises, Inc. v. Heveafil Sdn. Bhd., 982 F.Supp. (E.D.Va. 1997).

other that is a consequence of the EC anti-dumping regulations, which are only vaguely linked to the Treaty” (Messerlin, 1990, p. 491).

I found rather different results for the United States. I compared the list of goods involved in 223 cases of anticompetitive behavior filed by the DOJ Antitrust Division during 1994–1998 with the 348 antidumping and countervailing measures that were active in the United States by December 1997. The two lists had just one item in common, ferrosilicon, which was related to the aforementioned cartel case dismantled in 1996. I concluded that, at least in the U.S., there was a peaceful division of labor between the two policies. While the industries protected by trade remedies were apparently well behaved, those engaged in illicit actions did not seem interested in spending resources in rent-seeking activities (see Tavares, 1998, 2001).

On a related research topic, Prusa (1992), Zanardi (2000) and Taylor (2001) studied the incentives for collusion between domestic and foreign firms involved in antidumping investigations. Prusa presented a bargaining model to explain why so many antidumping petitions were withdrawn during 1980–1985, when duties had been imposed in only 27% of the investigations initiated by the ITC, while 38% of the petitions were withdrawn and 35% rejected. His model shows that antidumping petitions serve as a vehicle to achieve cooperative levels of profits among competitors. Zanardi examined the period 1980–1992 and reached the same conclusion. Using an extended version of Prusa’s model, he shows that incentives to collude depend on two basic parameters: coordination costs and the relative bargaining power of participating firms. However, Taylor analyzed the period 1990–1997 and concluded that there is little empirical support for the notion that withdrawn petitions imply collusion. He examined the behavior of import prices and quantities of withdrawn cases, and found pro-competitive results in most cases, i.e., lower prices and larger imported quantities after the petition is withdrawn.

In sum, the problems that antidumping may create to competition policy authorities are as uncertain as those engendered by technical progress. Innovations bring about new forms of competition that oftentimes raise entry barriers, promote informational asymmetries, strengthen the market power of innovating firms, and consequently present new challenges to the competition authorities. Antidumping is a protection instrument that eventually may lead to the same type of consequences. A common feature of the compromising solutions found by the European Union and the United States was to insulate one policy from the other, while protecting the credibility of competition policy. It remains to be seen whether this recipe could work in other circumstances. The next section addresses this issue.

4. The FTAA Peculiarities

Some integration initiatives, such as the European Union and the Australia–New Zealand trade agreement, have solved their internal disputes arising from antidumping by simply abolishing the use of this instrument among the member countries. Others, such as the 1996 Canada–Chile agreement, have replaced it with safeguards; which is a second best solution that has the merits pointed out in section 2. The current FTAA negotiating agenda does not include an eventual abolishment of antidumping in the region; the mandate defined by the member countries is restricted to “improving, where possible, the rules and procedures regarding the operation and application of trade remedy laws in order to not create unjustified barriers to trade in the Hemisphere.” In regard to competition policy, one of the main objectives is “to advance towards the establishment of juridical and institutional coverage at the national, sub-regional or regional level, that proscribes the carrying out of anti-competitive business practices.”

After the Doha Ministerial Declaration, which defined a new set of multilateral goals to be pursued at the WTO, one doubt that has emerged is whether is it still necessary to carry out hemispheric negotiations on antidumping. The facts discussed below show that the answer is yes.

The first aspect to note is that the FTAA negotiations on antidumping affect mainly the interests of the five largest parties. As table 1 shows, the U.S., Brazil, Mexico, Canada and Argentina were targets in 435 of the 485 investigations initiated within the hemisphere during 1987–2000. On the other hand, these parties were responsible for 410 of those investigations. The other FTAA countries seldom use or are affected by this trade remedy. Indeed, if we exclude the participation of the smaller economies, either as targets or authors of the investigations, the outcome is that 78% of the investigations involved only the five largest economies in the region.

Table 1 - Antidumping Investigations within the Western Hemisphere, 1987–2000

Origin Target	Argentina	Brazil	Canada	Mexico	United States	Others	Total
Argentina	-	2	2	1	14	3	22
Brazil	38	-	13	19	30	4	104
Canada	-	1	-	4	42	1	48

Mexico	3	4	3	-	34	10	54
United States	10	26	65	68	-	13	182
Others	10	7	1	11	27	19	75
Total	61	40	84	103	147	50	485

Source: WTO

Among the main users of antidumping in the Americas, only Brazil and the United States have suffered more investigations than they have applied. Together, these countries have been affected by almost 60% of the antidumping measures in the hemisphere, while their initiatives represented less than 40% of the cases. In principle, this aspect should have implied convergent negotiating strategies, instead of the antagonist positions they have followed so far. While the public stance of the Brazilian government seeks to protect the interests of the exporting industries affected by antidumping, the U.S. attitude highlights only the other side of the coin, i.e., the interests of the protected industries.⁵

Another peculiarity of antidumping in the Americas refers to its relationship with competition law enforcement. Among the 12 countries that have competition policy institutions in the hemisphere, Jamaica is the only one that has never used antidumping measures. In contrast, among the 22 countries without antitrust laws, only Ecuador, Guatemala, Nicaragua and Trinidad & Tobago have occasionally initiated some investigations.⁶ Therefore, the apparent trend among Latin American and Caribbean economies is toward either applying both policies (like most advanced economies do), or not using any of them. This aspect may help the FTAA negotiations on the interaction between the two policies.

⁵ There has been a growing domestic criticism on the U.S. government's inability to address the interests of the exporting industries affected by antidumping: "It is past time for U.S. policymakers to widen their view of antidumping's effects to include the victims as well as the beneficiaries of the U.S. law and to recognize the growing dangers posed by foreign laws. From that broadened perspective, they should see that international negotiations to address the antidumping problem are emphatically in the U.S. national interest. In WTO or FTAA, or bilateral initiatives, U.S. trade officials should join together with like-minded governments to stem and then reverse the tide of antidumping activity" (Lindsey and Ikenson, 2001, p. 17). See also Dam (2001); Stiglitz (1997).

⁶ During 1987-2000, these four countries initiated 11 investigations, of which 8 were against other trading partners in the hemisphere (Tavares, Macario and Steifatt, 2001).

Finally, and most importantly, some of the industries regularly affected by antidumping are precisely those responsible for the main trading flows of manufactures in the hemisphere: steel and base metals, chemicals, pulp and paper, textiles and capital goods (see Miranda, Torres and Ruiz, 1998; Tavares, Macario and Steifatt, 2001; Lindsey and Ikenson, 2001). Thus, antidumping spoils the critical driving force in every integration process, which is the interest of exporting firms on new market opportunities. For this reason, while the improvement of multilateral rules on antidumping will certainly facilitate regional negotiations, it will be insufficient for the FTAA process, wherein the parties will need additional disciplines for eliminating the use of antidumping as surrogate safeguards.

Likewise, compromising solutions such as those discussed in section 3 will be useful for reconciling the legal boundaries between antidumping and antitrust in the FTAA, but will not address the hemispheric issues arising from their economic interaction. Inside each country, while an active use of antidumping may bruise the credibility of a newborn competition authority, this challenge should be similar to those appearing in other areas, such as privatization, export promotion and intellectual property, for instance. These problems are typical everywhere, particularly during periods of economic reform. However, at the hemispheric level, antidumping is a serious threat, not to antitrust, but to the integration process itself. Therefore, besides ensuring the primacy of competition policy, an additional task for the FTAA parties will be setting out effective safeguards for assisting industries unable to face import competition.

To become politically viable, the FTAA safeguard mechanism should be able to provide sustainable solutions to a restricted set of conflicting situations whose main actors are the aforementioned industries located in the five countries listed on table 1. Accordingly, one preliminary step to negotiate that mechanism should be an inquiry about the empirical effects of antidumping actions among FTAA countries in the recent past. This inquiry should include three complementary studies. The first should be focused on the responses to antidumping by the affected foreign firms, which may include tariff-jumping foreign direct investment, trade diversion, product differentiation, price undertakings, voluntary export restraints and other efforts to share protection rents with the firms from the importing country. The second study should look at the signs of eventual anticompetitive practices promoted by antidumping in the Americas, and the third should discuss the impact of macroeconomic conditions on the pace of antidumping activity in the region.

These studies could produce startling results that might change the mood of the current FTAA negotiations on antidumping. For example, Prusa (1996) finds that trade diversion not only offsets large part of the benefits ex-

pected by domestic firms, but also rewards exporting firms from countries not named in the investigation. One interesting outcome reported by him is that Brazil, Canada and Mexico, who are usual targets of the U.S. investigations (see table 1), may nevertheless be net beneficiaries of such actions since they also gain from sanctions on other countries.⁷ The figures presented by Tavares, Macario and Steifatt (2001) suggest that trade diversion may be a generalized feature of antidumping in the Americas. In contrast with the 485 investigations initiated against partners in the hemisphere during 1987–2000, FTAA countries opened 1259 additional cases against the rest of the world. Surprisingly, the rest of the world did not reciprocate with the same strength, as only 153 actions were launched against the western hemisphere from countries outside the region.

A firm's power to extract benefits from an antidumping case opened in a foreign country is highly uneven across industries. The business strategies that are efficient in this circumstance usually require foreign direct investment, product differentiation and managerial skills to exploit in due time a new market niche. Therefore, size, profile of activities and innovation capability are the main indicators of a firm's ability to follow those strategies. Blonigen (1999) examined the incidence of tariff-jumping FDI among firms affected to U.S. antidumping investigations from 1980 through 1990. He found that economies of scale and the firm's previous experience in producing abroad are the explanatory variables for the likelihood of tariff-jumping FDI. So, transnational corporations are more apt to tariff-jump than small companies from developing countries and firms from industries with large plant-level economies of scale.

In regard to anticompetitive practices, a research on the recent hemispheric experience with antidumping should verify whether the results found by Braga and Silber (1993) on the orange juice industry are present in other cases: "Unfair trade cases against Brazilian firms had little direct impact on output or price levels. However, they apparently created incentives for the adoption of practices that promote oligopolistic coordination among Brazilian firms. [...] The folly of these unfair trade actions is particularly evident from their impact on its supposed beneficiaries – the U.S. citrus industry. The antidumping cases were basically used to protect orange growers and higher-cost frozen concentrate producers at the expense of the U.S. juice and soft drink processors and distributors linked by marketing arrangements to Brazilian

⁷ "Even though successful AD actions restrict imports from the named country, the countries who are not subject to the investigation can offset this restraint by increasing their sales to the U.S. [...] The diversion of trade is large, not only when duties are levied but also when the case is rejected. In fact, surprisingly, we find that diversion is even more substantial when duties are not levied" (Prusa, 1996, p. 11).

concentrate exporters. Its main effect has probably been to strengthen the oligopoly–oligopsony relationship between Brazilian producers and their U.S. partners, as suggested by their joint defense strategy in the antidumping investigation, further hindering the prospects for competition in the world market for frozen concentrated orange juice” (pp. 99–100).

5. Conclusion

Contrary to the desire of most economists, antidumping is not likely to be abolished soon. The good news is that its importance is not about to grow either. Like other conventional trade barriers such as tariffs and quotas, antidumping belongs to a generation of policy instruments that were designed to protect domestic producers from international competition patterns that prevailed during the nineteenth century and the first part of the twentieth century. Those instruments are useless to meet the challenges stemming from the competition patterns created by technical progress over the last three decades. Microsoft will never file an antidumping petition against a foreign competitor that has launched an innovative software in the U.S. market, as it would be futile, but also because Microsoft would have more powerful strategies to face that risk. Nowadays, antidumping remains as the protectionist’s weapon of choice only in traditional industries such as steel, chemicals, textiles and others whose instruments of competition are limited by their technological base.

Despite its declining utility as a protection tool, antidumping has retained a great capacity to provoke serious, if misleading, trade disputes, as the FTAA negotiations well illustrate. This paper has argued that while this trade remedy may impose an unnecessary burden on competition authorities, it does not offset antitrust law enforcement. Therefore, in the FTAA case, the priority task to be attained by negotiating parties is not to reconcile marginal legal contradictions between the two policy instruments, but to clarify what are the real conflicting national interests that are delaying the integration process.

References

Blonigen, B. A. (1999), “Foreign Direct Investment Responses of Firms Involved in Antidumping Investigations”, **Discussion Paper**, University of Oregon.

Blonigen, B. A. and Prusa, T. J. (2001), “Antidumping,” **NBER Working Paper 8398**, Cambridge, MA

Bourgeois, J. and Demaret, P. (1995), “The Working of EC Policies on Competition, Industry and Trade: a Legal Analysis,” in P. Buigues, A. Jac-

quemin and A. Sapir (eds.), **European Policies on Competition, Trade and Industry: Conflict and Complementarities**, Aldershot, U.K – Brookfield, U.S.: Edward Elgar

Primo Braga, C., and Silber, S. (1993), “Brazilian Frozen Concentrated Orange Juice: The Folly of Unfair Trade Cases”, in M. Finger (ed.), **Antidumping: How it Works and Who Gets Hurt**, University of Michigan Press.

Dam, K. W. (2001), **The Rules of the Global Game**, University of Chicago Press.

Davidow, J. (1999), “Rules for the Antitrust/Trade Interface,” **A-blondi, Foster, Sobin & Davidow, p.c.** Washington, D.C.

Finger, J. M. (1993), “The Origins and Evolution of Antidumping Regulations,” in J. M. Finger (ed.) **Antidumping: How It Works and Who Gets Hurt**, University of Michigan Press

_____ (1998), “GATT Experience with Safeguards: Making Economic and Political Sense of the Possibilities that the GATT Allows to Restrict Imports,” **World Bank Policy Research Working Paper 2000**, Washington, D.C.

Greenspan, A. (1999), “Technology and Trade,” the Dallas Ambassadors Forum, Dallas, Texas (available at <http://www.federalreserve.gov>)

Jones, C., Lee, D. S. and Shin, A. (2001), “Antitrust Violations,” **American Criminal Law Review** 38.

Hart, M. (1997), **Finding Middle Ground: Reforming the Antidumping Laws in North America**, Canada: Centre for Trade Policy and Law

Hoekman, B. and Mavroidis, P.C. (1996), “Dumping, Antidumping and Antitrust,” **Journal of World Trade**, Vol. 30 No.1, February.

Horlick, G. (1989), “The United States Antidumping System,” in J.H. Jackson and E.A. Vermulst (eds.) **Antidumping Law and Practice**, The University of Michigan Press.

Lindsey, B. and Ikenson, D. (2001), “Coming Home to Roost Proliferating Antidumping Laws and the Growing Threat to U.S. Exports,” **CATO Institute Trade Policy Analysis** 14, Washington, D.C.

Lipstein, R.A. (1997), “Using Antitrust principles to Reform Antidumping Law,” in E.M. Graham and J.D. Richardson (eds.), **Global Competition Policy**, Washington D.C.: Institute for International Economics

Lloyd, P.J. (2001), “Anti-Dumping Action and Competition Law,” Discussion paper, University of Melbourne, Australia.

Lloyd, P.J. and Vautier, K.M. (1999), **Promoting Competition in Global Markets: A Multi-National Approach**, Cheltenham, U.K.: Edward Elgar

Marceau, G. (1994), **Anti-dumping and Anti-trust Issues in Free-Trade Areas**, Oxford University Press.

Messerlin, P.A. (1990), "Antidumping Regulations or Pro-Cartel Laws? The EC Chemical Cases," **World Economy** 13.

_____ (1996), "Competition Policy and Antidumping Reform," in J.J. Schott (ed.) **The World Trading System: Challenges Ahead**, Washington D.C.: Institute for International Economics

Messerlin, P.A. and Tharakan, P.K.M. (1999), "The Question of Contingent Protection," **The World Economy**, Vol. 22, No. 9, December.

Miranda, J., Torres, R.A. and Ruiz, M. (1998), "The International Use of Antidumping: 1987-1997," **Journal of World Trade**, Vol. 32, No. 5, October, Geneva.

Nicolaidis, P. and van Wijngaarden, R. (1993), "Reform of Anti-Dumping Regulations – The Case of the EC," **Journal of World Trade**, Vol. 27 No. 3, June, Geneva.

Pierce, R.J. (2000), "Antidumping Law as a Means of Facilitating Cartelization," **Antitrust Law Journal** 67. Issue 3.

Prusa, T. J. (1992), "Why Are So Many Antidumping Petitions Withdrawn?," **Journal of International Economics** 33.

_____ (1996), "The Trade Effects of U.S. Antidumping Actions," **NBER Working Paper 5440**.

Stiglitz, J. E. (1997), "Dumping on Free Trade: The US Import Trade Laws," **Southern Economic Journal** 64.

Tavares, J. (1998), "Trade, Transparency and Competition: FTAA and CER," **Journal of Latin American Competition Policy**, Vol. 1, Special Issue, December (available at <http://www.sice.oas.org/tunit/pubinfoe.asp>).

_____ (2001), "Trade and Competition in B2B Markets," **OAS Trade Unit Studies**, (available at <http://www.sice.oas.org/tunit/pubinfoe.asp>).

Tavares, J., Macario, C. and Steinfatt, K. (2001), "Antidumping in the Americas," **Journal of World Trade**, Vol. 35 No.4 August (available at <http://www.sice.oas.org/tunit/pubinfoe.asp>).

Taylor, Christopher T. (2001), "The Economic Effects of Withdrawn Antidumping Investigations: Is There Evidence of Collusive Settlements?," **Federal Trade Commission Bureau of Economics Working Paper 240**, Washington D.C.

U.S. DOJ Antitrust Division and Federal Trade Commission (1995), “Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations,” **Department of Justice**, Washington, D.C. (available at <http://www.usdoj.gov>)

U.S. Government (1998), “Observation on the Distinctions between Competition Laws and Antidumping Rules,” **World Trade Organization** WT/WGTCP/W/88, Geneva.

U.S. International Trade Commission (1995), “The Economic Effects of Antidumping and Countervailing Duty Orders and Suspension Agreements,” Investigation No. 332-344, **USITC Publication** 2900, Washington, D.C.

_____ (1999), “Ferrosilicon from Brazil, China, Kazakhstan, Russia, Ukraine, and Venezuela,” Investigation No. 751-TA-21-27, USITC Publication 3218, Washington, D.C.

Van Bael, I. (1996), **Anti-dumping and other trade protection laws of the EC**, Bicester: CCH Editions.

Von Kalinowski, J.O (2001), **Antitrust Laws and Trade Regulation**, Second Edition, New York: Matthew Bender & Company Inc.

Zanardi, M. (2000), “Antidumping Law as a Collusive Device,” **Boston College Working Paper** 487, Boston, M.A.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO *

Paulo Leonardo Casagrande

Sumário : Introdução 1. Características da indústria de energia elétrica; 1.1 Setor elétrico brasileiro antes da reforma; 2.Reforma regulatória; 2.1 Início das reformas; 2.2 O Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto Re SEB; 3. Crise de energia e revitalização do modelo ; 4. Controle concorrencial no setor elétrico; 4.1 Controle de estruturas; 4.2 Controle de condutas; 5. Conclusão

Introdução

O setor elétrico passou, nos últimos anos, por grandes e expressivas reformas. Após décadas de controle estatal quase total, os anos 90 viram a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a criação do Mercado Atacadista de Energia (MAE) e as privatizações em massa, eventos que submeteram esse importante setor de infra-estrutura a um novo regime institucional. O modelo implementado, conforme os objetivos declarados da reforma, deveria criar condições para o investimento privado em ambiente de concorrência, de modo a fomentar ganhos de eficiência no setor e, ao mesmo tempo, permitir ao Estado atuar predominantemente como regulador, e não como prestador direto dos serviços de energia elétrica.

Entretanto, a profunda crise pela qual passou o setor em 2001 demonstrou uma série de falhas nesse modelo. O investimento privado não ocorreu no volume necessário para acompanhar a crescente demanda por eletricidade, e não houve investimentos públicos para compensar o déficit. Programas para a expansão do parque gerador não lograram êxito. Falhas na operação técnica do sistema ocasionaram diversos “apagões”, palavra que definitivamente entrou no linguajar cotidiano do brasileiro. A liberalização do comércio de energia, implementada ainda que de forma incipiente, apresentou problemas graves.

Ante a crise, o governo tomou várias medidas emergenciais, tais como programas de redução de consumo, mecanismos de indução para inves-

* Nota do Editor: O presente trabalho foi ganhador do III Concurso de Monografias - Prêmio IBRAC / ESSO na categoria graduação. Uma lamentável troca de arquivos fez com que publicássemos na edição anterior dedicada ao Prêmio IBRAC/ESSO, a versão apresentada no concurso 2001 que aborda o mesmo tema.

timentos na geração de energia, e até criou novo órgão, temporário, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE). Esse órgão, além de implementar os programas emergenciais, desenvolveu estudos e pesquisas para análise do modelo do setor elétrico, bem como sugestões para sua (re)reforma. Essas medidas evidenciaram, acima de tudo, a necessidade da reformulação de regras e instituições que regulam o setor.

É nesse contexto de reflexão sobre o modelo implementado para o setor elétrico brasileiro que se insere o presente texto. Tendo em vista ser um dos principais objetivos da reforma a instituição de certo grau de concorrência no setor, pretende-se aqui analisar criticamente as normas diretamente relacionadas a esse objetivo. Para tanto, imprescindível é compreender quais condições econômicas permeiam a aplicação de tais normas, quais as técnicas nelas previstas para criar e garantir condições efetivas de competição, e até que ponto sua aplicação tem condições de efetividade.

O que se buscará aqui é uma análise crítica, ainda que sucinta, das condições para implementação e garantia de concorrência no setor elétrico. A perspectiva crítica da qual parte esse texto baseia-se, inicialmente, na concepção de que a existência de concorrência efetiva é a melhor forma de se garantir uma justa alocação dos recursos em sociedade¹. Não é por outro motivo que a livre concorrência é um princípio basilar da ordem econômica brasileira, previsto no artigo 170, IV, da Constituição da República. Mas, para que se garanta a concorrência, deve haver elementos estruturais suficientes. Concorrên-

¹ TURNER, DONALD F., “The scope of antitrust and other economic regulatory policies”, *Harvard Law Review*, n. 82, April 1969, p. 1.207-44. A citação deste autor é intencional. Trata-se de um dos principais expoentes da Escola de Harvard, linha doutrinária do direito antitruste norte-americano desenvolvida na década de 50. Baseava-se essa escola em concepção estruturalista de aplicação do direito concorrencial, ou seja, esta deveria levar em consideração as condições estruturais específicas do mercado em questão e buscar promover o máximo de concorrência possível (“*workable competition*”). Tal objetivo do direito antitruste era contraposto ao de outra linha de pensamento, a Escola de Chicago, capitaneada por Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner, que considera como o objetivo último do antitruste a promoção da eficiência econômica (ver POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law, an economic perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, “*Introduction*”; e, sobre a contraposição entre as duas escolas, FORGIONI, PAULA, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998, p. 154-63, e SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 18, nota 5). Tendo em vista que a concepção da Escola de Chicago em muito influenciou os processos de liberalização de setores de infra-estrutura (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 21 e ss.), a perspectiva estruturalista que com ela se contrasta pode fornecer subsídios para a análise crítica que aqui se pretende.

cia, portanto, não é sinônimo de mera liberalização, mas instituição que garante aos mecanismos de mercado funcionamento eficaz, sem os desequilíbrios causados pelo exercício de abuso do poder econômico². Em setores de infraestrutura, nos quais muitas vezes se verifica elevada concentração econômica, essa concepção se mostra ainda mais útil.

A partir dessa perspectiva, pretende-se demonstrar que, em muitos aspectos, a reforma implementada no setor se deu de forma acrítica, sem levar em consideração diversos elementos da realidade econômica do setor elétrico brasileiro. Buscou-se liberalizar o setor, sem a preocupação com a instituição de condições básicas para a existência de concorrência; na busca por eficiência, quis-se criar um mercado idealizado, sem se averiguar o substrato fático em que o mesmo se apoiaria. Aliado a isso, um processo de privatização desarticulado e concomitante à reforma do setor prejudicou ainda mais as chances de sucesso do modelo. Desse modo, a tônica do texto é, além de apresentar esse modelo, demonstrar seus principais problemas estruturais.

Para tanto, apresentaremos, inicialmente, os aspectos econômicos da indústria de energia elétrica. Isso nos auxiliará a empreendermos a análise da reforma implementada a partir de 1995, na qual serão destacados os elementos diretamente relacionados à concorrência no setor. Posteriormente, apresentaremos os principais problemas concorrenciais evidenciados durante a crise de energia entre 2001 e 2002. Com isso, restará clara a necessidade de um controle concorrencial efetivo no setor elétrico, que será estudado na última parte do presente trabalho.

1. Características da indústria de energia elétrica

Uma análise sobre os aspectos econômicos do setor elétrico não pode prescindir de uma constatação de bom senso, verificável no cotidiano de qualquer economia moderna: a energia elétrica é um bem essencial na sociedade. Desde a vida do cidadão comum às grandes organizações industriais, o acesso à energia elétrica é imprescindível, em vista dos graus de conforto e desenvolvimento que possibilita. É, assim, setor que apresenta relevância social das maiores, pois, mais que um simples produto, é insumo a garantir o desenvolvimento e funcionamento da economia.

Isso posto, podemos prosseguir na forma com que se organiza o setor de energia elétrica. Trata-se de uma indústria de rede, ou seja, a melhor forma para que ela se organize é por meio de uma rede que interliga diversas

² SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, cit., cap. 1; e, do mesmo autor, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, cit., cap. 5.

unidades produtoras e consumidoras. Essa forma de organização se justifica em virtude das principais características físicas do “produto” energia elétrica: impossibilidade de armazenamento economicamente viável e homogeneidade completa entre todas as unidades produzidas. Disso decorre que, a cada instante, deve haver equilíbrio entre a oferta e a demanda. Desse modo, a interligação em rede se dá pela necessidade de coordenação centralizada de todo o sistema, a possibilitar a equivalência constante entre oferta e demanda, da maneira mais eficiente possível. A demanda do mercado de energia, por sua vez, apresenta grande inelasticidade por variação de preço, pela ausência de produto similar e pelo caráter essencial do seu consumo. Há, conseqüentemente, necessidade de que diversas unidades geradoras estejam interligadas para compartilhar capacidade excedente disponível, de modo a minimizar riscos de blecaute³. Como já se disse, a impressão é de que o que rege a indústria de eletricidade são as leis físicas da eletrodinâmica; normas jurídicas e aspectos econômicos apenas a elas se adaptam⁴.

Em virtude das características expostas, a cadeia produtiva para o fornecimento de energia elétrica se estrutura em três etapas: *geração*, na qual se transforma outra fonte de energia (combustíveis, força hidráulica ou energia nuclear) em energia elétrica; *transmissão*, na qual a energia é transportada das usinas geradoras para os centros consumidores, por meio de linhas transmissoras de alta tensão; e *distribuição*, na qual a energia transportada pela transmissora passa por uma rede capilarizada para chegar ao consumidor final. Transmissão e distribuição apresentam características típicas de monopólio natural⁵, pela anti-economicidade em se duplicar tais redes⁶. Já as atividades

³ STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", *Resources and Energy*, v. 19, 1997, p. 47-83.

⁴ KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", *Florida State University Law Review*, v. 27, 2000, p. 572. É claro que esta afirmação pressupõe uma antecedente, de caráter econômico: a sociedade elege meios de produção e padrões de conforto para os quais a energia elétrica é essencial. A partir daí se estrutura uma indústria de energia elétrica, que fatalmente deverá respeitar as leis físicas da eletricidade.

⁵ Um monopólio natural é habitualmente definido pela teoria econômica como o mercado no qual a demanda é atendida da maneira menos custosa possível à sociedade por uma única empresa. Essa situação se verifica quando a produção de determinado bem apresenta *retornos crescentes de escala*, ou seja, o custo médio para a produção de uma unidade adicional sempre diminui com o aumento do montante produzido. Isso decorre principalmente da existência de altos custos fixos para a produção desse bem, custos esses que são tanto melhor recuperados quanto maior for o número de unidades do bem vendidas. A respeito da caracterização dos monopólios naturais, e sua

de geração de energia elétrica vêm sendo consideradas pela moderna doutrina econômica como passíveis de serem exercidas em regime concorrencial, em virtude do surgimento de novas tecnologias de produção de energia e de coordenação de sistemas elétricos, os quais possibilitam a diminuição da escala mínima viável de produção desse bem⁷.

A estas características gerais da indústria de energia somam-se algumas peculiaridades do setor elétrico brasileiro, decorrentes de sua estatização entre as décadas de 60 e 90⁸, bem como das características geográficas do País⁹. A maioria da energia consumida no Brasil é de origem hidráulica (95%), tendo as usinas termelétricas função complementar para suprimento do sistema em horários de maior demanda. Esta configuração do parque gerador brasileiro exigiu a criação de um sofisticado mecanismo de coordenação centralizada do sistema, o chamado *despacho centralizado de menor custo*, por meio do qual, tendo por base um planejamento elaborado com previsões acerca da oferta e da demanda, bem como nos custos operativos presentes e futuros, emitem-se ordens aos geradores para que produzam quantidades adequadas para atender as necessidades dos distribuidores. A necessidade de coorde-

relação com os fundamentos para a regulação de atividades econômicas, ver BREYER, STEPHEN, *Regulation and its reform*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1982, p. 15-6; STIGLITZ, JOSEPH E., *Economics of the public sector*, 2nd. ed., New York and London, W. W. Norton & Co., 1988, p. 72; e VISCUSI, W. KIP et al., *Economics of regulation and antitrust*, 2nd. ed., Cambridge and London, MIT Press, 1995, p. 351-8.

⁶ A caracterização dos segmentos de transmissão e distribuição de energia como monopólios naturais é pacífica. Ver, por exemplo, STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", *Economics Department Working Papers n° 238*, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000, p. 10, e PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, p. 143.

⁷ R. L. HOCHSTETLER apresenta as principais razões para esta nova concepção em *A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração*, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999, pg. 10 e ss.

⁸ Os aspectos históricos aqui apresentados foram obtidos em LIMA, JOSÉ LUIZ, *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*, Rio de Janeiro, Memória da Eletricidade, 1995

⁹ As características gerais do setor elétrico brasileiro aqui apresentadas foram retiradas de PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", *Textos para discussão n° 76*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000, p. 8-10, disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/TD/td-76.pdf>>.

nação entre unidades geradoras é muito elevada em um sistema predominantemente hidráulico, por dois motivos principais. Primeiro, porque, como muitas usinas encontram-se em uma mesma bacia hidrográfica, a operação de uma certamente afeta a das demais. Em segundo lugar, a possibilidade de transferência de energia entre diferentes regiões (por meio da rede de transmissão), conjugada às informações acerca do regime pluviométrico de cada uma, faz com que a coordenação entre diferentes regiões resulte em grandes eficiências.¹⁰

Além disso, é sistema de dimensões continentais, que, em decorrência de fortes restrições em certos pontos das linhas de transmissão, apresenta diferentes subsistemas¹¹. O principal sistema, o Sistema Interligado Nacional (SIN), possui dois grandes subsistemas: Norte/Nordeste e Sudeste/Centro-Oeste/Sul. Até 1999, esses dois grandes subsistemas não eram conectados; no entanto, naquele ano foi construída a Ligação Norte/Sul, constituída por linhas de transmissão de altíssima tensão. Os dois subsistemas mencionados, por sua vez, podem ser subdivididos em Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Norte e Nordeste, tendo em vista haver grande dificuldade para o intercâmbio de energia entre essas quatro regiões. Há, ainda, alguns sistemas isolados do norte do país, na região amazônica, não integrados ao SIN.

¹⁰ Busca-se, desse modo, ponderar entre a combinação de usinas que demonstra o menor custo presente possível e aquela que, tendo em vista os dados históricos acerca do regime de chuvas e da sazonalidade da demanda, diminua o risco de escassez no futuro. É um procedimento que depende preponderantemente de análise probabilística, na qual se comparam custos presentes e riscos de operação futuros. O despacho centralizado de menor custo encontra-se detalhadamente descrito em BARROSO, LUIS AUGUSTO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos de agentes geradores em ambiente de mercado*, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 36 e ss.

¹¹ A descrição dos diversos subsistemas aqui exposta encontra-se em MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA - Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos - CCPE; CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A., *Relatório Analítico do Mercado de Energia Elétrica - Ciclo 2000*, Rio de Janeiro, maio de 2001, p. 52, disponível em <http://www.eletronbras.gov.br/downloads/mercado/relatorio_analitico_2000.zip>

Setor elétrico brasileiro antes da reforma

No que se refere à configuração institucional do setor, esta se apresentava, no início da década de 90, como eminentemente estatal. A principal norma a reger o setor era o Código de Águas, de 1934¹², que estabelece as regras para o aproveitamento de potenciais hidráulicos para produção de energia elétrica e as concessões desse serviço¹³. Boa parte da geração e transmissão nacionais era operada por quatro grandes empresas federais integradas verticalmente e controladas pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás¹⁴. Algumas empresas estaduais, como a CESP, em São Paulo, a COPEL, no Paraná, e CEMIG, em Minas Gerais, também tinham participação expressiva na geração. Já a distribuição era explorada majoritariamente por empresas estaduais (controladas pelos governos estaduais, mas com participação acionária da Eletrobrás), algumas delas integradas verticalmente. O setor era supervisionado pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME. Nesse contexto, todas as tarifas, inclusive as de fornecimento entre geradores e distribuidoras, eram controladas pelo DNAEE. Vale ressaltar, ainda, o papel central que a Eletrobrás exercia no setor, pois esta empresa era responsável tanto pelo

¹² O Código de Águas, aprovado pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, do então presidente Getúlio Vargas, previa as principais normas relativas às concessões de serviços de energia elétrica até a década de 1990, com o advento da reforma. Dele ainda permanecem válidos diversos dispositivos relativos à exploração de potenciais hidráulicos e autoprodução de energia, bem como a regulamentação das terras ribeirinhas.

¹³ Os serviços de energia elétrica, à época da aprovação do Código de Águas, eram concedidos pelos Estados e pela União. Desde a Constituição de 1934 (promulgada semana depois da aprovação do Código de Águas, mas publicada dias antes deste), a competência da União para outorgar serviços de eletricidade passou a ser privativa. Mais detalhes sobre a evolução do tratamento normativo dado ao setor elétrico podem ser encontrados em VENÂNCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil*, edição fac-similar da de 1968, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 193-5.

¹⁴ Tais empresas eram: Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A -ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE, Cia. Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A. A Eletrosul foi cindida e os ativos de geração transferidos para a Gerasul, privatizada no final de 1998. As outras empresas do grupo permanecem estatais.

planejamento da operação (o despacho centralizado) quanto pelo planejamento da expansão do sistema^{15 16}.

2. Reforma regulatória

2.1 Início das reformas

A partir da década de 80, o setor começou a passar por graves crises, que justificavam ajustes a possibilitarem novos investimentos e melhora nos índices de qualidade do setor. Em vista disso, foi implementada uma reforma ampla e profunda a partir de 1995. Todavia, esta não se deu de forma global e consistente. Muito pelo contrário. A trajetória para a implementação das mudanças foi errante e perseguiu diversos objetivos, muitas vezes contraditórios. Várias leis foram editadas, estabelecendo diretrizes para o governo e para iniciativa que, em diversos aspectos, não formam um sistema coerente. Somado a isso, um processo de privatização de empresas do setor elétrico concomitante à implementação das reformas contribuiu para que o quadro se tornasse ainda mais confuso¹⁷.

Antes, porém, de analisarmos a reforma implementada, é essencial apresentar o regime constitucional ao qual está submetido o setor elétrico, pois a Constituição de 1988 rege-lhe aspectos de grande relevância. A exploração de serviços de energia elétrica é de competência exclusiva da União, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição Federal, que pode outorgá-los por meio de concessão, permissão ou autorização. Em decorrência disso, os serviços de energia elétrica podem ser considerados como serviços

¹⁵ O planejamento da expansão, sempre feito com preponderante participação da Eletrobrás, tinha como principal característica seu horizonte de longo prazo (10 a 15 anos), em vista dos prazos necessários para investimentos em hidreletricidade. Ao elaborá-lo, a Eletrobrás utilizava-se da experiência desenvolvida em anos de prática planejadora, e do auxílio das outras empresas do setor. Para implementar as metas estabelecidas em tais planos, sua função de financiadora setorial era essencial, pois apenas concedia empréstimos para obras cujas características e cronogramas estivessem condizentes com tal planejamento (LIMA, JOSÉ LUIZ, *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica...*, cit., p. 105 e ss.).

¹⁶ A definição normativa da estrutura institucional existente no setor antes da reforma é encontrada no Decreto nº 60.824, de 7 de junho de 1967, que define o Sistema Nacional de Eletrificação.

¹⁷ PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", cit., p. 141.

públicos de titularidade da União¹⁸. Essa exclusividade é verificada também na competência para legislar sobre energia no País, pois o artigo 22, inciso IV da Constituição Federal determina ser esta privativa da União. Outro importante dispositivo para o setor é o artigo 20, inciso VIII da Constituição, conforme o qual os potenciais hidráulicos são bens públicos de domínio da União¹⁹.

As principais normas a reformarem o setor se deram, no entanto, no plano infraconstitucional. É necessário, aqui, apresentar as normas em caráter cronológico, de forma a facilitar a compreensão do modelo implementado por diversas medidas.

A primeira lei relevante é a de nº 9.074, de 7 de julho de 1995, na qual se prevêem importantes institutos para a reforma do regime jurídico apli-

¹⁸ Na visão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 575-80), o serviço público é composto de dois elementos constitutivos: o *material*, que é o serviço propriamente dito, correspondente ao substrato fático para o elemento *formal*, este sim um pressuposto essencial e que efetivamente dá ao serviço seu caráter público, por ser a unidade normativa formada pelo conjunto de regras de direito público à qual se subordina o serviço e que demonstra a opção do legislador em outorgar ao Estado a titularidade para sua prestação. Convém, ainda, expor a análise de EROS ROBERTO GRAU, em seu livro *A ordem econômica na constituição de 1988 - interpretação e crítica* (7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, especialmente capítulo 4), onde o autor estuda a disciplina constitucional da ação do Estado na esfera econômica. Nessa obra, o autor diferencia a "atividade econômica *stricto sensu*" do "serviço público", como espécies do gênero "atividade econômica em sentido amplo". Este gênero abarca todas e quaisquer atividades que promovam a circulação de bens e serviços em sociedade. Já as atividades econômicas em sentido estrito são aquelas exercidas por qualquer particular, respeitadas os condicionamentos previstos em lei. Por sua vez, os serviços públicos são atividades econômicas as quais o Estado avoca para si, em virtude da grande relevância social que apresentam. A determinação de ser uma atividade econômica um serviço público é dinâmica, pois, conforme visão dialética do autor, decorre das tensões entre capital e trabalho. Esse caráter dinâmico do conceito de serviço público é relevante para o presente trabalho, pois ficará claro quando tratarmos da flexibilização do regime jurídico aplicável à geração de energia elétrica.

¹⁹ É no regime constitucional de exploração dos potenciais hidráulicos que se verifica uma das primeiras medidas de reforma do setor. O artigo 176 da Constituição previa, em seu parágrafo único, que o aproveitamento desses potenciais deveria dar-se somente por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, sob concessão ou autorização. Entretanto, esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, de modo a permitir a exploração de potenciais hidráulicos por empresas brasileiras cujo controle seja detido por estrangeiros.

cável à indústria de energia elétrica²⁰. O primeiro deles foi o conceito de *consumidores livres*. Trata-se de classe de consumidores que apresentam consumo médio acima de determinados patamares e, conseqüentemente, têm a opção de escolher de quem adquirir energia, não mais se submetendo ao monopólio das concessionárias de distribuição²¹. Assim, há duas classes de consumidores finais de energia elétrica previstas pela legislação: consumidores ativos, que só podem adquirir energia da concessionária local de distribuição, e os consumidores livres, que podem comprar energia de qualquer empresa.

Outro figura criada pela Lei 9.074 é o regime de *produção independente de energia*, sob o qual a geração de energia tem como principal característica o caráter puramente comercial (art. 11). Isso significa que um produtor independente de energia (PIE) não presta um serviço público aos cidadãos, mas, antes, tem liberdade para escolher o montante, preços e comprador da energia por ele produzida.²² Em vista disso, há atualmente três regimes para a

²⁰ Essa lei foi publicada meses depois da chamada Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). Era clara a intenção do governo de criar condições favoráveis ao investimento privado no setor, pois, primeiro, foi editada uma lei genérica sobre concessão de serviços públicos e, posteriormente, aprovou-se lei que regulamenta especificamente as concessões de energia elétrica nos segmentos de geração, transmissão e distribuição. A Lei 9.074 prevê, ainda, em seus primeiros artigos, quais serviços públicos federais podem ser concedidos, além de permitir à União reestruturar empresas estatais prestadoras de serviço público para futuras privatizações (arts. 26 a 30).

²¹ O artigo 15 da Lei nº 9.074/95, alterado pela Lei nº 9.648/95, prevê que, a partir de 1995, seriam enquadrados como consumidores livres aqueles que consumissem 10.000kW em tensão de 69kV. Os mesmos somente poderiam adquirir energia de Produtores Independentes de Energia (ver próximo parágrafo), além de suas distribuidoras originais. Desde 1998, estes consumidores podem adquirir energia de qualquer agente do Sistema Interligado. Em junho de 2000, estes limites foram baixados para 3.000kW, na mesma tensão, e a partir de 2003 o Poder Concedente está autorizado a diminuir ainda mais tais parâmetros. A definição dos parâmetros de enquadramento de consumidores livres após 2003 foi objeto de audiência pública da ANEEL (AP010/1999), que ainda não resultou em edição de resolução

²² Há uma flexibilização do regime jurídico da geração de energia elétrica, que antes só poderia ser produzida para terceiros sob um regime de serviço público, como previsto pelo Código de Águas. Questionou-se muito na doutrina administrativista a figura do PIE, em vista da nova disciplina jurídica para a geração de energia que representa, muito semelhante àquela aplicável a atividades econômicas *stricto sensu* (ver nota 18). Todas as críticas baseiam-se na premissa de que serviços de energia elétrica são serviços públicos federais, e, conforme prescrito pelo artigo 175 da Constituição, só podem ser prestados sob concessão ou permissão, o que implicaria em forte regulamentação. Foi questionada, por exemplo, a liberdade do PIE de escolher o preço da

geração de energia elétrica: a *produção independente*, o *serviço público de geração de energia elétrica* e a *autoprodução*, estes dois últimos previstos desde o Código de Águas. Por fim, deve ser destacada nesta lei a instituição do *livre acesso* às redes de transmissão e distribuição por qualquer usuário das mesmas (art. 15, § 6º). Tal acesso é garantido, desde que pagos os custos correspondentes, conforme parâmetros dados pelo Poder Concedente.

É fácil entender a *ratio* dessas medidas. Por meio delas quis-se estabelecer um mercado competitivo às margens do regime oficial de serviço público, totalmente regulamentado. Grandes consumidores têm liberdade para escolher qual seu fornecedor de energia, que pode ser tanto a concessionária de distribuição quanto produtores independentes. Como tanto consumidores livres quanto PIES têm garantia de acesso à uma mesma rede comum que os atende, há a possibilidade de a transação realizar-se. Desse modo, a Lei 9.074/95 criou incentivos para investimentos privados na geração de energia que atendessem aos grandes consumidores industriais e comerciais.

Mas as reformas prosseguiram. Em 26 de dezembro de 1996 foi editada a Lei nº 9.427, que instituiu a primeira agência reguladora independente do Brasil²³, a Agência Nacional de Energia Elétrica, sucessora do antigo DNAEE. A criação da ANEEL não está diretamente relacionada à instituição

energia vendida, ao invés de obedecer a tarifas estipuladas pelo poder público (ver, dentre outros, JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 419 e ss. e BLANCHET, LUIZ ALBERTO, *Concessões de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 1999, p. 205-6; 213-4). Deve ser lembrado, aqui, do caráter dinâmico que o conceito de serviço público apresenta, como exposto por EROS GRAU (ver nota 18).

²³ A doutrina administrativista debate o conceito de “agência reguladora”, que na legislação é descrita como “autarquia de regime especial” (ver as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL; nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo - ANP; e, principalmente, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre os recursos humanos das agências reguladoras). Defende que outras autarquias mais antigas, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, já teriam características semelhantes (ver, dentre outros, DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 386). Entretanto, como demonstrado por PAULO MATTOS (“Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil”, in FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.), *Regulação, Direito e Democracia*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 58 e ss.), as novas agências reguladoras diferem das antigas autarquias tanto em seu “desenho institucional”, que lhes confere maior independência em relação à administração direta, quanto nos “pressupostos teóricos”, dentre as quais se destaca a necessidade de estruturas administrativas para a regulação de mercados que não sofram excessivas pressões políticas.

de concorrência no setor, mas sim ao estabelecimento de condições para as privatizações e para o investimento privado.²⁴ Prova do sucesso na persecução desse objetivo é o fato de que a maioria dos processos de privatização de distribuidoras estaduais de energia ocorreram entre 1996 e 1999²⁵.

As mudanças trazidas pelas Leis 9.074/95 e Lei nº 9.427/96 não alteraram substancialmente o quadro institucional do setor. Mesmo com o advento da produção independente de energia, a maioria da geração se submetia ao regime de serviço público, sendo as tarifas de fornecimento com as distribuidoras ainda reguladas. As tarifas de transmissão e de distribuição ao consumidor final também o eram. Poucas empresas tornaram-se consumidores livres.

2.2 O Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto ReSEB.

No final de 1996, iniciou-se no âmbito do Ministério de Minas e Energia o “Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro”, conhecido por “Projeto ReSEB”.²⁶ Este trabalho resultou no desenvolvimento de um no-

²⁴ Ao criar a ANEEL, o Governo Federal concedeu maior estabilidade para as regras e políticas setoriais, em vista da independência da Agência para especificar, com base em critérios técnicos, os parâmetros gerais estabelecidos em Lei. Essa estabilidade, como é de conhecimento geral, é pré-requisito da maior importância para investimentos privados em setores de infra-estrutura, por serem vultuosos e exigirem longo período de maturação. Outro fator a reforçar essa estabilidade é a regulamentação detalhada dos aspectos econômicos e financeiros das concessões no setor de energia, prevista por essa lei (art. 14 e ss.)

²⁵ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, *Cadernos de Infra-estrutura - Setor Elétrico - Ranking 2001 - Volume I*, Rio de Janeiro, Outubro de 2001, p. 7. Assim, após este período, o que se tem hoje no setor é que a maioria da distribuição se encontra controlada por agentes privados. O mesmo se aplica a importantes empresas de geração, quais sejam a Gerasul (ex-Eletrosul) e duas empresas da antiga CESP. O restante da geração, juntamente com quase a totalidade da transmissão, são operadas pelas empresas federais (Grupo Eletrobrás) e estaduais (como COPEL, CEMIG e CESP).

²⁶ Para a estruturação do Projeto ReSEB, foi contratado um grupo de consultores internacionais que, em conjunto com o Governo e com agentes do setor, elaborou uma série de documentos e relatórios. Estes culminaram no relatório do Estágio VI, no qual foram consolidadas todas as recomendações do grupo para a reforma do setor elétrico. Ver COOPERS E LYBRAND, *Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II - Relatório Principal*, Brasília, Dezembro de 1997, item 1.20 e ss.

vo modelo institucional e comercial para a indústria de energia elétrica no Brasil, aproveitando-se as medidas já previstas pelas Leis 9.074/95 e 9.247/96. Os objetivos declarados deste modelo eram “a) assegurar suprimento seguro e confiável de energia elétrica para o País e acesso à energia elétrica para aqueles as populações ainda não estão servidas (sic); b) estabelecer condições para incentivar a eficiência econômica em todos os segmentos do setor, notadamente através da maximização da concorrência (quando isto for viável), do projeto de mecanismos regulamentares adequados e da continuidade das funções integrativas relevantes; (...)”²⁷(grifo nosso).

A implementação do novo modelo se deu pela edição, em 5 de fevereiro de 1998, da Medida Provisória 1.531²⁸, posteriormente convertida na Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Note-se que, ao contrário das Leis mencionadas anteriormente, a Lei 9.648/98 e sua regulamentação buscaram reformar amplamente o setor, e não apenas estabelecer ajustes pontuais. Não apresentaremos todos os detalhes desse modelo, por fugir dos objetivos aqui pretendidos. Antes, convém compreender suas características essencialmente ligadas à instituição de concorrência, e a relação entre elas.

Vimos no capítulo 1 que a única etapa da cadeia produtiva da eletricidade que pode ser considerada atualmente como competitiva é a geração. Assim, qualquer reforma que objetive um ambiente competitivo no setor de energia parte dessa premissa. Com base nisso, pode-se implementar a liberalização da atividade de geração, pela diminuição das barreiras regulamentares à entrada e pela liberdade tarifária da geradora. Pode-se, também, permitir o livre comércio de energia elétrica.

Ambas as medidas (liberalização da *geração* e da *comercialização*) foram implementadas no Brasil. A primeira, com a criação da produção independente de energia pela Lei 9.074/95²⁹. A segunda, por meio do *livre comércio de energia no atacado*, ou seja, além dos consumidores livres, também as distribuidoras passaram a ter liberdade para escolher seu fornecedor de energia a preços livremente estipulados (Lei 9.648, art. 10). Embora preveja a livre comercialização de energia, a Lei 9.648/98 estabeleceu uma fase de transição, que durará até o ano de 2005. Esta fase se caracteriza pelo estabelecimento dos “contratos iniciais”, que nada mais são que contratos de compra e

²⁷ *Idem*, item 1.17, p. 12.

²⁸ Na verdade, essa edição da mencionada Medida Provisória era a 17ª. Todavia, as edições anteriores não previam medidas de reformas estruturais institucionais no setor elétrico, à exceção da permissão ao Poder Executivo de reestruturar o sistema Eletrobrás.

²⁹ A Lei 9.648/98 permitiu à ANEEL reclassificar geradoras privatizadas, de prestadoras de serviço público para PIEs (art. 3º, § 1º).

venda de energia com preço, quantidade e partes regulamentados pela ANEEL, celebrados ao final de 1998. Eles comprometem a quase totalidade da capacidade dos geradores com os distribuidores, deixando apenas uma pequena parcela da energia atualmente produzida no país para contratação livre. A partir de 2003 inicia-se a liberação gradual dos montantes vinculados aos contratos iniciais, processo que terminará em 2006.

Entretanto, isso não basta. As geradoras só podem concorrer entre si enquanto todas estiverem interconectadas à uma mesma rede, à qual também se ligam os consumidores da energia por elas produzida. Vê-se evidente a dependência que tanto as geradoras quanto os consumidores têm dessa rede de transporte, que é imprescindível e não pode ser duplicada de forma economicamente viável. A liberalização só faz sentido se a todos for garantido o acesso a essa rede essencial, em condições justas e não discriminatórias. Sem isso, não há mercado. E, como os detentores dessa rede possuem efetivo poder econômico, decorrente da relação de dependência entre a rede e seus usuários, deve haver forte regulamentação para impedir abusos e garantir o acesso irrestrito³⁰. Em vista disso, o livre acesso aos sistemas de transmissão, já garantido pela Lei 9.074/95, teve sua eficácia aumentada pela Lei 9.648/98, que exige que “a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição” (art. 9º). Como a compra e venda de energia, atividade competitiva, possui regime jurídico distinto do aplicável ao acesso e uso às redes, cujas tarifas são reguladas pela ANEEL, busca-se evitar formas de subsídio cruzado ou discriminação, por meio da contratação separada³¹.

Esta última medida tem estreita relação com outra característica do modelo, a desverticalização das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização. Mesmo sob forte regulação, empresas verticalmente integradas, que controlem os ativos de geração, transmissão e distribuição de uma certa região podem dificultar o acesso à rede de novos geradores competidores. Há diversas maneiras de uma empresa verticalizada “driblar” a regulação e impor condições discriminatórias de acesso. Em vista disso, a garantia ao acesso aos elementos de rede do sistema elétrico, que possibilita a entrada de novos competidores no mercado, deve ser complementada por medidas de desverticalização das empresas já presentes no setor. No Brasil, a Lei 9.648 e sua regulamentação previu três formas de desverticalização: a *operacional*, a

³⁰ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos, cit., p. 51 e ss.

³¹ O acesso às rede de transmissão e distribuição foi regulamentado pela ANEEL pela Resolução nº 281, de 1 de outubro de 1999.

empresarial e a *estrutural*³². A desverticalização operacional será descrita quando estudarmos as funções do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. A separação empresarial está prevista no artigo 3º do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998³³, no qual se exige que todas as empresas do setor contabilizem separadamente suas receitas, despesas e custos com as diferentes atividades que exercem. Por fim, a desverticalização estrutural, certamente a de caráter mais drástico, se aplica somente à Eletrobrás e suas subsidiárias, quais sejam CHESF, Furnas, Eletronorte e Eletrosul³⁴. Entretanto, não há uma norma genérica, aplicável a todos os agentes, que impeça o controle simultâneo de ativos de geração, transmissão e distribuição.

Para assegurar tais medidas, dois novos órgãos foram criados na ordem institucional do setor: um agente responsável pela operação centralizada do sistema interligado, e um mercado de curto de prazo, para liquidação das diferenças entre os contratos bilaterais e contagens físicas efetivamente verificadas. O primeiro, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), é associação privada, sem fins lucrativos, e gerido por representantes dos diferentes segmentos da indústria e do Ministério de Minas e Energia. Tem como funções precípua a “coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados” (Lei 9.648/98, art. 13). Para

³² A desverticalização é estrutural na medida em que se proíbe que os ativos de geração, transmissão e distribuição estejam sob controle comum. Já a operacional se caracteriza quando, mesmo que usinas geradoras e redes de transmissão possuam o mesmo controlador, a operação técnica das mesmas se dá por um outro agente, o agente responsável pela operação centralizada do sistema. Por sua vez, a desverticalização empresarial constitui-se na exigência de separação contábil das diferentes atividades de uma mesma empresa, por meio da qual se busca criar condições para averiguação de que o preço exigido de um terceiro para acessar a rede de transmissão é o mesmo que a empresa cobra de si mesma. A classificação aqui exposta é uma sistematização dos vários tipos de desverticalização ("*unbundling*") expostos no comentário do *Federal Trade Commission* (FTC, órgão antitruste norte-americano) à proposta da *Federal Energy Regulatory Commission* (agência reguladora da indústria de energia nos EUA) para a regulamentação de acesso às redes de transmissão, em 1995, contido no documento "Promoting Wholesale Competition Through Open Access - Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities, Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities", *Proposed Rulemaking and Supplemental Notice of Proposed Rulemaking Docket Nos. RM95-8-000 & RM94-7-001*" (disponível em < <http://www.ftc.gov/opp/advocacy/v950008.htm>>).

³³ Este decreto regulamenta a Lei 9.648 e, de certa forma, sistematiza as normas aplicáveis às atividades da indústria de energia elétrica.

³⁴ Isso decorre do artigo 5º da Lei 9.648/98, que permite (mas não exige) a reorganização societária dessas empresas de forma a separar as atividades de geração das de transmissão.

tanto, herdou da Eletrobrás a execução do despacho centralizado do SIN (art. 15). Por conta disso, os principais ativos de transmissão, enquadráveis como pertencentes à rede básica³⁵, bem como as usinas que estejam sob operação integrada³⁶, estão sujeitos ao controle operacional do ONS, que tem dois objetivos centrais. Compete-lhe, inicialmente, cumprir eficazmente o despacho centralizado e, com isso, minimizar custos operativos presentes e futuros e garantir a confiabilidade do sistema. Outra função, mais relacionada ao problema concorrencial, é operar a rede de forma neutra, com base em critérios técnicos, sem favorecer a qualquer agente em especial³⁷.

A operação centralizada exercida pelo ONS pode facilmente criar situações em que os montantes de energia efetivamente produzidos ou consumidos não são condizentes com o previsto nos contratos bilaterais. Para sanar esse problema, foi criado o Mercado Atacadista de Energia ("MAE"). Os contratos bilaterais, referentes à energia não compreendida nos contratos iniciais, embora tenham preço e quantidade definidos entre os agentes, devem ser necessariamente informados ao MAE e ao ONS. A energia não comprometida pelos contratos bilaterais e contratos iniciais (enquanto existirem) deverá ser necessariamente comercializada no MAE, no chamado mercado de curto prazo (conhecido também como "mercado *spot*"). É, portanto, claro o caráter

³⁵ A Rede Básica é composta pelas linhas de transmissão que devem ser disponibilizadas ao ONS para que este as opere de forma centralizada, e atualmente compreende as linhas com tensão superior a 230kV (Resolução Aneel nº 433, de 10 de novembro de 2000). Sua composição atual é definida pelas Resoluções Aneel nº 66, de 16 de abril de 1999, revisada pela Resolução nº 166, de 31 de maio de 2000.

³⁶ A definição normativa de *operação interligada* consta no Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996: "Art. 14, § 1º. Considera-se operação integrada ao sistema aquela em que as regras operativas buscam assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes e futuros. § 2º Sempre que a central geradora, em função de sua capacidade e da sua localização, interferir significativamente na operação do sistema elétrico, o contrato de concessão ou o ato autorizativo disporá sobre a necessidade de sua operação integrada, de acordo com os critérios e as regras de otimização do respectivo sistema, sujeita aos ônus e benefícios decorrentes." Fica clara, tanto no trecho destacado quanto na definição de despacho centralizado dada no capítulo 1, a justificativa para submeter uma central geradora à operação interligada.

³⁷ É por isso que se diz que o ONS exerce a função de *operador independente do sistema* (KOCH JR., CHARLES H., cit., p. 579 e ss.). Isso está diretamente relacionado à noção de desverticalização operacional, que confere garantia adicional de que novos competidores terão acesso às redes de transmissão. Um gerador que queira entrar no mercado e, para tanto, tenha que acessar a rede transmissão, deve cumprir com as regras operativas do ONS e pagar a tarifa pelo uso do sistema de transmissão, regulada pela ANEEL. O uso do sistema é contratado diretamente com o ONS. Apenas a conexão em si é contratada com a empresa de transmissão.

complementar do mercado de curto prazo do MAE; ele funciona apenas para as compras e vendas de energia a ser utilizada em um curto período de tempo. Entretanto, essa função é essencial para o modelo comercial adotado, pois é praticamente impossível que os montantes previsto nos contratos efetivamente se verifiquem durante a operação real do sistema.

Dois aspectos do MAE devem ser ressaltados para a presente análise. O primeiro é de que o MAE está atualmente dividido em quatro submercados, equivalentes aos quatro subsistemas existentes no SIN³⁸. Para cada um deles haverá preço e sistemas de liquidação e provisão de dados diferenciados. O segundo é o preço do mercado spot, ou "preço do MAE". Este não é definido pelas partes, mas sim por programa computacional que tem como parâmetros informações acerca de oferta, custos de produção, restrições na transmissão, montantes comprometidos nos contratos bilaterais e demanda, dentre outros fatores. É o mesmo programa utilizado pelo ONS na programação do despacho centralizado³⁹. Em vista deste último aspecto, percebe-se que, na verdade, o mercado de curto prazo do MAE não é, em sua essência, um mercado, pois seus preços não são definidos pela pressão competitiva entre oferta e demanda. Trata-se de mecanismo artificial, secundário, que, conforme o modelo, visa apenas criar condições de contabilização e liquidação dos montantes de energia não contratados bilateralmente⁴⁰.

³⁸ Ver item 1.1. A definição das fronteiras dos submercados deve levar em consideração "a presença e duração de restrições relevantes de transmissão nos fluxos de energia dos sistemas interligados" (Decreto nº 2.655/98, art. 15, § 1º). Atualmente, essas fronteiras são definidas pela Resolução ANEEL nº 402, de 21 de setembro de 2001.

³⁹ Não poderia ser diferente. O preço do MAE foi estruturado para refletir qual o custo de produção da unidade de energia consumida mais cara, ou custo marginal do sistema. É simples compreender esse conceito a partir do despacho centralizado de menor custo. O ONS emite ordens de produção de energia às usinas colocando-as em ordem crescente de custos. Essas ordens são emitidas até que toda a demanda seja atendida. Desse modo, a última ordem é dada à unidade geradora cujo custo operativo é o maior daquele dado momento. Esse custo é o custo marginal do sistema, ou seja, o custo que se incorre para acrescer a última unidade de energia necessária para o atendimento da demanda.

⁴⁰ É interessante notar que esse "mercado" é decorrência explícita da tensão existente entre a implementação de concorrência, que pressupõe decisões descentralizadas de mercado, e o despacho centralizado de menor custo, que deve ser mantido ante as enormes eficiências que proporciona. Essa tensão também é nítida no Mecanismo de Realocação de Energia ("MRE") existente no MAE (ver Decreto nº 2.655/98, arts. 20 a 24). O MRE é um mecanismo de realocação contábil de energia entre os geradores hidrelétricos que visa a mitigação do risco hidrológico, próprio de nosso sistema dependente de geração hidrelétrica. Dele somente participam agentes de geração hidrelétrica despachados centralizadamente pelo ONS. É mais simples entender o conceito

Em vista das mudanças retratadas acima, fica claro que tornou-se mais relevante no setor elétrico o papel do direito concorrencial. A partir do momento que o Estado deixa de intervir diretamente na atividade econômica como produtor de bens e serviços e, concomitantemente, permite maior liberdade para a interação entre os agentes econômicos, torna-se essencial a adoção de regras que garantam as relações econômicas de forma justa e equilibrada.

Não foi por outro motivo que a Lei 9.648/98 adicionou à regulamentação então existente dispositivos específicos sobre a aplicação do direito concorrencial no setor. Para tanto, previu essa lei duas novas competências para a ANEEL, ao alterar o artigo 3º da Lei nº 9.472/96. Esses dois dispositivos serão objeto de análise mais detalhada, a ser empreendida no capítulo 4. Neste momento, é essencial apresentar problemas concorrenciais do modelo que foram evidenciados durante a crise de energia elétrica pela qual passou o país em 2001/2. Estes deixarão clara a relevância de um efetivo controle concorrencial no setor.

3. Crise de energia e revitalização do modelo

Durante a crise de energia que ocorreu no país em 2001/2, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrico - GCE⁴¹ elaborou, em meio às medidas de contenção de consumo e aumento da produção de energia, os Relatórios de Progresso nºs 1, 2 e 3⁴². Tratam-se de estudos nos quais são apontadas causas

por meio de um exemplo. Em caso de secas localizadas, um gerador *A* pode não ter capacidade de entregar toda a energia que deveria produzir (denominada *energia assegurada*, que é capacidade média de um gerador, calculada pela ANEEL e descrita no contrato de concessão), enquanto outro (gerador *B*), em região com índices pluviométricos favoráveis, poderia dispor ao sistema mais energia que sua energia assegurada. Ora, uma vez que o despacho é centralizado, o ONS vai usar energia do segundo para suprir as necessidades não atendidas pelo primeiro. Entra então em cena o MRE: embora tenha *B* produzido mais energia, ele não receberá o valor equivalente a todo este montante, passando contabilmente esta energia excedente para o gerador *A*, de modo que este receba ao menos o equivalente à sua energia assegurada. É, assim, uma forma de compartilhamento de riscos hidrológicos entre os geradores.

⁴¹ Órgão criado pela Medida Provisória n.º 2.147, de 15 de maio de 2001, e composto por representantes de diversos entes governamentais.

⁴² Os Relatórios de Progresso foram elaborados, na verdade, pelo Comitê de Revitalização do Setor Elétrico (criado pela Resolução GCE nº 18, de 22 de junho de 2001), e apenas aprovados pela GCE. Ela o fez pelas Resoluções GCE nº 95, de 10 de janeiro de 2002, e 110, de 30 de janeiro de 2002, referente aos Relatórios nºs 1 e 2. O de nº 3

para a crise, bem como medidas para seu enfrentamento. Os diversos problemas retratados foram organizados em 33 itens, consolidados no Relatório de Progresso nº 2⁴³. Da análise dos mesmos, pode-se verificar que suas causas são de várias naturezas⁴⁴. Alguns, no entanto, possuem evidente caráter concorrencial.

O primeiro problema apresenta enorme relevância, pois se relaciona à comercialização da energia de serviço público, ou, melhor dizendo, das grandes empresas estatais de geração de energia elétrica⁴⁵. Tais empresas, contrariando um dos pressupostos teóricos básicos do modelo implementado (plena concorrência na geração), possuem grande poder de mercado, tendo em vista seus respectivos portes e expressivas participações no mercado de geração de energia⁴⁶. Quando da liberalização do comércio no atacado, a partir de 2003, essas empresas teriam liberdade para abusar desse poder.

não foi aprovado pela GCE, apenas por ela anunciado. Todos podem ser vistos no site <<http://www.energiabrasil.gov.br>>.

⁴³ O Relatório de Progresso nº 3 apenas detalha algumas das medidas previstas pelo de nº 2.

⁴⁴ Há os que nitidamente decorrem da tensão entre a necessidade de coordenação e a liberalização para a criação de um mercado de energia. Próximos a estes estão os problemas encontrados para a expansão da capacidade do sistema, em termos de geração, transmissão e distribuição. Os Relatório nº 2 ainda trata de problemas de governança e organização encontrados no MAE e no ONS. Por fim, mencionam-se os de natureza conjuntural, relacionados à necessidade de lidar com os prejuízos decorrentes da crise.

⁴⁵ Como já mencionado anteriormente, o regime jurídico da geração de energia elétrica foi flexibilizado pela criação da figura do Produtor Independente de Energia. Quando utilizamos o termo "geração de energia elétrica no regime público", referimo-nos às usinas que não se enquadram como PIEs ou autoprodutoras, que são, basicamente, as usinas federais e estaduais que não foram privatizadas, e que ainda se submetem ao regime de concessão de serviço público. Ver Relatório de Progresso nº 2, p. 55 e ss.

⁴⁶ As geradoras estatais (federais e estaduais) respondem por aproximadamente 50% do montante total de energia gerada no país (ver Relatório nº 2, p. 56). Poder-se-ia argumentar que a diminuição de escala eficiente para produção de energia, associada à liberalização do regime jurídico da geração e às novas regras de livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, facilitaria a entrada de novos competidores no mercado nacional a ponto de criar pressões competitivas suficientes para que se não configurasse o poder de mercado das atuais empresas estatais de geração. Mas o que se verifica no Brasil é um quadro bem diverso. Há relevantes barreiras à entrada para novas geradoras de energia no país, quais sejam: i) a geração predominante no Brasil, a de fonte hidráulica, ainda apresenta escala de produção ótima elevada e depende de uso de potenciais hidráulicos, bens limitados e cada vez menos disponíveis em pro-

Outros dois problemas identificados tem a ver com a questão da verticalização das empresas no setor. A conexão aos sistemas de transmissão tem se mostrado difícil a novos geradores pois, como averiguado pela GCE, embora o ONS garanta regras operacionais neutras para o *uso* do sistema de transmissão, a *conexão* ao mesmo é contratada diretamente com as transmissoras. Estas podem cobrar altos preços para a conexão em si, ou alegar impedimentos de ordem técnica, de modo a dificultar a concorrência com geradoras que lhes sejam coligadas⁴⁷. Há ainda a questão do subsídio cruzado que uma empresa pode fazer entre atividades submetidas à concorrência e atividades reguladas, e que facilmente pode criar vantagens injustificáveis a empresas integradas⁴⁸.

ximidade dos centros consumidores; ii) o tempo para a obtenção de autorizações governamentais (ANEEL e órgãos ambientais), somado ao da construção de usinas (mesmo as térmicas) é significativo; iii) ao contrário do verificado em outros países que promoveram a desregulamentação de seus mercados de energia, não há no Brasil abundância de gás natural ou carvão, o que facilitaria a construção de termelétricas. A existência de demanda inelástica a preço no mercado de energia elétrica é elemento a potencializar o poder de mercado dos geradores. A certeza de que a demanda pouco ou nada se alterará diante de oscilações no preço é uma expectativa que em muito facilita o exercício de poder de mercado. Esse poder fica ainda mais evidente pelo fato de que o sistema elétrico brasileiro não permite que todos os geradores concorram entre si, pois é dividido em quatro submercados de energia. Em vista disso, os submercados apresentam grandes incentivos para a cartelização ou, ao menos, para a colusão tácita entre agentes, na forma de oligopólio. Esses incentivos decorrem de dois fatos. O primeiro é a homogeneidade completa do produto ofertado. O segundo, mais relevante, é o fato de que todos fazem suas operações de compra e venda de energia no mesmo ambiente, o MAE, o que facilita enormemente a obtenção de informações sobre a conduta dos concorrentes (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica...*, op. cit., p. 24, nota 21, e *Direito concorrencial...*, op. cit., p. 127-36).

⁴⁷ Relatório de Progresso nº 2, p. 86.

⁴⁸ Um exemplo simples é o de uma empresa que seja ao mesmo tempo distribuidora e PIE. Ela pode, por diversos meios, alocar seus custos com a geração de energia, desregulada, sob a contabilidade da distribuição, fortemente regulamentada. O mesmo pode ocorrer entre as atividades de distribuição e a venda de energia a consumidores livres. À época dos reajustes tarifários, essa empresa pode exigir um aumento maior nas tarifas, alegando pressão de custos, no que poderá ser atendida. Desse modo, os custos com a atividade competitiva ficam subsidiados, e ela obtém uma vantagem não disponível aos outros competidores não verticalizados (ou, de forma mais abrangente, que não exerçam atividades sob regimes diversos). *Idem*, p. 87.

A apresentação desses problemas⁴⁹ demonstra claramente que a implementação do modelo desconsiderou uma característica básica do setor elétrico brasileiro, qual seja, a existência de grandes empresas estatais, verticalmente integradas e com alto poder de mercado, em decorrência das condições estruturais do setor. Como se verá no próximo capítulo, não só aí o modelo é equivocado.

A extensa produção normativa decorrente da crise previu mecanismos para lidar com esses e outros problemas do setor elétrico⁵⁰, o que levou a alteração de algumas das características originais do setor. Das diversas alterações implementadas, devem ser destacadas a implementação de um leilão para a venda da energia de serviço público e a exigência de separação completa de atividades competitivas e reguladas por empresas que as exerçam simultaneamente⁵¹. Todavia, não houve troca do modelo, mas apenas sua revitalização. Assim, a liberalização permanece, e com ela a maior liberdade de os agentes econômicos agirem. Em vista disso, continua de suma importância a aplicação do direito concorrencial no setor. É o que se estudará a seguir.

4. Controle concorrencial no setor elétrico

Os problemas demonstrados até aqui, bem como as tentativas de resolvê-los, apenas deixam latente a necessidade de um controle concorrencial efetivo para o setor de energia elétrica no país. Uma vez feita a opção por um ambiente competitivo, este só poderá desenvolver-se caso as condições de concorrência possam ser efetivamente garantidas. No entanto, veremos que aqui também a reforma não foi bem sucedida.

⁴⁹ O Relatório de Progresso nº 2 contém um capítulo especial, denominado "Poder de mercado e defesa da concorrência" (p. 84 e s), que apresenta ainda outros problemas de caráter concorrencial. No entanto, cremos que os aqui apresentados possuem maior relevância, e indicam claramente a necessidade de permanente controle concorrencial no setor.

⁵⁰ Uma grande quantidade de medidas provisórias foram editadas em decorrência da crise, algumas já convertidas em lei (ver MP nº 2.149 de 29/05/2001; MP nº 2.209 de 29/08/2001, que cria a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE; MP nº 2.227, de 04/09/2001; MP nº 14 de 21/12/2001, que alterou diversos aspectos do setor, e foi convertida em Lei sob nº 10.438, de 26/4/2002; MP nº 29 de 07/02/2002, que recria o MAE, e foi convertida na Lei nº 10.433, de 24/4/2002; MP nº 64, de 26/08/2002, que também alterou aspectos da regulação setorial). A grande maioria lidou apenas com aspectos eminentemente conjunturais. Além das MPs, também centenas de resoluções do Ministério de Minas e Energia, GCE e ANEEL foram editados.

⁵¹ Lei nº 10.438/02, arts. 27 e 28, e MP 64/02, art. 2º, respectivamente.

A reforma implementada pela Lei 9.648/98, como vimos, concedeu à ANEEL novas competências em matéria de aplicação da legislação concorrencial⁵². A primeira foi a de “estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferências de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si” (inciso VIII). Trata-se, como é evidente, de competência da ANEEL para estabelecer limites estruturais no setor de energia elétrica. Isso foi feito por meio de diversas resoluções⁵³. A principal delas é a Resolução nº 278, de 19 de julho de 2000, antecedida pela de nº 94, de 30 de março de 1998. Ela estabelece limites de concentração para as atividades de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica, tanto para o Sistema Interligado Nacional como para os dois grandes subsistemas Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste. Além disso, a Res. 278 estabeleceu limite de 30% para aquisição de energia, por parte das distribuidoras, de geradoras a elas coligadas (a chamada "auto-contratação").

A segunda função da ANEEL em sede concorrencial é a de "zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica" (inciso IX). Para o cumprimento de ambas as competências, deve a ANEEL "articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça" (Lei 9.427/96, art. 3º, par. único). Esses dispositivos causaram certa estranhe-

⁵² A lei básica em matéria concorrencial no Brasil é a de nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com fundamento no artigo 173, § 4º da Constituição. Por meio dela, instituiu-se o assim chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e duas secretarias ministeriais que o auxiliam, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e a de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda. O CADE funciona como "tribunal administrativo" responsável por exercer tanto o controle de estruturas quanto o de condutas, em qualquer setor da economia brasileira. Ele é auxiliado nessa tarefa pelas duas secretarias mencionadas. A SEAE é responsável pela análise dos aspectos econômicos relacionados aos processos, enquanto a SDE coordena os procedimentos e promove as investigações relevantes.

⁵³ Ver Resolução nº 395, de 4 de dezembro de 1998, que em seu artigo 18 estabelece, como critério de desempate no processo de outorga de potenciais, o menor grau de participação no sistema elétrico nacional; e Resolução nº 22, de 4 de fevereiro de 1999, que tem por objetivo regulamentar a forma de controle da ANEEL em contratos entre os prestadores de serviço de energia elétrica e suas coligadas, controladas ou controladoras.

za na doutrina, pois a falta de clareza na sua redação poderia gerar conflito de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a ANEEL⁵⁴. Entretanto, convênios foram firmados entre esses órgãos com o objetivo de trazer melhor definição de suas respectivas competências⁵⁵. Atualmente, tanto os processos de averiguação de condutas anticoncorrenciais quanto os de controle de concentrações envolvendo agentes do setor elétrico são julgados pelo CADE, com instrução coordenada pela Secretaria de Direito Econômico - SDE e pareceres técnicos da ANEEL e da SEAE. Isso pouco difere do previsto pela Lei 8.884, à exceção, é claro, da participação da ANEEL no processo⁵⁶.

Uma crítica ao controle concorrencial aplicável ao setor elétrico brasileiro certamente não pode se deter na análise das competências dos órgãos envolvidos. As complexidades que o setor elétrico apresenta exigem averiguação mais detida dos parâmetros em que esse controle deve se pautar. É o que se buscará a seguir.

⁵⁴ ROCHA, BOLÍVAR M., "Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência", *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58; MELLO, MARIA THEREZA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 5, , 1999, p. 31-61.

⁵⁵ Atualmente, se encontra em vigor o "Primeiro aditivo ao termo de compromisso firmado em 02 de dezembro de 1998 que entre si celebram a União Federal, por intermédio do Ministério da Justiça, representado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, visando a atuação conjunta com vistas à prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico brasileiro", obtido em

< http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/arquivos/Primeiro_Aditivo_termo_ANEEL.pdf >

⁵⁶ Resta saber se esse quadro institucional será alterado em virtude das mudanças previstas pelo artigo 17 da Lei nº 10.438/02, comentada acima. Este artigo altera a lei de criação da ANEEL, e lhe dá competência para controlar atos entre prestadora de serviços de energia elétrica e outras empresas do grupo empresarial ao qual pertença, podendo impor-lhes restrições e, até, invalidá-los. No entanto, a referida Lei não estabelece em que bases deve a ANEEL efetuar esse controle, pois não prevê qualquer regra especial que sirva de orientação à Agência para tanto. Diz, apenas, que as obrigações a serem controladas são “especialmente comerciais”. Desse modo, essa nova competência não pode destoar do regime já estabelecido para a ANEEL, tanto em sede regulatória quanto em matéria concorrencial. Assim, pode a ANEEL controlar e impor restrições a atos que configurem alguma forma de infração à regulamentação do setor, como, por exemplo, a aquisição de energia por distribuidora de geradora coligada acima do limite de 30% previsto pela Res. 278/00. Mas isso não implica na competência para analisar práticas anticoncorrenciais, o que permanece privativo do CADE.

Controle de estruturas

Como vimos, a competência da ANEEL para estabelecer limites de concentração econômica aplicáveis aos agentes do setor elétrico foi exercida quando da edição da Resolução nº 278/00. É importante, nesse instante, analisar a natureza jurídica deste limite, e apresentar as críticas que a eles se direcionam.

Os limites impostos pela Resolução ANEEL nº 278/2000 para a concentração de mercado não criam mera presunção da existência de poder de mercado de um agente, como aqueles previstos pela Lei 8.884/94 para submeter uma agente ao controle concorrencial do CADE⁵⁷. Tais limites, na verdade, determinam quando uma concentração deve ser caracterizada como ilícita *per se*, ou seja, quando ela não pode, sob qualquer argumento, ser considerada legal. Isso se deve, primeiramente, pelo fato de o setor elétrico compor-se de atividades intituladas pela União. Desse modo, pode a União, por meio da ANEEL e com permissão legal expressa para tanto, definir esses limites com caráter obrigatório, e, portanto, determinar a melhor configuração possível para o setor, pois se aplicam a atividades das quais é titular. Além do mais, o caráter imperativo desses limites se justificam por se caracterizar a indústria de energia elétrica como um setor regulado dominado⁵⁸, no qual se demanda uma aplicação mais incisiva do direito concorrencial.

Definida a natureza jurídica desses limites, podemos tecer algumas críticas ao teor da Resolução 278/00. A primeira é de ordem preponderantemente jurídica. Para cumprir seu objetivo de estabelecer limites de concentração no setor, a Resolução deve prever forma clara de averiguação de controle societário, pois concentração econômica nada mais é que sujeição de diversas unidades empresariais a um mesmo centro decisório⁵⁹. Isso não ocorre na re-

⁵⁷ Lei 8.884/94, artigo 54, § 3º.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, cit., p. 96-8. O autor distingue nesta obra (p. 41-50) dois grandes tipos de setores regulados: os *setores regulados dominados*, caracterizados pela dependência de todos os agentes econômicos do setor a uma estrutura essencial, normalmente organizada como uma rede; e os *setores de acesso e permanência regulados*, nos quais, embora as condições existentes nos do primeiro tipo inexistam, possuem relevância pública e o Estado os controla para “garantir a segurança e a integridade física e econômica dos indivíduos e da nação” (p. 46). Como é evidente, o setor elétrico pertence à primeira classe exposta.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, cit., p. 229-30.

ferida Resolução. Há apenas definição de “grupo de controle”, como “grupo de agentes econômicos que tem o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa” (art. 2º, III). A falta de uma clara definição de controle, ou mesmo do “poder de dirigir” aludido na Resolução, facilmente permite que empresas escapem dos limites impostos pela mesma. Trata-se de defeito que compromete toda a funcionalidade da norma.⁶⁰

A par disso, a Resolução apresenta outro defeito grave, no que se refere à divisão do Sistema Interligado Nacional prevista pela Resolução. Esta estabelece os limites de concentração tanto para todo o SIN quanto para os dois grandes subsistemas, o Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste. Essa divisão é, no entanto, evidentemente artificial pois, como vimos, há quatro, e não apenas duas subregiões. Além das informações já apresentadas no decorrer desse texto, essa divisão ficou evidente durante o racionamento de energia do ano passado, quando a energia do Sul do país não podia chegar em quantidade suficiente no Sudeste, o mesmo acontecendo entre as regiões Norte e Nordeste⁶¹. Não custa lembrar que o MAE, com base nesse fato, está subdividido em quatro, e não apenas dois submercados, o que deveria ter sido levado em consideração pela ANEEL quando da elaboração da Resolução nº 278/00⁶².

⁶⁰ A ANEEL deveria seguir o exemplo de sua congênere ANATEL, que editou um "Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações" (Resolução ANATEL nº 101, de 4 de fevereiro de 1999), no qual há definição de controle que abrange as mais diversas hipóteses de controle direto e indireto. Tratam-se de critérios mais apropriados para aplicação da legislação concorrencial, como se pode ver, inclusive, na definição dada pelo CADE a "controle" em sua Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, Anexo V, item 1.3.

⁶¹ Basta lembrar que o Sul não passou por racionamento, e que o Norte pôde sair da redução compulsória de consumo antes do Nordeste. Ver Res. GCE nºs 87, de 19 de dezembro de 2001, e 117, de 19 de fevereiro de 2002.

⁶² O artificialismo é presente também na aplicação deste limite que vem sendo feito pelo SBDC. Como exemplo, pode-se se ver o Ato de Concentração envolvendo a aquisição, pela Gerasul, de participação detida pelo Grupo Odebrecht na Itasa, uma das proprietárias da Usina Itá, localizada entre os estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina (AC. 08012.002085/2000-41). As análises feitas por SEAE, ANEEL e CADE pressupõem uma contestabilidade de mercado inexistente, em vista das características da entrada em operação de nova geração (ver nota 46) e das restrições na rede de transmissão. Ver, por exemplo, o parecer técnico da SEAE no caso, disponível em < [http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/](http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/PDF/pcrACGerasulOdebrechternanik.PDF) arquivos PDF/pcrACGerasulOdebrechternanik.PDF >.

Vê-se que aqui também se verifica a despreocupação com aspectos básicos da configuração do setor elétrico nacional. A ANEEL, com competência para estabelecer instrumento eficaz no controle concorrencial, peca em diversos aspectos e acaba por perpetuar a incoerência no estabelecimento da regulação setorial.

Controle de condutas

Várias das medidas implementadas pela reforma têm o objetivo claro de impedir o abuso de poder de mercado por parte de agentes que o detêm. Assim o controle de tarifas na transmissão e distribuição de energia, a operação neutra da rede pelo ONS, a garantia de livre acesso às redes e a desverticalização. Entretanto, a literatura econômica apresenta uma série de condutas que caracterizam o abuso de poder de mercado nos “mercados atacadistas de energia” de países que promoveram reformas em seus respectivos setores de energia⁶³. Buscar-se-á analisar abaixo, com base nos exemplos previstos nesses artigos, a possibilidade de condutas anticoncorrenciais no MAE.

À primeira vista, surgem como possíveis formas de exercício de poder de mercado no MAE os exemplos clássicos previstos na doutrina concorrencial, como a diminuição da oferta e o aumento unilateral de preço. Há elementos na configuração do setor elétrico brasileiro, no entanto, que dificultam o exercício de poder de mercado por esses meios. O primeiro deles é o despacho centralizado realizado pelo ONS, que não permite que um grande gerador de energia elétrica, por estar sob regime de operação interligada, tenha liberdade para determinar a quantidade de energia que poderá produzir e inserir no

⁶³ As especificidade dos problemas enfrentados para a liberalização dos setores elétricos de diversos países incentivou o surgimento de uma vasta quantidade de artigos a respeito do tema. Para mencionar apenas alguns expressivos, ver ARENTSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, 1996, p. 541-52; GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, 1999, p. 515-25; HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", *Energy Policy*, vol. 26, n. 2, 1996, p. 75-83; HOGAN, WILLIAM W., *Market Power in Theory and Practice*, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000; MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform", *Energy Policy*, vol. 27, n. 2, 1999, p. 73-83; WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-047*, Berkeley, University of California Energy Institute, April 1997.

sistema. Também a atual estrutura da formação de preços no mercado de curto prazo do MAE dificulta a oferta de preços acima do custo marginal, tendo em vista que esse preço não é dado pelo gerador, mas pelo MAE, que segue o mesmo princípio do despacho centralizado. O gerador fornece tanto para o ONS quanto para o MAE dados de custo e capacidade, mas não preço.

Todavia, não só os textos mencionados, mas também as conhecidas experiências de dois casos paradigmáticos de reforma no setor de energia, a Inglaterra e a Califórnia⁶⁴, nos mostram outros exemplos em que os geradores conseguem aumentar substancialmente o preço da energia no atacado, e que podem ocorrer no país. Tratam-se da manipulação de regras complexas do mercado atacadista (conhecida por “*gaming*”), e a criação intencional de restrições nos sistemas de transmissão.

Convém compreender esses exemplos. A criação intencional de restrições nos sistemas de transmissão é um caso peculiar de ato anticoncorrencial visto no setor elétrico, que se dá pelo *aumento* de produção. A estratégia está intimamente relacionada ao fato de que o “produto” energia só tem como “canais de distribuição” as redes de transmissão e distribuição, que possuem capacidade limitada. Em vista disso, um determinado gerador pode, durante situações de sobrecarga no sistema, aumentar sua produção para gerar certas restrições na rede que dificultem tanto a produção de outros geradores quanto a importação de energia produzida em outros submercados e, assim, obter maiores preços⁶⁵.

Por sua vez, a manipulação de regras de mercado está diretamente relacionada à complexidade inerente às normas que regem os mercados atacadistas de energia. Caso detenham poder de mercado, os geradores agem estrategicamente, muitas vezes em cooperação tácita, e manipulam o mercado de modo a que o preço suba. No caso brasileiro, isso pode acontecer em vista do uso estratégico das informações enviadas ao MAE e ao ONS. Como são essas informações que determinam o resultado do despacho centralizado e, conseqüentemente, o preço do MAE, um grande gerador pode manipulá-las de modo a se beneficiar. Aliada a uma estratégia de contratação bilateral (e, para as

⁶⁴ Ver, dentre outros, SHIOSHANSI, FERREIDON P., "California electricity market: finally turning the corner?" *Energy Policy*, v. 30, 2002, p. 245-248, e MACATAN-GAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, v. 29, 2001, p. 337-40.

⁶⁵ CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v. 19, 1997, p. 109-37.

empresas estatais, nos leilões obrigatórios)⁶⁶, e com uma previsão razoável do regime pluviométrico que o afete, essa manipulação daria aos grandes hidrogeradores condição de, sem considerar o comportamento dos (poucos) concorrentes, definir o preço do mercado. Esse risco é ainda potencializado pelo perfil oligopólico dos submercados de energia⁶⁷. Por terem condições de levantar informações importantes sobre o comportamento dos outros agentes no mercado, os grandes geradores certamente montarão suas estratégias em cooperação tácita.⁶⁸

Mesmo diante de todos os problemas que podem ser antevistos para o MAE quando da liberalização a partir de 2003, a única estrutura institucional para a supervisão dessas práticas é aquela descrita no item 4⁶⁹. Entretanto, tanto a importância do setor elétrico, quanto as especificidades das quais as infrações concorrenciais podem revestir-se no MAE, certamente exigem estrutura institucional que mais de perto possa controlar a conduta dos agentes nesse ambiente. Desse modo, seria altamente recomendável que a estrutura do MAE, do ONS e da ANEEL estivesse preparada especificamente para lidar com esse tipo de situação, o que atualmente não existe. Além disso, também maio-

⁶⁶ Deve se destacar que os leilões de energia foram criados exatamente para evitar que as empresas federais usassem seu poder de mercado. Assim, várias de suas regras (previstas principalmente na Resolução ANEEL nº 423, de 9 de agosto de 2002) têm essa finalidade, tais como a exigência de venda mínima de 50% da energia disponível em leilão, a venda do restante no mercado de curto prazo do MAE, e aprovação prévia do edital pela ANEEL. No entanto, isso aumenta ainda mais a complexidade das regras do mercado, o que pode criar oportunidades para sua manipulação, em vista da assimetria de informações que existe entre agentes do mercado e ANEEL. Além do mais, tais regras não são aplicáveis aos geradores privados.

⁶⁷ Ver nota 46.

⁶⁸ Ver BARROSO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos...*, cit., p. 51-9. Não bastasse isso, o Comitê de Revitalização tem desenvolvido estudos no sentido de se implementar no MAE um esquema de oferta de preços para o mercado de curto prazo, em substituição ao atual sistema de preço definido conforme o despacho centralizado. A decorrência clara seria a maior liberdade dos agentes na atuação do mercado. A justificativa seria de que o atual sistema, no qual os preços são dados por agente externo aos participantes do mercado, não permitiria uma correta distribuição de riscos e responsabilidades. No entanto, não parece ser sustentável tal posição em vista dos riscos de práticas anticoncorrenciais que mais facilmente poderiam ser praticadas. Ver Relatório de Progresso nº 3, p. 10-6, e, principalmente, Anexo D - "Poder de Mercado".

⁶⁹ Como vimos (nota 50), o MAE foi reformado pela Lei nº 10.433/02. No entanto, tais mudanças se verificaram principalmente em seus aspectos institucionais, na forma de medidas para prevenir o conflito de interesses. Os princípios básicos de funcionamento permanecem. Ver Relatório de Progresso nº 2, p. 72-7.

res entendimentos entre os órgãos do SBDC e a ANEEL para a análise desses problemas seria válida.

5. Conclusão

Não é possível tratar com profundidade, dentro de um artigo, todos os aspectos relacionados à defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro, principalmente em vista dos diversos problemas envolvidos. Buscou-se apresentar os elementos fundamentais para a implementação da concorrência no setor e os problemas decorrentes, os quais justificam incisiva aplicação do direito concorrencial. No entanto, como vimos, esta ainda padece de diversos defeitos.

Não nos coube, aqui, particularizar e detalhar sugestões para mudanças, tendo em vista que o principal objetivo do artigo foi analisar criticamente a reforma do setor elétrico brasileiro, principalmente no que se refere à defesa da concorrência. Todavia, cremos que as informações aqui expostas certamente podem contribuir como subsídio para o debate ora em curso sobre a nova regulação setorial.

BIBLIOGRAFIA

ARENTSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, 1996, p. 541-52

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, *Cadernos de Infra-estrutura - Setor Elétrico - Ranking 2001 - Volume I*, Rio de Janeiro, Outubro de 2001

BARROSO, LUIS AUGUSTO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos de agentes geradores em ambiente de mercado*, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000

BLANCHET, LUIZ ALBERTO, *Concessões de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 1999

BORENSTEIN, SEVERIN; BUSHNELL, JAMES; WOLAK, FRANK, "Diagnosing Market Power in California's Deregulated Wholesale Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-064*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1999

BREYER, STEPHEN, *Regulation and its reform*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1982

CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v. 19, 1997, p. 109-37,

COOPERS E LYBRAND, Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II - Relatório Principal, Brasília, Dezembro de 1997

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 12^a ed., São Paulo, Atlas, 2000

FEDERAL TRADE COMMISSION, "Promoting Wholesale Competition Through Open Access – Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities, Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities", *Proposed Rulemaking and Supplemental Notice of Proposed Rulemaking Docket Nos. RM95-8-000 & RM94-7-001*, disponível em < <http://www.ftc.gov/opp/advocacy/v950008.htm> >

FORGIONI, PAULA, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998

GRAU, EROS ROBERTO, A ordem econômica na constituição de 1988 - interpretação e crítica, 7^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002

GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, 1999, p. 515-25

HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", *Energy Policy*, vol. 26, n. 2, 1998, p. 75-83

HOCHSTETLER, RICHARD L., *A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração*, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999

HOGAN, WILLIAM W., *Market Power in Theory and Practice*, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000

JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997

KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", *Florida State University Law Review*, v. 27, 2000, p. 569-613

LIMA, JOSÉ LUIZ, Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984), Rio de Janeiro, Memória da Eletricidade, 1995

MACATANGAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, v. 29, 2001, p. 337-40

MATTOS, PAULO, "Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil", in FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.), *Regulação, Direito e Democracia*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 58-79

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000

MELLO, MARIA THEREZA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 5, , 1999, p. 31-61

MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform", *Energy Policy*, vol. 27, 1999, p. 73-83

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA - Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos - CCPE; CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A., *Relatório Analítico do Mercado de Energia Elétrica - Ciclo 2000*, Rio de Janeiro, maio de 2001, disponível em <http://www.eletrabras.gov.br/downloads/mercado/relatorio_analitico_2000.zip>

PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", *Textos para discussão nº 76*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000

_____, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, p. 137-168

POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law, an economic perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976

ROCHA, BOLÍVAR M., "Articulação entre regulação de infraestrutura e defesa da concorrência", *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998

_____, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001

STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", *Resources and Energy*, v. 19, 1997, p. 47-83

STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", *Economics Department Working Papers nº 238*, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000

STIGLITZ, JOSEPH E., *Economics of the public sector*, 2nd. ed., New York and London, W. W. Norton & Co., 1988

TURNER, DONALD F., "The scope of antitrust and other economic regulatory policies", *Harvard Law Review*, n. 82, April 1969, p. 1.207-44.

VENÂNCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil*, edição fac-similar da de 1968, Rio de Janeiro, Renovar, 1998

VISCUSI, W. KIP et all., *Economics of regulation and antitrust*, 2nd. ed., Cambridge and London, MIT Press, 1995

WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-047*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1997

AS CLÁUSULAS DE RAIOS EM *SHOPPING CENTERS* E A PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

Pedro Paulo Salles Cristofaro

O presente estudo aborda a questão da legalidade das chamadas “cláusulas de raio” inseridas em alguns contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers*, em face da Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Cláusulas de raio são aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel.

A origem dessas cláusulas precede a existência da indústria dos *shopping centers*. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação.

Ocorre que, na medida em que a loja, uma vez instalada, tivesse um êxito significativo, o comerciante poderia, legitimamente, decidir abrir mais uma loja nos arredores, ou ampliar sua loja original, alugando um espaço comercial ao lado. Além disso, o comerciante, à vista do seu sucesso, poderia se ver tentado a concentrar seu faturamento na segunda loja, especialmente se ela estivesse sujeita a um aluguel fixo, reduzindo os custos globais do negócio.

Ou seja, independentemente da motivação mais ou menos legítima do comerciante, é inquestionável que a base de cálculo do aluguel pactuado com o proprietário poderia ser negativamente afetada pela simples existência de uma loja similar a poucos quarteirões de distância. A fixação do aluguel em bases percentuais – sem restrições quanto à abertura de outros estabelecimentos – daria ao comerciante o poder de, com alguma facilidade, reduzir unilateralmente a base de cálculo, e, conseqüentemente, o valor da remuneração a que o locador faria jus. Em outras palavras, sujeitaria um dos elementos essenciais do contrato de locação ao arbítrio de uma das partes.

As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado.

Quando, na década de 1950, os primeiros *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, as cláusulas de raio logo foram incorporadas a seus contratos de locação e passaram a estar presentes nos respectivos modelos de contratos, tão comuns naquele país. A identificação entre cláusulas de raio e *shopping centers* foi tão intensa que, em algumas publicações, a expressão “*shopping center*” foi incluída na própria definição de cláusula de raio¹.

Embora a existência de um *shopping center* não seja um elemento essencial das cláusulas de raio, é inquestionável que estas se mostram especialmente apropriadas no contexto de tais empreendimentos. Como se verá a seguir, a razão de ser das cláusulas de raio nos contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers* não está relacionada exclusivamente ao interesse do locador na manutenção da integridade do aluguel percentual. Outras características próprias dos *shopping centers* fizeram com que as cláusulas de raio fossem difundidas, como meio de preservação dos interesses comuns à generalidade dos locatários e empreendedores dos *shoppings*.

(i) O Shopping center como um Sistema Organizado

Todos aqueles que se debruçaram sobre o estudo dos *shopping centers*, tanto em seus aspectos jurídicos quanto econômicos, são unânimes em encontrar na sua organização e em sua estrutura os principais diferenciais que os tornaram “uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional”² já ocorridas.

A primeira característica determinante dessa organização e estrutura está na existência de um empreendedor (ou de um conjunto de empreendedores) que não tem em relação aos lojistas a conduta passiva típica dos locadores

¹ No *ICSC's Guide to Shopping Terms*, editado, em 1995, pelo *International Council of Shopping centers*, a cláusula de raio é assim definida: “A clause inserted into a shopping center retail lease establishing the distance from the center that the retailer may operate another similar store”.

² Carlos Geraldo Langoni, *Shopping centers no Brasil, in Shopping centers – Aspectos Jurídicos, vários, Coordenação José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lobo, ed. RT, 1984, p. 56.*

de lojas de rua, cujo interesse se esgota na percepção, em dia, do pagamento integral do aluguel. O empreendedor de um *shopping center* não é um simples proprietário, coletor de aluguéis, mas sim o responsável pela concepção e execução de um complexo mercadológico previamente planejado, cujo resultado é distinto da simples “soma” de lojas localizadas em um mesmo endereço.

Enquanto o locador tradicional oferta sua loja a todo aquele que tiver condições de pagar um determinado preço, o interesse e o objetivo do empreendedor do *shopping center* não se limitam à realização de uma “simples transação imobiliária”³. Cabe a ele exercer as funções de organizador do empreendimento, estabelecendo, previamente, as características das lojas às quais está disposto a locar seus espaços, em alguns casos convidando lojas específicas, e distribuindo-as, dentro do *shopping*, segundo um determinado planejamento estratégico, que visa a maximizar o potencial de vendas de cada loja, e do *shopping* como um todo.

Nada em um *shopping center* é aleatório. Da escolha das lojas à sua distribuição espacial, da definição quanto aos serviços oferecidos ao público ao projeto arquitetônico, tudo é feito e planejado para atender às necessidades do mercado e para atrair para aquele conjunto de lojas, organizado daquela maneira específica, um fluxo ótimo de compradores potenciais.

Como diz Caio Mário da Silva Pereira:

“O *shopping center* tem características próprias, arregimentadas e às vezes custosamente montadas pelo organizador. A escolha de um locatário, sua localização no conjunto, a distribuição dos gêneros do comércio são objeto de um planejamento metódico, e não obra do acaso. Aquilo que para o cliente pode parecer mera coincidência assume, na verdade, fruto de estudo, de cogitação, de estimativa de qualidade, de que tudo resulta um conjunto harmônico, indispensável à rentabilidade mercadológica do empreendimento”⁴

Ou seja, o empreendedor do *shopping* aplica no empreendimento, além dos recursos financeiros para sua construção física, uma determinada técnica, calcada em estudos do mercado, que consiste na seleção e distribuição, no interior do *shopping*, de lojas e atrações com tais ou quais características, ofertando esses ou aqueles produtos, divulgando umas ou outras marcas, atendendo aos público *x*, *y* ou *z*. Essa combinação de lojas e atrações no interior de um *shopping center* é usualmente chamada de *tenant mix*.

³ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 58.

⁴ *Shopping centers – Organização Econômica e Disciplina Jurídica*, in *Shopping centers – Aspectos Jurídicos*, citado, p. 83.

O *tenant mix* adequado para tornar o empreendimento o mais rentável possível, maximizando as sinergias entre as múltiplas atrações de um *shopping center*, varia em função de diversos fatores e do tipo de *shopping* concebido. Dependendo da localização do *shopping*, do potencial de consumo das populações vizinhas, das condições do tráfego nos arredores nas diversas horas do dia, o empreendedor poderá optar por desenvolver um tipo diferente de *shopping*⁵, destinado a atender a um determinado público e a exercer influência (atraindo consumidores) em um determinado raio de ação.

Com efeito, o primeiro passo para o desenvolvimento do *tenant mix* é a realização de um estudo de viabilidade, que tem como ponto de partida a definição do raio de influência de um possível *shopping center*. Usualmente, considera-se que o *shopping center* exerce especial atração sobre consumidores localizados a uma distância que lhe permita chegar ao *shopping* em até 15 minutos, nas condições habituais de tráfego na região. Nos grandes centros urbanos, a distância normalmente considerada é em torno de dois quilômetros.

Assim, são realizados estudos de mercado dentro desse raio de influência imediata, estabelecendo-se o número de pessoas que residem ou trabalham nessa área, sua renda, seus hábitos de consumo. Examina-se, ainda, a situação do comércio instalado em tal área, identificando-se os setores de maior ou menor carência, o volume de renda consumida em tal comércio e o

⁵ A página da Associação Brasileira de Shopping Centers – Abrasce na internet traz a seguinte classificação para os diversos tipos de *shopping centers* normalmente aceita pela indústria. “*Shopping Regional*: Este tipo de *shopping* fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um *shopping regional* típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno. *Shopping Comunitário*: O *shopping* comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre as âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do *shopping* comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de “off-price” vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte. *Shopping de Vizinhaça*: É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem o apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência. *Shopping Especializado*: Voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como moda, decoração, náutica, esportes ou automóveis. *Outlet Center*: Consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de “off-price”. *Festival Center*: Está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, com restaurantes, *fast-food*, cinemas e outras diversões”.

excedente de renda que, potencialmente, pode ser absorvido por um novo *shopping center*⁶.

Uma das características do *mix* é a existência, lado a lado, de grandes lojas com especial poder de atração sobre o público (as “lojas-âncora”) e lojas menores (as lojas “magnéticas” ou “satélites”) que se beneficiam do fluxo de compradores que ocorrem ao empreendimento. Seria uma simplificação inaceitável, todavia, creditar-se apenas às lojas âncora a força atrativa capaz de movimentar um *shopping*. Diferentemente, cada loja isolada, seja ela “âncora” ou “magnética”, integra um *shopping center* em função do poder que tem de atrair consumidores, dentro e fora das áreas do *shopping*. Cada estabelecimento tem atuação binária, “dando” público para as demais lojas e “recebendo” público das demais lojas.

Tanto os grandes estabelecimentos quanto os pequenos comerciantes, evidentemente em maior ou menor grau, aproveitam-se de uma parcela do público e do esforço de promoção dos demais estabelecimentos e das demais atrações do *shopping* e, em contrapartida, contribuem para o sucesso dos demais estabelecimentos e atrações do *shopping*.

Cabe, portanto, ao empreendedor, ao estabelecer e administrar o *tenant mix*, conferir ao *shopping center*, ao mesmo tempo, diversidade e unidade, de sorte a que este constitua um sistema, no qual a interação e a interdependência entre os diversos elementos autônomos alavanquem os resultados das lojas e, em consequência, de todo o empreendimento.

(ii) Estrutura Jurídica que Garante a Unidade do *Shopping* e a Integridade do *Tenant Mix*

A criação e a manutenção desse sistema organizacional integrado somente se tornaram possíveis graças ao desenvolvimento de certa “tecnologia jurídica”, aplicada à generalidade dos contratos de locação de espaços em *shopping centers*. Como diz Carlos Geraldo Langoni:

“O que caracteriza, entretanto, a revolução tecnológica é a forma como foi estruturada a combinação dos interesses dos investidores no *shopping center* e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada de economias de escala e a internalização de externalidades, especialmente aquelas relacionadas com os

⁶ A propósito do estudo de viabilidade para o desenvolvimento de um *shopping center*, vale citar a palestra proferida por Jacky Delmar, em seminário promovido pela Abrasce em 30/11/1989, cujo texto, infelizmente não publicado, faz parte da biblioteca da Abrasce.

gastos de propaganda e promoção. Neste sentido, a peculiaridade dos *shopping centers* não reside na reunião em um certo espaço físico de um conjunto de atividades comerciais. O aspecto distinto – e que se constitui na base de todo o seu dinamismo e eficiência – é exatamente a relação contratual existente entre o empreendedor do *shopping center* e os comerciantes”⁷.

A primeira característica da relação contratual entre empreendedores e lojistas, destacada por Langoni, está no estabelecimento de um aluguel percentual, sujeito a um valor mínimo. Enquanto a participação dos empreendedores no faturamento dos lojistas resultaria em uma

“permanente integração entre os interesses dos empreendedores do *shopping center* e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior de ganhos de produtividade, onde parcela significativa é, inclusive, transferida para os consumidores”;

a fixação de um valor mínimo teria efeitos positivos para o *shopping* como um todo, ao afastar comerciantes menos eficientes, que naturalmente dele se desligariam, sendo substituídos por outros, com maior potencial de atrair público para todo o *shopping*:

“Em outras palavras, as próprias características do negócio asseguram uma seletividade *a priori* de empresários de melhor qualidade, compatibilizando mobilidade e acesso com diversificação e competição”⁸.

Além da forma de pagamento da locação, no entanto, há toda uma série de normas e cláusulas destinadas a manter a integridade do *tenant mix* e a unidade do empreendimento e a assegurar a maximização das sinergias entre as diversas unidades, alavancando a produtividade de cada uma isoladamente e do *shopping center* como organização.

Como afirma Maria Elisa Gualando Verri:

“o *shopping center* precisa de uma estrutura diferenciada para alcançar sua finalidade. Devem estar presentes uma grande diversidade de lojas e facilidade de locomoção, estacionamento, etc., para atrair a clientela. E as lojas devem ser apostas estrategicamente, também para atrair a clientela. Portanto, não bas-

⁷ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 57.

⁸ Artigo citado, p. 57 e 58.

ta que um *shopping center* seja composto de um conjunto de lojas. Regras têm de ser impostas, dentre elas as restritivas, para que seja mantida a organização dos *shopping centers*”⁹

Dentre as disposições restritivas usualmente encontradas nos contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers*, destacamos algumas:

1. Subordinação do locatário a certas “Normas Gerais Complementares”, aplicáveis à generalidade dos lojistas, que estabelecem minuciosamente as obrigações do locatário *vis à vis* o *shopping*. O locatário obriga-se a estar aberto em determinados horários, submete seu projeto arquitetônico à administração do *shopping*, compromete-se a não alterar sua fachada sem prévia autorização; etc.
2. Outorga ao locador do poder de fiscalizar os locatários, inclusive com acesso a sua contabilidade;
3. Regras limitando o poder do locatário de ceder seu estabelecimento a terceiro, sem o consentimento prévio do locador;
4. Regra proibindo a mudança do objeto por parte do locatário;
5. Obrigação do locatário de contribuir para o fundo de promoções do *shopping*;
6. Obrigação do locatário de participar de promoções do *shopping*.

As “cláusulas de raio” também estão inseridas no mesmo contexto. Enquanto em sua origem elas tinham por objetivo, apenas, preservar a integridade do aluguel percentual, na estrutura sistêmica de um *shopping*, em que há uma interdependência entre cada lojista, entre cada atração, as cláusulas de raio atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação e manutenção do *tenant mix*.

(iii) Qualificação Jurídica das Cláusulas de Raio

A qualificação jurídica da cláusula de raio é menos evidente do que, à primeira vista, pode parecer. Não é à toa que alguns a qualificam como

⁹ Maria Elisa Gualandi Verri, *Shopping centers - Aspectos Jurídicos e suas Origens* - Ed. Del Rey, 1996, p. 146.

“cláusula de exclusividade territorial”¹⁰, e outros a tratam de “cláusula de não concorrência”¹¹.

Analisada sob o prisma da relação vertical entre o empreendedor e o locatário, considerando-se o empreendedor apenas um “fornecedor de insumo” (o imóvel) para o lojista, a cláusula de raio poderia ser efetivamente considerada uma cláusula de exclusividade territorial. Dela decorre o comprometimento do lojista de que não buscará o mesmo insumo de outro fornecedor localizado em área adjacente.

Aqui já se viu, porém, que é inerente ao *shopping center* a existência de uma estrutura e uma organização que fazem dele algo novo, distinto da soma das lojas nele localizadas. Um *shopping center* não é apenas um local onde lojas estão instaladas. O empreendedor não é um mero provedor de imóveis para o mercado.

A partir da conduta ativa do empreendedor, que estabelece e administra o *tenant mix*, surge o *shopping center* como um “núcleo unitário de interesses”¹², ou um “centro de interesses”¹³, que não se confunde nem com o empreendedor, nem com cada uma das lojas isoladas, nem mesmo com a generalidade das lojas nele estabelecidas. O *shopping center* tem “organicidade econômica”¹⁴.

Em certo momento, as características orgânicas dos *shoppings* levaram a que alguns os comparassem às *joint ventures*. Para Caio Mário:

“Seria sedutor, e pareceria simpático, e até mesmo facilitaria discorrer sobre o *shopping center*, alicerçar na associação do dono ou organizador do empreendimento com os usuários das lojas uma configuração de *partners* de uma entidade jurídica, fosse ela velha ou nova.

(...)

Poder-se-ia procurar trazê-lo para a modernidade da *joint venture*, como fenômeno de colaboração entre empresas, originariamente esboçada no plano privatístico interno, antes que se assoberbasse quase agigantadamente

¹⁰ Como faz a SDE - Secretaria de Direito Econômico – do Ministério da Justiça no parecer proferido no Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13.

¹¹ Fábio Konder Comparato, “As Cláusulas de Não-Concorrência nos ‘*Shopping centers*’”, in *Revista de Direito Mercantil*, nº 97, p. 23 e seguintes.

¹² Orlando Gomes, *Traços do Perfil Jurídico de um Shopping center*, in *Shopping centers – Aspectos Jurídicos*, citado, p. 91.

¹³ Fábio Konder Comparato, artigo citado, p. 25.

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira, artigo citado, p. 73.

no âmbito internacional. A definição advinda de decisão norte-americana pareceria autorizá-lo: *‘It is a special combination of two or more persons, where, in some specific venture, a profit is jointly sought without any partnership or corporate designations’*¹⁵.

Logo essa comparação se mostrou imperfeita. O próprio Caio Mário, assim como outros juristas, concluiu pela impossibilidade de enquadramento dos *shoppings* no conceito de *joint venture*, em razão de algumas distinções importantes: não há, entre os diversos componentes do *shopping*, lojistas e empreendedores, o “propósito de *‘dividere i profitti e le perdite’*”¹⁶; a *joint venture* “é parceria por um tempo determinado, somente para um projeto específico, que tem início, meio e fim”, enquanto o *shopping* “é um empreendimento de duração ilimitada”¹⁷, etc.

Não obstante, é inegável que, do ponto de vista econômico, o lojista que integra um *shopping* não é um mero adquirente de insumos, mas um participante ativo de um ente novo e distinto de cada um de seus integrantes.

Esse ente novo trava uma relação de concorrência com cada loja instalada nos seus arredores (sejam elas lojas de rua ou lojas de um outro *shopping center*). Note-se bem: tal concorrência não se dá apenas entre a loja específica nas proximidades do *shopping* e outra loja, oferecendo o mesmo produto ou serviço, no interior do *shopping*. O que está em jogo não é apenas a concorrência entre farmácias, ou entre cinemas, ou entre livrarias. A localização de uma farmácia, ou de uma livraria, ou de um cinema nas vizinhanças do *shopping* afeta o poder de atração das farmácias, livrarias e cinemas no interior do *shopping* e, conseqüentemente, afeta o fluxo de público no empreendimento. O impacto, com certeza, será ainda maior se a farmácia, a livraria ou o cinema das redondezas fizer parte das mesmas cadeias, ostentar as mesmas marcas que as dos estabelecimentos localizados dentro do *shopping*.

Quando uma mesma loja se instala em dois *shoppings* de um mesmo tipo, e que atendem a uma mesma região geográfica, a relação de concorrência é ainda mais evidente. Ao integrar ambos os *tenant mix*, a loja torna-se neutra como fator determinante da escolha, pelo consumidor, do *shopping* ao qual freqüentará. O consumidor, que quer adquirir um produto específico naquela loja, continuará escolhendo entre dois *shoppings*, mas por outros motivos, que não a presença daquela loja em si.

Saliente-se ainda que, como mencionado anteriormente, um dos aspectos mais relevantes do estudo de viabilidade que precede a implantação de um *shopping center*, e que serve de base à formação do *tenant mix*, é exata-

¹⁵ Artigo citado, p. 75.

¹⁶ Caio Mário, artigo citado, p. 75.

¹⁷ Maria Elisa Gualandi Verri, obra citada, p. 96.

mente o exame da situação do comércio de bens e serviços em uma área localizada a certa distância do *shopping* (normalmente, nos grandes centros urbanos, dentro de um raio de dois quilômetros). O *tenant mix* leva em conta as deficiências (assim como os excessos) que possam existir em cada ramo do comércio. As lojas que integram o *shopping*, pois, são escolhidas para suprir determinadas necessidades constatadas no estudo de viabilidade. Quando, após a implantação do *shopping*, uma loja que dele faz parte inaugura um estabelecimento na região objeto do estudo de viabilidade, altera a situação de fato que justificou sua presença no *shopping center*.

Nesse contexto, o aspecto predominante da cláusula de raio não seria a proteção do empreendedor, na qualidade de fornecedor do imóvel, mas sim a proteção dos interesses globais da organização jurídica constituída por empreendedores e locatários, a proteção do *shopping center*.

E, segundo Fábio Konder Comparato, tais interesses globais, “comuns a todos os sujeitos neles envolvidos e, por conseguinte, nitidamente distintos dos interesses próprios ou particulares desses últimos”, devem prevalecer em relação a tais interesses particulares, como ocorre nas “organizações associativas ou societárias”¹⁸.

Por outro lado, ainda que se considere exclusivamente a perspectiva do empreendedor, o interesse predominantemente protegido pela cláusula de raio não diz respeito ao “fornecimento de imóveis ao mercado”, mas sim à preservação da clientela do *shopping center*.

Como se sabe, muito se discutiu, na doutrina, quanto à titularidade do fundo de comércio em um *shopping center*. Para alguns autores, conviveriam no *shopping center* dois fundos de comércio, um de titularidade do empreendedor, outro pertencente ao lojista. Para outros, como Modesto Carvalhosa, existiria um único fundo de comércio, com dois titulares. E ainda outros, como Ives Gandra Martins, sustentam que o *shopping center* seria um “sobrestabelecimento”, titular de um “sobrefundo” de comércio próprio e distinto das lojas que o compõem¹⁹.

O detalhamento desse debate escapa ao âmbito deste estudo. O que importa é assinalar que, independentemente da corrente doutrinária, todos são unânimes em reconhecer a existência de uma clientela (ou freguesia) do *shopping center*, ou seja, um conjunto de pessoas que mantém com o *shopping* - e não apenas com determinadas lojas nele localizadas – “relações contínuas para a aquisição de bens ou de serviços”²⁰.

¹⁸ Fábio Konder Comparato, artigo citado, p. 25.

¹⁹ Maria Elisa Gualandi Verri, obra citada, p. 78.

²⁰ Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, Saraiva, 4ª ed., p. 197.

J. X. Carvalho de Mendonça precisa que o elemento chave para a compreensão do sentido jurídico da expressão freguesia está na possibilidade de o comerciante manter um complexo de pessoas acostumadas a procurar o estabelecimento para seus negócios e ainda atrair “pessoas incessantemente renovadas”²¹. E, como visto anteriormente, o poder do *shopping* de atrair clientes decorre do *tenant mix*, e é diretamente afetado pela concorrência que uma loja, integrante do *tenant mix*, lhe faça.

Portanto, mesmo sob a perspectiva do empreendedor, a cláusula de raio visa a proteger sua clientela, a qual é fruto do *tenant mix* e de esforços integrados de promoção e marketing, impedindo que tal clientela seja desviada para outro estabelecimento que não se integre no sistema do *shopping center*.

Assim, até mesmo para efeito de comparação com a jurisprudência do CADE, parece-nos mais adequado traçar-se um paralelo entre as cláusulas de raio e as cláusulas de não concorrência, tal qual fez Fábio Konder Compato²², do que entre aquelas e as cláusulas de exclusividade territorial.

(iv) Os Ilícitos contra a Concorrência, segundo a Lei 8.884/94

Como é de todo sabido, é o art. 20 da Lei n. 8.884/94 que define os ilícitos contra a ordem econômica, enquanto o art. 21 da mesma lei traz alguns exemplos de condutas que poderão ser ilícitas, se caracterizarem as hipóteses do art. 20. Poderia se dizer que o art. 21 exerce apenas uma função de guia, apontando condutas que, dependendo das circunstâncias, podem despertar especial suspeita de ilicitude. Mas, assim como podem ser ilícitos atos não relacionados no art. 21, nem todo ato que se enquadre no art. 21 será contrário à lei.

Portanto, é no art. 20 da Lei 8.884/94 que se deve concentrar o exame da legalidade de alguma conduta, em face da ordem econômica. Segundo tal dispositivo legal, constituem infração, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos:

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

II – dominar mercado relevante de bens e serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

²¹ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. V. 1ª Parte, ed. Freitas Bastos, 1963, p. 22.

²² Artigo citado.

O jurista norte-americano Richard Posner²³, em passagem célebre e tantas vezes reproduzida, afirma que os termos fundamentais presentes na legislação antitruste dos Estados Unidos - “restringir o comércio”, “prejudicar substancialmente a concorrência”, “monopolizar” – seriam “opacos”, não permitiriam estabelecer com exatidão seus sentidos, demandando que as cortes e os juristas não apenas os “interpretassem”, mas muitas vezes buscassem suprir suas falhas. Com isso, apesar de erguido sobre textos legais, o direito antitruste americano tomou características típicas da “common law”, reservando aos precedentes judiciais papel central na formulação dos seus princípios norteadores.

No Brasil, por caminho diverso, o direito da concorrência também demanda importante trabalho interpretativo, sob pena de se tornar inócuo. É que, ao invés de opacos, os termos utilizados na lei de proteção à concorrência talvez sejam excessivamente translúcidos, permitindo que neles tudo caiba, o razoável e o irrazoável, o legítimo e o ilegítimo, o que prejudica e o que beneficia a economia como um todo.

A doutrina, desde o clássico livro de Benjamin Shieber²⁴ até o excelente trabalho de Paula Forgioni²⁵, e a jurisprudência do CADE cuidaram de dar forma ao direito antitruste brasileiro, muitas vezes a partir da incorporação dos conceitos surgidos na experiência norte-americana.

Um primeiro passo seguro para a perfeita interpretação do dispositivo legal é apontar qual a ordem econômica que ele visa a proteger, quais os princípios constitucionais que ele busca preservar, o que são a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”, presentes nos textos da lei e da Constituição.

Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.

Luís Roberto Barroso decompõe, do ponto de vista jurídico, os quatro elementos essenciais da livre iniciativa como princípio constitucional. Seriam eles a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro e a liberdade de contratar²⁶. Já Miguel Reale aponta na livre iniciativa a trans-

²³ *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2 ed., 2001, p. 1.

²⁴ *Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA*, ed. RT, 1966.

²⁵ *Os Fundamentos do Antitruste*, ed. RT, 1998.

²⁶ *Temas de Direito Constitucional*, ed. Renovar, 2001, p. 394.

posição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual assegurados pela Constituição²⁷.

O conceito de livre concorrência, por sua vez, tem para Miguel Reale caráter instrumental:

“significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual *a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado*”²⁸.

Em um modelo perfeito de concorrência, todos os agentes econômicos, na disputa pela clientela, estariam obrigados a aceitar o preço que o mercado determinasse. Isso, evidentemente, somente seria possível se (i) os bens oferecidos à venda fossem todos iguais; e (ii) os compradores e vendedores fossem tão numerosos que nenhum deles tivesse isoladamente o poder de influir no preço de mercado²⁹.

Acontece que, salvo em mercados muito específicos, em regra não há essa identidade entre produtos e essa diluição entre compradores e vendedores que permita uma concorrência perfeita. É normal que alguns agentes econômicos – por vezes vendedores, por vezes compradores – sejam menos suscetíveis às pressões do mercado, tenham certo poder que lhes permita “atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”³⁰.

Quando a independência e a indiferença de um agente econômico são absolutas, pela total ausência de concorrentes, está-se diante de um monopólio (em que só um vendedor controla toda a oferta de um produto ou serviço) ou de um monopsonio (em que só há um comprador de um produto ou serviço).

O mais normal, porém, é que alguns agentes econômicos tenham uma posição de relativa independência em relação ao mercado. Ou, mais propriamente, que alguns agentes econômicos tenham algum poder de, com suas atitudes isoladas, exercer influência sobre o mercado. Esses agentes têm uma *posição dominante*.

²⁷ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, *in* Aplicações da Constituição de 1988, Forense, 1990, p. 14.

²⁸ Artigo citado, p. 14.

²⁹ Gregory Mankiw, Introdução à Economia, ed. Campus, 1999, p. 64.

³⁰ Paula Forgioni, obra citada p. 268.

O conceito de posição dominante está presente no art. 82 (antigo artigo 86) do Tratado da União Europeia, sendo sua definição clássica extraída de acórdão da Corte de Justiça no caso *United Brands*:

*“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately consumers”*³¹.

Paula Forgioni acrescenta:

“Sob o prisma jurídico, a afirmação dos economistas de que a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a *independência* e *indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição”³².

Toda a interpretação do art. 20 da Lei 8.884/94 gira em torno do conceito de posição dominante. A lei reconhece a possibilidade de um agente econômico conquistar mercado e deter uma posição dominante, desde que ela seja alcançada em razão de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”³³. Aliás, é inerente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é próprio do modelo econômico eleito pelo constituinte, que os agentes econômicos “briguem” por posições no mercado, busquem conquistá-lo.

Qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade de contratar, a liberdade de empreender, a liberdade de buscar o lucro, a liberdade de lutar por posições no mercado, será visceralmente inconstitucional.

Serão ilícitos, todavia, os atos que (i) sejam capazes de assegurar ao agente econômico um poder sobre o mercado – uma posição dominante – que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência³⁴; ou (ii) representem o abuso de poder já conquistado – abuso de posição dominante –, seja através da obtenção de lucros abusivos,

³¹ *The EC Law of Competition*, vários, organizado por Jonathan Faull e Ali Nikpay, Oxford University Press, 1999, p. 123.

³² Paula Forgioni, obra citada, p. 269.

³³ Parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8884/94.

³⁴ Incisos I e II do art. 20 c/c parágrafo 1º do mesmo artigo.

seja através do seu exercício em detrimento dos demais agentes econômicos (ou dos consumidores), impedindo o desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente³⁵.

(v) Regra da Razão e Restrições Ancilares

Como se viu, o art. 20 da Lei 8.884/94 gira em torno do conceito de posição dominante, indispensável para que se estabeleçam quais as condutas serão lícitas ou ilícitas, em face da ordem econômica.

Ao assim proceder, o legislador tornou obrigatório o exame das condições de um mercado específico, para que então se possa afirmar a eventual ilicitude de determinada prática. Somente à vista de um determinado mercado se pode apreciar (i) se os agentes econômicos dispõem ou não de posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de lhes assegurar uma posição dominante; (iii) se os meios utilizados para o alcance ou manutenção de uma posição dominante são legítimos ou não; (iv) se a existência de uma posição dominante permite ao seu detentor cobrar preços excessivos. A avaliação dos impactos anticoncorrenciais de um determinado ato – e portanto de sua ilicitude – dependem do estudo do mercado, pressupõe, como mostra Carlos Eduardo Vieira de Carvalho:

“uma avaliação do mercado relevante, da participação relativa, nesse mercado, do representado e seus concorrentes e, a partir daí, da verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos seus consumidores de produtos e serviços”³⁶.

Diz-se que a legislação brasileira “manteve em seu sistema de repressão a regra da razão”³⁷ que, tal qual concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil*, afirma que o direito antitruste deve ser interpretado “sob a luz da razão”, de sorte a que apenas as restrições “desarrazoadas e indevidas” merecessem punição³⁸. E a verificação do que é irrazoável e ilícito, à luz da razão, depende do exame da “conjuntura econômica” em

³⁵ Incisos III e IV do art. 20.

³⁶ Apuração de Práticas Restritivas à Concorrência, Revista do IBRAC, Vol. 1, n. 4, p. 31.

³⁷ Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, artigo citado, p. 27.

³⁸ João Bosco Leopoldino da Fonseca, Lei de Proteção da Concorrência, Forense, 2001, p. 71.

que se celebrou determinado ajuste, e que resultou de determinado ajuste³⁹. Como afirmava o *Justice Brandeis*, da Suprema Corte dos Estados Unidos:

*“... the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and predict consequences”*⁴⁰.

Além do exame das condições do mercado, a aplicação da regra da razão impõe a apreciação dos efeitos positivos decorrentes de um determinado ato, o cotejo entre as restrições que dele decorrem, e as eficiências dele resultantes. A questão é bem resumida no Anexo II da Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999:

“O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

³⁹ Shieber, obra citada, p. 91.

⁴⁰ Citado por Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, ed. Free Press, 1993, p. 43.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios”.

No cotejo dos benefícios e malefícios resultantes de uma cláusula restritiva da concorrência, impõe-se, ainda, verificar se tais disposições contratuais são ou não acessórias a outros ajustes legítimos, cuja eficácia se pretende preservar. É a aplicação do conceito de *ancillary restraints*, também oriundo da experiência norte-americana, assim definido por Robert Bork:

*“To be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes”*⁴¹.

O tema é tratado no acórdão do CADE, proferido no Ato de Concentração n° 163/97 (Praxair/Rollmaster), relatado pelo Conselheiro Marcelo Caliarì:

“Segundo esta doutrina, tais restrições são aceitáveis quando inseridas num contexto maior, de uma outra operação que é o fim, o objeto principal da transação, e da qual elas constituem apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado. A lógica dessa permissão, ressalta Korah, é que o acordo acessório pode constituir um fator importante ou mesmo necessário para dar suporte ou viabilizar a realização da própria transação principal (...) No mesmo sentido, Calixto Salomão ressalta ainda que as restrições auxiliares podem ser ‘coadjuvantes necessários para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas’”.

O acórdão do CADE no Ato de Concentração n° 109/96 (Procter & Gamble/Bombril), relatado pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro, também resume a questão:

⁴¹ Obra citada, p. 27.

“É nesse sentido que tem sido direcionada a jurisprudência norte-americana em matéria de acordos de não concorrência (ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992, p. 98/99). O entendimento é de que esses acordos não constituem violação ao Sherman Act, desde que sejam acessórios ao propósito principal de um negócio considerado legítimo, e que tenham sua amplitude estabelecida de maneira proporcional à proteção que se deseja obter para os legítimos interesses do beneficiário da restrição. Assim, a análise de um acordo ancilar de não concorrência é determinada sob a regra da razão”.

(vi) Validade das Cláusulas de Não Concorrência

À vista dos princípios acima descritos, as cláusulas de não concorrência, quando ancilares a acordos legítimos e na medida em que observados os limites necessários para atingir os objetivos visados, são francamente admitidas em nosso direito.

Duas são as situações normalmente contempladas: os contratos de compra e venda de um negócio (seja um estabelecimento ou uma sociedade) e a junção de esforços em uma empresa comum (seja uma *joint venture* não corporativa ou a constituição de uma sociedade com controle compartilhado).

No primeiro caso, a cláusula de não concorrência visa a permitir que a clientela, cujo valor econômico é evidente, seja transferida, sem que o comprador corra o risco de sofrer a imediata concorrência do vendedor.

Do acórdão proferido pelo CADE no Ato de Concentração 163/97, já mencionado, extrai-se o seguinte:

“...De fato, a admissão de cláusulas de não concorrência tem por efeito valorizar o negócio e estimular a realização de transações, já que o comprador tem segurança de que não vai ver o seu investimento desvalorizado e mesmo seus resultados ameaçados pelo retorno imediato do vendedor ao mesmo negócio, subtraindo-lhe imagem e clientela”.

Assim, nas diversas vezes em que apreciou a validade de tais cláusulas de não concorrência, o CADE as aprovou, estabelecendo limites, geográficos ou temporais, à vista das condições específicas de cada mercado relevante. Do acórdão proferido no Ato de Concentração n° 08012.006958/98-09 (Mon-santo/Abbot), Franceschini extrai o seguinte:

“A cláusula de não concorrência, enquanto objeto meramente secundário da avença principal, insere-se no âmbito da aplicação da regra da razão. Assim,

adstrita temporal e territorialmente ao tempo necessário para a efetiva transferência das atividades objeto principal, é a mesma de ser admitida⁴².

O prazo usualmente aceito para tal restrição é de 5 (cinco) anos, como se depreende dos acórdãos proferidos nos Atos de Concentração n.ºs 163/97 (Praxair/Rollmaster); 193/97 (BASF/Dow Química); 08012.000167/98 (Etti/Parmalat); dentre outros. Em outras situações, mais raras, o CADE entendeu que tal prazo poderia ser estendido, à vista de circunstâncias específicas do mercado relevante em apreço. Um prazo de 10 anos foi admitido, por exemplo, nos atos de concentração n.ºs 77/97 (Cia. Bras. De Estireno/Unigel) e 179/97 (CBP/BASF).

A validade de tais cláusulas de não concorrência foi definitivamente consagrada no direito brasileiro com a edição do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que em seu art. 1147 estipula:

“Art. 1147 – Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.

Já no que toca às *joint ventures* (corporativas ou não), o objetivo das cláusulas de não concorrência é a concentração de esforços no empreendimento comum. Aliás, o primeiro caso da jurisprudência norte-americana, que consagrou o conceito de *ancillary restraints*, e que é referido por Bork como “*one of the greatest, if not the greatest, antitrust opinions in the history of the law*”, referia-se à inclusão de uma cláusula de não concorrência em um contrato de *partnership*. Segundo o Juiz William Howar Taft, relator do acórdão *Addyson Pipe & Steel*:

“... when two men became partners in a business, although their union might reduce competition, this effect was only an incident in the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community. Restrictions in the articles of partnership upon the business activity of the members, with a view of securing their entire effort in the

⁴² Direito da Concorrência – Case Law, ed. Singular, 2000, p. 173.

*common enterprise, were, of course, only ancillary to the main end of the union, and were to be encouraged*⁴³.

No caso de cláusulas de não concorrência vinculadas à participação em um empreendimento comum, a questão do prazo de vigência da restrição tem, normalmente, importância menor. Com efeito, em princípio, a obrigação de concentrar esforços se justificaria a qualquer momento da vigência da *joint venture*. Em tais casos, a maior preocupação, para que a cláusula se restrinja ao necessário para atingir seus fins, seria em relação à definição de seu objeto e raio de ação.

Nesse sentido, a jurisprudência da União Européia normalmente admite e considera anclares as cláusulas proibindo os sócios de concorrerem com o empreendimento comum. Dependendo de circunstâncias específicas de cada mercado, essas cláusulas têm sido admitidas por todo o prazo de vigência da *joint venture* (casos Sanofi/Sterling Drug e British Airways/TAT) ou até mesmo por um período que ultrapassa a vigência da *joint venture* (caso Thomson/Pilkington)⁴⁴.

Esse entendimento também vem sendo adotado pelo CADE. No julgamento do Ato de Concentração n° 08012.001205/00-93 (Liebherr/Embraer), relatado pelo Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, o CADE admitiu a validade de uma cláusula de não concorrência “enquanto existir a empresa” comum, já que a vedação estava restrita “ao mercado de atuação da *joint venture*”

O mesmo se depreende dos acórdãos proferidos nos Atos de Concentração n°s 08012.004804/98-54 (Lucent/Telesis) e 08012.000034/99-20 (Debida/Tessengerlo), assim resumidos por Franceschini:

“A *joint venture* representa um compartilhamento de uma atividade, para a qual cada participante pode trazer uma contribuição específica, sendo assim perfeitamente razoável que um participante não queira que seus conhecimentos sejam utilizados pela outra participante em benefício próprio. Assim, as

⁴³ Citado por Robert Bork, obra citada, p. 28.

⁴⁴ Ivo Van Bael e Jean François Bellis, *Competition Law of the European Community*, ed. CCH Europe, Bruxelas, 1995, 3 ed., p. 481 e Jacques Zachman, *Le Contrôle Communautaire des Concentrations*, ed. LGDF, Paris, 1994, p. 356.

cláusulas de não-concorrência durante a vigência da *joint venture* é em princípio perfeitamente justificável”⁴⁵.

“Lícita é a cláusula de não concorrência sem limitação de tempo quando estabelecida para prevalecer durante o prazo de vigência do Acordo de Acionistas celebrado em relação à *joint venture*. É que, nesses casos, a restrição objetiva preservar o negócio da própria sociedade”⁴⁶.

Portanto, as cláusulas de não concorrência, ancilares a acordos legítimos como aqueles resultantes da formação de uma *joint venture*, são, em princípio, válidas segundo a legislação brasileira.

Finalmente, embora, pelas razões apontadas anteriormente, pareçamos mais própria a qualificação das cláusulas de raio como cláusula de não concorrência, é importante referir que as cláusulas de exclusividade territorial também não são, de *per se*, ilícitas, sendo usualmente admitidas por aplicação da regra da razão⁴⁷.

(vii) Validade das Cláusulas de Raio

Foi visto anteriormente que o *shopping center* é um centro de interesses, organizado e estruturado pelo empreendedor, a partir de um planejamento específico, em que há uma interdependência entre cada lojista, entre cada atração, e no qual as cláusulas de raio atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação do *tenant mix*.

A produtividade do *shopping center* como um todo, a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados, está diretamente relacionada ao *tenant mix* e ao peso relativo que cada comerciante instalado no *shopping* tem de atrair consumidores, internos e externos.

Além disso, o sucesso de um *shopping center* depende do permanente planejamento e execução de estratégias de marketing, coordenados pelo empreendedor, que beneficiam a todos os seus integrantes. Como diz Langozi:

⁴⁵ Obra citada, p. 181.

⁴⁶ Obra citada, p. 182.

⁴⁷ João Bosco Leopoldino da Fonseca, obra citada, p. 175.

“Os *shopping centers* viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada. Além do mais, conforme já foi ressaltado anteriormente, a estrutura organizacional facilita a internalização por qualquer unidade de uma parcela de esforço de promoção feito por terceiros (em geral grandes unidades). Em outras palavras, há uma transferência implícita de recursos reais com elevado valor de mercado das grandes unidades para as menores, com óbvios benefícios sociais”⁴⁸.

Essa internalização permanente de esforços de promoção, assim como a verdadeira transferência de clientela, se dá não apenas entre lojistas, mas, reciprocamente, entre lojistas e o *shopping center* como um todo, sendo legítima a proteção que se estabeleça para que tais esforços e clientela não sejam desviados para outros núcleos de interesse.

Em tais circunstâncias, parece impossível negar-se à cláusula de raio a condição de restrição ancilar, destinada a dar suporte e viabilizar a integração entre os diversos elementos do *shopping center*, tornando efetiva a união de interesses entre seus participantes, preservando seus respectivos pesos relativos e impedindo o desvio da clientela resultante dos esforços comuns.

Assim, tal qual ocorre em relação às cláusulas de não concorrência estabelecidas no âmbito das *joint ventures*, as cláusulas de raio serão em princípio válidas, na medida em que estejam adstritas aos limites necessários para atingir os fins, legítimos, repita-se, que elas visam a preservar.

Esse entendimento também foi manifestado pela *Federal Trade Commission (FTC)*, agência do governo norte-americano, responsável pela investigação e aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos. Em 1977, a *FTC* havia celebrado com a *Sears Roebuck* uma *consent order* (o equivalente, na legislação daquele país, ao termo de compromisso de que trata o art. 53 das Lei 8.884/94) que, dentre outras restrições, previa a retirada das cláusulas de raio existentes em contratos de locação em *shopping centers*. Em 1989, no entanto, a *FTC* aceitou rever o acordo, retirando as proibições relativas às cláusulas de raio, sob o fundamento de que tais cláusulas, quando sujeitas a certos limites, estimulam a competição ao incrementar o movimento nos *shopping centers* e dificilmente poderiam ser consideradas anticompetitivas⁴⁹.

⁴⁸ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 59.

⁴⁹ John R. Keys, “*The Antitrust Aspects of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases – 1994 Revision*”, *International Copuncil of Shopping Centers*, Nova York, 1994. p. 45.

O estabelecimento dos limites aceitáveis das cláusulas de raio depende, sempre, do exame das condições específicas do mercado relevante, definindo-o, analisando a posição relativa dos agentes econômicos nele envolvidos e as consequências potenciais do ato praticado em tal mercado.

Evidentemente, a análise de um mercado determinado fugiria ao âmbito deste estudo, que aborda a questão da validade das cláusulas de raio de maneira genérica. É possível, porém, apontar algumas peculiaridades do mercado de locação de espaços comerciais em *shopping centers* que, normalmente, o tornam pouco propício ao exercício abusivo de uma posição dominante, seja através da obtenção de lucros excessivos, seja por meio da criação de dificuldades a concorrentes.

Primeiramente, existe uma infinidade de combinações possíveis na formação do *mix* dos *shopping centers*. É virtualmente impossível que um *shopping* reúna todas as lojas do comércio com potencial para ter a função de âncoras, ou todas as lojas destinadas a um determinado público, ou todas as cadeias de cinema, etc. Assim, todo *shopping center* está permanentemente sujeito a sofrer concorrência, seja de outro *shopping*, seja das lojas de rua localizadas em suas adjacências.

Ademais, quanto maior for a força atrativa de um comerciante, maior o seu poder de negociar com os empreendedores do *shopping center* e de oferecer-lhe concorrência, seja em lojas de rua, seja através da presença em outros *shoppings*.

Finalmente, é certo que as relações locatícias entre empreendedor e lojistas de *shopping centers* estão subordinadas à Lei de Locações – Lei nº 8.245/91 – a qual prevê, em determinadas condições e após certo tempo, a possibilidade de ajuizamento de ações revisionais ou renovatórias, limitando o poder de o locador elevar, ao seu alvedrio, o valor do aluguel.

De todo modo, ainda que um comportamento independente e indiferente em relação ao mercado por parte dos empreendedores de *shopping centers* encontre obstáculos, é de se reconhecer que, em maior ou menor grau, dependendo das circunstâncias, limites à cláusula de raio se impõem.

Inicialmente, é necessário que se defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide a regra de não concorrência com o *shopping center*. Na medida em que a cláusula de raio tem função essencial de manter a posição relativa do lojista no *tenant mix*, considerando sua força atrativa, não há porque estendê-la além das atividades exercidas pelo lojista naquele *shopping*.

No que diz respeito ao prazo de vigência, entendemos que, em situações normais, o paralelo entre o interesse protegido em um *shopping center* e o interesse protegido nas *joint ventures* autoriza que a restrição vigore durante todo o curso da relação locatícia.

Por fim, o raio propriamente dito em que a concorrência estaria proibida deverá ser limitado ao estritamente necessário para que o poder de atração da loja localizada no interior do *shopping* não seja aviltado. A distância cabível, naturalmente, dependerá de diversos fatores, que fazem parte dos próprios estudos de viabilidade para a composição do *tenant mix*. Em um “*shopping* de vizinhança”, cujo *mix* é formado para atender as necessidades básicas de consumidores vizinhos, o raio de proteção será menor; em um *shopping* regional, que visa a atender a toda sorte de clientes, o raio poderá ser maior. No interior, em que o deslocamento entre grandes distâncias se faz em um curto espaço de tempo, o raio poderá ser maior, nos grandes centros, marcados por engarrafamentos, menor, etc.

Como se verá no próximo capítulo, nos casos de que se tem conhecimento em que cláusulas de raio foram consideradas legítimas pelo Poder Judiciário brasileiro, o raio de proteção admitido girou em torno de dois mil metros. Essa distância, no que toca a *shopping centers* localizados em grandes centros urbanos, parece justificável, na medida em que tem origem no fato de que é esse o raio de influência usualmente considerado nos estudos de viabilidade para a implantação dos *shopping centers*, que permitem dar formato ao *tenant mix*.

(viii) A Posição da Jurisprudência

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, cláusulas de raio em *shopping centers* já foram objeto de contestação em Juízo.

Maria Elisa Gualandi Verri aponta que na jurisprudência norte-americana a validade de tais cláusulas é examinada a partir da verificação da “razoabilidade dos atos e da eventual justificativa destes”⁵⁰. Ou seja, aplica-se, a tais cláusulas, a *rule of reason*.

No livro “*The Antitrust Aspects of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases*”, John R. Keys Jr. resume o posicionamento das cortes norte-americanas:

“The courts have taken into account, and relied upon, business justifications to uphold restrictive lease covenants as a reasonable restraint ancillary to otherwise valid agreements. It has been recognized, for example, that a shopping center is a business venture that requires a carefully developed and controlled mix of tenants for its

⁵⁰ Obra citada, p. 145.

success, and that restrictive covenants may be essential to ensure an appropriate grouping of such tenants”⁵¹.

Citamos alguns casos:

1. *Winrock Enters v. House of Fabrics*, Suprema Corte do Novo México, 1978: a corte reconheceu a validade de uma liminar para impedir que o locatário de uma loja em um *shopping center* abrisse outro estabelecimento a duas milhas do *shopping*, por entender que a cláusula de raio servia a um propósito legítimo e não era mais abrangente do que o necessário;

Child World, Inc v South Towne Centre Ltd – Corte Distrital de Ohio, 1986: considerou que as restrições existentes nos contratos de locação de espaços em *shopping center* não seriam ilícitas *per se* segundo o Sherman Act, permitindo a aplicação de cláusula proibindo a concorrência em um raio de seis milhas;

Pensacola Associates v. Biggs Sporting Goods Company – Corte Distrital de Apelações da Flórida, 1978: considerou que cláusula contratual que restringia a possibilidade de um locatário em um *shopping center* abrir loja similar num raio de três milhas do *shopping*, sob pena de somar toda a receita bruta da nova loja à receita da loja no *shopping*, para fins de cálculo do aluguel percentual, seria *prima facie* razoável e não representaria, em princípio, qualquer restrição ilegal ao comércio.

No Brasil, os seguintes acórdãos merecem ser citados:

1. Apelação nº 477.739-0 – 10ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Concedeu o despejo de locatário que violou cláusula contratual que lhe impedia de abrir loja em um raio de dois mil e quinhentos metros de distância do *shopping center*. Para o acórdão, a cláusula de raio em *shopping center* seria válida e não representaria ofensa seja aos arts. 1º, IV e 173, § 4º da Constituição Federal, seja ao disposto na Lei nº 8.884/94;

2. Apelação nº 465.935-0/SP – 5ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Admitiu a validade de cláusula de raio por toda a duração do contrato de locação, reconhecendo que esta “guarda pertinência com o sistema

⁵¹ 1994 Revision, ICSC Publications, New York, p. 27.

especial de locação de espaços em centros comerciais”. Para o acórdão, a cláusula decorreria da liberdade de contratar, não eliminaria a concorrência nem possibilitaria o aumento arbitrário de lucros⁵².

Finalmente, deve ser salientado que o último dos acórdãos foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 123.847/SP. Embora o STJ não tenha apreciado o mérito do recurso, o voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro aborda o tema da validade das cláusulas de raio, desde que em limites razoáveis. Após afirmar que, em um *shopping center*, “todos os locatários se aproveitam da prestação de serviços, da área de alimentação, das comemorações, de lançamentos de prêmios para estimular as vendas”, a cláusula de raio que estabelece um limite de dois mil metros é tida como válida, considerando as características do local em que estabelecido o empreendimento (no caso, a cidade de São Paulo).

(ix) Conclusão

Em vista das considerações acima, concluímos que, em princípio, as cláusulas de raio não atentam contra a livre concorrência ou a livre iniciativa e, portanto, não constituem ilícito contra a ordem econômica.

Com efeito, algumas características próprias e essenciais dos *shopping centers* decorrem da existência de uma tecnologia jurídica destinada a preservar a unidade do empreendimento e a integridade do *tenant mix*.

Graças à integração entre seus participantes (empreendedores e lojistas), os *shopping centers* são mais que um mero conjunto de lojas, formando sistemas complexos, com claros efeitos procompetitivos. Como salienta Langoni, a estrutura dos *shopping centers* permite a convivência lucrativa entre grandes e pequenos comerciantes, impedindo a ocorrência do fenômeno de expulsão de unidades menores de uma certa área geográfica do mercado e criando condições para a expansão do sistema como um todo, com a incorporação ou expansão de unidades menores. Aquilo que, em estruturas convencionais de mercados, contribuem para a elevação do seu grau de concentração – como por exemplo os custos de propaganda, os gastos no treinamento de mão de obra, as despesas no desenvolvimento de marcas novas – constituem-se, nos *shopping centers*, “nos itens geradores de substanciais economias de escala e externalidades que beneficiam todas as unidades de produção”⁵³.

⁵² Lex 162, p. 521.

⁵³ Artigo citado, p. 59.

As cláusulas de raio fazem parte do arsenal jurídico que garante a integridade do *tenant mix*, agindo para a preservação dos interesses comuns da generalidade dos locatários e empreendedores dos *shoppings*. As cláusulas de raio, nesse contexto, são restrições ancilares aos contratos de locação, destinadas à satisfação de fins legítimos e, portanto, não ofendem a Lei nº 8.884/94.

Naturalmente, a validade de tais cláusulas estará sempre condicionada à razoabilidade das restrições pactuadas. Salvo condições específicas de um determinado mercado, parece-nos que a cláusula de raio que vigore pelo prazo da locação e seja limitada, nos grandes centros urbanos, a uma distância de cerca de dois mil metros é compatível com os princípios acima afirmados e com a jurisprudência conhecida sobre a matéria.

ATIVIDADE ECONÔMICA, EMPRESA SOB CONTROLE ESTATAL E LIVRE CONCORRÊNCIA

Pedro Dutra

1. A intervenção estatal no domínio econômico. 1.1. A exploração da atividade econômica: artigo 173, da Constituição Federal. 1.2. Regime aplicável a empresa sob controle estatal. 1.3. Atividade econômica e a prestação de serviços públicos. 2. O alcance da lei de defesa da concorrência. 3. Estratégia competitiva e a guarda do sigilo. 3.1. Prestação de dados e de informações à autoridade competente. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

Empresa sob controle estatal tem por objeto social a comercialização de bens e a prestação de serviços a terceiros que revendem aqueles bens ao consumidor final. O mercado relevante em que a Empresa atua registra elevado índice de concorrência; nos últimos anos, novos competidores nele ingressaram, reduzindo a participação antes detida pelas empresas líderes. Atualmente, nenhum figurante desse mercado detêm-lhe fração superior a um terço.

Nesse contexto, são formuladas as seguintes questões:

a) por alguma forma, distingue a Lei a atividade econômica em função do bem ou do serviço que empresa pública, de economia mista, ou subsidiárias suas comercializem e prestem, e assim as exclui da incidência da regra do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, que sujeita estas empresas sob controle estatal ao regime jurídico próprio da empresa sob controle privado?

b) fixa a lei de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico - Lei 8.884/94 (defesa da concorrência) – tratamento especial à empresa sob controle estatal em sua atuação nos mercados de bens e serviços?

c) está a empresa sob controle estatal produtora e comercializadora de bens ou prestadora de serviços, em razão da titularidade do seu capital, obrigada a tornar público dados e informações relativos à sua estratégia competitiva, inclusive divulgando custos e preços dos produtos e serviços que comercialize e preste a terceiros que irão ofertá-los diretamente ao público?

1. A intervenção estatal no domínio econômico

É clara a regra do artigo 173, da Constituição Federal, cuja transcrição se impõe:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

I - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....

II - A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;” (nosso grifo).

Foram criadas as empresas sob controle estatal – empresas públicas, empresas de economia mista e suas subsidiárias, estas as palavras da Lei – para explorar atividade econômica, pois são essas empresas uns dos meios de intervenção estatal direta no domínio econômico. Portanto, o propósito do legislador ao criar empresas sob controle estatal era, e é, destiná-las à produção e comercialização de bens e à prestação de serviços¹; estes bens e serviços são ofertados e procurados em área geograficamente determinada, isto é, em mercados de bens e serviços, nos quais, salvo raras exceções, empresas sob controle privado também ofertam bens e serviços iguais ou semelhantes, e assim competem elas todas entre si.²

¹ Assim já no regime constitucional anterior, como bem anota Leopoldino da Fonseca, ao citar a regra especial então editada e ainda em vigor. “A organização da intervenção direta do Estado no domínio econômico tem embasamento legal no Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967, e na legislação subsequente, que o modificou substancialmente. (...) Por empresa pública entende ele ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de *atividade econômica* que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito’ e por sociedade de economia mista ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por Lei para a exploração de *atividade econômica*, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta”. in FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 247.

² Nem sempre a empresa sob controle estatal concorre com empresa sob controle privado; por exemplo, aquelas que atuam em regime de monopólio legal, ou em situação de monopólio de fato, embora este mercado onde este se verifique seja contestável, isto é, pode ser disputado por empresa que nele ingresse, possibilidade vedada quan-

Ao fixar no artigo 173, § 1º, II, que as empresas sob controle estatal sujeitam-se ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, atendeu o legislador ao caráter eminentemente privatista da ordem econômica constitucional³, a saber, nela é assegurado a todo cidadão o direito de livre iniciar o seu negócio e de livre concorrer – pôr em disputa o bem ou serviço obtido do seu negócio – liberdade essa que se objetiva em face do Estado, cujo papel em relação à ordem econômica, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, entre outros, é o de exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização⁴ dos agentes econômicos, e não mais intervir diretamente na atividade econômica de forma supressiva ou concorrentemente com a iniciativa privada, senão quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.⁵

O refluxo da intervenção direta à indireta do Estado no domínio econômico, cedendo ele o papel de agente supressor ou concorrente da iniciativa privada, (quando não monopolista) ao de agente normativo, fiscalizador e regulador da atividade econômica, isto é, de todos os seus mercados de bens e serviços e de todos os agentes neles atuantes, encontra na regra dos citados artigos 173 e 174, a sua formalização normativa. Na ordem econômica constitucional assim afirmada, e tendo-se em conta a excepcionalidade a condicionar a criação de empresas sob controle estatal, não haveria sentido em o legislador

do se tem o regime de monopólio legal. No primeiro caso, estão as empresas sob controle estatal geradoras de energia nuclear, que atuam sozinhas neste mercado e em alguns de seus segmentos; no segundo, a Petrobras, que detinha o monopólio legal da exploração do petróleo. Embora hoje ela seja, praticamente, monopolista de fato, está o mercado de exploração e refino de petróleo onde atua aberto à contestação, seja por meio de importação feita por outra empresa atuante neste mesmo mercado, ou por terceiro que queira se instalar no mercado de petróleo, ou associar-se, como já ocorre, à Petrobras na exploração de petróleo.

³ Assim Fábio Konder Comparato: “Reiterando a orientação privatista da Constituição anterior, a nova Carta, Política declara que, ressalvados os casos por ela previstos, ‘a exploração direta de atividade econômico pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (artigo 173)”. COMPARATO, Fábio Konder. O exercício da atividade empresarial pelo Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990. n. 93, p. 270.

⁴ “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.” (grifamos)

⁵ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (grifo nosso)

atribuir à empresa sob controle estatal regime jurídico que não fosse próprio da empresa privada. Por outro lado, não seria admissível deixar aos mercados de bens e serviços, à desenfreada atuação de seus agentes, a afirmação da livre concorrência, princípio a reger a ordem econômica constitucional e a distinguir a intervenção indireta do Estado na atividade econômica, cuja afirmação acha-se fundada, precisamente, na repressão e prevenção do abuso do poder econômico, prática que a experiência já demonstrou ocorrer, ordinariamente, em mercados não sujeitos à regulação e à fiscalização promovida pelo Estado na forma da Lei.

A intervenção indireta do Estado na atividade econômica, como afirmada na ordem constitucional brasileira não reduz a presença estatal na ordem econômica; antes, leva-a a todos os mercados de bens e serviços, para nelles reprimir o abuso do poder econômico, fiscalizar a conduta de seus agentes e regular, especial e adicionalmente, determinados mercados, nos quais a guarda do interesse público requer maior cuidado. Como mostram SANTOS & GONÇALVES & MARQUES:

“Por paradoxal que possa parecer, a redução do peso do Estado-empresário e a liberalização de determinados sectores de actividade económica, a que se tem assistido ao longo dos últimos anos em diversos países, têm sido acompanhadas por um alargamento do papel do Estado como regulador. Este fenómeno, a que alguns autores têm chamado ‘re-regulação’, incide em especial sobre os mercados emergentes como resultado dos referidos processos de privatização e de liberalização. Assim, tanto a privatização de empresas públicas – que não haviam sido objecto em muitos casos de uma regulação pública sistemática –, como a abertura à concorrência de sectores anteriormente vedados ou de acesso controlado (como por exemplo, as telecomunicações) têm dado origem ao estabelecimento de novos regimes e instâncias de regulação. Os objectivos essenciais destes regimes são o de garantir o respeito das regras da concorrência pelas empresas, designadamente pelas empresas privatizadas, e o de assegurar a qualidade e a quantidade dos bens ou serviços produzidos, em particular quanto se trate de bens ou serviços de interesse geral.”⁶ (grifos da obra)

1.1. A exploração da atividade econômica: artigo 173, da Constituição Federal

⁶ SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 73.

Regime é a forma de agir em determinado sentido, a designar determinada direção; NASCENTES dá-lhe o significado principal de direção⁷, assim também PLÁCIDO E SILVA⁸. Dizer o mesmo regime é dizer a mesma forma de agir, de dirigir-se, de conduzir-se, no caso em um mesmo mercado, explorando atividade econômica. Ao dizer a lei sujeitar-se a empresa sob controle estatal ao mesmo regime a que se sujeita a empresa sob controle privado, diz que aquela deve dirigir-se, conduzir-se conforme a lei aplicável à empresa sob controle privado, quando – leia-se a lei – “explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. Nada há na lei a dizer ou a sugerir que, em razão da empresa sob controle estatal dever agir sob o mesmo regime aplicável a empresa sob controle privado nos mercados de bens e serviços onde atue – isto é, quando explore atividade econômica – desveste-se ela das características que a distingue, em razão da titularidade de seu capital, da empresa privada, e assim escapa à incidência das normas de controle de órgãos da administração pública. É clara a finalidade da norma igualitária: todas as empresas que explorem atividade econômica sujeitam-se ao mesmo regime jurídico e esse regime é de natureza privada. O princípio, subjacente a esta norma, há muito acha-se inscrito no direito nacional, referindo a isonomia que deve estar à base da exploração da atividade econômica, na qual, mostra FRANCISCO CAMPOS, o Estado não age como poder público, e sim como agente econômico organizado como os demais, privados:

“Ao resolver-se a participar da atividade industrial ou comercial, o Estado abandona o regime que lhe é peculiar quando opera na sua qualidade de poder público, para ingressar, como comerciante ou industrial, no quadro jurídico geral ou comum da igualdade de direitos e obrigações com os particulares, que já encontra exercendo a mesma atividade. O quadro jurídico dentro no qual se exerce o comércio ou a indústria é o da concorrência, que pressupõe, necessariamente, a igualdade de tratamento a ser dispensada a todos os que militam em iniciativas gerais ou comuns a todos, ou que não se compreendem na reserva estabelecida em benefício do Estado e na qual se incluem tão-somente as faculdades inerentes ao poder público, os privilégios ou as regalias, que lhe asseguram a dominação da sua vontade sobre as vontades indi-

⁷ Cf. SILVA, Moraes. *Diccionario da língua portugueza*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves - Editor, 1878. t. II, p. 575; NASCENTES, Antenor. *Diccionario etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1952. t. II, p. 682.

⁸ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 4, p. 66.

viduais, e isto tão-somente nos limites em que a Constituição permite regular, restringir ou condicionar o gozo ou o exercício dos direitos individuais.”⁹

A distinção entre regimes em que empresas sob controle privado e público devessem atuar, fosse ela feita por qualquer forma, criaria uma desigualdade em favor da iniciativa empresarial estatal, contrária à forma prevista de intervenção estatal na ordem econômica e especialmente aos princípios legais da livre iniciativa e da livre concorrência que a articulam. TAVARES BORBA, analisando a regra do artigo 173, da Constituição Federal, nela precisa a igualdade que deve ser observada na exploração da atividade econômica:

“Com o fim de preservar a coerência de sistema, evitando que a legislação ordinária excepcionasse a legislação comum das sociedades comerciais e estabelecesse privilégios ou restrições para as empresas do governo, determinou a Constituição Federal (art. 173, § 1º) que estas se sujeitassem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

Depreende-se de todo o exposto, que a Constituição não só impede que a lei possa beneficiar as sociedades de economia mista em detrimento das entidades privadas, como, ao revés, embora visando ao mesmo propósito, que é o de preservar a sadia competição no mercado (art. 170, IV e 173, § 4º, CF), veda que as leis as possam prejudicar, com a imposição de controles burocráticos que as estorve em sua atuação no mercado. (...) O que o legislador constitucional pretendeu, desde a redação original do art. 173, § 1º, foi garantir a igualdade de competição do mercado de todas sociedades de economia mista, indistintamente, com o reconhecimento implícito de que a álea inafastável da mercancia seria um risco assumido pelo capital público a elas aportado, não tendo sentido impor-lhes um oneroso controle burocrático de procedimentos de gestão, mas, tão-somente, o controle societário de resultados, comum a todas as sociedades anônimas.”¹⁰ (grifos da obra)

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO distende o ponto, apontando os efeitos negativos, a recair sobre o contribuinte, houvesse o legislador constitucional desatendido ao princípio sedimentado da igualdade a ser aplicado a todas as empresas que explorem atividade econômica:

“Mas, mesmo atuando concorrentemente, através de suas empresas públicas, sociedades de economia mista ou de outros tipos de entidades, o Es-

⁹ CAMPOS, Francisco. Sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: RT, abr./jun. 1963. v. 72, p. 387.

¹⁰ *apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1999. n. 217, p. 99.

tado empresário ficará sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não podendo gozar de quaisquer privilégios fiscais que não sejam extensivos ao setor privado (art. 173, §§ 1º e 2º, CF).

Garantiu, assim o legislador constitucional, zelando pelo efetivo primado da livre concorrência, que a ineficiência do Estado empresário não se mascarasse por trás de privilégios, que, em última análise, oneram triplamente o público, como consumidor, como usuário e como contribuinte.”¹¹ (grifos do original)

1.2. Regime aplicável a empresa sob controle estatal

A isonomia de regime jurídico que a citada regra do artigo 173 fixa, a alcançar tanto a empresa sob controle estatal quanto a empresa sob controle privado, não importa, todavia, na negação das características especiais a revestir a empresa sob controle estatal e que a distingue efetivamente, como empresa, da empresa sob controle privado, como apontado; são nítidas, são óbvias essas características, e assim exige a natureza mesma da empresa sob controle estatal, pois outra é a titularidade do seu controle – estatal e não privado. Essas características expressam-nas as normas legais de controle da administração pública, que alcançam a empresa sob controle estatal, e a identifica, neste aspecto, aos demais órgãos da administração pública. Contudo, tais normas não transformam a natureza da atividade econômica que a empresa sob controle estatal explore, de produção e comercialização de bens, e de prestação de serviços. Assim porque outra é a finalidade dessas normas de controle, qual seja, assegurar a lisura no trato da coisa pública – a empresa sob controle estatal – em toda a latitude desse propósito, aí incluída a forma de essa empresa ser administrada. LUIS ROBERTO BARROSO delinea o alcance dessas normas de controle a alcançar a empresa sob controle estatal:

“As normas de direito público, no regime jurídico das sociedades de economia mista, somente se aplicam por exceção e concentram-se em duas áreas: (a) nas suas relações com a pessoa jurídica instituidora e (b) nos seus mecanismos de controle. Estão sujeitas, assim, a procedimentos como a supervisão ministerial e o controle do emprego de recursos públicos pelo Tribunal de Contas. Tais procedimentos, aliás, não excluem os controles internos da própria sociedade, como, por exemplo, a defesa dos interesses dos acionistas minoritários, sob as regras da legislação societária. Porém, nas suas relações com terceiros, e, sobretudo nas relações com pessoas jurídicas privadas, su-

¹¹Idem. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 469.

bordinam-se as sociedades de economia mista às mesmas normas a estas aplicáveis”.¹²

A exploração de atividade econômica – a produção e comercialização de bens e a prestação de serviços – por empresa sob controle estatal, dá-se em um mercado normatizado, regulado e fiscalizado, na forma da Lei, pelo Estado, incidindo as regras que desdobram esta função estatal também sobre a empresa privada produtora de bens e prestadora de serviços, tais as regras de defesa da concorrência, de defesa do consumidor e de regulação especial de determinados mercados¹³. Afastou o legislador, assim, a possibilidade de, tanto a empresa sob controle estatal quanto a empresa sob controle privado, na exploração de atividade econômica – na atuação em mercados de bens e serviços, quaisquer que sejam eles – porem-se a salvo da disciplina legal dos mercados econômicos; em uma palavra, atuarem à margem da intervenção estatal reguladora e fiscalizadora da atividade econômica. Em relação a empresa sob controle estatal, note-se, maior e mais amplo é o controle estatal, a ocorrer já no curso ordinário da sua administração, pois submete-se ela, como visto, às regras de controle aplicáveis aos órgãos da administração pública; e, em sua atuação nos mercados de bens e serviços, acha-se ela também submetida às mesmas normas de fiscalização e regulação, promovida por órgãos da administração pública e igualmente aplicáveis a empresa sob controle privado atuante nesses mercados.

A atividade econômica que a empresa sob controle estatal explora é a mesma que exerce a empresa sob controle privado: esta e aquela produzem e comercializam bens e prestam serviços; e tal atividade tem lugar nos respectivos mercados de bens e serviços. O fato de a administração da empresa sob controle estatal dever observar as regras aplicáveis à administração pública, e assim estar sujeita aos controles internos e externos que alcançam os demais órgãos da administração pública, não transmuda a natureza da atividade econômica que explora, de produtora e comercializadora de bens ou de prestadora de serviços, ou lhe transfigura a atuação nesses mercados. Em perfeita síntese,

¹²BARROSO, Luis Roberto. Intervenção no domínio econômico – Sociedade de economia mista – Abuso do poder econômico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. abr./jun. 1998. n. 212, p. 310.

¹³ Assim, inclusive, no sistema jurídico francês, marcado por forte presença estatal na ordem econômica: “La confrontation des entreprises publiques à la concurrence est aujourd’hui générale. Elle concerne non seulement les entreprises agissant traditionnellement en secteur concurrentiel, mais également les entreprises de service public obligées à un effort de compétitivité, même lorsqu’elles disposent d’un ‘monopole’ qui n’est en général que très relatif, qu’il s’agisse du secteur énergétique ou des transports”. COLSON, Jean-Philippe. *La gestion des entreprises publiques. Droit public économique*. Paris: LGDJ, 1995. p. 282.

ALCIDES CRUZ há muito precisou, exemplificando, os planos jurídicos diversos, e não conflitantes:

“As relações jurídicas do concessionário com o poder publico concedente, são de direito administrativo; as do concessionário com o publico são de direito comercial.”¹⁴

A regra do artigo 173, § 1º, refere, claramente, atividade econômica como tal, e explicita as formas que a consistem, retiradas da experiência, pelo legislador: produção ou comercialização de bens, ou prestação de serviços. Não se acha, nas normas constitucionais, outra qualificação ou classificação para atividade econômica, assim como no plano material onde esta se trava.

Não classificou e não qualificou o legislador, na ordem econômica constitucional, a atividade econômica, ou nela distinguiu, do seu conjunto, mercados de bens ou de serviços, dizendo-os discretos dos demais, nos quais atuam empresas sob controle privado; ou seja, não sobrepôs o legislador à realidade patente da atividade econômica – que tem lugar nos mercados de bens e serviços que a compõem – categoria artificial para nela acomodar a exploração de atividade econômica por parte de empresa sob controle estatal. Certamente, seria ocioso, sobre ser extravagante, tal propósito, pois não guardaria vantajosamente a empresa estatal, mesmo se admitido fosse ela vulnerada pela isonomia a ela traçada em relação à empresa privada na exploração da atividade econômica, e, ainda, fosse vista como ameaçadora ao interesse público a atividade empresarial em si, exercida pela empresa estatal. Assim porque a isonomia traçada entre a empresa sob controle estatal e a sob controle privado não desveste aquela do controle a que a Lei submete os órgãos da administração pública; e a efetivação desse controle, para o fim de reprimir eventual desvio de finalidade que empresa sob controle estatal possa incorrer, ao explorar atividade econômica de produzir e comercializar bens e prestar serviços em diferentes mercados econômicos, regidos por normas de direito privado, é consideração estranha à finalidade visada pela regra do artigo 173, citado. É, antes, matéria própria da administração pública, do controle da atuação dos seus órgãos e agentes.

1.3. Atividade econômica e a prestação de serviços públicos

Mesmo os serviços públicos, que a Constituição Federal refere e não define, não se acham qualificados à margem da atividade econômica, que esta Lei, ao contrário, define nos termos do seu citado artigo 173; a disciplina da prestação dos serviços públicos, fixada no artigo 175 da Constituição, mostra-

¹⁴ CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*: exposição sumaria e abreviada. 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1914. p. 232

os como serviços que são, e assim se constituem em uma das formas de atividade econômica – a outra, a produção e comercialização de bens – ambas suscetíveis de exploração lucrativa, por parte de empresa sob controle privado¹⁵.

O legislador disciplina a prestação dos serviços públicos, preceituando-a em relação à prestação dos demais serviços, e a comete ao Poder Público, que poderá executá-la valendo-se do concurso de empresa sob controle privado, forma hoje corrente; assim o referido artigo 175:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

¹⁵ Claro está, existir exploração de atividade econômica destinada à satisfação do interesse público objetivado, – a prestação de determinado serviço ou a produção e comercialização de determinado bem – irremediavelmente deficitária, o que, todavia, não impede a sua exploração, seja por órgão da administração pública, empresa sob controle estatal inclusive, seja por empresa privada. Contudo, em qualquer dessas hipóteses, deverá haver, sempre, o propósito do poder público – assinado à empresa privada, se o caso – de eliminação do déficit ou a sua compensação de forma menos onerosa ao contribuinte. A prestação dos serviços de telefonia serve o exemplo: a universalização desses serviços, isto é, a disseminação da oferta desse serviço ao maior contingente possível da população, o de baixa renda incluído, provadamente não remunera suficientemente o seu prestador. Atendendo a essa realidade, inafastável no mercado brasileiro de prestação de serviços de telefonia, o legislador estipulou forma de subsidiar a universalização da oferta desse serviço; veja-se o artigo 81, da Lei Geral de Telecomunicações: “Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da Lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.”

A regra do artigo 175 tem, claramente, por finalidade organizar a prestação do serviço público, isto é, fixar os termos gerais determinantes em que o serviço público será prestado, seja por empresa sob controle estatal, seja por empresa sob controle privado. Para esse fim, nele está referido expressa e sucessivamente: o regime de concessão; a forma pela qual o prestador será selecionado – licitação; as cláusulas a serem obrigatoriamente estipuladas no contrato que tenha por objeto a prestação de serviço público, e as cláusulas de proteção dos direitos dos usuários, inclusive; a política tarifária; e a obrigação de continuidade e adequação da prestação do serviço público. Estes os termos que objetivam o dever do Estado de assegurar a prestação dos serviços públicos, irrespectivamente da titularidade do controle da empresa prestadora.

Não dispõe a Lei sobre a prestação de serviço público em função da titularidade da empresa que o vai prestar. Os termos e as condições que revestem a prestação dos serviços públicos, especiais em relação à prestação dos demais serviços, atendem à natureza do interesse afetado pela prestação daqueles serviços, – interesse público, e não interesse privado, cabendo ao Estado guardar preferencialmente o primeiro.¹⁶ A titularidade do controle da empresa prestadora do serviço público, e dos demais serviços que afetem direta e significativamente o interesse público, não faz o objeto da disciplina, e nem a condiciona, da prestação desses serviços; sujeitam-se seus prestadores, por igual, às regras que lhes disciplinam a prestação desses serviços.

Leis ordinárias especiais distendem e complementam os preceitos constitucionais na disciplina dos serviços públicos, assim a Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995), aquelas destinadas à regulação econômica de determinados mercados de prestação de serviços públicos, e de produção de bens também, atue neles empresa sob controle estatal ou não. Por exemplo: em mercado em que não atue empresa sob controle estatal – o de telecomunicações; em mercado onde atuem empresa sob controle estatal e sob controle privado – o de energia elétrica; em mercado no qual não seja prestado serviço público, mas sim serviços cuja prestação, por igual a estes, afeta direta e significativamente o interesse público – o de prestação de serviços de saúde; e em mercado no qual é dominante empresa sob controle estatal – o de petróleo e gás; e, por fim, em mercado no qual não atua empresa sob controle estatal – o de saúde suplementar.

¹⁶ Note-se que o mesmo se dá em relação a outros serviços não identificados como serviços públicos, mas que, como estes, afetam, direta e significativamente, o interesse público, e por essa razão são submetidos à regulação especial. Tais os serviços de saúde e de saúde suplementar, cuja prestação por empresa sob controle privado é igualmente preceituada em normas legais especiais, fiscalizada e regulada por órgãos especiais da administração pública, tais a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária - e a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Nestes mercados todos há exploração de atividade econômica, há a prestação de serviços públicos, a produção de bens e a prestação de outros serviços a igualmente afetar, direta e significativamente, o interesse público, e que por essa razão se acham também preceituados especialmente, sem, todavia, agravo à regra constitucional a definir atividade econômica e sua exploração, seja por empresa sob controle estatal, seja por empresa sob controle privado.

À vista das características inafastáveis porque próprias à natureza destes mercados de serviços e bens, não estipulasse o legislador os termos e as condições especiais que lhes revestissem a oferta, deixaria desprotegido o interesse público, o interesse transindividualizado, que estes serviços e bens afetam expressiva e diretamente¹⁷. Por essa razão, a sua guarda sobrepõe-se ao interesse privado¹⁸, e assim informa o dever do Estado de organizar a sua prestação, produção e comercialização, preceituando-a, ao contrário do que se tem em relação à oferta dos demais serviços e bens, que não afeta diretamente o interesse público e assim dispensa disciplina especial – a regulação econômica deles - embora, note-se, não a disciplina a alcançar a todos os mercados de bens e serviços, para o fim de neles reprimir e prevenir o abuso do poder econômico.

Mas este dever de o Estado organizar a prestação de determinados serviços, entre eles os serviços públicos, e a produção e a comercialização de determinados bens, não exigiu, e o legislador não a fixou em regra alguma, a especialização da atividade econômica que por alguma forma a classificasse ou qualificasse. Tanto assim, que a prestação desses serviços e a produção e a comercialização de determinados bens, admitem a realização de lucro, não

¹⁷ Nestes mercados, sejam eles de bens ou de serviços, do lado da oferta, é necessário às empresas, para que alcancem escala que lhes permitam atender à demanda, concentrar poder econômico de mercado em grau elevado, o que leva a formações oligopólicas e por vezes monopólicas, com óbvios riscos ao consumidor final; do lado da demanda, esta mostra-se, expressiva em seu volume e cativa em sua forma, em razão da essencialidade desses serviços e bens, que a utilização ordinária e contínua deles determina.

¹⁸ A crescente prevalência do interesse público sobre o interesse privado, fazendo daquele objeto da guarda preferencial do legislador, já era formulada, com notável antecipação, por Rui Barbosa, ao início do século XX: “Já se não vê na sociedade um meio agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade.” in BARBOSA, Rui. *Teoria política*. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Porto Alegre: W.M. Jackson Inc. Ed., 1952. p. 297.

constituíssem elas atividade econômica, ainda que esta se dê sob termos e condições especiais. Como mostra LUCIA VALLE FIGUEIREDO:

“Portanto, se, de uma parte, cabe ao Estado, como uma de suas funções essenciais, a organização e prestação dos serviços públicos, é, irretorquivelmente, competência de iniciativa privada a exploração da atividade econômica com objetivo de lucro. Por definição, aquele que empreende atividade econômica assim faz com o fito inequívoco de lucro. Isso define, claramente, o tipo de regime político-econômico a que nos submetemos. Em regime em que os meios de produção estivessem nas mãos do Estado tal problema, evidentemente, não se colocaria da mesma forma, ou, pelo menos, seria de menor importância. (...)

É de se notar, entretanto, que na concessão de serviço público há o fito, inequívoco, de lucro por parte do prestador do serviço. O serviço é o meio de obtenção do lucro, que é juridicamente permitido.”¹⁹ (grifamos)

Aliás, mesmo sob o regime fortemente intervencionista instaurado pela Carta de 1967-9, quando inúmeras empresas sob controle estatal foram criadas para prestar serviços e não apenas aqueles identificados como públicos, e produzir bens de toda sorte, os preços desses serviços e bens eram ditados pelo Executivo e a fiscalização e a regulação deles frustrava-se na voragem desse Poder, a garantia do lucro na prestação de serviços públicos foi assegurada, como mostra CAIO TÁCITO:

“A subordinação das estruturas tarifárias ao custo histórico do capital aplicado no serviço viria, porém, a instaurar grave crise na economia das concessões, a que somente veio a oferecer paliativo a adoção do princípio da correção monetária aplicado ao regime das concessões de serviço público, a partir de 1964.

Complementou-se, a seguir, a proteção do princípio do equilíbrio financeiro nos serviços de energia elétrica, com o advento, em 1971, da garantia mínima de remuneração do investimento reconhecido, a uma taxa anual variável entre 10% e 12%.”²⁰ (grifo nosso)

Nenhuma das regras do citado artigo 175 descaracteriza o serviço público como prestação de serviço que é, e o citado artigo 173 identifica como atividade econômica, ao lado da produção e comercialização de bens. As regras do citado artigo 175 organizam e preceituam a prestação do serviço público; não o discretam ou especializam do quadro da atividade econômica definido no artigo 173.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 109.

²⁰ TACITO, Caio. A nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1995. n. 201, p. 31.

Além do irrealismo intrínseco e da desigualdade que tal discreção criaria em relação às demais empresas prestadoras de serviços (públicos inclusive), aquelas sob controle privado, seria ela inócua se tivesse por finalidade acentuar a distinção existente entre empresas sob controle estatal e privado, com vista a assegurar incidência das normas especiais de controle destinadas às primeiras. Ora, tais normas, próprias da administração pública e que por essa razão alcançam as empresas sob controle estatal, prestadoras ou não de serviços públicos, não alteram o teor da regra do citado artigo 173, § 1º, I e II, que determina às empresas sob controle estatal, no exercício de atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, submeterem-se ao regime jurídico próprio das empresas sob controle privado, e nem são por este alteradas.

Ou seja, quando atuam nos mercados de bens e serviços, a empresa sob controle estatal, qualquer o serviço que preste ou o bem que produza ou comercialize, a prestação de serviço público inclusive, sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas sob controle privado, porque estão inequivocamente explorando atividade econômica e esta, indisputavelmente, é de natureza privada, nos termos da Constituição Federal.

Portanto, não há razão objetiva a sugerir, para o fim de excluir ou reduzir o alcance da incidência da regra do citado artigo 173 pela especialização da definição de atividade econômica aí fixada, o fato de a empresa sob controle estatal estar sujeita às regras de controle aplicáveis a órgãos da administração pública, ou, ainda, auferir ela eventualmente lucro em razão da atividade econômica que explore. A citada regra do artigo 173 refere-se especificamente à empresa sob controle estatal que explore atividade econômica de produção de bens ou de prestação de serviços, aí incluídos os serviços públicos, a dizer que esta agirá sob regime jurídico próprio da empresa privada, porque nestes mercados atua ao lado desta, com ela disputa ou pode disputar, e estes mercados regem-se sob o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, característicos do feitio privatista da ordem econômica constitucional.

A sua vez, a direção de empresa sob controle estatal sujeita-se às regras de controle aplicáveis aos órgãos da administração pública, assim como a conduta dela no mercado de bens ou serviços acha-se sujeita às regras de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico, de defesa do consumidor e, ainda, se o caso, às regras especiais de regulação econômica destinadas a determinados mercados. A estas normas todas, que organizam a função fiscalizadora e reguladora da atividade econômica, dos mercados econômicos todos, a ser cumprida pelo Estado, sujeita-se, por igual, a empresa privada. Está, assim, a empresa sob controle estatal cercada dos dispositivos legais suficientes ao seu controle, simultâneo e efetivo, seja no âmbito estrito da administra-

ção pública onde ela se inscreve, seja no mercado de bens e serviços onde ela atue.

Houvesse o legislador, mesmo arrostando flagrante artificialismo, excluído do âmbito da atividade econômica serviço que nomeou público, ou nela criado nichos a atender ou a privilegiar empresas sob controle estatal – o que todavia não fez e a norma legal sequer sugere – não apenas estaria sobrepondo à realidade concreta dos mercados econômicos uma realidade fictícia, que mostra a experiência de impossível subsistência objetiva, mas estaria sobretudo criando uma situação hostil à igualdade de direitos que os agentes econômicos todos devem entre si guardar como forma primária de se prevenir o abuso do poder econômico e assegurar o direito à livre iniciativa. E, ainda, seria tal artificialismo ocioso, à vista das garantias legais de controle e guarda do interesse público que já cercam a intervenção estatal direta na exploração da atividade econômica. Causa há a requerer real consideração quanto à efetividade da aplicação de tais normas de controle; mas aí trata-se da execução de norma legal, aliás tarefa primeira do poder Executivo.

Admitindo-se deduzir da aplicação da regra do artigo 173, citado, a especialização da atividade econômica, para o fim de, por essa forma, fiscalizar-se a administração das empresas sob controle estatal, e de resguardar-se a prestação de serviços públicos, por coerência, deve-se admitir igualmente especializar-se a função fiscalizatória e regulatória do Estado; então, teria esta função dupla destinação e modo: uma voltada à atividade econômica; e outra, distinta, voltada à atividade econômica especializada. Por outras palavras, admitida a especialização da atividade econômica em razão da natureza do serviço prestado ou do bem produzido ou comercializado, ou da titularidade do controle da empresa que atue nesses mercados, deve-se admitir, por força das mesmas razões a justificar aquela especialização, a especialização da fiscalização e regulação estatal da atividade econômica. Esta especialização por certo seria inaceitável, porque violaria o princípio da isonomia da ação estatal que está à base da ordem econômica.

Ao oposto, em lei ordinária obediente à regra do § 4º do citado artigo 173²¹, e a regra do artigo 170, inciso IV, e do mesmo artigo 170, inciso V, o legislador ordinário sujeita à prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico e às normas de defesa do consumidor, todos agentes – empresas – atuantes em todos os mercados de bens e serviços, independentemente de titularidade, estatal ou privada, do seu controle, do regime em que é prestado o serviço ou comercializado o bem, monopólico ou não, serviço público ou não.

²¹ “§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Em conclusão: a exploração da atividade econômica não conhece especialização em razão do serviço prestado ou do bem produzido e comercializado, ou em razão da titularidade do capital, pública ou privada, da empresa que o preste, produza ou comercialize; e a empresa sob controle estatal, ao atuar nos mercados de bens e serviços, públicos inclusive, sujeita-se ao regime próprio da empresa sob controle privado, regime conforme à ordem constitucional econômica, de caráter eminentemente privatista, a reclamar a intervenção estatal no domínio econômico dar-se em caráter excepcional, sendo esta contudo ordinária e inafastável para o fim de fiscalizar extensivamente e regular especialmente quando o caso os mercados de bens e serviços para neles, reprimindo e prevenindo o abuso do poder econômico, guardar o interesse público, função que cabe ao Estado promover, na forma da Lei.

2. O alcance da lei de defesa da concorrência

A Lei 8.884/94, de repressão ao abuso do poder econômico – de defesa da concorrência – desdobra a regra do citado artigo 173, § 4º, e assim objetiva este princípio regente da ordem econômica, fixado no inciso IV, artigo 170, da Constituição Federal. Não distinguiu o legislador ordinário entre empresas e demais agentes econômicos, atuantes nos diversos mercados de bens e serviços que articulam a atividade econômica:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

Designadamente, pôs o legislador todos os agentes econômicos em posição de absoluta igualdade, irrespectivamente da natureza deles: pessoa física ou jurídica; da forma de organização, - empresa ou não; no caso de empresa, independentemente da titularidade do seu controle – estatal ou privado; de eventual privilégio – tal o monopólio legal; da disciplina especial a cercar a prestação de determinado serviço – tais os serviços públicos; ou, ainda, da regulação de determinado mercado – tal o de petróleo e gás, e o de medicamentos. A todos os agentes econômicos atuantes em mercados econômicos de bens e serviços, destinam-se as regras de defesa da concorrência, desdobradas na Lei 8.884/94, para, em cumprimento da regra constitucional reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. (artigo 173, § 4º).

Percebeu o legislador ser indispensável fixar, na ordem concorrencial, ou seja, na disciplina dos mercados, na exploração da atividade econômica,

em mesma posição de igualdade as empresas sob controle estatal e privado, tal como lhes fixou o regime jurídico a observar. A igualdade deriva do fato de as empresas, independentemente da titularidade do seu controle, explorarem atividade econômica, atuarem no mercado econômico de bens e serviços. CONDOVASAINITIS, em minuciosa análise da recente experiência francesa, a mostrar a profunda transformação verificada na ordem econômica daquele país, que a exemplo dos demais países europeus e alguns asiáticos, e do Brasil inclusive, viu a intervenção estatal direta receder à intervenção indireta, ainda que em graus variados, vê na sujeição de todas as empresas às regras de defesa da concorrência um dos exemplos mais expressivos dessa transformação, que entre nós acha-se, como visto, inscrita na Constituição Federal:

“En effet, le statut de l’entreprise du secteur public, statut de droit commun ou calqué sur celui du droit commun des opérateurs privés, confirme l’égalité des moyens d’action de celle-ci par rapport à ses concurrents privés. Si l’entreprise du secteur public se voit offrir les mêmes possibilités que ses concurrents, elle devra, respecter cette égalité au niveau du droit de la concurrence. Si elle participe à la production et à l’échange des biens et des services d’une manière semblable à celle des entreprises privées, il est logique et juste de se voir soumise au même régime juridique.”²²

Desatendida a igualdade de regime entre as empresas sob controle estatal e privado, pela não incidência das regras de defesa da concorrência em favor de empresa estatal, estaria comprometida a unidade do mercado econômico e comprometido a orientação privatista da ordem econômica a disciplinar a atuação das empresas nos mercados econômicos:

“Dans un système d’économie non entièrement étatisée, qui trouve ses fondements dans le système de l’économie du marché, où les opérateurs économiques privés, régis par le droit privé, participent - même dans une proportion minimale - on ne pourrait pas admettre, que le principe d’égalité des conditions ne s’impose pas - tant comme droit, que comme obligation - dans son contenu minimum et essentiel, même pour les entreprises du secteur public, sans admettre, en même temps (et étant donné le caractère privé ou mixte du statut de ces dernières) la rupture de l’unité du marché et l’altération du sens du droit privé commun régissant les opérateurs économiques.”

A exploração de atividade econômica submete, por força do quadro normativo onde esta tem lugar, o agente às regras de defesa da concorrência, como conclui o AUTOR:

“Si le principe de l’égalité des conditions et, ainsi, de l’égalité dans la concurrence, est indissociable du droit privé, le respect des règles de

²² in CONDOVASAINITIS, Théodore. *Le secteur public industriel et commercial*. Paris: LGDJ, Bibliothèque de Droit Prive, t. 210. 1990. p. 47-48.

concurrence est une obligation valable, tant pour les entreprises du secteur public à statut mixte ou purement privé, que pour celles à statut de droit public. Pour ces dernières, seul le fait de leur intervention active sur le marché, où l'on veut que le droit des opérateurs privés garde encore sa place, suffit, nous estimons, à leur imposer cette obligation. (...)

Même si les établissements publics de type traditionnel, qui sont soumis aux règles du droit administratif, ne sont pas de commerçants - bien que soumis à des règles plus libérales de gestion, qui les rapprochent des entreprises privées - à notre avis, dès l'instant où ceux-ci se livrent à une activité économique, comportant des caractéristiques et des prérogatives du droit privé, et laquelle exercent à côté des entreprises privées, cet élément de parallélisme, malgré tout refus de reconnaissance formelle de commercialité, leur impose l'obligation de respect réciproque de l'égalité concurrentielle avec les autres opérateurs économiques, publics ou privés.”²³

A concorrência é fenômeno próprio do mercado econômico, formado pela oferta e procura livres de bens e serviços. O abuso do poder econômico por parte dos agentes atuantes nestes mercados, que frustra a concorrência, materializa-se inexoravelmente se não for ele reprimido e prevenido efetivamente. Esta função dupla é posta como dever do Estado, e faz objeto da Lei 8.884/94; para ser cumprida integralmente, não poderia a Lei deixar de destinar suas regras a todos os mercados de bens e serviços e a todos os seus figurantes, a todos que neles atuem. Do contrário, estaria o legislador deixando à margem da repressão ao abuso do poder econômico, que é fenômeno próprio da atividade econômica, a ação de alguns agentes em determinados mercados de bens e serviços, em inaceitável exceção à regra constitucional.

Atendeu o legislador brasileiro ao fato de que, onde há atividade econômica, haverá abuso do poder econômico e portanto a sua repressão e prevenção deve-se dar em todo o espectro – em todos os mercados de bens e serviços. Por outro lado, reconheceu que a repressão e a prevenção do abuso do poder econômico em determinados mercados, aqueles nos quais a prestação de serviços ou a produção e comercialização de bens afeta direta e significativamente o interesse público, e estes como vimos não se resumem aos serviços ditos públicos, defrontam-se com situações estruturais excepcionais e situações especiais de disputa entre os concorrentes, e que portanto deve a função preventiva e repressiva atender a essas situações excepcionais. Mesmo assim, não traz a Lei 8.884/94 exceção que compreenda essas situações extraordinárias; em boa técnica legislativa, deixou ao aplicador da norma verificá-las, caso a caso, a ele dando os instrumentos formais necessários a enfrentá-los. Por conseguinte, é possível ao aplicador da norma dizer que em determinados

²³ Idem. Ibidem, p. 47- 48.

mercados certas estruturas e condutas são admissíveis, e em outros não, sem que assim se tenha violado a regra da livre concorrência; ao contrário, é ela por essa forma afirmada, pois atende à especialidade concreta dos mercados.

A estas situações excepcionais atenderá o aplicador das normas de defesa da concorrência, verificando a realidade de cada mercado, de seus agentes e da sua inserção no conjunto dos demais mercados. Examinará, ainda, preceitos legais que orientem a prestação de determinados serviços – entre outros, os serviços públicos, considerando-os especialmente. Note-se que esses preceitos legais especializam, como dito, a prestação de serviços e o fazem em caráter excepcional, no quadro geral dos demais serviços, assim como em relação à produção e comercialização de certos bens. Por exemplo, a regra a determinar a continuidade da prestação de determinado serviço de telefonia fixa não exclui o seu prestador, independentemente da titularidade do seu capital, da incidência da Lei de defesa da concorrência. Assegurar continuidade desse serviço é regra que, sem dúvida, afeta o oferta dele, e pois a rentabilidade do seu prestador, o que torna razoável a compensação dessa redução de rentabilidade e, em razão desse fato, a Lei dispõe excepcionalmente, para possibilitar a prestação desses serviços por empresa sob controle estatal ou privado. Porém não se há de admitir o contrário, ou seja, ao prestador de tais serviços buscar ele mesmo recomposição de sua rentabilidade por meio de conduta abusiva do poder econômico de que dispõe.

Não excepcionou o legislador a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, porque a sua prática é inerente à atividade econômica, à ação dos agentes nos mercados de bens e serviços. Atendeu à regra constitucional que põe a atividade econômica, como visto definida no citado artigo 173, sob a fiscalização e regulação do Estado, a alcançar a todos os agentes – pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, diz a Lei²⁴ - que produzam e comercializem bens e prestam serviços.

3. Estratégia competitiva e a guarda do sigilo

²⁴ Artigo 15, da Lei 8.884/94: “Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

A atividade econômica exercida pela empresa no mercado concorrencial dá-se, ou deve-se dar, por meio de uma articulação de ações dirigidas²⁵ à conquista da preferência do consumidor do bem ou do serviço que oferece, seja ele consumidor final, que dará destinação final ao bem ou serviço, seja ele outro produtor ou prestador que irá usá-los na sua atividade. Isto é, por meio de uma estratégia competitiva, que DE WOOT assim exemplifica:

“Dans un monde concurrentiel, la stratégie vise essentiellement à conduire l'évolution de l'entreprise en vue de développer sa performance et d'éviter son déclin par vieillissement, manque d'initiative, perte de la maîtrise commerciale, technologique ou économique. La stratégie peut être définie comme l'ensemble des manoeuvres qui permettent à l'entreprise de mener victorieusement la conquête concurrentielle de ses marchés. Il s'agit d'un processus de décision et d'action, délibéré et anticipatif. C'est par lui que l'entreprise définit ses priorités, oriente ses forces, alloue – et réalloue – ses ressources rares. C'est par lui aussi qu'elle fixe les buts à atteindre et les normes du succès ou de la victoire.”²⁶

A estratégia competitiva é instruída por dados e informações gerados e recolhidos pela empresa no curso de sua atividade ordinária, e por dados e informações recolhidas no mercado. Não hesitou o legislador em reconhecer o significado, independentemente do seu alcance e grau de sofisticação, da estratégia competitiva das empresas presentes nos diversos mercados de bens e serviços, e assim proteger a estratégia em si, os dados e informações que são seus principais elementos formativos.

A proteção legal conferida a esses dados e informações de valor estratégico, da empresa que concorre, visa resguardá-los na própria empresa, dispensando-os de publicidade, e a natureza deles é a melhor justificativa a essa proteção legal, pois, como bem observa STIGLER, informação é um recurso valioso, pois o conhecimento (que ela propicia) é poder²⁷, a ser exercido no mercado. Assim, na disputa que trava no mercado em que atua vale-se a empresa de dados obtidos nele, junto aos consumidores, de seus concorrentes e daqueles a ela mesma relativos. O valor desses dados e informações como instrumentos de estratégia competitiva lícita tem a sua exata medida no fato

²⁵ Cf. MONTHRIAL, Thierry. *Stratégie*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). *Dictionnaire de stratégie*. Paris: PUF, 2000. p. 527.

²⁶ WOOT, Philippe. *Stratégie des entreprises*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). op. cit. p. 542.

²⁷ “One should hardly have to tell academicians that information is a valuable resource: knowledge is power. STIGLER, George. *The economics of information*. In: *The organization of industry*. Chicago and London: The University of Chicago Press. 1983. p. 171.

de as violações mais graves à livre concorrência exibirem, precisamente, a forma de cartel pela qual os infratores concertam suas ações, ante a impossibilidade ou a dificuldade de conhecerem a estratégia competitiva de seus concorrentes, e vencê-la pela disputa lisa com ele, ou eles. Neste tipo infrativo, como se sabe, duas ou mais empresas concorrentes ajustam preços e volume de produção de bens, ou de prestação de serviços; tanto mais efetiva será a ação ilícita assim articulada quanto maior o conhecimento de dados e informações trocados entre si pelos infratores. Cartéis de ação global são organizados a partir de ampla troca de dados e informações entre seus membros, os quais seus titulares, no curso da ação competitiva lícita, não revelariam.

A cada competidor cabe formular sua estratégia de disputa, com os dados e informações estratégicos que coletar, processar e analisar, na medida de sua especialidade. O mercado irá decidir sobre a competitividade de seus produtos ou serviços, e a preferência que conquistem será a medida do acerto da estratégia competitiva. A repressão e a prevenção do abuso do poder econômico, ou seja, a defesa da concorrência, promovida na forma da Lei, subordina a disputa à qualidade, pelo preço e pelo volume dos bens e serviços ofertados que são postos à escolha do consumidor. Nestas condições, é dele o juízo sobre os bens e serviços ofertados, é a ele assegurada a liberdade de escolher, de procurar.

Claro está, o preço do produto ou serviço não há de ser omitido ao seu consumidor direto, use-os na produção de outro bem ou na sua comercialização, ou na prestação de outro serviço, estes sim destinados ao consumidor final. Quer dizer, sejam bens e serviços utilizados como insumo, sejam eles ofertados ao consumidor final, o preço deles deverá ser conhecido, não fosse o preço elemento essencial do negócio jurídico de compra e venda e de prestação de serviço. No plano concorrencial, contudo, a publicidade do preço, a divulgação do preço ao mercado atende ao direito de escolha do consumidor, que deve ser livre e ampla. Nesse contexto, não se justifica a divulgação, ordinária e ampla, do preço dos insumos que são absorvidos e transformados na produção de bens e na prestação de serviços que serão a seguir ofertados diretamente ao consumidor final, ou, ainda, o preço pelo qual o revendedor haja pago pelo bem ou serviço que irá vender ou prestar diretamente ao consumidor final. O preço do insumo é custo de produção e de prestação de bens e de serviços, e é dado essencial na estratégia competitiva da empresa presente no mercado de consumo final, e, note-se, na maioria das vezes, não são esses insumos produzidos ou prestados por esta empresa, senão por ela contratados a outras empresas, que se acham acima dela na cadeia produtiva, em outro mercado relevante. Por igual, as empresas cujos produtos ou serviços são revendidos ou distribuídos e prestados por terceiras empresas ao consumidor final.

A estas sim, em qualquer hipótese, por certo o preço do bem e do serviço deverá ser divulgado.

Não cria a Lei 8.884/94 a possibilidade de serem divulgados dados e informações que articulem estratégia competitiva de empresa, independentemente da titularidade do seu controle, não apenas porque, como visto, todas as empresas são postas em mesma linha de sujeição à norma de defesa da concorrência, mas porque esta divulgação não interessa à escolha do consumidor, com ela não interfere, ou a compromete; ao consumidor interessa, no exercício do direito de livre escolher, que lhe é assegurado, o resultado material da estratégia competitiva do ofertante, do seu produto e serviço posto à escolha do consumidor e que se resumem na combinação de qualidade, preço e disponibilidade.

Obrigasse a Lei a divulgação da estratégia competitiva, em especial de custos de produção da empresa em função da titularidade estatal do seu controle, a igualdade com que todos os agentes econômicos devem ser tratados estaria vulnerada, e, concretamente, ocorreria direta e indevida vantagem à empresa sob controle privado, concorrente da empresa sob controle estatal, a esta sendo imposto direto e injustificável prejuízo.

Os efeitos da divulgação da estratégia competitiva de empresa sob controle estatal iriam além da perda da sua força competitiva: significariam prejuízo ao seu acionista majoritário, o que, na espécie, contrariaria o interesse público, pois o Estado não intervêm na exploração da atividade econômica para nela haver prejuízo em competição com empresa sob controle privado, pois esse prejuízo seria, necessariamente, suportado por toda a sociedade. Por uma palavra, sacrificar a posição competitiva de uma empresa é beneficiar sua competidora, independentemente da titularidade do capital dela.

3.1. Prestação de dados e de informações à autoridade competente

A Lei prevê, todavia, a eventual prestação de dados e informações que articulem estratégia competitiva de empresas, indistintamente, aos órgãos de defesa da concorrência, ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁸, à SDE - Secretaria de Direito Econômico,²⁹ e à SEAE – Secre-

²⁸ **“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:**

(...)

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

taria de Acompanhamento Econômico³⁰, quando necessário ao cumprimento do dever legal desses órgãos de prevenir e reprimir abuso do poder econômico. Ainda assim, acha-se o dever de guarda do sigilo legal expressamente fixado à autoridade recipiente de tais dados.

A prevenção do abuso do poder econômico dá-se pela verificação, pelos órgãos de defesa da concorrência, se os efeitos irradiados de ato ou negócio jurídico de integração do poder econômico, firmado por duas ou mais empresas antes independentes, a recair sobre os mercados de bens ou serviços neles restringe a concorrência ou resulta em domínio desses mercados, na forma do artigo 54, da citada Lei.³¹ Em ordem a verificar se tais efeitos importam ou importarão em domínio de mercado ou em restrição à livre concorrência – esta a finalidade da prevenção que esta norma estabelece – os órgãos de defesa da concorrência deverão examinar a situação do mercado ou mercados afetados pelo ato, e de cada um dos figurantes dos atos – das empresas que o celebram –, para tanto requerendo a estas prestar as informações e dados ne-

²⁹ “Art. 14. Compete à SDE:

(...)

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

(...)

V – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

³⁰ SEAE, Portaria nº 45, de 11/08/1999, art. 1º: “Art. 1º No exercício das atribuições que lhe são conferidas pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e pela Lei nº 9.618, de 2 de abril de 1998, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE - do Ministério da Fazenda poderá, com a finalidade de obter as informações ou documentos que considere necessários para as análises que realiza e para a instrução de procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 1994:

I - solicitar informações adicionais às empresas requerentes, nos atos previstos no art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, e às empresas/pessoas físicas representantes e/ou representadas, nos casos previstos no Título VI, Capítulos I e II, da Lei;

II – requisitar quaisquer informações adicionais, papéis e escritas sobre a produção, distribuição e consumo de bens e serviços em poder de pessoas de direito público e privado.”

³¹ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

cessários a essa análise, e eventualmente aqueles que articulam a estratégia concorrencial das empresas figurantes do ato de concentração.

Da mesma forma, quando os órgãos de defesa da concorrência apuram cometimento de infração à ordem concorrencial, exercendo sua função repressiva, nos termos dos artigos 20 e 21, da citada Lei 8.884/94, pode ser necessário ao órgão investigador, à SDE, e ao órgão julgador, o CADE, conhecer dados e informações da empresa, inclusive aqueles que lhe articulam a estratégia competitiva.

Tem-se, então, que, tanto na prevenção, quanto na repressão ao abuso do poder econômico, sempre porém em sede dos respectivos processos administrativos, outorga a Lei poder ao CADE, à SDE e à SEAE para requisitar dados e informações às empresas, inclusive aqueles relativos à estratégia competitiva delas, para o fim de instruir tais processos. Precisamente: dados necessários ao cumprimento da Lei por parte desses órgãos que para tanto acham-se habilitados³², porém na exata medida da relevância desses dados para o desempenho da função legal desses órgãos.

O poder que a Lei outorga aos órgãos de defesa da concorrência de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico não torna público, ou enseja o dever de publicidade, os dados e informações estratégicos das empresas. Ao oposto, própria Lei determina a esses órgãos, que tomem conhecimento de tais dados e informações no exercício de funções e na forma definida em Lei, o dever de lhes guardar sigilo, para que terceiro a eles não tenha acesso e assim não se beneficie, pelo indevido conhecimento e uso deles, na disputa concorrencial que trave com as empresas cujos atos se acham sob exame ou investigação dos órgãos de defesa da concorrência.³³

³² Lei 8.884/94: “Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.00 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.”

³³ 1 - Lei 9.784, de 29/01/99: “Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”

2 - Lei 8.884/94: “Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: (...)

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

“Art. 9º Compete aos Conselheiros do CADE: (...)

Em conclusão, pode-se afirmar, nos termos da Lei são competentes os órgãos de defesa da concorrência para requerer a prestação de dados e informações estratégicas das empresas atuantes no mercado concorrencial de bens e serviços, para o fim específico de esses órgãos cumprirem sua função legal, em sede do respectivo processo administrativo, de prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, pela forma prescrita na Lei 8.884/94, cabendo ao órgão recipiente guardar o sigilo sobre os dados e informações que receber.

4. Conclusão

A uma melhor leitura, são reproduzidos os quesitos.

a) por alguma forma, distingue a Lei a atividade econômica em função do bem ou do serviço que empresa pública, de economia mista, ou subsidiárias suas comercializem e prestem, e assim as exclui da incidência da regra do artigo 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, que sujeita estas empre-

III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;”

“Art. 14. Compete à SDE: (...)

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; (...)

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;“

3 - SDE, Portaria nº 849, 22/09/2000: “Art. 44. A SDE, em conformidade com a Lei nº 8.884, de 1994, deferirá tratamento sigiloso de informações, inclusive as mantidas em meio magnético, e de documentos de propriedade do interessado, ou sob o seu controle ou posse, que forem relacionados:

I à escrituração mercantil;

II à situação econômico-financeira;

III a sigilo fiscal ou bancário;

IV aos segredos de empresa;

V aos segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; e

VI a outras hipóteses, tendo em vista requerimento fundamentado do interessado e a critério da SDE, observado o disposto neste regulamento.”

sas sob controle estatal ao regime jurídico próprio a empresa sob controle privado?

Atento à concretude do fenômeno econômico, não distingue o legislador, qualificando-a ou classificando-a, a atividade econômica, isto é, a produção e comercialização de bens e a prestação de serviços, como a define o artigo 173, da Constituição Federal; tampouco a especializa em função da preceituação, que faz, da prestação dos serviços públicos e da regulação econômica a que submete determinados mercados de bens e serviços. E determina a regra constitucional do artigo citado a todas as empresas que explorem atividade econômica, em qualquer mercado de bens e serviços, observar o regime jurídico da empresa privada, ainda que a titularidade do seu controle seja estatal.

b) fixa a lei de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico - Lei 8.884/94, de defesa da concorrência – tratamento especial à empresa sob controle estatal em sua atuação nos mercados de bens e serviços?

Não. Todas as empresas atuantes nos mercados de bens e serviços estão sujeitos à repressão e à prevenção do abuso do poder econômico, indistintamente, sendo no caso irrelevante a titularidade do seu controle, estatal ou privado.

c) em que hipótese está a empresa sob controle estatal produtora e comercializadora de bens ou prestadora de serviços, em razão da titularidade do seu capital, obrigada a tornar público dados e informações relativos à sua estratégia competitiva, inclusive divulgando custos e preços dos produtos e serviços que comercialize e preste a terceiros que irão ofertá-los diretamente ao público?

Não está a empresa sob controle estatal, nem a empresa sob controle privado, obrigada a tornar pública a sua estratégia competitiva, seus custos, e preços cobrados a terceiros que utilizem seu produto ou serviço como insumo, ou o revenda ao consumidor final. Está obrigada, assim como a empresa sob controle privado, a prestar dados e informações apenas em sede de processo administrativo que apure infração à ordem concorrencial ou verifique efeitos irradiados de ato de integração do poder econômico. A requisição desses dados e informações deve ser feita por meio de ato específico, expedido pelo órgão competente, CADE, SDE e SEAE, e estritamente fundamentado, isto é, trazer expostas as razões de fato e de direito que motivam a requisição e, ainda, deve ser assegurada ao prestador a guarda, pelo órgão requisitante, do sigilo dos dados e das informações recebidos. Deve a empresa sob controle estatal ou privado, nessa hipótese, requerer explicitamente a proteção do sigilo para tais dados e informações, uma vez que eles, como visto acima, articulam a sua estratégia competitiva, e o acesso a eles por competidor certamente traria a este vantagem competitiva indevida, porque obtida à margem do mercado con-

correncial, à margem da disputa lisa entre concorrentes. Registre-se que a necessidade de se examinar os custos e a formação de preços de uma empresa não ocorre em todos os processos administrativos, ao inverso, apenas naquele que apurar infração específica à ordem econômica, na forma da Lei 8.884/94.

5. Bibliografia

BARBOSA, Rui. Teoria política. Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. Porto Alegre, W.M. Jackson Inc. Ed., 1952.

BARROSO, Luis Roberto. Intervenção no domínio econômico – Sociedade de economia mista – Abuso do poder econômico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998. n. 212.

CAMPOS, Francisco. Sociedade de economia mista. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: RT, abr./jun. 1963. v. 72.

COLSON, Jean-Philippe. La gestion des entreprises publiques. Droit public économique. Paris: LGDJ, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. O exercício da atividade empresarial pelo Estado. Revista de Direito Público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan./mar. 1990. n. 93.

CONDOVASAINITIS, Théodore. Le secteur public industriel et commercial. Paris: LGDJ, 1990. Bibliothèque de Droit Prive, t. 210.

CRUZ, Alcides. Direito administrativo brasileiro: exposição summa-ria e abreviada. 2. ed. corr. e ampl. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1914.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

MONTHRIAL, Thierry. Stratégie. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). Dictionnaire de stratégie. Paris: PUF 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedades de economia mista e reforma administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1999. n. 217.

SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Morais. *Diccionario da língua portugueza*. 7. ed. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves - Editor, 1878. t. II.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1952. t. II.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 4.

STIGLER, George. The economics of information. In: *The organization of industry*. Chicago and London: The University of Chicago Press. 1983.

TACITO, Caio. A nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar. jul./set. 1995. n. 201.

WOOT, Philippe. *Stratégie des entreprises*. In: MONTHRIAL, Thierry, KLEIN, Jean (Dir.). *Dictionnaire de stratégie*. Paris: PUF, 2000.

OS OBJETIVOS DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: A ESCOLA DE HARVARD E A ESCOLA DE CHICAGO

Jorge Fagundes*

I - Introdução

As políticas de defesa da concorrência tradicionais se sustentam, basicamente, sobre duas “escolas” que, embora compartilhem de uma base normativa essencialmente comum, possuem propostas de objetivos e instrumentos relativamente distintos. De um lado, há a chamada “Escola de Harvard”, hegemônica na orientação da política antitruste norte-americana e de outros países entre as décadas de 50 e de 80, cujo conjunto de propostas teórico-normativas tem como pilar de apoio o modelo de estrutura-conduta-desempenho (ECD). De outro lado, se encontra a “Escola de Chicago”, também conhecida como “*efficiency school*”, cujas origens teóricas remontam ao início dos anos 50, mas que somente passou exercer sua influência sobre as políticas de defesa da concorrência dos E.U.A - de outros países, como o Brasil - a partir do início dos anos 80. Cada uma dessas escolas, apesar dos elementos comuns, tem propostas diferentes para os objetivos das políticas de defesa da concorrência, gerando um debate perene em torno das metas mais adequadas e dos seus efeitos sobre o bem estar econômico e social (Dewey, 1990, cap. 1).

Como se verá, os objetivos propostos por tais Escolas podem ser resumidos basicamente a duas opções, a saber: (i) o combate à criação de poder de mercado (Harvard), com ênfase especial nos impactos negativos de atos de concentração ou condutas empresariais sobre a eficiência no *mix* de produção (geração de “peso-morto”) e sobre a distribuição de bem estar entre consumidores e produtores; ou (ii) a maximização do excedente agregado de Marshall (Chicago), pelo que a análise antitruste deve considerar os efeitos de atos de concentração e condutas anticompetitivas sobre a eficiência (*potencial*) de Pareto, independentemente dos seus impactos redistributivos, isto é, sobre os preços de equilíbrio em um determinado mercado relevante. Em ambos os casos, os objetivos propostos por tais Escolas não se articulam, em meu juízo, corretamente com o bem estar social no plano normativo. Esse artigo está dividido em três seções, além desta introdução. A primeira apresenta a visão da

* Doutor em Economia e Consultor nas áreas de defesa da concorrência, regulação e antidumping. E-mail: possas@unisis.com.br

Escola de Harvard; a segunda, a de Chicago; enquanto a última é dedicada a breves conclusões.

II - A Escola de Harvard, o Modelo ECD e a Eficiência no *Mix* de Produção.

Tradicionalmente, a política antitruste associada à chamada escola de Harvard, representada, entre outros, por Areeda, Turner e Sullivan, tem como base normativa o modelo de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D), desenvolvido pioneiramente por Mason (1939) e Clark (1940) na década de trinta do século passado. Segundo Fagundes e Pondé (1997, p. 102), “as teorias de estruturas de mercado associadas à tradição microeconômica..... revelaram-se de limitada utilidade para a análise antitruste, devido aos seus elevados graus de abstração e irrealismo. Para tornar essas teorias mais relevantes na análise de situações concretas, a teoria da organização industrial procurou enriquecê-las pela ampliação do número de variáveis e do desenvolvimento de conceitos passíveis de tratamento analítico..... O principal resultado desse desenvolvimento manifestou-se no conhecido modelo de *estrutura-conduta-desempenho* (ECD)”.

Os modelos ECD têm por objetivo, basicamente, inferir das características da estrutura do mercado conclusões acerca do seu desempenho em termos de alguma variável escolhida, supondo que as condutas das empresas são fortemente condicionadas pelos parâmetros estruturais vigentes¹, como ilustra o esquema analítico exposto no Quadro I abaixo.

¹ Para uma visão das origens dos modelos de ECD, ver Mason (1939) e Clark (1940) e Bain (1950, 1958). Para uma crítica da posição estruturalista, ver Demsetz (1982). Para uma avaliação crítica da contribuição desses modelos, ver Possas (1990). Para um resumo das implicações dos modelos de ECD para a política antitruste, ver Santacruz (1998) e Fagundes e Pondé (1997). Finalmente, Scherer e Ross (1980) e Shepherd (1997) são dois manuais que apresentam a teoria e as pesquisas empíricas do *mainstream* no campo da organização industrial, com as suas implicações antitruste.

Quadro I - O Paradigma Estrutura-Condução-Desempenho

ESQUEMA ANALÍTICO
<p>ESTRUTURA</p> <p>número de produtores e compradores, diferenciação de produtos, barreiras à entrada, estrutura de custos, integração vertical, diversificação</p>
↓
<p>CONDUTA</p> <p>políticas de preços, estratégias de produto e vendas, pesquisa e desenvolvimento, investimentos em capacidade produtiva</p>
↓
<p>DESEMPENHO</p> <p>Alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição equitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro</p>

Fonte: Elaboração própria a partir de Scherer e Ross, 1990.

A base normativa da abordagem estruturalista se encontra nos modelos de equilíbrio geral e parcial competitivo. Com efeito, em tais modelo, a eficiência técnica, distributiva e no *mix* de produção resultam, ainda que não exclusivamente, de condições estruturais, em particular das hipóteses de que exista um grande número de vendedores e compradores nos diversos mercados e de ausência de barreiras à entrada e à saída nesses mercados. Utilizando-se, no entanto, de modelos de equilíbrio parcial, os modelos E-C-D demonstram que a redução do número de vendedores e a elevação do nível das barreiras à entrada facilitam a coordenação entre firmas (conduta) e elevam a probabilidade de que os preços praticados no interior do mercado sob análise sejam maiores do que os custos médio e marginal de longo prazo (desempenho).

De acordo com Salgado (1996, p.38), a incorporação do modelo E-C-D à análise antitruste ocorreu ao final dos anos quarenta do século passado, com a difusão do tratado de Carl Kaysen e Donald Turner (1959), que “se tornou o marco fundamental da literatura modelo E-C-D em antitruste”. Do ponto de vista dos objetivos da política antitruste, a Escola de Harvard preconizava o combate à criação ou exercício do *poder de mercado*, entendido como a

capacidade de uma empresa ou grupo de empresas, de fixar preços supracompetitivos, como principal foco da ação antitruste².

Na visão de Harvard, amparada pelo modelo estruturalista, a principal ação das autoridades antitruste deveria estar no controle - preventivo - das estruturas de mercado, visto que a criação, ou o exercício, de poder de mercado decorreria basicamente do aumento do grau de concentração do mercado. Tal foco tinha como fundamento o pressuposto de que a existência de poder de mercado é condição necessária para o surgimento de condutas anticompetitivas, sendo que o poder de mercado, por sua vez, decorreria da morfologia da estrutura de mercado, a partir da visão estruturalista dos modelos de E-C-D (Audretsch, 1988). De fato, segundo Santacruz (*op. cit.*, p. 8), “desde a segunda metade do século (passado), o modelo teórico conhecido na literatura de organização industrial como estrutura-conduta-desempenho (ECD) passou a dar sustentação teórica para esse tipo de ação (o controle sobre as estruturas de mercado), ao associar alguns atributos da estrutura dos mercados com o aumento de preços e a redução da oferta. Dessa maneira, a prevenção contra a criação ou o reforço do poder de mercado seria a garantia de que os mercados apresentariam resultados mais desejáveis do ponto de vista do bem estar”³.

Cabe observar, portanto, que a Escola de Harvard considerava que as forças de mercado não eram suficientes para impedir o surgimento ou diminuir o exercício de poder de mercado por parte das grandes firmas ou dos oligopólios, em função, sobretudo, da presença de *barreiras à entrada*, de modo que suas propostas enfatizavam soluções de caráter *estrutural*. Assim, segundo Meehan e Lerner, a abordagem estruturalista ligada à Escola de Harvard tem implicações normativas claras no que tange ao escopo das políticas antitruste (*apud Santacruz, op. cit.*, 1998, p. 27): “a política antitruste deveria ser menos preocupada com as condutas das firmas e mais voltada para a estrutura de mercado”.

Tal proposta implicava não somente uma ênfase no controle sobre os atos de concentração, mas também abria espaço para a incorporação de ob-

² Essa também é a visão de Santacruz (*op. cit.*, p. 25), para quem “nos anos cinquenta o pensamento *mainstream* da política antitruste - identificado com a ‘Escola de Harvard’ - assumiu totalmente a necessidade da intervenção para manter e promover a concorrência, centrando seu ataque sobre o poder de mercado (leia-se elevadas participações de mercado), considerado nocivo por si só.”

³ Para Scherer (1988, p.83), a missão da política de defesa da concorrência no âmbito do controle das estruturas de mercado seria do de mantê-las “suficientemente fragmentadas de modo que as condutas competitivas virtualmente sigam automaticamente”.

jetivos distributivos para a política antitruste, na medida em que o combate à elevação do poder de mercado implica, ainda que não necessariamente, uma redistribuição da renda do grupo de consumidores num determinado mercado para o grupo de produtores desse mercado⁴. Dessa forma, é importante notar que o *mainstream* estruturalista apresentava uma interpretação ampla dos objetivos da política antitruste, que envolveria “a busca de eficiência alocativa (na produção agregada), a distribuição de renda.....e até mesmo a desconcentração do poder econômico vista como uma finalidade em si mesma...”⁵.

Nos anos 60 e 70, a preocupação da Escola de Harvard com a estrutura de mercado evoluiu para um conjunto de considerações mais amplo, incorporando o estudo do comportamento estratégico das firmas, isto é, suas condutas exclusionárias, entendidas como ações voltadas para a criação de poder de mercado, sobretudo aquelas capazes de gerar e/ou incrementar barreiras à entrada de caráter “artificial”, tais como propaganda, capacidade ociosa, pesquisa e desenvolvimento ou determinados tipos de restrições verticais (Audretsch, *op. cit.*)⁶.

Dessa forma, o *mainstream*, renovado pela “nova” Escola de Harvard, passou a concentrar sua atenção nas condutas empresariais e seus efeitos sobre a própria estrutura de mercado, agora endogeneizada por intermédio de práticas exclusionárias ou anticompetitivas⁷. No entanto, a despeito dessa evolução teórica, a abordagem de Harvard se manteve fiel à tradição original no

⁴ Do ponto de vista jurídico-normativo, Lande é um dos autores que sustenta a interpretação de que o Congresso norte-americano tinha propósitos que amparavam a proposta da Escolha de Harvard quanto aos objetivos da política antitruste. Ver Lande (1988) e Lande *et alii* (*op. cit.*, pp. 778-91). Hovenkamp (1994, p.50) refuta a tese distributiva defendida por Lande: “Uma política é propositalmente ‘distributiva’ somente se é adotada ao invés de uma política que se acredita mais eficiente.....O fato de que os formuladores da Lei Antitruste não tinham uma teoria articulada de eficiência alocativa significa que eles não também não tinham uma teoria articulada de justiça”. Não concordo com Hovenkamp: não é necessário ter uma teoria articulada de justiça para se perceber que elevações de preços não apoiadas em incrementos nos custos e/ou aumentos nos impostos provocam transferências de renda dos consumidores para os proprietários das firmas.

⁵ Santacruz (*op. cit.*, p. 17).

⁶ Ver Schmalensee (1982) para uma visão geral dessa literatura, que utiliza basicamente a Teoria dos Jogos como base para seus modelos e conclusões (ver, por exemplo, Jacquemin, 1987).

⁷ Assim, segundo Audretsch (*op. cit.*, p. 140), “diferentemente da antiga Escola de Harvard, o *mainstream* contemporâneo enfatiza a influência específica que as práticas de negócios têm sobre a estrutura de mercado efetiva e, em última instância, sobre a performance”.

que tange à multiplicidade de objetivos das políticas de defesa da concorrência, com ênfase sobre o controle do poder de mercado, no aspecto distributivo e na preocupação face à concentração do poder econômico.

Embora as preocupações da Escola de Harvard quanto aos efeitos eventualmente perversos de atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas no que tange à redistribuição estejam corretas, ao contrário do que supõe a Escola de Chicago⁸, já que tais efeitos de fato implicam uma nova distribuição de bem estar social, sua ênfase num determinado tipo de eficiência econômica - a da produção agregada - deve ser vista com ressalvas. Isso porque não somente o objetivo de se evitar o surgimento e/ou o aumento de poder de mercado é consistente tanto com a meta de maximizar o excedente do consumidor (critério do “*price-standard*” ou da maximização do excedente do consumidor)⁹, quanto com a de maximizar a eficiência potencial de Pareto (critério de Chicago-Williamson), aferida pelas variações no excedente agregado de Marshall, mas também não há razões para que as autoridades antitruste não considerem outros tipos de ganhos potenciais de eficiência econômica em sua análise. Além do mais, a elevação de poder de mercado pode ocorrer sem que haja qualquer redistribuição de renda dos consumidores para os produtores, como mostra a Figura I abaixo.

Na situação original, supõe-se que a indústria é competitiva, de modo que $p_c = c_{mgc}$ e o excedente agregado do consumidor, idêntico ao excedente agregado de Marshall, já que o excedente do produtor é igual à zero, é igual à área do triângulo A da Figura abaixo. Após uma suposta monopolização, em função da presença de fortes economias de escala, por exemplo, o custo marginal decresce para c_{mgm} , de forma que o novo preço de equilíbrio é p_m , menor do que p_c . Tal operação implicou o aumento da eficiência de Pareto, uma vez que houve aumento tanto do excedente agregado do consumidor (medido pela área trapezoidal C, em verde) como do produtor (área B, em amarelo).

Figura I - Poder de Mercado e Excedente de Marshall

Fonte: Elaboração Própria

⁸ Ver seção abaixo.

⁹ Ver Fisher *et alli*, 1989.

A monopolização do mercado na Figura acima teria implicado incremento do excedente agregado de Marshall e aumento do excedente agregado do consumidor, mas também uma elevação do poder de mercado! De fato, pós-operação, o preço de equilíbrio está bem acima do custo marginal do monopolista. Além do mais, o exemplo acima evidencia que o incremento de poder de mercado não é condição suficiente, embora seja necessária, para a emergência de fenômenos redistributivos no âmbito antitruste.

Logo, a ênfase da Escola de Harvard na variável poder de mercado pode gerar inconsistências na avaliação antitruste dos impactos de atos de concentração e condutas anticompetitivas sobre o bem estar social. É perfeitamente possível a existência de estratégias empresarias que reduzam o nível de competição em seus mercados de atuação, mas gerem, simultaneamente, maior poder de mercado e ganhos de eficiência de Pareto, sem que haja redistribuição de renda dos consumidores para os produtores. Tais estratégias, à luz de seus efeitos sobre o bem estar social, não deveriam ser coibidas pelas políticas de defesa da concorrência¹⁰.

III - A Escola de Chicago e a Maximização da Eficiência (Potencial) de Pareto

¹⁰ Nesse sentido, a afirmação de que “...não se deve permitir fusões (entre concorrentes) que criem ou fortaleçam o poder de mercado ou facilitem o seu exercício” (FTC/DOJ Horizontal Mergers Guidelines, 1992, p. 2) deve ser vista com ressalvas. Trata-se, em meu juízo, de uma condição necessária, mas não suficiente, para que uma fusão - ou qualquer estratégia analisada no âmbito das políticas de defesa da concorrência - seja proibida.

A doutrina de Chicago¹¹, uma reação à ortodoxia da Escola de Harvard, desempenhou um importante papel na história das políticas de defesa da concorrência. Embora suas recomendações tenham provocado maiores efeitos nos Estados Unidos, diversas legislações de defesa da concorrência, bem como as políticas de defesa da concorrência derivadas dessas legislações experimentaram a influência direta ou indireta das recomendações da Escola de Chicago¹².

A crítica da Escola de Chicago em relação à de Harvard - sobretudo àquela consolidada a partir dos anos 50 - está na suposta ausência de teoria econômica nas análises e propostas estruturalistas. Segundo Santacruz (*op. cit.*, p. 49), para os autores da Escola em tela “...os estruturalistas teriam utilizado de forma equivocada e não sistematizada alguns instrumentos da teoria microeconômica para demonstrar que vários tipos de condutas - tais como vendas abaixo do custo, restrições verticais, diferenciação de produtos, etc., reduzem a concorrência através da elevação de barreiras à entrada. Autores li-

¹¹ O termo Doutrina ou Escola de Chicago - também denominada por alguns autores, tais como Audretsch (*op. cit.*) e Shepherd (1988), como “Nova” Escola de Chicago ou *Efficiency School*, em contraposição aos trabalhos oriundos dessa Escola entre os anos 20 e 50, representados por autores tais como Frank Knight, Henry Simons e Jacob Viner, que viam o monopólio como um fenômeno nocivo à sociedade e presente em diversos mercados - no ambiente antitruste é empregado para descrever um conjunto de visões a respeito das políticas antitruste desenvolvido a partir dos trabalhos de Aaron Director nos anos cinquenta e posteriormente consolidado por diversos autores, tais como Bowman, Bork, McGee, Telser e Stigler. De acordo com Posner (1979), ao final dos anos sessenta, a posição ortodoxa de Chicago quanto aos temas antitruste já havia se cristalizado, embora sua influência sobre as políticas de defesa da concorrência nos E.U.A somente tenha se materializado a partir dos anos oitenta, na administração Reagan. Em geral, as duas crenças comuns dos autores ligados à Escola de Chicago são (Reeder, 1987, p. 40): (i) o poder explicativo da teoria neoclássica dos preços quanto ao comportamento econômico; e (ii) a eficácia dos mecanismos de mercado - competitivos - na alocação de recursos e na distribuição de renda. No entanto, é preciso notar que tal emprego é bastante restritivo, no sentido de excluir nomes importantes da Universidade de Chicago. Por exemplo, basta lembrar que J. M. Clark, citado como um dos autores expoentes dos estudos de organização industrial, pertenceu aos quadros da universidade de Chicago antes de 1930.

¹² No entanto, de acordo com Santacruz (1998, p. 15) “...a presença da escola de Chicago na análise antitruste não reduziu o peso do modelo ECD - alterando parcialmente a metodologia de análise proposta, mas não a sua essência. Na verdade, embora as políticas relativas à intervenção sobre as estruturas de mercado propostas pelas duas escolas apresentem objetivos assumidamente distintos (e, dessa maneira, algumas referências teóricas também distintas), essas diferenças sempre foram mais visíveis no campo intelectual do que no da aplicação das políticas públicas”.

gados à escola de Chicago sustentam que essas formas de comportamento empresarial não se constituem em entraves à concorrência e usualmente aumentam a eficiência dos mercados. Além disso, para eles, os estruturalistas da escola de Harvard não teriam conseguido demonstrar teórica ou empiricamente que a concentração horizontal de mercado seria perniciosa ao bem-estar econômico, através da elevação do poder de mercado”¹³.

Segundo Hovenkamp (1994, cap. 2), as quatro principais críticas realizadas pela Escola de Chicago em relação às posições estruturalista de Harvard foram: (i) os estudos empíricos sobre a lucratividade não permitiriam a conclusão generalizada de que os lucros seriam mais próximos do nível monopolístico em mercados altamente concentrados do que naqueles com menor grau de concentração; (ii) o elevado grau de concentração em um determinado mercado seria normalmente fruto de economias de escala ou de alguma outra forma de eficiência, sendo que os custos associados à intervenção do Estado para reduzir a concentração seriam maiores do que os benefícios que poderiam ser derivados do incremento da competição; (iii) mesmo em mercados com elevado nível de concentração, as empresas tenderiam a adotar comportamentos competitivos caso as barreiras à entrada fossem baixas¹⁴; e (iv) muitas das práticas supostas anticompetitivas pelos estruturalistas, na realidade, eram geradoras de eficiências econômicas.

Os autores da Escola de Chicago sustentam que a competição prevalece na maior parte dos mercados em economias capitalistas, sendo o domínio de mercado por um conjunto de firmas ou por uma firma uma exceção, em geral destinado a desaparecer no médio/longo prazo e freqüentemente gerador de *benefícios* para a sociedade. De acordo com Shepherd (1988, p. 397), as

¹³ Segundo Posner (1979, p. 929), as posições estruturalistas, baseadas nos modelos de organização industrial, seriam somente “observações casuais do comportamento empresarial, caracterizações coloridas (tal como o termo ‘barreiras à entrada’), incursões ecléticas na sociologia e psicologia, estatística descritiva e verificações plausíveis no lugar do uso definições cautelosas e da estrutura lógica da teoria econômica com parcimônia. O resultado foi o de que a organização industrial apresentou regularmente proposições que contradiziam a teoria econômica”.

¹⁴ Nesse ponto, é importante observar que o conceito de barreiras à entrada da Escola de Chicago é diferente daquele empregado pela Escola de Harvard. Para a primeira, as barreiras à entrada são definidas como qualquer custo de produção que deve ser incorrido pelo entrante potencial mas que não foi também enfrentado pelos incumbentes (Stigler, 1968), enquanto que, para a segunda, qualquer custo que impeça a entrada é considerado uma fonte de barreiras à entrada (Bain, 1958). Assim para os autores da Escola de Chicago, não existem barreiras à entrada criadas artificialmente ou estrategicamente; pelo contrário, as chamadas barreiras à entrada apontadas pelos autores da escola de Harvard seriam, na verdade, fontes de eficiências econômicas.

três hipóteses básicas da “*Efficiency School*”, utilizadas “como um esforço dogmático para suplantar o conteúdo do *mainstream* de organização industrial”, são: (i) o monopólio é resultado de maior eficiência econômica; uma firma mais eficiente frente aos seus rivais crescerá mais rapidamente e obterá maiores lucros, sendo que a manutenção de um elevado *market share* depende da capacidade de a firma se manter mais eficiente ao longo do tempo¹⁵; (ii) a colusão é a única forma real de geração de poder de monopólio, não gerando nenhum tipo de eficiência para a sociedade; e (iii) os lucros de monopólio são dissipados durante o processo de sua formação¹⁶. Uma vez obtido o monopólio ou a posição dominante, a firma obtém somente a taxa de retorno competitiva¹⁷.

As três hipóteses acima apresentadas são derivadas de um modelo que parte da presunção de que os mercados são perfeitamente competitivos, inclusive os mercados de insumos e de capital, fato que implica supor, ainda que não exclusivamente, a existência de perfeita informação e ajustamento instantâneo às mudanças nas condições de mercado. Assim, nesse modelo, não existe fidelidade do consumidor à marca, assimetria de informação, barreiras à entrada persistentes ao longo do tempo (por exemplo, devido a presença de *sunk costs*) ou qualquer forma de imperfeição de mercado (competitivo), de modo que a superioridade de uma firma - expressa em maiores *market shares* e lucros - em relação aos seus competidores somente pode ser alcançada mediante custos de produção e distribuição menores, cuja origem re-

¹⁵ Dessa forma, segundo Audretsch (*op. cit.*, p. 145), a estrutura de mercado, na visão da Escola de Chicago, é determinada pela existência de economias de escala e performance superior.

¹⁶ Deve-se notar que a busca da posição de monopólio ou de dominação de mercado não ocorre somente por intermédio de atividades de *rent-seeking* negativas do ponto de vista social - ver seção II.2 - mas sobretudo, na visão desses autores, por meio de inovação ou outras formas de ações socialmente benéficas. Assim, a possibilidade de obtenção de lucros supra-normais é uma importante fonte de incentivos para que a firma busque uma performance superior, de modo que interferências do governo voltadas para reduzir tais lucros ou coibir a dominação de mercado seriam socialmente indesejáveis.

¹⁷ Tais hipóteses, de acordo com Shepherd (1988) são derivadas dos trabalhos de três grupos de autores, a saber: (i) George Stigler, Harold Demsetz e John McGee, Sam Peltzman e John Carter da “Nova” Escola de Chicago; (ii) William Baumol, Robert Willig e John Panzar, como principais expoentes da teoria dos mercados contestáveis, ligados aos laboratórios de Princeton/Bell e (iii) Robert Bork, Dominic Armentano, Richard Fink, Jack High e Brice Johnson, agrupados em torno do modelo de rivalidade de mercado (“*market rivalry model*”). Para uma referência à literatura desenvolvida por esses autores, ver Shepherd (*op. cit.*, pp. 398-99, notas 5, 6 e 7).

side no aproveitamento de economias de escala ou em alguma inovação, mas não de outras fontes não associadas a alguma forma de eficiência (como por exemplo, comportamentos estratégicos ou barreiras à entrada estruturais).

No entanto, é claro que se existirem imperfeições de mercado no mundo real - tais como fidelidade à marca, incerteza, conhecimento tácito e proprietário, controle sobre insumos essenciais, tecnologias com *sunk costs* e custos de transação - surge um amplo espaço para a introdução de estratégias anticompetitivas - incluindo fusões, aquisições e *joint-ventures* com empresas rivais ou verticalmente relacionadas - por parte das firmas. Dessa forma, as hipóteses da Escola de Chicago e suas implicações normativas em termos de políticas de defesa da concorrência são *meras possibilidades*, que podem ou não se concretizar nos mercados reais que compõem o sistema econômico¹⁸.

No que tange aos objetivos das políticas de defesa da concorrência, num dos artigos considerados pioneiros da chamada escola de Chicago, Bork (1978), a partir de sua interpretação sobre a história legislativa do Sherman Act de 1890, sustenta a idéia de que a *única* meta das políticas antitruste deveria ser a de maximizar a *eficiência alocativa de Pareto*, ou seja, do excedente *agregado* de Marshall¹⁹. Assim, para a Escola de Chicago, as políticas de defesa da concorrência deveriam se restringir à perseguição de um único objetivo, qual seja, a eficiência econômica (de Pareto), evitando a tentativa de con-

¹⁸ Essa observação é importante, porque implica admitir que ainda que algumas posições dominantes possam ter sido o resultado de uma performance superior, nada impede, dadas as imperfeições de mercado, que as empresas com tal posição não possam introduzir práticas anticompetitivas para mantê-las ao longo do tempo. Da mesma forma, *a priori*, não há razões teóricas para supor que posições dominantes não possam ser criadas “artificialmente” através de fusões e aquisições criadoras de poder de mercado. Assim, as políticas de defesa da concorrência procuram - ou deveriam procurar - coibir estratégias de dominação de mercados não baseadas na maior eficiência da firma perante seus rivais. Para uma contradição das hipóteses da Escola da Chicago no plano lógico, ver Shepherd (1988).

¹⁹ A interpretação de Bork (1978) e Posner (1976), um outro importante autor da Escola de Chicago, a respeito dos objetivos da primeira legislação antitruste norte-americana, não é consensual. Por exemplo, para Scherer (1977, p.974), o Congresso de 1890 estava mais preocupado com a questão da redistribuição de renda entre diferentes grupos do que com eficiência dos mercados, até mesmo porque “a noção de perda de bem estar associada ao triângulo de peso morto entrou no *mainstream* da economia Anglo-Americana na primeira edição de os ‘Princípio’ de Marshall, após, portanto, a sanção do Sherman Act”. Hovenkamp (*op. cit.*, p.50) também critica a posição de Bork e Posner. De acordo com o autor, a teoria do bem estar de Pareto, bem como o conceito de eficiência alocativa, foi desenvolvida após o início do século XX, e, portanto, dificilmente poderiam ter sido considerada pelos congressistas em 1890.

ciliar os interesses de distintos grupos de agentes econômicos e, portanto, considerações de natureza distributiva²⁰.

De fato, segundo Bork (*apud Lande, op. cit.*, p. 107, grifo meu): “a tarefa da política antitruste pode ser sintetizada no esforço de melhorar a eficiência *alocativa* sem inibir a eficiência produtiva a ponto de produzir.....uma perda líquida para os consumidores”²¹, ao mesmo tempo que: “efeitos ligados à distribuição de renda derivados da atividade econômica deveriam ser completamente excluídos da determinação da legalidade da atividade antitruste”, na medida em que “é suficiente notar que uma mudança na distribuição de renda não reduz a riqueza total (*sic*).....”²².

Embora alguns dos principais expoentes da Escola de Chicago tenham propagado a idéia de que as modernas políticas de defesa de concorrência apresentam uma forte tendência a utilizar exclusivamente as recomendações dessa última²³, não há evidências de que, de fato, exista um consenso sobre os principais objetivos da política antitruste, ainda que seja inegável que parte

²⁰ Para Bork (*op. cit.*, p. 51): “(1) o único objetivo legítimo da Lei antitruste americana é o de maximizar o bem estar do consumidor; logo, (2) ‘competição’, para efeito de análise antitruste, deve ser entendida como um termo que significa qualquer estado de negócios no qual o bem estar do consumidor não pode ser aumentado por decreto judicial”. Apesar das referências ao bem estar do consumidor, a proposta da Escola de Chicago não é consistente com o aumento do bem estar social.

²¹ A linguagem de Bork tem sido fonte de inúmeras confusões na literatura antitruste. O termo consumidor em economia designa não somente os indivíduos enquanto agentes econômicos que demandam bens e serviços, mas também os indivíduos como produtores, que, embora proprietários das firmas, também consomem bens e serviços. No trecho acima, Bork se refere aos consumidores na sua totalidade, englobando também os consumidores-produtores, de modo que, como aponta Lande (1988, p. 435), “altos preços para consumidores são aceitáveis para Bork, contanto que o monopolista ou o cartel produza eficiências. De fato, os únicos ‘consumidores’ que certamente se beneficiam sob o regime de Bork são os monopolistas e os cartéis”.

²² Assim, segundo Audretsch (*op. cit.*, p. 146), a doutrina de Chicago postula que: “(i) o bem estar do consumidor foi o único objetivo do Congresso na formulação dos Estatutos Antitruste; (ii) de modo que o bem estar do consumidor é o único valor a ser perseguido; e (iii) a maior parte dos problemas antitruste é resultado da perseguição equivocada de outros objetivos que não a eficiência econômica.” A identificação entre bem estar do consumidor e maximização da eficiência econômica por parte da Escola de Chicago é a fonte de inúmeras e interpretações equivocadas na literatura - e nas políticas - antitruste.

²³ Segundo Posner (1979, p. 925), “a diversidade nas premissas fundamentais entre os economistas estudiosos das questões antitruste tem diminuído substancialmente...”, de modo que: “não vale mais a pena discutir sobre as diferentes escolas acadêmicas de análise antitruste”.

significativa de suas propostas, em termos de metodologia de análise e conceitos teóricos, tenha sido incorporada, com algumas qualificações, ao *mainstream* da análise antitruste (Lande, 1988)²⁴. Com efeito, do ponto de vista de sua proposta quanto à unicidade do objetivo das políticas de defesa da concorrência - a maximização do bem estar do consumidor entendida como maximização do excedente agregado ou da eficiência (potencial) de Pareto -, não há evidência de que alguma jurisdição a tenha adotado, prevalecendo uma abordagem que privilegia ou no mínimo leva em consideração a questão da distribuição de renda entre consumidores “puros” e consumidores-produtores, mesmo quando alguns argumentos baseados na geração de eficiências econômicas são aceitos²⁵.

Além do mais, a despeito das constantes referências à maximização do bem estar dos consumidores, é claro que a proposta da Escola de Chicago quanto ao objetivo das políticas de defesa da concorrência é inconsistente do ponto de vista econômico. De fato, tal proposta ignora todo o debate a respeito de critérios de bem estar social, supondo, ingenuamente, que a compensação aos consumidores é realizada ou que exista uma parte do governo operacionalizando uma distribuição de bem estar social ótima, por meio de transferências *lump-sum*. Note-se, inclusive, que o uso do conceito de eficiência alocativa (de Pareto) é *incorreto*, na medida em que atos de concentração e condutas anticompetitivas em geral implicam efeitos redistributivos entre consumidores “puros” e “consumidores-produtores”, sendo necessário, portanto, o emprego do conceito de eficiência *potencial* de Pareto. No entanto, o mérito da escolha de Chicago está no fato de que o trabalho de seus defensores evidenciou a importância de se incorporar às políticas antitruste os vários tipos

²⁴ Como, por exemplo, reconhece Scherer (1988, p. 89), no âmbito da análise de atos de concentração: “o velho e simples paradigma de E-C-D foi abalado. Nenhum outro paradigma simples decisivamente emergiu para tomar o seu lugar. Nós sabemos pelo menos que as ligações entre estrutura e desempenho são complexas: maiores concentrações podem trazer tanto maior eficiência (manifestada em termos de menores custos ou por oferta de valor superior para os consumidores) quanto maior poder de monopólio (manifestado em preços elevados) ou ambos, numa mistura cuja proporção exata permanece desconhecida”.

²⁵ Ainda que essa visão tenha sido incorporada por diversos autores e especialistas - advogados e economistas - atuantes na área. Para um estudo dos objetivos - no campo normativo e positivo - das políticas de defesa da concorrência, inclusive no que tange à incorporação de argumentos de eficiência no âmbito de atos de concentração horizontais, ver European Commission, 2001.

de eficiências econômicas, ainda que às custas de uma maior complexidade analítica, em função dos inúmeros *trade-offs* existentes entre tais tipos²⁶.

IV - Conclusões

Usualmente, é comum se encontrar nos principais manuais de organização industrial e de economia antitruste a afirmação de que o único objetivo das políticas de defesa da concorrência deveria ser a maximização do bem estar do “consumidor” - ou maximização do excedente total de Marshall - por meio da maximização da eficiência econômica dos mercados, deixando-se o problema da compensação (entre ganhadores e perdedores) para as políticas de distribuição de renda, cuja implementação ocorre por intermédio do sistema de impostos e transferências. Na verdade, é justamente essa última premissa que permite a redução do problema do aumento do bem estar social à simples maximização da eficiência potencial de Pareto²⁷.

²⁶ Ainda que, segundo Santacruz (*op. cit.*, p. 60), “a análise do *trade-off* entre poder de mercado e eficiência produtiva.....não fazia parte da crítica inicial da escola de Chicago às recomendações de política antitruste de cunho estruturalista. Para os estudiosos de Chicago, elevada concentração de mercado não era vista como sinônimo de poder de mercado e resultados insatisfatórios do ponto de vista do bem-estar. Antes, concentração era encarada como sendo freqüentemente fruto do desempenho eficiente de firmas que lograram alcançar economias de escala, reduções de custos, melhor qualidade nos produtos, ampliando seus mercados.Assim, o domínio do mercado por uma firma refletiria sua maior eficiência e não poder de mercado”. Curiosamente, Bork (*op. cit.*, cap. 10) e Posner (1976, p. 112) sugerem a não aceitação de argumentos de defesa baseados em ganhos de eficiências nos casos de atos de concentração horizontais, rejeitando uma análise caso a caso dessas situações em função da incapacidade das cortes e das agências em obter e processar todo o volume de informações necessário a tal análise. Trata-se, portanto, de uma objeção de natureza administrativa.

²⁷ Segundo Viscusi *et alii* (1992), autores de um dos mais importantes manuais sobre regulação e política antitruste, “idealmente, o propósito das políticas antitruste e de regulação é o de promover melhorias em termos de eficiência.....” (p. 9) e “o ponto de vista adotado nesse livro é o de que a eficiência econômica deve ser o único objetivo da decisão antitruste....” (p. 59). Tal opinião, de acordo com os autores, é consistente com conclusão de que a maximização do *bem estar do consumidor* - ou seja, do excedente agregado - seria o único objetivo das políticas de defesa da concorrência. A igualdade entre ambos os termos (ou objetivos) é explicada na medida em que “o princípio da compensação não precisa ser efetivado. Alguém poderia justificar essa afirmativa notando que se o governo está preocupado com o nível de renda dos proprietários do monopólio (no exemplo dado pelos autores), então ele poderia lidar com isso através do sistema de impostos” (Viscusi *et alii*, *op. cit.*, p. 73).

Assim, convencionalmente, supõe-se que existam diversas políticas públicas, cada uma desenhada com um propósito específico e cujos instrumentos atuam sobre uma determinada variável selecionada, de modo que os eventuais impactos de uma certa política econômica sobre outras variáveis do sistema econômico deveriam ser compensados - se for o caso, posto que algumas mudanças podem ser benéficas sob o prisma da distribuição de renda - pela ação das respectivas políticas que agem sobre elas.

Embora a visão original das políticas de defesa da concorrência (Escola de Harvard) já postulasse a importância do problema distributivo, sua ênfase numa das dimensões constitutivas da eficiência econômica total dos mercados - a saber, aquela associada à eficiência da produção agregada - implicava um rigor excessivo no tratamento de atos de concentração e condutas anti-competitivas, rigor esse capaz de gerar um viés significativo anti-eficiência. A difusão e incorporação de algumas conclusões e recomendações da Escola de Chicago trouxeram o benefício de ampliar o conjunto de eficiências a ser absorvido por análises antitruste, mas às custas da negação do uso de critérios distributivos no âmbito das políticas de defesa da concorrência.

No entanto, a proposta da *efficiency school* de que o único objetivo das políticas de defesa da concorrência deveria ser a maximização da eficiência alocativa (potencial) de Pareto, apoiada, implicitamente, na tradicional divisão, dentro da teoria econômica convencional, entre questões distributivas e questões de eficiência pode implicar que as decisões antitruste *reduzam* o bem estar social. As principais objeções à incorporação do problema distributivo nas políticas de defesa da concorrência encontram-se nas supostas dificuldades de operacionalizar esse objetivo e/ou na ausência de condições objetivas para legitimar um determinado juízo de valor a respeito do conflito distributivo entre consumidores e produtores, o que poderia implicar uma postura “neutra” por parte dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no que diz respeito à questão distributiva²⁸. Ambas as suposições são falsas.

De um lado, o mesmo aparato analítico empregado pelos defensores do uso de argumentos antitruste baseados em eficiências econômicas pode ser ampliado para a mensuração das transferências de renda dos consumidores para os produtores. Com efeito, se é possível se operacionalizar o *trade-off* Williamsoniano, segue-se que também é possível viabilizar, do ponto de vista instrumental, o objetivo de maximização do excedente do consumidor, com a aceitação simultânea dos critérios de eficiência e distributivo. Por outro lado, a abordagem da maximização do excedente do consumidor fornece um critério que, dada a *incerteza* quanto aos impactos oriundos de novas alocações poten-

²⁸ Ver, por exemplo, Bork (*op. cit.*), Calvani (1984 e 1989), Areeda (1983, p. 18) e Rule e Mayer (1988, p.82-83).

cialmente eficientes de Pareto sobre o bem estar social (em função da redistribuição de renda dos consumidores-puros para os produtores), reintroduz, prudentemente, a eficiência de Pareto como condição *necessária* à aprovação de atos de concentração ou validação de condutas anticompetitivas, eliminando a possibilidade de que as intervenções do Estado no campo da defesa da concorrência possam gerar reduções no bem estar da sociedade. Em outras palavras, o juízo de valor associado ao critério da maximização do excedente do consumidor é não somente, em minha opinião, socialmente aceitável do ponto de vista ético, sobretudo em economias marcadas por fortes desigualdades na distribuição de renda e concentração da propriedade privada, inclusive a dos recursos produtivos, mas também tecnicamente recomendável, a partir da teoria do bem estar social.

Bibliografia

AREEDA, P. (1983). "Introduction to Antitrust Economics". In: FOX, E. e HALVERSTON, J. (Eds.) (1998). *Collaborations Among Competitors: Antitrust Policy and Economics*. Chicago: American Bar Association

AUDRETSCH, D. (1988) "Divergent Views in Antitrust Economics". *Antitrust Bulletin*, vol. XXXIII, nº 1, spring, pp. 135-160.

BAIN, J. (1950) "Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence", *The American Economic Review*, Volume 40.

BAIN, J. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge (Mass.): Harvard Univ. Press.

BORK, ROBERT H. (1978). *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, Inc. Publishers.

CALVANI, T. (1984): "What Is The Objective of Antitrust?" IN: CALVANI, T. & SIEGFRIED, J. (org.). *Economic Analysis and Antitrust Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.

CLARK, J.M. (1940). "Toward a Concept of Workable Competition", *The American Economic Review*, Volume 30, pp.241-56.

CONSTANTINE, L. (1998) "An Antitrust Enforcer Confronts The New Economics". In: FOX, E. e HALVERSTON, J. (Eds.) (1998) *Collaborations Among Competitors: Antitrust Policy and Economics*. Chicago: American Bar Association.

DEMSETZ, H. (1982); "Barriers to Entry", *The American Economic Review*, Volume 72.

DEWEY, D. (1990). *The Antitrust Experiment in America*. New York: Columbia University Press.

EUROPEAN COMMISSION (2001) *The Efficiency Defense and The European System of Merger Control*. Directorate-General for Economic and Financial Affairs. Nº 5.

FAGUNDES, J. (1996). “Estado e Defesa da Concorrência”. *Revista de Direito Econômico*, jan/mar, número 22, págs. 95-99.

FAGUNDES, J. E PONDÉ, J. (1997). “Políticas de Defesa da Concorrência e Controles sobre Atos de Concentração Horizontais: O Caso Brasileiro”. *Revista Archè*, número 16, ano VI, Universidade Cândido Mendes.

FAGUNDES, J. E PONDÉ, J.(1997a). “Economia Institucional - Custos de Transação e Impactos sobre a Política de Defesa da Concorrência”. *Revista Archè*, Ano VI, nº 18, págs. 45-86.

FAGUNDES, J (1997). “Economia Institucional: Custos de Transação e Impactos sobre Política de Defesa da Concorrência”. *Texto para Discussão*, número 407, IE/UFRJ.

FAGUNDES, J (1998). “Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial: Convergência ou Divergência?”. *Revista do IBRAC*, volume 5, número 6.

FAGUNDES, J. (1998a). “Defesa da Concorrência e Regulação”. *Texto para discussão*, IE/UFRJ.

FAGUNDES, J. (2001). “Políticas Industrial e de Defesa da Concorrência no Japão”. *Revista Archè*, volume 10, nº 29, págs. 145-179.

FISHER, A., JONHSON, F. e LANDE, R. (1989). “Price Effects of Horizontal Mergers”. *California Law Review*, v. 77, nº 4, julho, pp. 777-827.

FOX, ELEANOR & SULLIVAN, LAWRENCE (1991). “Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going? In FIRST, H., FOX E.M. & PITOFISKY, R. (EDS.) *Revitalizing Antitrust in Its Second Century*. New York: Quorum Books, p.2-35.

HORIZONTAL Merger Guidelines (1992). U.S. Dept. of Justice and Federal Trade Commission.

HOVENKAMP, H. (1985). “Antitrust Policy After Chicago”. In: GAVIL, A. (ed.) (1996). *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publ.

HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy*. West Publ. Co.

KAYSEN, D. e TURNER, D.F. (1959) *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*. Cambridge. Harvard University Press

LANDE, R.H. (1982). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, *Hastings Law Journal*, Nº 34;

LANDE, R.H. (1988). "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust". *The Antitrust Bulletin*, vol.XXXIII, nº 3, Fall, pp. 429-465.

MASON, E.S. (1939). "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise", *The American Economic Review*, Volume 29, pp. 61-74.

MEEHAN, J.W. e LARNER, R.J. (1988). *The Structural School, Its Critics and Its Progeny: An Assessment*.

POSNER, R. (1976); *Antitrust Law, An Economic Perspective*, University of Chicago Press.

POSNER, R (1979); "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, 127.

POSNER, R (1975). "The Social Cost of Monopoly and Regulation". *Journal of Political Economy*, vol. 83, agosto, pp.807-827.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J. E PONDÉ, J.(1995). Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano. *Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia*, ANPEC, dezembro.

REDER, M.W. (1987). "Chicago School". In: EATWELL, J., MURRAY, M. & NEWMAN. P. (Eds.). *The World of Economics*. The New Palgrave. Londres: W.W.Norton, 1987

RULE, C.F. E MEYER, D.L. (1998) "An Antitrust Enforcement Policy to Maximize the Economic Wealth of All Consumers". In: FOX, E. e HALVERSTON, J. (Eds.) (1998). *Collaborations Among Competitors: Antitrust Policy and Economics*. Chicago: American Bar Association.

SALGADO, L.H. (1996). A Economia Política da Experiência Antitruste nos Estados Unidos: O Debate Conceitual e um Exercício Para o Caso Brasileiro, Tese de Doutorado, IEI/UFRJ.

SANTACRUZ, R. (1998). Prevenção Antitruste no Brasil – 1991/1996. Tese de Doutorado, IEI/UFRJ.

SCHERER, F.M. (1988). "Merger Policy in the 1970s and 1980s". IN: LARNER, R. J. (Ed.) (1988) *Economics and Antitrust Policy*. Westport: Quorum Books.

SCHERER, F.M. (1991). "Antitrust and a Dynamic Economy". In FIRST, H., FOX, E.M. & PITOFSKY, R. (eds.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century: essays on legal, economic and political policy*. EUA: Quorum Books.

SCHERER, F.M. (1994). *Competition policies for an Integrated World Economy*, Washington D.C.: The Brookings Institution.

SCHERER, F.M. (1991). "Antitrust, Efficiency, and Progress". In: FOX, E. e HALVERSTON, J. (Eds.) (1991) *Collaborations Among Competitors: Antitrust Policy and Economics*. Chicago: American Bar Association.

SHEPHERD, W. (1988). "Three "Efficiency School" Hypotheses about Market Power". *Antitrust Bulletin*, v. XXXIII, n° 2, summer, pp. 395-415.

SULLIVAN, L. (1997) *Handbook of Law of Antitrust*.

SULLIVAN, E. & HARRISON, J. (1988). *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. New York: Matthew Bender & Co.

SULLIVAN, A. (1985) *Economics and Federal Antitrust Law*, West Publishing Co.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. (1992) *Economics of Regulation and Antitrust*. D.C. Heath and Company.

DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS E O ROBINSON-PATMAN ACT

*João Paulo G. Leal **

“The Robinson-Patman Act can be understood as an attempt to regulate competitive practices in the spirit of Gardiner Means’ compromise: to balance the interests of sellers and buyers by mimicking the price mechanism.” (Peritz)

Introdução

A proibição legal à discriminação de preços, nos termos do Robinson-Patman Act, é ponto bastante controverso em matéria de defesa da concorrência. Peritz, por exemplo, assim como outros autores associam suas contradições à sua origem histórica, quando os Estados Unidos da América atravessavam a Grande Depressão e havia forte pressão deflacionista acirrada pela competição entre pequenos e grandes atacadistas e varejistas.

A discriminação de preços pode ser considerada tão inerente às relações de mercado quanto possivelmente inócua para a concorrência, se vista sob sua forma mais ordinária, por exemplo, simplesmente como o desconto negociado entre vendedor e comprador. Porém, a prática encerra efeitos negativos para os consumidores, pois permite ao vendedor, sob certas condições, comercializar o produto pelo valor máximo que cada consumidor aceita pagar.

A discriminação de preços é uma forma de exercício de poder de mercado. Empresas diversificadas, em termos de produtos e/ou mercados geográficos de atuação, podem realizar vendas de determinado produto para certa localidade a preços mais baixos, como forma de elevar sua participação de mercado ou de qualquer modo prejudicar empresas com atuação restrita ou centralizada naquele produto/região. Todavia, não é trivial discernir entre a prática que visa eliminar a concorrência e a redução do preço motivada pela mais acirrada competição encontrada em determinados mercados.

Enfim, esses pontos são apenas exemplos que não fazem jus à controvérsia que cerca a discriminação de preços. A análise dessa prática, feita nos próximos itens, tampouco se pretende exaustiva. Os itens 1 e 2 abaixo propõem distinguir a prática por seus efeitos: sobre os consumidores (diretos)

* Economista da Edgard Pereira & Associados. As opiniões expressas aqui são de responsabilidade do autor.

e sobre a concorrência (indiretamente sobre os consumidores). São diferenças de abordagem, que correspondem aproximadamente às formas de tratamento conferidas pela economia e pelo direito à concorrência de preços.

Como visto no item I abaixo, a discriminação de preços resulta em uma transferência de renda dos consumidores para os produtores, mas esse efeito negativo, sob determinadas circunstâncias e dependendo do referencial que se adote, pode ser parcialmente compensado por um aumento de eficiência na produção pela melhor ocupação dos recursos empregados.

No item II, as atenções são voltadas para a análise mais tipicamente concorrencial da discriminação de preços. Nesse âmbito a prática pode ser distinguida mais uma vez, agora segundo as relações de concorrência que são afetadas pela discriminação. Passa-se na seqüência aos principais pontos do Robinson-Patman Act: o que é discriminar preços, como são identificados os prejuízos à competição causados, sob que condições a prática pode ser considerada lícita, entre outros.

Por fim, no item III busca-se sintetizar algumas das principais considerações detalhadas nos itens anteriores.

I.A discriminação de preços e seus efeitos (diretos) sobre os consumidores

Discriminar preços é cobrar pelo mesmo produto preços diferentes – essa pode ser tida como uma definição provisória, a ser qualificada adiante. Neste item são apresentadas quais condições devem estar presentes para que certa empresa possa discriminar preços; que tipos existem de discriminação e quais seus efeitos sobre os consumidores.

1.1. Condições para a Discriminação de Preços e sua Classificação

A discriminação de preços, tal como definida no parágrafo anterior, representa o afastamento do preço competitivo.

Em concorrência perfeita¹, a disputa travada entre cada um dos inúmeros ofertantes faz com que o preço praticado – igual para todos – caia até o mínimo possível, de forma que o lucro auferido nessas condições seja estrita-

¹ As características do modelo de concorrência perfeita e a determinação do preço nesses mercados são analisadas em detalhe, por exemplo, em **Varian** (1994). Para uma síntese, sugere-se a leitura do capítulo 1 de **Areeda e Kaplow** (1997) e **Santacruz** (2002).

mente o lucro normal ou lucro mínimo (e ao preço competitivo seja contraposto o preço ou lucro supranormal). Assim, o ato de discriminar preços requer a existência de poder de mercado (em maior ou menor grau), como definido por Landes e Posner (1981) no sentido da capacidade para impor preço superior ao competitivo.

E essa não é a única condição necessária para a viabilidade da prática. É necessário também que os consumidores não tenham ciência da discriminação ou não tenham a possibilidade de revender o produto comercializado (arbitragem dos preços maior e menor). À guisa de ilustração, tome-se o caso de uma commodity, isto é, de um produto homogêneo (em geral um produto primário agrícola, como café ou soja, ou um produto mineral, como ouro, alumínio, entre outros), com cotação em bolsa de valores. A discriminação de preços, vale dizer, a comercialização do produto a preço diferente da cotação em bolsa, é pouco provável ou até mesmo impossível. A venda a um preço maior é impossibilitada, pois a cotação é uma informação pública facilmente acessível ao comprador. E a venda da commodity a um preço menor que o da cotação é igualmente improvável, pois haveria sua revenda pelo comprador.

Por fim, há uma terceira condição para a discriminação de preços: quem a pratica deve identificar os consumidores (ou grupos de consumidores) dispostos a pagar preços mais elevados. Reconhecer as características dos consumidores e fixar preços em função delas não é uma questão trivial.

Dependendo da capacidade do ofertante do produto de discriminar seu preço, há diferentes tipos de discriminação: perfeita ou de primeiro grau, de segundo grau e de terceiro grau.

A discriminação perfeita ocorre quando o preço de venda é estabelecido diferentemente para cada transação em particular. Alguns autores explícita ou implicitamente afirmam que esse tipo de discriminação é incomum. Para Scherer e Ross (1990:491), “[e]xamples included the typical pricing practice in Middle Eastern bazaars and the sale at retail of most new and used cars”. Para Carlton e Perloff (1994:442), “[b]ecause perfect price discrimination requires detailed knowledge about individual buyers, it is more likely to occur (or be attempted) when one-on-one bargain occurs. For example, a car salesperson may ask potential buyers about their jobs, where they live, and where else they have shopped in an effort to estimate the maximum they are likely to spend”.

Parece, entretanto, que tal prática não é atípica. Ao contrário, é até mesmo inerente a muitas das transações realizadas cotidianamente. Considere-se como exemplo a venda de um bem de consumo qualquer. Os consumidores estão dispostos a pagar preços diferentes para adquirir uma unidade de determinado produto (o chamado preço de reserva), porém, como não se sabe que

preços são esses, o produto é vendido a um preço único. Diferentemente do que pode ocorrer em uma pequena loja, em que, embora o preço do produto esteja afixado, o vendedor negocia diretamente um “desconto” com cada cliente individual. Do mesmo modo ocorre nas transações entre empresas: aos compradores interessa, em primeiro lugar, pagar um preço baixo, mas também obter uma “vantagem” em relação ao concorrente que adquiri o produto junto ao mesmo fornecedor.

Não cabe aqui uma “tipologia das transações”. É certo, porém, que há um grande número de produtos “de prateleira”, que são vendidos a um grande número de compradores, cujas transações não podem ser, portanto, particularizadas, como também há um grande número de transações que comportam esse tipo de barganha ou negociação individual, que está por trás da discriminação perfeita de preços.

A discriminação de segundo grau é similar à perfeita: os consumidores não são individualizados, mas, ao atender determinado critério estabelecido pelo vendedor, fazem face a preços diferentes. Nesse caso, o preço unitário é diferente, mas essa diferença não foi estabelecida em barganha individual com o comprador, mas por algum critério objetivo. O exemplo mais trivial é o de preços diferentes de acordo com as quantidades adquiridas.

Por fim, a discriminação de terceiro grau ocorre quando o vendedor é capaz de segmentar o mercado em diferentes grupos de consumidores independentes e para cada grupo é praticado um mesmo e único preço. Exemplos: a segmentação por faixa etária na venda de ingressos para o cinema ou segundo a destinação geográfica da mercadoria². Nesses casos é especialmente importante a possibilidade de prevenção da arbitragem de preços pelos consumidores.

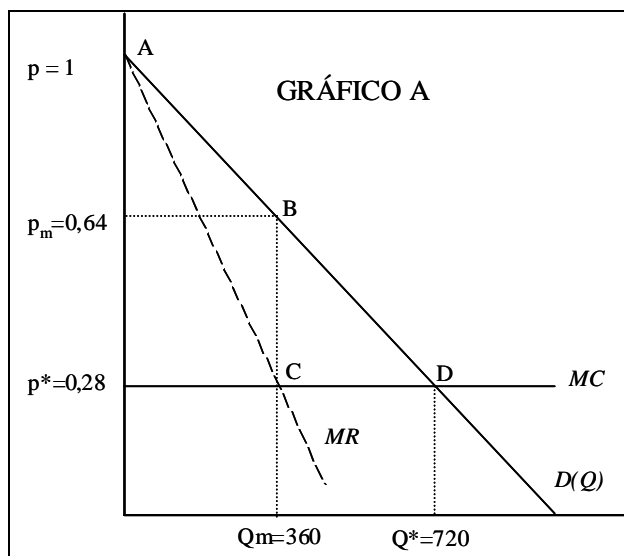
De acordo com o tipo de diferenciação de preços conseguida, é maior ou menor seu efeito negativo em termos de bem-estar do consumidor. A situação-limite, detalhada a seguir, é dada pela discriminação perfeita.

1.2. Efeitos Distributivos e Alocativos da Discriminação de Preços

² “U.S. airlines’ requirement that trips span Saturday night to qualify for bargain fares, for instance, is an attempt to separate business travelers from vacationers and person on family business, many of whom would not travel if they had to pay full fares. Similarly, lower prices are charged for children’s haircuts (despite the higher labor input to shear a wiggling object) because of stronger do-it-yourself competition.” (Scherer e Ross, 1990:493)

A primeira (e, de certo modo, a única) motivação para a discriminação de preços é o aumento dos lucros.

Considere o gráfico abaixo (uma adaptação da ilustração de Carlton e Perloff, 1994:438-441). O gráfico A representa a situação de uma empresa monopolista praticando preço indiferenciado. A curva de demanda é $D(Q)$, a receita marginal é MR e o custo médio e marginal é MC . Sem discriminação, o preço praticado é \$ 0,64, e a quantidade vendida, $Q_m = 360$ (receita marginal = custo marginal = 0,28). O lucro total auferido é igual à área do retângulo (p_mBCp^*), isto é, \$ 129,60.



Suponha agora que a empresa seja capaz de realizar uma discriminação perfeita. Há interesse em produzir e vender tudo que for possível desde que a um preço que iguale o custo marginal (0,28), igual ao custo médio, por hipótese. Ocorre que, com a discriminação, a empresa é capaz de praticar, para cada unidade comercializada, o preço máximo dado pela curva de demanda: a 1ª unidade foi vendida a \$ 1, a 360ª a \$ 0,64 e assim sucessivamente até a 720ª a \$ 0,28 (ou seja, o segmento AD da curva de demanda).

O crescimento do lucro que há com a discriminação de preços dá-se, em parte, pela redução do excedente dos consumidores. O lucro total auferido antes da discriminação, que era igual a \$ 129,60, passou a \$ 259,20 (igual à área ADp^*), sendo comercializadas 720 unidades do produto. O excedente do consumidor, por sua vez, caiu a zero.

O excedente do consumidor nada mais é do que a diferença entre o que cada consumidor individualmente considerado está disposto a pagar pelo produto e o que é efetivamente pago. A um preço uniforme, alguns consumidores adquirirão o produto pagando menos do que se dispunham a gastar. Outros consumidores não comprarão o produto ou restringirão a quantidade a ser adquirida. Com a discriminação perfeita, ocorre é a “personalização” dos preços de venda e, com isso, a diminuição ou eliminação do excedente do consumidor.

Voltando ao gráfico acima, o excedente do consumidor obtido na situação sem discriminação de preços é igual à área ABp_m (= \$ 64,80): alguns dos consumidores estavam dispostos a pagar mais do que \$ 0,64, mas sem a discriminação de preços pagaram esse valor por cada uma das 360 unidades adquiridas (apropriaram-se desse excedente).

Portanto, uma das principais conseqüências da discriminação de preços é a redução do excedente dos consumidores, isto é, há um efeito distributivo em favor da(s) empresa(s) que a pratica(m) em detrimento dos compradores ou consumidores.

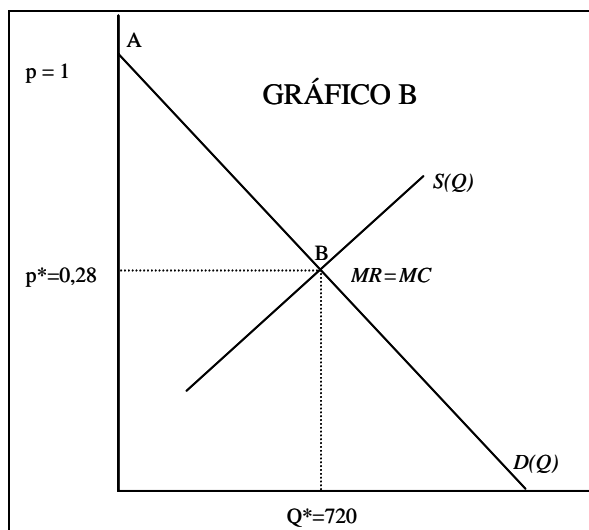
Mas essa situação é necessariamente a pior? A resposta depende da situação inicial da qual se parte. Considere, para efeito de comparação, a situação que prevaleceria em concorrência perfeita. Nesse caso, conforme mostra o gráfico B, a quantidade comercializada seria igual a $Q_m = 720$ [igualando oferta $S(Q)$ e a demanda $D(Q)$, ao preço de equilíbrio $p^* = \$0,28$] e o excedente do consumidor seria igual a \$ 259,20 (área ABp^*).

Assim, em relação à situação de concorrência perfeita, a discriminação de preços resulta em perda de renda dos consumidores (a eliminação total do excedente dos consumidores no caso da discriminação perfeita), mantendo inalterada a quantidade transacionada. Há um efeito negativo de distribuição de renda dos consumidores para os produtores³.

Já com relação à situação de monopólio sem discriminação, ao mesmo tempo em que a discriminação perfeita de preços resulta na apropriação de todo o excedente do consumidor e, portanto, no efeito negativo sobre a distribuição de renda, a conduta leva à expansão das quantidades produzidas e vendidas e, conseqüentemente, tem um efeito alocativo positivo: os recursos

³ “There is no ambiguity about the welfare effects of perfect price discrimination. Output is at the efficient, competitive level, but consumers are poorer than they are under competition; therefore, perfect price discrimination does not distort efficiency but does affect the distribution income.” (Carlton e Perloff, 1994:448)

imobilizados na fabricação do produto são mais plenamente utilizados com a maior ocupação da capacidade produtiva instalada⁴.



Discriminação de Preços Perfeita e o Excedente do Consumidor			
	Concorrência Perfeita	Monopólio sem Discriminação	Monopólio com Discriminação
Preço	0,28	0,64	0,28
Quantidade Total	720	360	720
Excedente do Consumidor	259,20	64,80	0

Em suma, a discriminação de preços requer a existência de poder de mercado e sua efetivação resulta no aumento dos lucros e na redução ou completa eliminação do excedente dos consumidores. Há necessariamente um e-

⁴ “First- or second-degree discrimination usually leads to larger outputs than under simple monopoly, and from to lower dead-weight losses and improved allocative efficiency.” (Scherer e Ross, 1990:495) Deve-se notar, embora não caiba aqui desenvolver o argumento, que essa ambigüidade, mesmo com relação à concorrência perfeita, pode ser significativamente acentuada se os custos de produção não forem constantes, mas decrescentes.

feito distributivo negativo com decorrência da discriminação de preços. Porém, se a estrutura de oferta, antes da discriminação, é bastante concentrada, a discriminação pode implicar ampliação da produção e, portanto, em aumento de eficiência alocativa, compensando parcialmente o efeito distributivo que traz.

II.A discriminação de preços e a concorrência

A discriminação de preços tem distintas definições econômica e legal: na teoria econômica, a discriminação de preços ocorre quando os preços de venda não guardam relação com o custo do produto comercializado, ao passo que, legalmente, conforme interpretação da Suprema Corte norte-americana, discriminar preços é simplesmente vender o mesmo produto a preços diferentes⁵.

Essas diferentes definições podem ser associadas aos efeitos da discriminação sobre os consumidores e a concorrência, respectivamente. No sentido econômico, para a obtenção de lucro maior, como visto, importa que a discriminação ocorra com relação ao custo. Já no sentido legal, a análise é centrada nos efeitos sobre a concorrência. Aqui a preocupação é com o falseamento da concorrência que pode resultar da cobrança de preços diferentes.

II.1. “Primary-line Injury” e “Secondary-line Injury”

A discriminação de preços pode limitar, falsear ou prejudicar a concorrência. Uma empresa pode desejar ampliar suas vendas em determinado mercado, inibir a entrada de novos concorrentes ou eliminar os já estabelecidos e, para tanto, pode adotar preços discriminados: menores nas vendas que deseja impulsionar em relação ao preço das demais unidades comercializadas. Ou, uma empresa, que consiga obter em suas compras uma vantagem substan-

⁵ “The ‘price discrimination’ defined by the statute is not price discrimination in an economic sense, although the concepts overlap. The economist calls ‘discrimination’ any difference over two or more sales in the ration between the cost of the sale and its price. Thus, if it costs \$ 1 to supply a pair of rubbers to A, and \$ 2 to supply identical rubbers to B, it is discriminatory to sell rubbers to both at \$ 2. Under the Robinson-Patman Act, however, it is price discrimination *unless* he sells to both A and B at \$ 2. A seller avoids any charge of discrimination so long as he sells goods at the same price, no matter how different the costs of producing the goods may be.” (Posner e Easterbrook, 1981:944-945)

cial em relação aos seus concorrentes (e.g., pagando um preço menor e, portanto, diferenciado em relação aos outros compradores que com ela competem), pode reforçar sua posição competitiva, passando a dispor de condições para eliminar ou mitigar a concorrência em seu mercado de atuação.

No primeiro caso nota-se que as relações de concorrência falseadas pela prática e que são objeto de análise são as existentes entre a empresa que faz a discriminação e seus concorrentes. Os efeitos anticompetitivos que se busca coibir dizem respeito ao próprio mercado de atuação da empresa que pratica a discriminação. Por essa razão, esse tipo de discriminação é chamada de primária ou *primary-line*.

Há uma clara diferença com relação ao segundo exemplo acima de discriminação de preços. Naquele caso as relações de concorrência que se busca manter são as do mercado a jusante, isto é, o mercado de atuação da empresa para a qual se vende o produto com preço discriminado. Por isso, esse tipo de discriminação é chamada secundária ou *secondary-line*.

A discriminação de preços, portanto, pode ser classificada como de primeiro, segundo e terceiro grau, quando se tem em vista a natureza da diferença estabelecida entre os consumidores; e a discriminação de preços também pode ser distinguida por seus efeitos concorrenciais: discriminação primária e secundária.

A discriminação de preços foi determinada ilegal pelo Clayton Act de 1914 e texto legal estabelecia nítida preocupação com a do tipo primária:

“Clayton Act § 2, as originally enacted, was understood to be concerned mainly or even exclusively with price discrimination’s effects upon the seller’s competitors. Although the Court came to hold buyer-level competition within the statute’s protection, the original enactment immunized quantity discounts and thus seemed impotent to control the granting of preferential prices to mass buyers. The mass-buying chain stores and mail order houses grew greatly after World War I and seemed to imperil independent business. The chains often purchased directly from manufacturers, dispensed with ordinary wholesalers, and undersold independent retailers.” (Areeda e Kaplow, 1997:908)

Já o Robinson-Patman Act, de 1936, introduziu alterações muito significativas no Clayton Act original⁶, as quais se destinavam sobretudo a tra-

⁶ Para evitar maior confusão o Clayton Act de 1914 será referido por Clayton Act e o Clayton Act como emendado pelo Robinson-Patman Act de 1936 será referido apenas por RPA.

zer para o alcance da lei a discriminação secundária. Vários autores enfatizam as particularidades do momento histórico em que o RPA foi promulgado. Posner e Easterbrook (1981:943-944), por exemplo, destacam que a preocupação do Congresso e do Executivo norte-americanos com a discriminação de preços secundária intensificou-se e encontrou respaldo político durante os anos 30, em meio à Grande Depressão e à tendência geral ao declínio dos preços:

“For many years small retail distributors, especially grocers, had been complaining to Congress about the growth of chain stores. These larger stores, which often offered greater selections of merchandise at lower prices, supposedly obtained discounts from wholesalers of manufacturers by exercising their greater ‘buying power’ [...] The complaints, although persistent, were unavailing until the Great Depression struck. Congress enacted the National Industrial Recovery Act as part of a program to halt the downward trend of prices [...] The NIRA was held unconstitutional by the Supreme Court, on May 27, 1935 [...] and the Robinson-Patman Act was introduced on June 11 as yet another device to stop the slide prices.”

Em outras palavras, as grandes redes varejistas vinham alcançando uma maior expressão na economia norte-americana e, por isso, dispunham de elevado poder de compra para negociar preços menores junto aos fornecedores e, assim, obter uma vantagem competitiva frente aos concorrentes de menor porte. Estabelecia-se um círculo vicioso (ou seria virtuoso?), a partir do qual as vantagens obtidas pelas grandes redes com os fornecedores eram revertidas em maior participação de mercado, às expensas dos pequenos varejistas, reforçando o poder de barganha que dava continuidade à discriminação de preços.

Todavia, não se tem aqui qualquer pretensão de analisar os meandros econômicos ou políticos da época que levaram ao Clayton Act ou ao RPA⁷.

Assim sendo, passa-se adiante para a análise do que se pode denominar aspectos mais sensíveis ou controversos acerca da proibição da discriminação de preços, conforme estabelecido pelo RPA (seus principais dispositivos são reproduzidos na íntegra no Anexo 1).

⁷ Sugere-se a leitura de **Ross** (1993:395-399) e, principalmente, de **Peritz** (1996), que faz um apanhado detalhado das condições políticas subjacentes à promulgação do RPA.

II.2. O que é “Discriminar Preço”?

O RPA não define ou exemplifica o que é “discriminar preços”. A referência jurisprudencial mais citada é a do caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*,

363 U.S. 536 (1960), no qual o Juiz Warren afirmou:

“We are convinced that, whatever may be said with respect to the rest of 2(a) and 2(b) – and we say nothing here – there are no overtones of business buccaneering in the 2(a) phrase ‘discriminate in price’. Rather, a price discrimination within the meaning of that provision is merely a price difference.” (sublinhou-se)⁸

Tratava-se de um caso de discriminação de primeiro grau⁹. A Anheuser-Busch – fabricante de cerveja com atuação em todo os EUA – foi acusada de praticar preços nas vendas para o mercado de Saint Louis inferiores aos preços praticados em outras localidades¹⁰. Naquele mercado estavam presentes empresas regionais, concorrentes da Anheuser-Busch.

⁸ Esse entendimento vem sendo mantido: “Since we have already decided that a price discrimination within the meaning of 2(a) ‘is merely a price difference’...” (*Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543, 1990).

⁹ De acordo com **Ross** (1993:403-404): “Anheuser-Busch argued that the Act did not prohibit this price differential because the favored and disfavored buyers (local distributors in St. Louis were ‘favored’ and local distributors elsewhere not) did not compete with each other. The Court rejected the argument. It noted that the St. Louis price war appeared to be part of Anheuser-Busch’s efforts to discipline rival brewers in St. Louis, precisely the type of primary-line injury that was targeted by the original Clayton Act. Clearly, the Robinson-Patman Act was intended to expand, not limit, the prohibition on price discrimination, and the Court therefore refused to adopt the defendant’s reading of the statute, which would have confined its scope to secondary-line injury”.

¹⁰ Preços praticados pela Anheuser-Busch, segundo informações contidas no Voto do Juiz Warren, da Suprema Corte:

St. Louis, Mo.	2.93	Washington, D.C.	3.65	Chicago, Ill.	3.44
Detroit, Mich.	3.55	Cincinnati, Ohio	3.75	Boston, Mass.	3.69
Houston, Tex.	3.70	Kansas City, Mo.	3.15	Bronx, N. Y.	3.68
St. Paul, Minn.	3.53	Kearney, Nebr.	3.68	Sioux Falls, S. Dak.	3.50
St. Joseph, Mo.	3.17	Buffalo, N. Y.	3.60	San Francisco, Calif.	3.79

O caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, 324 U.S. 726 (1945) fornece um contraponto interessante ao caso anterior. A Corn produzia glucose em duas unidades fabris: em Chicago e em Kansas City. A comercialização do produto era realizada unicamente na modalidade delivered, isto é, com o frete incluso. A discriminação de preços decorria da adoção pela Corn do chamado basing point system: o preço (exclusive custo de transporte) de Chicago era adotado como base para a determinação do preço final, independentemente da mercadoria provir realmente da fábrica de Chicago ou de Kansas City. Digamos, o preço final (delivered) era sempre igual ao preço de referência de Chicago, acrescido do custo de transporte calculado a partir de Chicago¹¹.

Pode-se interpretar esse sistema da seguinte maneira: todos clientes adquirem o produto a preços finais diferentes, na medida que distam de Chicago: quanto maior a distância de Chicago, maior o preço delivered. Vendas realizadas para clientes com custos de transporte iguais (na mesma distância de Chicago) teriam preços finais iguais. E, além disso, descontado o custo de transporte, o preço praticado pela Corn seria sempre o mesmo, igual à referência de Chicago. Mas não foi essa a interpretação da Suprema Corte. Conforme relata o Juiz Stone:

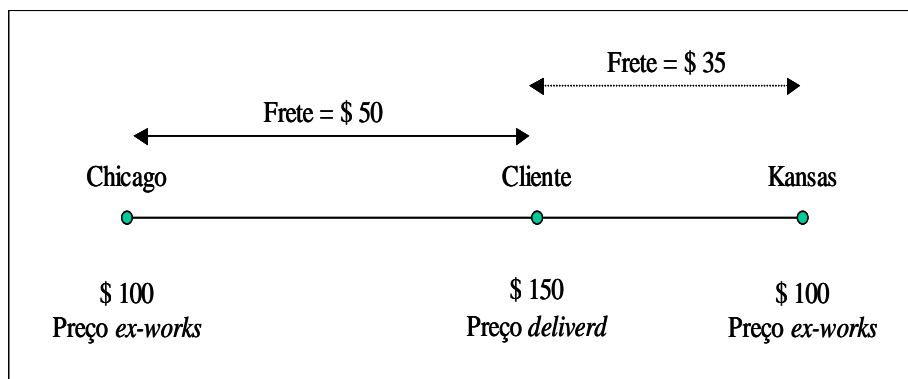
“Thus purchasers in all places other than Chicago pay a higher price than do Chicago purchasers. And in the case of all shipments from Kansas City to purchasers in cities having a lower freight rate from Kansas City than from Chicago, the delivered price includes unearned or ‘phantom’ freight, to the extent of the difference in freight rates. Conversely, when the freight from Kansas City to the point of delivery is more than that from Chicago, petitioners must ‘absorb’ freight upon shipments from Kansas City, to the extent of the difference in freight.”

De acordo com a ilustração abaixo, o preço efetivamente pago pelo cliente teria sido \$ 150 (\$ 100 + \$ 50 de frete). Ocorre que, se não fosse o ba-

¹¹ Relata o Juiz Stone da Suprema Corte: “Petitioners, a parent corporation and its sales subsidiary, use a basing point system of pricing in their sales of glucose. They sell only at delivered prices, computed by adding to a base price at Chicago the published freight tariff from Chicago to the several points of delivery, even though deliveries are in fact made from their factory at Kansas City as well as from their Chicago factory. Consequently there is included in the delivered price on shipments from Kansas City an amount of ‘freight’ which usually does not correspond to freight actually paid by petitioners”.

sic point system, esse cliente, que efetivamente era suprido a partir da fábrica de Kansas City, poderia adquirir o produto por \$ 135. Logo, a diferença entre \$ 50 e \$ 35 é o que o Juiz Stone denominou phantom freight:

“The Commission [Federal Trade Commission] found that the higher prices paid for glucose purchased from petitioners by candy manufacturers located in cities other than Chicago, result in varying degree in higher costs of producing the candies. The degree in each instance varies with the difference in the delivered price of the glucose, and the proportion of glucose in the particular candy. Manufacturers who pay unearned or phantom freight under petitioners’ basing point system necessarily pay relatively higher costs for their raw material than do those manufacturers whose location with relation to the basing point is such that they are able to purchase at the base price plus only the freight actually paid.”



Note-se: na ilustração, o phantom freight é positivo, mas também poderia ser negativo, contanto que o frete a partir de Chicago fosse menor do que o frete calculado desde Kansas City, e o produto fosse efetivamente despachado dessa última cidade.

Formalmente, poder-se-ia dizer que o preço praticado era não discriminado, considerando o preço de referência de Chicago, já descontado o custo do frete. Entretanto, a discriminação de preços (e o possível prejuízo à concorrência no mercado a jusante) foi identificada pela diferença real no preços, porque o custo de transporte implícito nos preços deliverd continha um valor “fantasma”, não efetivamente incorrido pelo fabricante e repassado para o adquirente da glucose.

Outro ponto importante acerca do que é discriminar preços é: essa prática não se confunde com a prática de preço predatório. A prática de preço predatório consiste na venda de um produto a preço inferior ao custo (qual-

quer que seja a definição de custo considerada). Já a discriminação de preços significa, como visto, apenas praticar preços diferentes:

“Price discrimination should not be confused with predatory pricing for they are not always one and the same. Predatory pricing occurs when a firm intentionally reduces prices below costs of production in order to drive rivals from the market. It can be used in conjunction with price discrimination if the firm engaging in predation simultaneously charges higher prices to customers in other areas where competition is not as keen. Although price discrimination and predatory pricing often occur together, they are separate practices and should be distinguished.” (Breit e Elzinga, 1996:223, como no original)

Entretanto, é possível traçar um paralelo entre as práticas de preço predatório e discriminação primária de preços. Ambas têm, do ponto de vista de quem as pratica, o mesmo objetivo imediato: impor uma perda de mercado aos concorrentes (eliminando-os ou não – essa questão será retomada brevemente, adiante). Essas condutas, por isso, podem ser aproximadas para fins analíticos.

A situação é diferente com relação à discriminação secundária. Quem comercializa o produto a preço menor encontra-se em princípio em uma situação passiva ou até mesmo defensiva. Trata-se de manter suas vendas para a empresa adquirente do produto, que é a beneficiária direta da prática. As relações concorrenciais que são objeto de análise referem-se ao mercado a jusante. O dano à competição deve ser determinado não com relação aos concorrentes de quem pratica a discriminação, mas relativamente aos concorrentes de quem se beneficia dela.

Feita essa observação, pode-se retomar a análise da discriminação de preços: discriminar preços é praticar preços diferentes, o que obviamente requer que o produto em questão seja o mesmo. Ou, nos termos do RPA (§ 2(a)), de produtos de igual categoria e qualidade (“like grade and quality”)¹². Porém, definir se os produtos são ou não diferentes pode ser muito complexo, quando se está diante de produtos diferenciados.

A diferenciação de produto é um meio pelo qual as empresas buscam tornar seus consumidores fiéis ou atrair os consumidores de produtos concorrentes, a despeito do nível de seu próprio preço. Para tanto, deve-se convencer os consumidores de que o produto vendido por ela é melhor, seja

¹² “It is only discriminatory to sell the same thing at different prices. Selling different goods at different prices is therefore beyond the scope of the Act.” (Ross, 1993:406)

num sentido altamente subjetivo (mais bonito, deixa o consumidor mais atraente, tem um gosto melhor etc.), seja num sentido menos subjetivo (mais qualidade, melhor desempenho, rende mais etc.). A publicidade, os atributos físicos acessórios, o desenho, o sabor, enfim, há uma variada gama de elementos que podem ser explorados para estabelecer a diferenciação de produtos e a fidelidade dos consumidores à determinada marca.

As empresas claramente esforçam-se para o estabelecimento de preferências dos consumidores por seus produtos, o que dá margem à existência de um sem-número de marcas com graus distintos de diferenciação, com diferenças das mais tênues às mais significativas. Cada marca, muitas vezes, busca atender aos anseios de determinado público-alvo, segmentando o mercado consumidor e, por conseguinte, capacitando as empresas a discriminar preços (mais provavelmente do terceiro grau).

As fronteiras entre produtos diferentes ou de igual categoria e qualidade são, portanto, muito tênues. Isto é mesmo da essência da concorrência intercapitalista.

O caso *FTC v. Borden Co.*, 383 U.S. 637 (1966), é interessante por estabelecer jurisprudência quanto à admissibilidade, nos termos do RPA, de um caso de venda a preços diferentes de marcas distintas de um produto idêntico (embora as marcas não fossem necessariamente idênticas para os consumidores).

A Borden Company produzia e comercializava leite sob marcas distintas: Borden, de sua propriedade, e marcas de terceiros, clientes da Borden. De acordo com o entendimento vitorioso no processo, o leite comercializado, sob qualquer denominação, era física e quimicamente idêntico¹³, embora o preço da marca Borden fosse regularmente superior ao preço cobrado pelo leite comercializado com outras marcas.

A FTC – a partir da determinação das diferentes marcas como sendo de like grade or quality – estabeleceu que o diferencial de preços em questão era discriminatório e, observando os outros requisitos legais, determinou a cessação da prática. A Corte de Apelação reverteu a decisão unicamente com base na consideração de que tais marcas não são de igual categoria e qualidade. A decisão da Suprema Corte foi favorável à FTC:

¹³ “With respect to the facts, the dissent claimed that Borden took extensive quality-control precautions to insure that a flawed Borden brand product did not reach consumers, while these precautions were not taken for the private brand milk Borden prepared. If the dissent were correct, the two products were not of like grade and quality.” (Ross, 1993:406)

“We doubt that Congress intended to foreclose these inquiries in situations where a single seller markets the identical product under several different brands, whether his own, his customers’ or both¹⁴. Such transactions are too laden with potential discrimination and adverse competitive effect to be excluded from the reach of 2(a) by permitting a difference in grade to be established by the label alone or by the label and its consumer appeal.”

A questão colocada pela Suprema Corte é simples: caso se admitisse que a comercialização de produtos idênticos sob marcas distintas e a preços diferentes não é potencialmente alcançada pelo RPA, seria estabelecido o meio pelo qual o dispositivo legal poderia ser sempre ilidido, bastando para tanto a aposição de marcas distintas a produtos idênticos¹⁵.

Não se tem aqui qualquer pretensão à generalização, mas é bastante razoável considerar que as empresas, ao diferenciar produtos, lançar novas marcas e investir recursos vultosos nelas, têm por finalidade concorrer (na acepção precisa do termo) com as empresas rivais e discriminar preços (em sentido amplo). Não há razão para supor que esse objetivo subordina o primeiro, principalmente quando há razões fortes para crer que é justamente o contrário. A diferenciação de produto é elemento vital da competição em inúmeros mercados.

O que se afirma é que a diferenciação de produtos, ao mesmo tempo em que torna muito mais complexa a definição de produtos de igual categoria e qualidade, é parte constitutiva da concorrência entre empresas e do próprio padrão de consumo. Para que não se iniba essa fonte de vigor competitivo, é necessário submeter a definição do que é de igual categoria e qualidade ao crivo do mercado: as marcas que são comercializadas com sucesso a um preço

¹⁴ De acordo com o Juiz White: “During the 1936 hearings on the proposed amendments to 2 of the Clayton Act, the attention of the Congress was specifically called to the question of the applicability of 2 to the practice of a manufacturer selling his product under his nationally advertised brand at a different price than he charged when the product was sold under a private label [...] it was suggested that the proposed 2(a) be amended so as to apply only to sales of commodities of ‘like grade, quality and brand’ ” (idem).

¹⁵ “The seller, to escape the Act, would have only to succeed in selling some unspecified amount of each product to some unspecified portion of his customers, however large or small the price differential might be. The seller’s pricing and branding policy, by being successful, would apparently validate itself by creating a difference in ‘grade’ and thus taking itself beyond the purview of the Act.” (idem)

superior ao das demais são marcas ou produtos de diferente categoria e qualidade¹⁶.

II.3. O que é Prejudicar a Concorrência?

O § 2(a) do RPA declara que é ilegal discriminar preços de um produto de igual categoria e qualidade, quando a discriminação tem por efeito: (i) reduzir substancialmente a competição; ou (ii) tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio; ou (iii) prejudicar, destruir ou impedir a competição de qualquer pessoa que suposta ou reconhecidamente é beneficiária da discriminação ou de clientes de qualquer um deles¹⁷.

O inciso (iii) trouxe uma sensível mudança no “padrão de dano” requerido para a caracterização do ilícito a partir da redação dada pelo RPA. Prejudicar, destruir ou impedir a competição estabelece um nível de ofensa à concorrência menos forte do que reduzir substancialmente a competição ou tender a criar um monopólio. Tornou-se, desse modo, mais rígida a proibição ou, dito de outra forma, tornou-se menos nítido o critério para caracterização do prejuízo à concorrência causado pela discriminação de preços (de primeiro ou segundo grau).

II.3.1. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Primária de Preços

Considere-se, inicialmente, a discriminação primária de preços, que, como mencionado, preocupa-se com a concorrência no mercado de atuação da empresa que faz a discriminação. Diz respeito fundamentalmente à guerra de

¹⁶ Apenas para prevenir eventual mal-entendido, isto não quer dizer que essas marcas pertençam a mercados relevantes distintos. A marca “A” é comercializada a um preço “X%” maior que o da marca “B”. O que a diferenciação de produtos busca garantir é a venda da marca “A” a despeito do diferencial de preços. Não assegura, ao contrário, que ao preço “X+1%” parte significativa dos consumidores deixe de adquirir a marca “A”, comprando alternativamente a marca “B” e, assim, fazendo com que ambas as marcas pertençam ao mesmo mercado relevante, nos termos do teste do monopolista hipotético.

¹⁷ Convém ressaltar mais uma vez a já mencionada ampliação do escopo da proibição à discriminação de preços realizada pelo RPA. O inciso (iii) acima não constava do Clayton Act de 1914 e sua inclusão tornou mais facilmente imputável a discriminação de preços secundária. O Clayton Act (§ 2º) original dispunha como ilegal unicamente *discriminar o preço de mercadorias*, quando a discriminação tem por efeito: (i) *reduzir substancialmente a competição* ou (ii) *tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio*.

preços em mercados geográficos específicos, patrocinada por empresas com atuação dispersa geograficamente. Essas empresas poderiam “financiar” preços baixos nas vendas para determinados mercados, cobrando preços relativamente mais elevados em outras localidades de atuação.

Por outro lado, concorrentes com atuação restrita em termos geográficos não teriam acesso a essa fonte de “financiamento”. Uma empresa com produção centralizada em determinada localidade, mas com comercialização em escala nacional (país de dimensão continental como os Estados Unidos ou o Brasil), deve enfrentar a concorrência de outras empresas nacionais, bem como de outros rivais de atuação regional. Para tanto, suponha-se, atua com preços diferenciados segundo a localidade de destino, tornando-os compatíveis com os preços de mercado vigentes em cada região.

Como “separar” a vigorosa concorrência em mercados específicos da prática de discriminatória, capaz de prejudicar a competição? O caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, 386. U.S. 685 (1967) ilustra com precisão o tipo de questionamento proposto.

A *Utah Pie Co.* tinha fábrica em Salt Lake City, Estado de Utah, e comercializava as tortas congeladas lá fabricadas no próprio Estado e nos Estados vizinhos. Sua participação de mercado, que era de 66,5% em 1958, caiu para 34,3% em 1959, voltando a subir para 45,5% - 45,3% nos dois anos subsequentes. Não obstante a perda de market share, o volume de vendas foi sempre crescente ao longo do período considerado, bem como os resultados financeiros da empresa foram melhorados, conforme relata o Juiz White da Suprema Corte¹⁸.

Do outro lado encontravam-se as Representadas, *Continental Baking Co.*, *Carnation Company* e *Pet Milk Company*, concorrentes da *Utah Pie* no mercado de tortas congeladas e com atuação em várias regiões dos EUA. Nenhuma delas detinha fábrica no Estado de Utah e todas comercializam suas tortas em Salt Lake City e imediações a partir de fábricas situadas no Estado da Califórnia.

O caso, diga-se de passagem, versa sobre diferenciação primária de preços realizada individualmente por cada uma das Representadas, e não sobre formação de cartel para eliminação de empresa rival.

¹⁸ “Petitioner is not, however, a large company. At the time of the trial, petitioner operated with only 18 employees, nine of whom were members of the Rigby family, which controlled the business. Its net worth increased from \$31,651.98 on October 31, 1957, to \$68,802.13 on October 31, 1961. Total sales were \$238,000 in the year ended October 31, 1957, \$353,000 in 1958, \$430,000 in 1959, \$504,000 in 1960 and \$589,000 in 1961. Its net income or loss for these same years was a loss of \$6,461 in 1957, and net income in the remaining years of \$7,090, \$11,897, \$7,636 and \$9,216”.

De acordo com o Juiz White:

“In this case, the evidence shows a drastically declining price structure which the jury could rationally attribute to continued or sporadic price discrimination. The jury was entitled to conclude that ‘the effect of such discrimination’, by each of these respondents, ‘may be substantially to lessen competition . . . or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination . . .’. The statutory test is one that necessarily looks forward on the basis of proven conduct in the past.” (sublinhou-se)

“Section 2 (a) does not forbid price competition which will probably injure or lessen competition by eliminating competitors, discouraging entry into the market or enhancing the market shares of the dominant sellers. But Congress has established some ground rules for the game [...] In this context, the Court of Appeals placed heavy emphasis on the fact that Utah Pie constantly increased its sales volume and continued to make a profit. But we disagree with its apparent view that there is no reasonably possible injury to competition as long as the volume of sales in a particular market is expanding and at least some of the competitors in the market continue to operate at a profit. Nor do we think that the Act only comes into play to regulate the conduct of price discriminators when their discriminatory prices consistently undercut other competitors”.

Há, de um lado, a ênfase na “deterioração da estrutura de preços da Utah Pie” e, de outro, “o aumento das vendas e a obtenção de lucros” da petionária. Ou, em outros termos, a divergência ocorre em torno do “prejuízo à competição” versus “o prejuízo dos competidores”, como ressaltado pelo Juiz Stewart, em seu voto de dissenso:

“Phrased more simply, did the respondents’ actions have the anti-competitive effect required by the statute as an element of a cause of action?”

The Court’s own description of the Salt Lake City frozen pie market from 1958 through 1961, shows that the answer to that question must be no. In 1958 Utah Pie had a quasi-monopolistic 66.5% of the market. In 1961 – after the alleged predations of the respondents – Utah Pie still had a commanding 45.3%, Pet had 29.4%, and the remainder of the market was divided almost equally between Continental, Carnation, and other, small local bakers. Unless we disregard the lessons so laboriously learned in scores of Sherman and Clayton Act cases, the 1961 situation has to be considered more competi-

tive than that of 1958. Thus, if we assume that the price discrimination proven against the respondents had any effect on competition, that effect must have been beneficent.

That the Court has fallen into the error of reading the Robinson-Patman Act as protecting competitors, instead of competition ...” (sublinhou-se)

Há uma série de questões, mais ou menos pontuais, que podem ser feitas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* et alii, algumas das quais não podem ser respondidas a partir das informações contidas na decisão da Suprema Corte. A perda de participação de mercado por parte da Utah Pie deveu-se à atuação dos concorrentes ou a empresa não conseguiu acompanhar o ritmo tão acelerado de crescimento do mercado? A redução dos preços praticados pela Utah Pie esteve associada ao preço discriminado dos rivais ou (pelo menos em parte) à redução dos custos pelo aumento da escala de produção?

Não seria inevitável que empresa com fábrica instalada a certa distância de Salt Lake City absorvesse parte dos custos de transporte para conseguir comercializar seus produtos nesta localidade (ao mesmo tempo, que pratica preço mais elevado nas vendas para regiões próximas à fábrica)? Essa discriminação de preços não seria até mesmo desejável por ampliar as fronteiras de cada mercado relevante geográfico considerado e, conseqüentemente, o número de ofertantes?¹⁹

E, finalmente, como o RPA proíbi a discriminação de preços que tem por efeito “prejudicar, destruir ou impedir a competição” (“to injure, destroy, or prevent competition”) – o que já representou um “relaxamento” do padrão de dano constante do Clayton Act de 1914 – não seria equivocado interpretar tal disposição como “possibilidade razoável de dano à competição” (“reasonably possible injury to competition”)?

Passados mais de vinte e cinco anos desde a decisão no caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* et alii, o entendimento da Suprema Corte parece ter sofrido grande mudança.

¹⁹ “If geographic price difference producing harm to local competitors creates liability, must the national pie companies either charge uniform national prices or stay out of Salt Lake City? Would prices have been higher or lower in Salt Lake City? How might the permissibility of local price cutting by national firms affect the prospects of entry by small, local firms.” (Areeda e Kaplow, 1997:912)

O caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*²⁰ 509 U.S. 209 (1993) traz, muito resumidamente, os seguintes fatos: em 1984, a Liggett (Brooke Group) lançou no mercado “cigarros genéricos” (generic cigarettes) a um preço 30% inferior ao dos cigarros de marca (branded cigarettes) então comercializados. Na seqüência, a Brown & Williamson lançou produto voltado para o mesmo segmento com preço inferior ao da Liggett, que desencadeou uma guerra de preços.

“Liggett filed this suit, alleging, inter alia, that volume rebates by Brown & Williamson to wholesalers amounted to price discrimination that had a reasonable possibility of injuring competition in violation of 2(a) of the Clayton Act, as amended by the Robinson-Patman Act.” (sublinhou-se)²¹

Interessam menos aqui os fatos analisados na decisão proferida pela Suprema Corte e mais as considerações doutrinárias aqui referidas:

“This type of injury, which harms direct competitors of the discriminating seller, is known as primary-line injury [...] We last addressed primary line injury over 25 years ago, in *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, (1967) [...]

Utah Pie has often been interpreted to permit liability for primary-line price discrimination on a mere showing that the defendant intended to harm competition or produced a declining price structure. The case has been criticized on the grounds that such low standards of competitive injury are at odds with the antitrust laws' traditional concern for consumer welfare and price competition. [...] Utah Pie was an early judicial inquiry in this area, and did not purport to set forth explicit, general standards for establishing a violation of the Robinson-Patman Act. As the law has been explored since Utah Pie, it has become evident that primary-line competitive injury under the Robinson-Patman Act is of the same general character as the injury inflicted by predatory pricing schemes actionable under 2 of the Sherman Act.” (sublinhou-se)

A mudança de entendimento é substancial. Os termos do Clayton Act, já “suavizados” pelo RPA, foram mencionados anteriormente. O § 2º do

²⁰ Apenas por curiosidade, o Brooke Group foi representado na Suprema Corte por Philip Areeda e a Brown & Williamson, por Robert Bork.

²¹ O caso em questão traz outros aspectos importantes, considerados adiante.

Sherman Act proíbe práticas individuais ou coletivas que tenham por efeito ou que sejam uma tentativa de "monopolizar o mercado":

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...” (Sherman Act, § 2º)

O padrão de dano requerido para que a discriminação de preços seja considerada ilegal passa a ser “monopolizar” ou “tentar monopolizar” e a semelhança com o tratamento dado à prática de preço predatório não se limita a isso:

“There are, to be sure, differences between the two statutes. For example, we interpret 2 of the Sherman Act to condemn predatory pricing when it poses ‘a dangerous probability of actual monopolization’ [...] whereas the Robinson-Patman Act requires only that there be ‘a reasonable possibility’ of substantial injury to competition [...] But whatever additional flexibility the Robinson-Patman Act standard may imply, the essence of the claim under either statute is the same: a business rival has priced its products in an unfair manner with an object to eliminate or retard competition, and thereby gain and exercise control over prices in the relevant market.

[...]

First, a plaintiff seeking to establish competitive injury resulting from a rival's low prices must prove that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs.

[...]

The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.

[...]

That below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: it is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‘the protection of competition, not competitors.’ (sublinhou-se)

A mudança de tratamento jurisprudencial não se dá apenas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, de 1967. Pode-se

citar também o já referido caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*, de 1960, no qual a representada alegou, *inter alia*, que a ilegalidade da prática está condicionada à demonstração de que o preço (diferenciado) era inferior ao custo, visando eliminar a concorrência. No entanto, a interpretação do § 2(a) pela Suprema Corte é claramente contrária à tese da Anheuser-Busch:

“As we read that provision, it proscribes price differences, subject to certain defined defenses, where the effect of the differences ‘may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit’ of the price differential, ‘or with customers of either of them’ [...] In other words, the statute itself spells out the conditions which make a price difference illegal or legal, and we would derange this integrated statutory scheme were we to read other conditions into the law by means of the nondirective phrase, ‘discriminate in price’. Not only would such action be contrary to what we conceive to be the meaning of the statute, but, perhaps because of this, it would be thoroughly undesirable.”

Também a doutrina sustenta que há diferenças substanciais nas duas práticas, sendo conveniente distingui-las. Sullivan e Grimes (2000:149), por exemplo, afirmam que (referindo-se especificamente ao caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*):

“... although the Supreme Court has stressed that ‘the Robinson-Patman Act should be construed consistently with broader policies of the anti-trust laws’, that statute’s greater emphasis on equity and protection of small competitors remains indelibly imprinted in its wording, legislative history and court interpretations.”

Posner e Easterbrook (1981:680) seguem a mesma direção:

“It is, of course, possible to sell the same product at different prices in different areas without selling below cost in any area, or to sell below cost in all areas. Also, as we shall see, there is some authority for treating differential pricing as an exclusionary practice even if there are no sales below costs by anyone’s definition of costs.”

Enfim, não se tem a pretensão de tentar interpretar a lei ou de criticar sua interpretação pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, fazendo-se remissão a Ross (1993:396-397), por exemplo, ocorre que o próprio debate

legislativo à época da promulgação do RPA contraria a mais recente interpretação jurisprudencial:

“The Senate Committee report explained, however, that the competition-lesening standard in the original version of § 2 was ‘too restrictive, in requiring a showing of general injury to competitive conditions’ and that a focus on competitors as well as competition was a necessary prophylactic. Only through harm to competitors can competition be lessened, the Committee observed, and ‘to catch the weed in the seed will keep it from coming to flower’. The new legislation therefore barred price discrimination not only if it lessened competition but also if its effect was to ‘injure, destroy, or prevent competition’, between the beneficiary and the victim of the differential pricing.”

O mesmo autor, sem prejuízo de sua veemente crítica à decisão de 1967²², sustenta que a “revisão” do RPA feita na seqüência teria “ido longe de mais”. O autor, cujo trabalho é anterior à decisão do caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, faz referência ao caso *General Foods Corp.* (103 FTC 204, 1984):

“The majority correctly observed that because the monopolization provision of the Sherman Act and the primary line discrimination provision of the Robinson-Patman Act are ‘directed toward the same goal – the protection of competition – it follows that the inquiries under each should be the same’. What does not follow, however, is the majority’s suggestion that the standard for liability should likewise be the same [...] Reading a requirement of proof that the defendant’s conduct creates a dangerous probability of monopolization as identical to a requirement of proof that the defendant’s conduct may have the effect of substantially lessening competition wreaks havoc on the English language.” (Ross, 1993:421)

Em suma, com base nas referências acima, não há dúvida de que preço predatório e discriminação de preços são condutas distintas²³. E, ade-

²² “*Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* surely ranks among the handful of worst antitrust decisions in American history [...] The Court’s decision can be explained only by the most unthinking, simplistic logic: the Robinson-Patman Act helps small business, the defendants took profits away from a small business, therefore the defendants violated the Act.” (Ross, 1993:417)

²³ Afora a aproximação já mencionada, apenas para fins de análise, as práticas de preço predatório e de discriminação primária têm a seguinte semelhança: quem a pratica

mais, a equiparação da discriminação de preços (primária, ao menos) à prática de preço predatório tornaria possível, senão provável, que efeitos negativos para o bem-estar dos consumidores decorrentes da discriminação não fossem punidos.

A predação resulta em efeitos concorrenciais mais perceptíveis. Sendo o preço praticado inferior ao custo, pode ocorrer a eliminação dos concorrentes e, sob determinadas condições, o predador pode alcançar posição de monopólio, estabelecendo um novo nível de preço superior ao competitivo e, conseqüentemente, na apropriação do excedente do consumidor.

Já a discriminação de preços, sem todos os efeitos rumorosos da predação, pode não levar à supressão da concorrência e, ainda assim, eliminar o excedente do consumidor.

Interpretar a proibição legal à discriminação de preços como se fosse o preço predatório, isto é, exigir o mesmo “padrão de dano” do preço predatório, pode, portanto, significar a permissão para a discriminação (uma vez que não tenha alcançado o “padrão de dano” da predação), sem coibir seus efeitos negativos sobre os consumidores (não necessariamente menores do que os efeitos da predação).

Por outro lado, como também já salientado, a proibição pura e simples de toda e qualquer diferenciação de preços (como “preços diferentes”) pode suprimir a competição mais acirrada neste ou naquele mercado específico.

O RPA padece, então, de um “defeito congênito” (e a referência aqui, por hora, é feita apenas à discriminação primária): o dispositivo legal condiciona a ilegalidade da prática à demonstração de dano à concorrência (competition injury), quando, de fato, pode não haver dano à concorrência, mas prejuízo direto ao mercado.

Se for aceito que mais vale aceitar a discriminação de preços, cujos efeitos negativos sobre a concorrência são incertos, do que proibi-la com base em uma “padrão de dano” pouco rígido e inibir a rivalidade que se expressa em reduções localizadas de preços, então a discriminação primária não traz maiores preocupações (ao menos quando igualada para todos os efeitos à predação).

Caso contrário, entendendo-se que a discriminação tem efeitos distributivos (e, eventualmente, concorrenciais) negativos e que estes não são compensados por outros fatores, a prática deve ser proibida em defesa do bem-estar do consumidor.

e quem é prejudicado por ela encontram-se no mesmo nível de comércio, diferentemente do que ocorre *grosso modo* com a discriminação secundária de preços.

Assim procedendo, a discussão do “padrão de dano” (qualquer que seja o padrão) é equivocada. Não há que se falar em “dano” à concorrência, simplesmente porque o que se busca evitar ou coibir é a eliminação excedente do consumidor, sua apropriação por quem pratica a discriminação.

Essa linha de argumentação leva ao seguinte quadro: a discriminação primária deveria ser considerada ilegal, independentemente da verificação de prejuízos à concorrência. Para a imputação da prática caberia unicamente demonstrar seus efeitos negativos para consumidores. Mas, por tudo quanto já discutido anteriormente, não é isso o que estabelece o RPA.

E caso esse dispositivo legal fosse interpretado como um instrumento de defesa do consumidor (sem a mediação da concorrência), caberia, no mérito, identificar a extensão da prática, isto é, a abrangência dos mercados afetados, o grau de dispersão dos preços, entre outros fatores. Buscar-se-ia apenas evitar a imputação de reduções temporárias de preços, de pequena magnitude e pouco representativas das vendas totais da empresa ou do mercado em questão.

Enfim, de acordo com essa interpretação, o RPA – e as justificativas aceitas para a discriminação de preços, cuja análise será feita no item II.4 – deveria distinguir unicamente a “discriminação pró-competitiva” da discriminação que, por sua extensão e profundidade, não é motivada pelo acirramento da competição em mercados específicos.

II.3.2. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Secundária de Preços

Até o momento foi analisado o “padrão de dano” considerado para determinação da ilegalidade da discriminação primária de preços. Com relação à discriminação secundária, deve-se ter presente, como já salientado, que os supostos efeitos negativos da conduta se refletirão no mercado à frente, isto é, no mercado de quem se beneficia com a aquisição do produto a preço menor.

No caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, supra-referido, o potencial de dano à concorrência foi estabelecido, uma vez que os adquirentes do produto ofertado pela *Corn* pagavam pelo transporte do produto, a cargo da fabricante, mais (ou menos, conforme o caso) do que o custo de transporte efetivamente incorrido (o chamado *phantom freight*).

As evidências quanto aos efeitos concorrenciais da prática foram sintetizadas pelo Juiz Stone nos seguintes termos:

“Since petitioners’ basing point system results in a Chicago delivered price which is always lower than any other, including that at Kansas

City, a natural effect of the system is the creation of a favored price zone for the purchasers of glucose in Chicago and vicinity, which does not extend to other points of manufacture and shipment of glucose. Since the cost of glucose, a principal ingredient of low-priced candy, is less at Chicago, candy manufacturers there are in a better position to compete for business, and manufacturers of candy located near other factories producing glucose, distant from the basing point, as Kansas City, are in a less favorable position. The consequence is, as found by the Commission, that several manufacturers of candy, who were formerly located in Kansas City or other cities served from petitioners' Kansas City plant, have moved their factories to Chicago.”

Possivelmente, essa síntese não faz jus às evidências trazidas aos autos em instâncias inferiores, às quais não se teve acesso. Feita essa ressalva, interessa notar que pouco é dito, por exemplo, sobre alternativas de suprimento dos diferentes clientes de glucose. Se restritas unicamente à Corn, parece correto concluir que os adquirentes localizados em Kansas City e imediações encontravam-se prejudicados em comparação com os clientes localizados na região de Chicago. Porém, se nas imediações de Kansas houvesse vários fornecedores de glucose em competição com a Corn, os efeitos da discriminação poderiam ser nulos.

Em uma palavra, da leitura da decisão proferida pela Suprema Corte nota-se a ausência de qualquer discussão sobre mercado relevante no caso, sua definição e, conseqüentemente, sobre o poder de mercado detido pela empresa que pratica a discriminação de preços. Como já mencionado anteriormente, a existência de poder de mercado é uma das condições necessárias para a discriminação e, por extensão, para que esta possa causar prejuízo à concorrência. Caso contrário, a empresa (adquirente de glucose, no caso) pode alternativamente abastecer-se de produtos sucedâneos (dimensão material do mercador relevante) e/ou do mesmo produto ofertado por outras empresas (dimensão geográfica).

No mesmo nível de questionamento, pode-se inquirir se os adquirentes de glucose das regiões de Chicago e Kansas City concorrem entre si no mercado de candies? Se não, isto é, se o mercado relevante geográfico de candies for local, não havendo concorrência entre ofertantes daquelas duas localidades, pode-se questionar²⁴ a existência de efeitos anticompetitivos em decorrência da conduta examinada.

²⁴ Nesse sentido, os petionários alegam que o § 2(a) diz respeito à discriminação entre clientes localizados em um mesmo ponto e não à discriminação entre clientes de diferentes localidades. De acordo com o Juiz Stone: “There is nothing in the words of the statute to support such a distinction, since the statute is not couched in terms of

Essas questões (mais uma vez ressaltando que só se teve acesso à decisão proferida pela Suprema Corte), de certo modo, são perfunctórias²⁵. Não questionam em si a relação entre discriminação secundária e prejuízo à concorrência, mas limitam-se a indagar acerca de eventuais problemas na análise do caso concreto.

De qualquer modo, a citação abaixo da referida decisão é ilustrativa da “frouxidão” do “padrão de dano” requerido (nos moldes das críticas feitas acima ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*):

“[I]t is to be observed that 2(a) does not require a finding that the discriminations in price have in fact had an adverse effect on competition. The statute is designed to reach such discriminations ‘in their incipiency’, before the harm to competition is effected. It is enough that they ‘may’ have the prescribed effect.” (sublinhou-se)²⁶

locality. And its purpose to prevent injuries to competition through price discriminations would preclude any such distinction, not required by its language”. A segunda parte do § 2(a) – é ilegal a discriminação que reduz substancialmente a competição etc. – implica uma análise de mérito e, nesse sentido, é pertinente o argumento das petionárias: a discriminação de preços pode não ter efeito sobre clientes que não concorram entre si.

²⁵ Mais substantivamente, além das observações feitas ao final do item anterior e que também são aplicáveis à discriminação do tipo secundária, pode-se notar adicionalmente que, mesmo não havendo margem de dúvida quanto ao dano à concorrência no mercado a jusante provocado pela discriminação secundária de preços, ainda assim se questiona se a determinação da ilegalidade da prática não poderia causar outro tipo de prejuízo, inibindo o desenvolvimento de relações mais eficientes entre fornecedor e determinados grupos de clientes (em geral, de maior porte).

²⁶ Veja-se também o caso *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948), no qual o Juiz Black reafirma entendimento expresso acima: “After a careful consideration of this provision of the Robinson-Patman Act, we have said that ‘the statute does not require that the discriminations must in fact have harmed competition, but only that there is a reasonable possibility that they ‘may’ have such an effect’ (*Corn Products Co. v. FTC*)”. Também no caso *Morton Salt*, o Juiz Jackson (acompanhado pelo Juiz Frankfurter) em seu voto de dissenso apresenta a seguinte ressalva: “I cannot accept its most significant feature, which is a new interpretation of the Robinson-Patman Act that will sanction prohibition of any discounts ‘if there is a reasonable possibility that they ‘may’ have the effect’ [...] I think the law as written by the Congress and as always interpreted by this Court requires that the record show a reasonable probability of that effect. The difference, as every lawyer knows, is not unimportant and in many cases would be decisive”.

II.4. Quando a Discriminação de Preços É Lícita?

Em princípio, são duas as defesas principais²⁷ para a discriminação de preços, isto é, condições pelas quais a discriminação de preços, a despeito de sua determinação positiva, pode ser considerada legal: (a) quando decorrente de descontos devidos a diferenças no custo de manufatura, venda ou entrega resultantes de diferentes métodos ou quantidades; e (b) quando associada à redução do preço para equiparação ao preço igualmente baixo do praticado pelos concorrentes (*meeting competition defense*).

Com relação à primeira justificativa, como já observado, o Clayton Act original²⁸ permitia a discriminação que decorresse de diferenças na quantidade vendida, sem qualquer menção a uma possível associação com diferenças de custos. A redação de 1914, portanto, tornava inimputável a discriminação que decorresse de diferença na quantidade vendida da mercadoria, tornando praticamente impossível coibir descontos comerciais concedidos às grandes redes varejistas. No RPA, ao contrário, são as diferenças de custos (eventualmente associadas às quantidades comercializadas) que podem justificar a discriminação, e não uma política autônoma de descontos baseada nas quantidades vendidas.

Quanto à *meeting competition defense*, o RPA trouxe também uma mudança: essa defesa deixou de ser incluída entre as justificativas listadas no § 2(a) e passou para o § 2(b). Este parágrafo estabelece que, uma vez identificada a discriminação de preços (e, subentende-se, determinado o prejuízo à competição – *competition injury*), a Federal Trade Commission (FTC) está autorizada a impor a eliminação da prática. O ônus de rebater a acusação *prima facie* é do acusado, que deve justificar a discriminação. Ao inverter o ônus da prova, o § 2(b) estabelece, por outro lado, que nada impede o acusado de justificá-la, mostrando que o preço foi estabelecido de boa-fé para “encontrar” um preço igualmente baixo de um competidor.

²⁷ Vide §§ 2(a) e 2(b) do RPA. Além dessas justificativas, o § 2(a) permite, pode-se dizer, diferenças de preços fortuitas, isto é, relacionadas a mudanças nas condições de mercado ou de comercialização do produto, tais como deterioração de bens perecíveis ou sazonais ou vendas de produtos a serem descontinuados.

²⁸ “That nothing herein contained shall prevent discrimination in price between purchasers of commodities on account of differences in grade, quality, or quantity of the commodity sold, or that makes only due allowance for difference in the cost of selling or transportation, or discrimination in price in the same or different communities made in good faith to meet competition.” (Clayton Act, de 1914, *apud Areeda e Kaplow*, 1997:976)

Não é transparente se a meeting competition defense tem o mesmo status da justificativa com base no custo ou se sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação *prima facie*. É certo que esse é um ponto controverso e que foge à competência do autor. Porém, na seqüência essas duas justificativas para a discriminação de preços são analisadas com base em casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

II.4.1. Justificativas Baseadas em Custos

Segundo o § 2(a) do RPA:

“... nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered.”

Existem duas questões a destacar envolvendo essa linha de defesa. A jurisprudência é clara ao afirmar que a justificativa só pode ser aceita se a diferença de preços for integralmente justificada com base no diferencial de custos. Tendo em vista, inclusive, essa necessária igualdade quantitativa entre a diferença de preços e a diferença de custos, outra questão importante que emerge diz respeito ao ganho de eficiência (redução de preços) associada ao desconto comercial proporcionado pela maior quantidade comercializada para determinado cliente.

Ou seja, mesmo que não se possa demonstrar que todo o desconto oferecido é decorrência da redução de custos associada à maior quantidade vendida, ainda assim haveria um ganho (desconto) relacionado com o volume de vendas. Ao se privilegiar o efeito concorrencial que esse desconto pode ter no mercado à frente, não se estaria coibindo a obtenção de maiores níveis de eficiência econômica decorrentes da maior escala dos negócios?²⁹ O caso *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948) ilustra ambos os questionamentos.

A Morton Salt produzia e comercializava sal de mesa, cujo preço de venda variava de acordo com a quantidade adquirida e com a assiduidade ou

²⁹ “The policy problem is thus apparent. Requiring too precise a justification for every differential eviscerates the defense and thereby interferes with efficient pricing. But accepting unduly casual proof would save virtually all price differentials, contrary to the statutory purpose. The tendency has been err in the direction of strictness, as it is often said that ‘the cost defense has proved largely illusory in practice’.” (Areeda e Kaplow, 1997:939)

fidelidade do cliente. Em linhas gerais, o desconto básico oferecido era da ordem de US\$ 0,10 / caixa³⁰. De acordo com o relato do Juiz Black, não procede a defesa da Representada baseada³¹ na diferença de custo associada a diferentes quantidades e tipos de meios de transporte utilizados e seus respectivos preços:

“The argument is that there is an obvious saving to a seller who delivers goods in carload lots [...] Such discounts, like all others, can be justified by a seller who proves that the full amount of the discount is based on his actual savings in cost. The trouble with this phase of respondent’s case is that it has thus far failed to make such proof.” (sublinhou-se)

Chama a atenção, primeiramente, a clara afirmação de que o ônus de provar que a diferença de preços responde à diferença de custos não cabe a quem aplica a lei (no caso, a FTC), mas à representada tal prova, como afirma o Juiz Black na decisão em questão:

“First, the general rule of statutory construction that the burden of proving justification or exemption under a special exception to the prohibitions of a statute generally rests on one who claims its benefits, requires that respondent undertake this proof under the proviso of 2(a). Secondly, 2(b) of

³⁰ Para quantidades adquiridas *less-than-carload* o preço era US\$ 1,60 / caixa e para compras maiores,

US\$ 1,50 / caixa. Ademais, para compras de 5.000 caixas em 12 meses consecutivos o preço era

US\$ 1,40 / caixa e para compras de 50.000 caixas em 12 meses consecutivos, US\$ 1,35 / caixa. Essas condições referiam-se à marca *Blue Label*. As demais marcas de sal comercializadas estavam sujeitas ao mesmo sistema de descontos.

³¹ A Morton Salt, ademais, afirmou que os descontos oferecidos para quantidades maiores eram acessíveis e, por isso, não implicavam ameaça à concorrência. Na decisão da Suprema Corte, porém, afirma-se que: “Theoretically, these discounts are equally available to all, but functionally they are not. For as the record indicates (if reference to it on this point were necessary) no single independent retail grocery store, and probably no single wholesaler, bought as many as 50,000 cases or as much as \$50,000 worth of table salt in one year. Furthermore, the record shows that, while certain purchasers were enjoying one or more of respondent’s standard quantity discounts, some of their competitors made purchases in such small quantities that they could not qualify for any of respondent’s discounts, even those based on carload shipments”.

the Act specifically imposes the burden of showing justification upon one who is shown to have discriminated in prices.”

Ademais, afirma-se claramente que a legalidade da discriminação de preços está condicionada à igualdade completa e integral entre diferencial de preços de custos. A FTC, em sua ordem de cessação de prática, permite desconto de menos que 5 (cinco) centavos de dólar: “that this shall not prevent price differences of less than five cents per case which do not tend to lessen, injure, or destroy competition among such wholesalers (retailers)”. A Morton Salt suscitou a seguinte dúvida: a FTC autorizou um desconto de até cinco centavos ou mesmo este desconto está condicionado a não causar prejuízo?

A Suprema Corte, ao final, manteve a decisão da FTC, pela ilegalidade da prática, exceto pela qualificação dos less than five cents per case::

“The enforcement responsibility of the courts, once a Commission order has become final either by lapse of time or by court approval, 15 U.S.C. 21, 45, 15 U.S.C.A. 21, 45, is to adjudicate questions concerning the order's violation, not questions of fact which support that valid order”. “Since the qualifying clauses constitute an important limitation to the provisos, we think the Commission should have an opportunity to reconsider the entire provisos in light of our rejection of the qualifying clauses, and to refashion these provisos as may be deemed necessary.”³²

E esse entendimento não sofreu mudança, como ilustra o caso de 1990, *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543 (1990). Em poucas palavras, a

³² O Juiz Jackson, no entanto, em seu voto de dissenso (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court's disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn”.

Texaco comercializava gasolina para dois distribuidores, Gulf e Dompier, a um preço inferior àquele praticado para revendedores, porém a empresa justificou a discriminação, inter alia, afirmando que se tratava de um desconto funcional (functional discount), dado aos distribuidores e não aos revendedores.

A princípio³³, o Juiz Stevens admite uma distinção entre distribuidores e revendedores. Em tese, haveria certa tolerância para discriminação entre eles (note-se que o desconto oferecido pela Morton Salt era “funcional” e também baseado nas quantidades adquiridas, independentemente da natureza do cliente):

“We generally agree with this description of the legal status of functional discounts. A supplier need not satisfy the rigorous requirements of the cost justification defense in order to prove that a particular functional discount is reasonable and accordingly did not cause any substantial lessening of competition between a wholesaler's customers and the supplier's direct customers.”

“In this case, however, both the District Court and the Court of Appeals concluded that even without viewing the evidence in the light most favorable to respondents, there was no substantial evidence indicating that the discounts to Gull and Dompier constituted a reasonable reimbursement for the value to Texaco of their actual marketing functions.”

Ou seja, o “desconto funcional” seria teoricamente aceitável, conquanto, em termos quantitativos, fosse relacionado a funções do fabricante assumidas pelo distribuidor. A legalidade da discriminação de preços permanece condicionada à conexão entre diferença de preços e de custos (por quantidade ou por funções repassadas aos distribuidores).

E, ainda com relação ao caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, é interessante ressaltar que, em se tratando de um caso de discriminação secundária, não se fez distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). Ao contrário, de acordo com o Juiz Stevens:

³³ “In *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, the Supreme Court attempted to clarify the issue of functional discounts. Certain language in the opinion suggests that such discounts do not violate the Robinson-Patman Act so long as they are limited to reimbursing for the wholesaler/retailer for performing of wholesaling functions. Other language continues to muddy the waters, however, and thus the law remains somewhat unclear.” (Ross, 1993:445)

“As we recognized in *Falls City Industries*, ‘the competitive injury component of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers’. This conclusion is compelled by the statutory language, which specifically encompasses not only the adverse effect of price discrimination on persons who either grant or knowingly receive the benefit of such discrimination, but also on ‘customers of either of them’.”³⁴

Por fim, para concluir essas considerações sobre a justificativa para a discriminação de preços baseada em diferenças de custos, retoma-se a aparente controvérsia entre proteger a concorrência e coibir descontos (em alguma medida) associados a menores custos.

Faz-se referência aqui, em particular, à discriminação de preços secundária, que proíbe que descontos comerciais sejam oferecidos, em geral, para os grandes clientes, porque, em tese, prejudicam a concorrência com os pequenos clientes. A racionalidade é bastante conhecida: tais descontos podem gerar um círculo vicioso, no qual quem adquire maiores quantidades, por ser justamente maior acaba por eliminar a concorrência dos pequenos competidores.

“The legislative history of the Robinson-Patman Act makes it abundantly clear that Congress considered it to be an evil that a large buyer could secure a competitive advantage over a small buyer solely because of the large buyer's quantity purchasing ability. The Robinson- Patman Act was passed to deprive a large buyer of such advantages except to the extent that a lower price could be justified by reason of a seller's diminished costs due to quantity manufacture, delivery or sale, or by reason of the seller's good faith effort to meet a competitor's equally low price.”

A citação acima, do caso *FTC v. Morton Salt Co.*, traz à tona a questão: por que a necessidade da exata igualdade entre desconto comercial e redução de custos associada à maior quantidade comercializada?

O Juiz Jackson, em seu voto de dissensão em *FTC v. Morton Salt Co.* (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

³⁴ O caso *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), será analisado na seqüência, tendo em vista outros aspectos de interesse.

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court’s disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn.”

A busca por maior volume de vendas / participação de mercado orienta a busca por menores custos, podendo dar margem à discriminação de preços. A proibição dessa prática (caso não integralmente justificada pelo diferencial de custos) pode inibir o vigor competitivo e, conseqüentemente, a redução de custos que, se generalizada, beneficia a todos.

O caso Goodyear Tire & Rubber Co., de 1936 e, portanto, anterior ao caso Morton Salt Co. e ao próprio RPA, é, nas palavras de Ross (1993:451), um exemplo de razoabilidade:

“Although price differentials cannot be justified bases on ‘remote and unsubstantial differences in cost’, the was quite clear that ‘a discount is not to be condemned merely because it does not mathematically accord with cost differences’. The Commission emphasized that the ‘problem is a practical one and must depend on the effect and intent of the scheme as a whole’; the pricing scheme should therefore be evaluated with an eye toward ensuring ‘equality to purchasers’ and requiring that price differences ‘be reasonably related to the difference in cost and not a covert means of favoritism’.”

Deve-se admitir que a comercialização do mesmo produto para clientes diversos com preços diferentes, embora não integralmente justificada em diferenciais de custos, pode ensejar forma de organização das relações comerciais e de produção mais eficiente.

Porque são reduzidos os custos de produção, de transporte ou de transação entre as partes, por exemplo, os descontos obtidos pelas grandes re-

des varejistas podem ser repassados aos consumidores finais, resultando, em princípio, em ganhos bem-estar econômico para o conjunto da sociedade. Há necessariamente um efeito concorrencial negativo que invalida aquele resultado? Historicamente houve a eliminação de pequenos varejistas por grandes redes de lojas ou houve o crescimento aproximadamente homogêneo das escalas de cada um? Se houve a eliminação naqueles termos, ela foi causada pelo desconto oferecido pelas empresas localizadas a montante? E, ainda, a eliminação da competição dos pequenos varejistas pode levar à monopolização do mercado ou resta concorrência bastante entre grandes redes capaz de disciplinar o uso do poder de mercado?

Essas e outras questões, é claro, fogem ao escopo desse artigo. São questões complexas, que demandariam análise empírica aprofundada, mas que ao menos revelam uma das mais importantes controvérsias a respeito do RPA. Para alguns, a concentração de mercado ocorrida desde sua promulgação é indicativa da fragilidade com que foi aplicado o RPA. Para outros, de seu equívoco seminal. Dentro dos limites aqui colocados, é suficiente concluir, secundando o Juiz Jackson mencionado acima, que é necessário distinguir entre a discriminação arbitrária e aquela que guarda relação, mas não necessariamente integral, com custos menores.

II.4.2. Meeting Competition Defense

Como mencionado anteriormente, o § 2(b) do RPA não é claro quanto ao status da meeting competition defense: sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação *prima facie* ou se constitui em uma defesa em si, nos mesmos termos da baseada em custos? Essa questão foi dirimida pela Suprema Corte em sua análise do caso *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951) (vide também Areeda e Kaplow, 1997:944), examinado adiante.

Outro ponto de interesse refere-se justamente ao que se entende por “encontrar a competição”. O § 2(b) do RPA estabelece que:

“... nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.” (sublinhou-se)

Apenas como exemplo, pode-se supor que, por uma eventualidade qualquer, a demanda pelo produto em determinada região encontra-se muito

reduzida e, conseqüentemente, que os preços praticados naquela localidade tenham sido diminuídos. Se um ofertante, com atuação em outro mercado relevante geográfico, reduz o preço de venda para aquela localidade, mas não o faz para as demais localidades em que comercializa o produto, ele pratica a discriminação de preços?

“Encontrar a competição” enquadra-se, sob determinadas circunstâncias, nesse exemplo. O ofertante age *bonna fide*, quando reduz o preço de forma precisamente a igualar o preço vigente em determinado mercado. A diminuição do preço não pode ir além do necessário para encontrar o preço igualmente baixo (to meet an equally low price of a competitor):

“The act therefore makes it clear that a discount that exceeds those necessary to meet competition – i.e., a discount that is intended to beat, rather than meet, a rival’s price – is unlawful.” (Ross, 1993:459)

Os casos *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) e *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), por outro lado, ilustram a dificuldade de se determinar se a discriminação resulta do objetivo de reduzir o preço para encontrar a competição ou se a discriminação é, antes, o resultado do preço elevado em outra localidade.

O caso *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) é “gêmeo” do caso *Corn Products*, já referido, e sua defesa baseava-se justamente no encontro do preço praticado pela *Corn* segundo o seu basing point system. A *Staley* comercializava glucose e tinha fábrica localizada em Decatur, Illinois, nas proximidades de Chicago, em concorrência com a *Corn Products*. O sistema de preço da *Staley* seguia o da *Corn*, tendo por referência o preço de Chicago, acrescido da despesa de transporte. De acordo com a *Staley*, tratava-se de “encontrar a competição”, ou seja, adotar a sistema adotado pela *Corn*, caso contrário não seria possível atuar competitivamente em Chicago.

O Juiz Stone, no entanto, recusou a meeting competition defense, porque a prática não resultava unicamente na igualação do preço mais baixo em Chicago, mas também na elevação não justificada do preço cobrado pela *Staley* para os clientes localizados nas proximidades da fábrica em Decatur.

“The statutory test is whether respondents, by their basing point system, adopted a ‘lower price ... in good faith to meet an equally low price of a competitor’ [...] On the contrary, respondents have used their pricing system to adopt the delivery prices of their Chicago competitors, by charging their own customers upon shipments from Decatur the Chicago base price plus their competitors’ costs of delivery from Chicago. Even though respondents,

at many delivery points, enjoyed freight advantages over their competitors, they did not avail of the opportunity to charge lower delivered prices. Instead they maintained their own prices at the level of their competitors' high prices, based upon the competitors' higher costs of delivery, by including phantom freight in their own delivered prices."

Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a Staley, "ao encontrar o preço" igualmente baixo vigente em Chicago, a rigor discriminou os adquirentes localizados mais próximos de Decatur, de quem cobrava preço mais elevado.

Em *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), a decisão da Suprema Corte apresenta nuances mais acentuadas.

Falls City fabricava e comercializava cerveja para a Vanco, distribuidora em Evansville (Indiana), a preço superior em relação às vendas para a Dawson Springs, Inc., distribuidora em Henderson (Kentucky). As duas cidades faziam parte de uma área metropolitana, porém os varejistas de Evansville não podiam adquirir o produto de distribuidores de outros Estados, assim como os distribuidores de Indiana não podiam vender o produto para varejistas de outros Estados, de acordo com a legislação de Indiana. Vanco e Dawson Springs, portanto, não eram concorrentes diretos entre si³⁵. De acordo com a Suprema Corte, em decisão unânime:

"The 'facts and circumstances' present in Staley differ markedly from those present here [...] there is no evidence that Falls City's lower prices in Kentucky were set as part of a plan to obtain artificially high profits in Indiana rather than in response to competitive conditions in Kentucky.

[...]

³⁵ Já se mencionou anteriormente, tendo por referência o caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, de discriminação secundária, que não se faz distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). O que não se confunde com a concessão de descontos funcionais. No caso *Falls City, Vanco e Dawson Spring* não eram concorrentes, mas seus clientes eram, uma vez que os consumidores se deslocavam de uma cidade a outra para adquirir a cerveja junto aos varejistas. Assim, de acordo com o Juiz Blackmun: "... the competitive injury component of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers – in this case the competition between Kentucky retailers and Indiana retailers who, under a District Court finding not challenged in this Court, were selling in a single, interstate retail market".

The District Court and the Court of Appeals did not decide whether Falls City had shown facts that would have led a reasonable and prudent person to conclude that its lower price would meet the equally low price of its competitors in Kentucky throughout the period at issue in this suit.

[...]

Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.”

Parece pacífico que o sucesso de uma defesa baseada no “encontro da competição” repousa na demonstração de que o preço foi reduzido estritamente ao montante necessário para igualar o preço (mais baixo) dos concorrentes; que a redução do preço não ultrapassou esse limite. Por outro lado, não é nada trivial, como demonstrado, identificar em casos concretos se o “preço menor” foi reduzido para encontrar a competição ou se o “preço maior” foi aumentado para subsidiar o preço baixo praticado nas vendas para outras localidades / clientes.

O caso *Falls City v. Vanco*, ademais, é complexo, introduzindo outras questões de interesse. Por exemplo, a decisão da Suprema Corte evidencia, mais uma vez, que o ônus da prova para reversão da ilegalidade *prima facie* recai sobre a representada³⁶ e que a *meeting competition defense* tem o mesmo status da defesa baseada em custos, ou seja, que, se demonstrada a boa-fé para equiparar o preço igualmente baixo do concorrente, a defesa é suficiente em si mesma:

“When proved, the meeting-competition defense of 2(b) exonerates a seller from Robinson-Patman Act liability. *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951).”³⁷

³⁶ A objeção às decisões das instâncias inferiores deve-se à desconsideração das informações trazidas pela Falls City. “Neither the District Court nor the Court of Appeals addressed the question whether Falls City had shown information that would have led a reasonable and prudent person to believe that its lower Kentucky price would meet competitors’ equally low prices there; indeed, no findings whatever were made regarding competitors’ Kentucky prices, or the information available to Falls City about its competitors’ Kentucky prices.”

³⁷ Faz-se referência à jurisprudência estabelecida no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, em que a empresa foi acusada de discriminar preços em suas vendas de gasolina para quatro distribuidores em Detroit, a um preço menor do que aquele de venda para varejistas (postos de gasolina) na mesma área.

A meeting competition defense oferecida não foi aceita pela FTC, mas pela razão errada:

“The question before us, therefore, is whether the amendments made by the Robinson-Patman Act deprived those facts of their previously recognized effectiveness as a defense [...] In its opinion in the instant case, the Commission recognizes that it is an absolute defense to a charge of price discrimination for a seller to prove, under 2 (a), that its price differential makes only due allowances for differences in cost or for price changes made in response to changing market conditions [...] The Commission says, however, that the proviso in 2 (b) as to a seller meeting in good faith a lower competitive price is not an absolute defense if an injury to competition may result from such price reduction. We find no basis for such a distinction between the defenses in 2 (a) and (b).

[...]

There is nothing to show a congressional purpose, in such a situation, to compel the seller to choose only between ruinously cutting its prices to all its customers to match the price offered to one, or refusing to meet the competition and then ruinously raising its prices to its remaining customers to cover increased unit costs. There is, on the other hand, plain language and established practice which permits a seller, through 2 (b), to retain a customer by realistically meeting in good faith the price offered to that customer, without necessarily changing the seller’s price to its other customers.”

Ross não é o único a apontar o problema fundamental derivado dessa formulação³⁸:

“... one of the principal reasons for enacting the Robinson-Patman Act was to prevent sellers from offering favorable prices to powerful buyers. If such a buyer is able to induce one seller to give it a discount, then the defense allows all other sellers to match the discount, despite the significant injury to less powerful buyers [...] If Standard Oil sells at a discriminatory low price to favored jobbers only because they received an equally low offer

³⁸ Veja-se, por exemplo, o voto de dissenso do Juiz Reed no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, no qual ele conclui: “We believe that good faith meeting of a competitor’s price only rebuts the prima facie case of violation established by showing the price discrimination. Whether the proven price discrimination is of a character that violates 2 (a) then becomes a matter for the determination of the Commission on a showing that there may be injury to competition”.

elsewhere, these jobbers will have a marketplace advantage over Standard's disfavored buyers regardless of what Standard does, and nothing is gained by forbidding Standard from keeping the business itself." (Ross, 1993:461)

Em termos mais simples e bastante gerais, essa interpretação reduz significativamente a efetividade da proibição legal contra a discriminação de preços. Particularmente no que diz respeito à do tipo secundária, há, por parte de quem adota a prática, um objetivo precípua que é manter o grande cliente; evitar que aquele volume significativo de vendas seja carreado para seu concorrente direto. Do mesmo modo que há o poder de barganha exercido pelo grande cliente, negociando simultaneamente com vários fornecedores, para a obtenção do melhor preço possível, tanto em termos absolutos, quanto em relação aos demais adquirentes (pequenos ou grandes).

Assim sendo, isto é, (i) se "bater" o preço do competidor é parte integrante da lógica comercial e (ii) se a meeting competition defense é aceita como uma defesa que exonerates a seller from Robinson-Patman Act liability (Standard Oil Co. v. FTC), parece que resta muito pouco do RPA como um instrumento de proteção à concorrência entre pequenos e grandes adquirentes de produtos e serviços contra a discriminação secundária de preços. No próximo item, essa e outras conclusões são retomadas à guisa de síntese.

III. UMA síntese

A constatação do progressivo desuso do RPA³⁹ não invalida as críticas feitas nos itens anteriores, que obviamente não esgotam as ambigüidades que cercam a discriminação de preços⁴⁰.

³⁹ "Following a change in membership, the [Federal Trade] Commission reduce the number of companies charged in Robinson-Patman Act complaints from an average of seventy-four per year in 1960-1965 to 5,6 in 1966-1970. A further drop ensued in the 1970a as attempts were made to reform the Commission's case selection procedures and screen out specious or downright anticompetitive actions. Between 1975 and 1982, only six formal complaints were issued, and from 1983 to 1986, only one additional complaint emerged." (Scherer e Ross, 1990:516)

⁴⁰ Uma questão não mencionada aqui, por exemplo, é a relação entre discriminação de preços e cartelização. Muitos autores apontam que a discriminação de preços poderia ser consentida, pois torna mais difícil a celebração e a manutenção de acordos de preços entre empresas concorrentes. Scherer e Ross (1990:500), por exemplo, afirmam que: "Another important procompetitive effects is the tendency of unsystematic price discrimination to undermine oligopoly discipline [...] When secret price shading of this sort occurs frequently, sellers may lose all confidence in their rivals' willingness

Do mais consensual para o mais controverso, há o efeito da discriminação sobre a renda dos consumidores, isto é, seu efeito distributivo destes para os produtores. Não há dúvida de que, com relação a uma situação de equilíbrio de concorrência perfeita, a discriminação reduz o excedente dos consumidores, sem resultar uma “compensação” em termos de expansão da produção e do consumo. Todavia, afastando-se da artificialidade descritiva do mercado perfeitamente competitivo, há essa nuance: a discriminação tende a ampliar o nível de utilização dos recursos (eficiência alocativa), ao mesmo tempo em que tem efeitos distributivos negativos.

Questiona-se, também num âmbito geral de análise, se a discriminação de preços não é algo inerente às relações de mercado e eventualmente benéfica para a própria competição, como muito bem sintetizado por Ross (1993:401):

“In industries controlled by a few large firms, no one is likely to announce widespread price reductions because to do so would simply start a price war: rivals would match the lower prices and none of the firms would gains in increased market share. In these industries, the temptation to gain market share leads instead to selective price cutting, which may eventually ripen into real price competition. But the Robinson-Patman Act prohibits selective price cutting.” (Ross, 1993:401)

Nem mesmo há uma conclusão inequívoca acerca da relação entre discriminação de preços e eliminação de pequenos competidores, mais frágeis na disputa por manutenção de suas vendas e incapazes de se beneficiarem dos descontos oferecidos aos grandes clientes. Não é certo tampouco se o consumidores seriam realmente beneficiados pela existência de um grande número de pequenos estabelecimentos comerciais ou se, ao contrário, são as empresas de grande porte que têm condições de oferecer produtos e serviços a menores preços (porque são mais eficientes em geral e, em particular, porque conse-

to cooperate toward a common price policy, and the resulting loss of discipline makes joint oligopoly profit maximization impossible”. Ou, conforme **Posner e Easterbrook** (1981:952): “A cartel member who wished to cheat would be inclined to grant discounts (or rebates) to its largest purchasers, because this would produce the maximum diversion of sales in a minimum number of transactions; and minimizing the number of transactions reduces the probability that the cheating will be detected”. Enfim, esse tema não pode ser analisado como se deve em uma nota de rodapé, mas não se pode deixar de assinalar, todavia, que a discriminação (o preço predatório também) pode ser um instrumento de “chamamento dos renitentes” para o cartel, uma ameaça de punição caso não haja a adesão ao comportamento coordenado.

guem usar seu poder de compra para obtenção de menores preços juntos aos fornecedores)⁴¹.

Peritz (1981) foi muito feliz ao destacar, como no trecho citado na epígrafe, que o contexto histórico em que o RPA foi promulgado favorecia a supremacia da política econômica sobre questões técnicas concorrenciais atinentes à discriminação de preços.

Por outro lado, a equiparação dessa prática (como discriminação primária) à predação e o reconhecimento de que as relações entre fornecedores e compradores (discriminação secundária) estão sujeitas a custos que podem ser minimizados segundo a regularidade e a escala das transações não podem e não devem negar in totum a proibição da discriminação de preços. Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que essa prática é um instrumento de apropriação de valor por parte dos produtores. E, no plano concorrencial, a discriminação pode se constituir em meio importante de mitigação da concorrência. Toda segmentação de mercado, como aquela realizada pela discriminação de preços (por porte do cliente/consumidor, por destinação geográfica etc.), significa, em alguma medida, a redução do número de ofertantes e pode propiciar o exercício de poder de mercado.

Referências bibliográficas e de jurisprudência

Areeda, Phillip e Kaplow, Louis (1997). *Antitrust Analysis. Problems, text, cases*. 5ª Edição. Nova York, Aspen Law & Business.

Breit, William e Elzinga, Kenneth G. (1996). *The Antitrust Casebook. Milestones in economic regulation*. 3ª Edição. Fort Worth, The Dryden Press.

Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M. (1994). *Modern Industrial Organization*. Nova York, HarperCollins College Publishers, 2ª edição.

Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC, 324 U.S. 726 (1945).

Falls City Industries v. Vanco Beverage, 460 U.S. 428 (1983).

FTC v. A. E. Staley Mfg Co., 324 U.S. 746 (1945).

FTC v. Anheuser-Busch, Inc., 363 U.S. 536 (1960).

FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637 (1966).

FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948).

⁴¹ “The argument that a ban on price discrimination preserves small firms is an argument that smallness is a virtue independent of the effect on allocative efficiency.” (Posner e Eaterbrook, 1981:953)

Landes, William e Posner, Richard (1981). "Market Power in Antitrust Cases". Harvard Law Review. Março.

Peritz, Rudolph J. R. (1981). Competition Policy in America, 1888-1912. History, rhetoric, law. Nova York, Oxford University Press.

Posner, Richard A. e Easterbrook, Frank H. (1981). Antitrust. Cases, economic notes and other materials. 2ª Edição. West Group.

Ross, Stephen F. (1993). Principles of Antitrust Law. Nova York. The Foundation Press, Inc.

Santacruz, Ruy (2002). "Antitruste, Eficiência Econômica, Curvas, Triângulos e Retângulos". Revista do IBRAC, vol. 9. nº 5.

Scherer, F. M. e Ross, David (1990). Industrial Market Structure and Economic Performance. Boston, Houghton Mifflin Company, 3ª edição.

Standard Oil Co. v. FTC, 340 U.S. 231 (1951).

Sullivan, Lawrence e Grimes, Warren (2000). The Law of Antitrust: an Integrated Handbook. Minnesota, West Group.

Texaco Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990).

Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii, 386. U.S. 685 (1967).

Varian, Hal (1994). Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro, Campus.

ANEXO 1

CLAYTON ACT COMO EMENDADO PELO ROBINSON-PATMAN ACT (15 U.S.C. 13)

(a) Price; selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differen-

tials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.

(b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination

Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

(c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of

value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.

(d) Payment for services or facilities for processing or sale

It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contact for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.

(e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc.

It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.

(f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA

Por Julián Peña

1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. El régimen de la Ley N° 25.156. a) Confirmación del principio de la “regla de la razón”. b) Introducción de la “teoría de los efectos”. c) Creación de un Tribunal autárquico. d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas. 4. Situación actual. 5. Conclusiones.

1. Introducción.

La defensa de la competencia en la Argentina, si bien ha tomado un mayor auge en los últimos años, tiene una historia de varias décadas, cuando se sancionó la primera ley antimonopólica en el país.

A lo largo de este tiempo, diversos han sido los marcos legales y, principalmente, los contextos políticos y económicos que ha atravesado el país.

No obstante, a pesar de los avatares coyunturales, se ha ido forjando un régimen de defensa de la competencia que ha ido desarrollando una vasta jurisprudencia tanto en el tema del análisis de las conductas de los mercados como en el análisis preventivo de las estructuras de mercados a través del régimen de control previo de concentraciones económicas.

2. Antecedentes históricos.

Desde 1923 la Argentina cuenta con legislación en materia antimonopólica. La primera norma antimonopólica fue la Ley N° 11.210 de Represión de los Monopolios¹, una ley de carácter eminentemente represivo que, dada su falta de precisión en la tipificación, resultó ser casi inaplicable.

Fue modificada en 1946 por la Ley N° 12.906², la cual introdujo ciertas mejoras³ que la tornaron más precisa. No obstante, la misma fue

¹ ADLA, 1920-1940, 110.

² ADLA VII, 21.

³ Ver O'FARRELL, Jorge y VERA VILLALOBOS, Enrique - “El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia” en La Ley 1986-A, pg. 1097.

aplicada en aproximadamente 100 casos en los 34 años de vigencia, sin registrar dictámenes de relevancia..

En 1980, con la sanción de la Ley N° 22.262⁴ de Defensa de la Competencia, se produce un cambio sustancial con respecto a sus antecesoras. En primer lugar, se amplía el espectro de las conductas estudiadas, dejando de ser una ley antimonopólica para garantizar también el acceso a los mercados, al incluir en su artículo los actos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia.

La ley adoptó el sistema de la “regla de la razón”, por la cual no se penalizan las conductas “per se” sino que en cada caso se debe probar la existencia de un perjuicio al interés económico general. La ley también introduce conductas europeas, tales como el abuso de la posición dominante.

Por medio de la Ley N° 22.262 también se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Economía, instituyendo por primera vez un órgano específico de aplicación de la ley.

En la Asamblea Constituyente de 1994 se elevó la defensa de la competencia a un nivel constitucional al establecerse en el artículo 42 de la Constitución Nacional que “las autoridades proveerán a (...) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (...)” Asimismo, en su artículo 43 sostiene que “toda persona puede interponer acción expedita rápida de amparo (...) en lo relativo a los derechos que protegen (...) a la competencia” cuando un “acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

En 1996 se producen dos innovaciones institucionales con la que se le da un impulso político a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En primer lugar, con la segunda reforma del Estado instaurada por el Decreto N° 660/96⁵ se transforma en organismo desconcentrado de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “la que asumirá las facultades vinculadas con la aplicación de la Ley N° 22.262, teniendo como

⁴ ADLA XL-C, 2521.

⁵ Decreto N° 660 del 24 de junio de 1996, publicado en el Boletín Oficial el 27 de junio de 1996.

objetivo asegurar el correcto funcionamiento de los mercados garantizando la libre competencia, investigando, previniendo y aconsejando la sanción respecto a actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en los mercados”.

Asimismo, se determinó la designación de un funcionario, con rango de Subsecretario, para el ejercicio de la Presidencia de la misma, con funciones "ad hoc", representando un verdadero cambio en el organismo, puesto que la Ley N° 22.262 establecía que el presidente sería uno de los Subsecretarios de la Secretaría de Comercio de entonces. Debe destacarse que la presidencia de la Comisión siempre la ejercieron -hasta antes del Decreto N° 660/96- los Subsecretarios de Comercio Interior.

Ese mismo año se nombró al primer Presidente de la Comisión con dedicación plena en la materia. También se resolvió fortalecer institucionalmente al organismo, otorgándole un presupuesto superior y reforzando el equipo de profesionales.

A raíz de este cambio institucional, la aplicación de la defensa de la competencia tuvo un crecimiento significativo. El nivel de dictámenes aumentó considerablemente como así también el nivel de los casos en estudio. A partir del año 1997, la Comisión también comenzó a publicar una serie de estudios y pautas.

Mientras tanto, en el Congreso, seguían surgiendo distintos proyectos de reforma a la ley, contemplando entre otros cambios, la introducción de un régimen de control previo de las operaciones de concentración económica que implicaran una toma de control.

3. El régimen de la Ley N° 25.156.

Si bien existieron algunos casos de mayor repercusión, tales como el caso Ambito Financiero/Clarín⁶, es recién en 1999 cuando el tema de defensa de la competencia comienza a tener impacto en la opinión pública.

El detonante para que se sancione la nueva ley fue la venta por parte del Estado Nacional de las acciones de YPF a Repsol. Esta operación tuvo un impacto social muy importante debido a que la empresa petrolera era superavitaria, y por otro lado, por el hecho que Repsol ya tenía el control de la

⁶ AMFIN c/Arte Gráfico Editorial S.A. (AGEA) s/ Ley N° 22.262” por discriminación de precios y obstaculización del acceso al mercado. Dictamen CNDC N° 286 del 18 de marzo de 1998, aprobado por Resolución SICyM N° 336 del 20 de mayo de 1998.

empresa petrolera Eg3 en la Argentina, con lo cual el nivel de concentración de mercado se elevaba sustancialmente.

El 25 de agosto de 1999 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 25.156⁷ de Defensa de la Competencia, modificando el antiguo régimen de la Ley N° 22.262 e introdujeron cambios significativos en la política de defensa de la competencia argentina.

Las principales características del régimen de la Ley N° 25.156 son:

a) Confirmación del principio de la regla de la razón.

El artículo 1° de la Ley N° 25.156, en su primer párrafo dice que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general."

La principal modificación con respecto a la redacción que tenía la derogada Ley N° 22.262 es la introducción de las palabras "por objeto o" antes de la palabra efecto, ampliando de esta forma el espectro de conductas alcanzadas.

El objetivo de la Ley N° 25.156, tal como lo expresa su artículo 1°, es el mismo que el de la ley anterior: preservar el interés económico general de conductas anticompetitivas (restringir la competencia en un mercado o abusar de una posición dominante). La ley no penaliza prácticas anticompetitivas *per se* ya que debe haber un daño o un peligro real para la comunidad. En consecuencia, la ley continúa con la aplicación de la "regla de la razón", que requiere la demostración de efectos económicos negativos que afecten a la comunidad.

b) Introducción de la "teoría de los efectos".

⁷ Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, promulgada con observaciones parciales a través del Decreto N° 1019 del 16 de septiembre de 1999, y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial. Esta ley fue modificada por medio del Decreto N° 396 del 1 de abril de 2001, publicado en el Boletín Oficial del 5 de abril de 2001.

El nuevo régimen amplía, en su artículo 3º, el ámbito geográfico de aplicación de la ley al disponer que quedan sometidas a sus disposiciones “todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional”.

Si bien en sentido estricto bajo la derogada Ley N° 22.262 podía interpretarse, en virtud de la aplicación supletoria del Código Penal, que la misma era aplicable extraterritorialmente⁸, esta nueva ley introduce la denominada “teoría de los efectos”, al regular actividades económicas que, a pesar de ser realizadas en el exterior, tienen efectos en la Argentina.

Lo dispuesto en el artículo 3 de la ley rige tanto para las conductas anticompetitivas prohibidas como para el régimen de control de operaciones de concentración económica, lo que implica que pueden quedar sujetas al mismo ciertas operaciones entre empresas más allá de su lugar de realización, y en la medida que la operación pueda producir efectos en el mercado.

c) Creación de un Tribunal autárquico.

Otra innovación importante introducida por la Ley N° 25.156 es la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como un ente autárquico vinculado al Ministerio de Economía. Este órgano fue creado para reemplazar a la actual Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que depende económica y políticamente del Ministro de la Producción, quien designa a los vocales y propone a su Presidente.

Este nuevo Tribunal estará compuesto por siete jueces designados por el Presidente de la Nación luego de un concurso público de antecedentes realizado ante un jurado integrado por miembros de los tres poderes del Estado y representantes de las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas. Los miembros del Tribunal durarán en el ejercicio de sus funciones seis años, con una renovación parcial de los mismos cada tres años, y sólo podrán ser removidos previa decisión –por mayoría simple– del mismo jurado que los nombra.

⁸ Para un análisis pormenorizado de este tema ver: QUEVEDO, Viviana G. de y PEÑA, Julián, “El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina”, *El Derecho* del 19 de marzo de 2002, pg. 1.

Actualmente, la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor⁹ del Ministerio de la Producción, es el órgano de aplicación hasta tanto se constituya el nuevo Tribunal.

d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas.

Con esta nueva ley, se introdujo en la Argentina el sistema de control de concentraciones económicas, adecuando la normativa argentina a las tendencias modernas del derecho de la competencia. Por primera vez, luego de varios años con legislación en la materia, se toma la iniciativa de tomar medidas de índole preventivas, pasando el Estado a actuar con anterioridad a la concreción de concentraciones que pueden producir distorsiones perjudiciales a la libre competencia en el mercado.¹⁰

Una de las preocupaciones durante el período de elaboración de la nueva ley de defensa de la competencia en el Congreso fue el determinar si el control de las concentraciones económicas por parte del órgano de aplicación debía realizarse previamente o con posterioridad a las mismas.

La preocupación se justificaba, por un lado, por el peligro que podría significar la imposición de una traba burocrática a las inversiones con un consecuente desvío de corrientes inversoras a otros países y, por el otro, la dificultad que traería aparejada para la aplicación de la ley si el control se realizaba una vez perfeccionada la toma de control.

Más allá de la preocupación de los sectores empresarios por el tema, el Congreso Nacional decidió asimilar la legislación argentina a la vigente en los Estados Unidos y Europa en materia de control de concentraciones. Esto es, optó por actuar en forma preventiva, imponiendo en consecuencia un sistema de control previo de las operaciones de concentración económica,

⁹ Creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 431 del 17 de abril de 2001, como sucesora de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor establecida por el Decreto N° 20 del 13 de diciembre de 1999.

¹⁰ Para un estudio más específico del tema, ver QUEVEDO, María Viviana G. de - “Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 2000, Depalma, Buenos Aires; RAMOS, Dante Marcelo - “La nueva ley de defensa de la competencia” - *La Ley*, Buenos Aires, 30 de setiembre de 1999; VERGARA DEL CARRIL, Angel - “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones”, *El Derecho*, Buenos Aires, 7 de febrero de 2000 y ROVIRA, Alfredo - “Introducción a la ley de defensa de la competencia”, *El Derecho*, 11 de julio de 2001.

estableciendo asimismo un plazo prudencial para que el órgano de aplicación se expida expresa o tácitamente.

En los fundamentos del proyecto de ley de defensa de la competencia presentado por el Diputado Rodolfo Gabrielli, fuente directa del proyecto que fuera finalmente consensuado en la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados y que se sancionó como Ley N° 25.156, se sostuvo que “el objetivo de las empresas que se proponen realizar una fusión o concentración es aumentar su poder de mercado. Por consiguiente si la operación se realiza, puede producirse una disminución significativa del número de competidores efectivos y un aumento de la capacidad potencial para desarrollar prácticas anticompetitivas. Es así que se prevé la notificación previa para las operaciones que se realicen dentro de los parámetros que especialmente se determinan. El Tribunal tiene la facultad de oponerse o condicionar dichos actos cuando afectan la competencia.”¹¹

Esto se vio reflejado finalmente en el mecanismo establecido por el Capítulo III de la ley, y en particular por su artículo 8° que establece que los actos indicados en el artículo 6° de esta ley en los que las empresas afectadas tengan un volumen de negocios que superen determinados umbrales, “deberán ser notificadas previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d).”

El artículo 8° continúa diciendo que “los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda”. El artículo 13 se refiere a la posibilidad del Tribunal de expedirse en un plazo de 45 días de presentada la solicitud y documentación respectiva, para autorizar, condicionar o bien denegar la operación. La aprobación tácita, vencido el plazo mencionado, está prevista en el artículo 14 de la ley.

La naturaleza preventiva del régimen de control de concentraciones económicas fue ratificada por el Decreto N° 89/2001 al establecer que el Tribunal deberá establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar “si una operación está sujeta al control previo previsto en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156”. Si bien esta interpretación se podía inferir del texto de la ley, como vimos anteriormente, la misma no lo sostenía expresamente.

¹¹ Fundamentos del proyecto de ley sobre defensa de la competencia presentado por los Diputados Rodolfo GABRIELLI y otros, Marzo 1998. Expte. 426-D-98 (TP 5).

Ahora bien, de acuerdo a la interpretación que hizo primero la Res. 788/99¹², luego la CNDC a través de opiniones consultivas¹³ y por último el Decreto 89 en su artículo 14¹⁴, con relación al cómputo del plazo del artículo 8° de la ley para notificar:

¹² El 19 de octubre de 1999 el entonces Secretario de Industria, Comercio y Minería firmó la resolución N° 788/99. A través del artículo 1° de esta resolución, se interpretó que los conceptos involucrados y las fechas definitivas en los distintos supuestos del artículo 6° de la Ley N° 25.156 a partir de la cual deberá considerarse que empieza a correr el plazo de una semana establecido por el artículo 8° de la misma ley, eran las siguientes:

Conclusión del acuerdo en la fusión de empresas, el momento establecido en el apartado 4) del artículo 83 de la Ley N° 19.550, TO 1984.

Conclusión del acuerdo de transferencia de fondos de comercio, el momento establecido por el artículo 7° de la Ley N° 11.867.

Adquisición de una participación de control o de una influencia sustancial en una sociedad de responsabilidad limitada o en una sociedad anónima o similar, los momentos fijados en los artículos 152 y 215 de la Ley N° 19.550. TO 1984, respectivamente.

La conclusión de los actos o acuerdos que importen la transferencia de activos empresarios a una persona o grupo económico, los momentos de celebración de los contratos de conformidad a las previsiones de los artículos 1140 y 1184, inciso 8° - de corresponder- del Código Civil y de la tradición de la cosa de conformidad a lo establecido por el artículo 1141 del mismo Código.

Esta resolución, a pesar de no haber sido publicada, fue ratificada con posterioridad por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en dos oportunidades a través de las opiniones consultivas 45 y 62, de fechas 26 de mayo y 29 de agosto de 2000. En esta última ocasión, el consultante planteó que, merced a la reglamentación introducida por la resolución, una operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encontraba sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma.

¹³ La Comisión entendió que “la interpretación que hace el presentante de la Resolución SICM N°788/99 es correcta, y que las partes pueden llevar a cabo la operación notificada, aún estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberían volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación” (Opinión Consultiva N° 62 del 29/8/2000).

¹⁴ El artículo 14 de la reglamentación determina que el plazo de una semana para la notificación obligatoria comenzará a correr:

En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apartado 4 del Artículo 83 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984.

a) Las operaciones de concentración se deben notificar una vez que quedaren perfeccionadas.

b) Por perfeccionadas se entiende, por ejemplo en el caso de transferencia de acciones, una vez que estén registradas a nombre del comprador.

c) Las operaciones se pueden finalizar desde el punto de vista jurídico pero no producirán "efectos" hasta la aprobación por parte del Tribunal, alterando completamente el sistema creado por el Código de Comercio al crear el Registro Público de Comercio.

d) Si el Tribunal decidiera denegar la operación, se debería volver a reinscribir las acciones a nombre del vendedor, sin preverse que ocurriría con los efectos que la concentración transitoria tendría en el mercado relevante.

e) Al notificarse una operación una vez perfeccionada, tornaría imposible aplicar por parte del Tribunal condiciones suspensivas.

En consecuencia, si bien se sostiene que el sistema es previo, con la interpretación que

se ha hecho con posterioridad se podría concluir que se lo ha transformado en un régimen ex post.

Cabe aclarar, asimismo, que no todas las concentraciones económicas están sujetas al régimen de control previsto por la Ley N° 25.156.

A fin de determinar cuales son las operaciones que deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (y en un futuro al Tribunal) la ley, en su versión modificada, establece una serie de condiciones:

a) Que se trate de una toma de control de una o varias empresas (art. 6) - A tal fin, la ley enumera una serie de actos por las cuales se puede realizar

En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley N° 11.867.

En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.

En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.

esta toma de control. No obstante, en el inciso d) se deja abierto la posibilidad de la existencia de “cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”¹⁵.

b) Que se supere un determinado umbral en el volumen de negocios de las empresas afectadas (art. 8) - Si la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supera en el país la suma de \$200.000.000, la operación deberá ser presentada para su examen¹⁶.

c) Que puedan producir efectos en el mercado nacional (art. 3) - La Comisión interpretó el alcance de los efectos, conforme lo han hecho en Estados Unidos y Europa, esto es, que deben ser directos, previsibles y sustanciales¹⁷.

d) Que no se encuentren expresamente exceptuadas por la ley (art. 10) - La ley establece cuatro excepciones al régimen general. Estas son: cuando la compradora ya se cuente con más del 50% de las acciones; cuando se compren bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; cuando una empresa extranjera sin presencia en la Argentina compre una primera empresa nacional; o bien cuando se adquieran empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año). A partir del Decreto N° 396/2001 se incorporó una nueva excepción por la cual cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los \$20.000.000, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de \$60.000.000 en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

Reunidas todas estas condiciones, y notificada la operación, el órgano contralor determinará si el objeto o efecto de la misma sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7 de la ley), o sea que no infrinja los principios generales de la ley establecidos en el artículo 1° de la ley.

¹⁵ La Comisión ha interpretado asimismo, siguiendo la experiencia europea, que el cambio en la naturaleza del control (conjunto a exclusivo y viceversa) también encuadra en los términos del artículo 6° de la ley.

¹⁶ Antes del Decreto N° 396/2001, la ley exigía como umbral alternativo el de los \$ 2.500 millones a nivel mundial.

¹⁷ Ver QUEVEDO-PEÑA, *op. cit.*, pg. 2.

4. Situación actual.

Con la firma del Decreto N° 89 del 25 de enero de 2001¹⁸ se ha reglamentado la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. De esta forma, se ha dado fin a una primera etapa en la transición hacia la aplicación plena de la nueva ley, y se ha determinado un plazo para que dicho objetivo se concrete con la entrada en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

El mencionado decreto reglamenta varios aspectos de la ley, pudiendo resumírseles en cuestiones vinculadas al control de concentraciones económicas, el establecimiento del Tribunal, las funciones de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor a partir de la creación del Tribunal y, por último, cuestiones procedimentales relacionadas a las causas iniciadas por conductas anticompetitivas.

La defensa de la competencia en la Argentina está atravesando momentos de muchos cambios, tanto por motivos endógenos como por causas exógenas.

En el aspecto positivo cabe resaltar:

1) El fallo de la Cámara de Apelaciones ratificando el dictamen y la multa impuesta a YPF¹⁹ se lo puede considerar uno de los hitos más importantes en la historia de la defensa de la competencia en la Argentina, al ser la primera vez que la Cámara ratifica una multa de tal envergadura²⁰.

2) Se reglamentó la ley por medio del Decreto N° 89/2001 y se estableció un plazo para el llamado a concurso para el establecimiento del Tribunal, el cual fue impulsado por la Resolución del Ministerio de la Producción N° 29 del 30 de octubre de 2002.²¹

¹⁸ Boletín Oficial del 30 de enero de 2001, pg. 1.

¹⁹ “CNDC c/YPF s/ Ley N° 22.282” por discriminación de precios. Dictamen CNDC N° 314 del 19 de marzo de 1999, aprobado por Resolución SICyM N° 189 del 22 de marzo de 1999.

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, 24 de noviembre de 2000, causa 42.061. Este fallo fue ratificado en el 2002 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Recurso de hecho deducido por Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. en la causa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/Ley 22.262 – Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – Secretaría de Comercio e Industria”.

²¹ Si bien no se vienen respetando los plazos previstos, se va avanzando paulatinamente en el proceso de conformación del Tribunal.

3)Se modificaron los umbrales para la notificación de las operaciones de concentración económica con la firma del Decreto N° 396/2001. Consecuentemente, se ha reducido significativamente el volumen de operaciones sujetas al régimen del control previo, quedando para el análisis aquellas que requieren un estudio más complejo del impacto económico²².

4)La influencia determinante del dictamen de la Comisión en el fracaso de la operación OCA-Correo Argentino y el respaldo del mismo por parte de la Secretaría²³.

5)La toma de conciencia por parte del Gobierno de que la legislación de defensa de la competencia no era compatible con un régimen de control de precios, dejando así de lado el proyecto de resurgimiento de la ley de abastecimiento²⁴.

6)El importante número de profesionales que se están especializando en estos temas genera una expectativa a futuro importante en materia de difusión de los principios de la defensa de la competencia.

En el haber, no obstante, vale destacar que:

²² Al verse reducido el número de operaciones de concentración para el análisis, se retomó el estudio de los casos de conductas que había mermado debido a la vorágine de notificaciones por resolver a partir de la Ley N° 25.156, los plazos perentorios de estas y la escasez de recursos.

²³ La operación de fusión entre las dos principales empresas de servicios postales del país, Correo Argentino (concesionario oficial) y OCA, fue desistida con posterioridad a la firma del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia pero con anterioridad a la firma de la Resolución del Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor, quien ante los hechos ocurridos resolvió archivar las actuaciones pero dejar a salvo que de no haberse desistido la operación, hubiere ratificado lo dictaminado por la Comisión.

²⁴ Hubo un anteproyecto de ley impulsado por el entonces Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor Pablo Challú para volver a implementar en el país la Ley N° 20.680 de Abastecimiento del año 1974, que permitía al Estado regular el mercado de bienes y servicios a través del establecimiento de precios máximos y mínimos, restricciones o prohibiciones de exportaciones y obligaciones de producir, entre otras prerrogativas. Dicho anteproyecto fue rechazado por el Ministro de Economía Roberto Lavagna cuando se hizo cargo interinamente del Ministerio de la Producción a fines de abril de 2002. Para un mayor análisis del tema ver CABANELLAS, Guillermo y ARANOVICH, Fernando, “La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas de regulación de los mercados”, *Revista del Derecho Industrial*, Año 2, N° 5, Mayo-Agosto 1980, pg. 311.

1)La situación coyuntural que atraviesa el país sumada a la falta de una cultura de competencia, dificulta el desarrollo de la política de competencia en el país.

2)La demora en la constitución del Tribunal le ha restado credibilidad a la intención de tener un ente autárquico.

3)Las sucesivas reducciones presupuestarias atentan contra la posibilidad de contar con los recursos necesarios para poder llevar adelante una efectiva defensa de la competencia.

4)El período de acefalía que se produjo en la Comisión durante gran parte del 2001, como la seguidilla de presidentes que se produjo durante el 2002, han generado una incertidumbre que repercutió negativamente dentro y fuera del ámbito de la Comisión.

5. Conclusiones.

La evolución de la defensa de la competencia en la Argentina ha sido progresiva y errática. Esto se ha debido principalmente a que la misma no puede aislarse de lo que ha sido la historia económica argentina de estas últimas décadas.

No obstante los vaivenes que se van produciendo, la tendencia general es positiva en cuanto que más allá de la irregularidad en el progreso, se han ido dando varios pasos en la dirección correcta.

Actualmente, el régimen de la defensa de la competencia en la Argentina es uno de los más avanzados de América Latina, incluso a pesar de la crisis por la cual está atravesando en los últimos tiempos el país.

El futuro de la defensa de la competencia en la Argentina está íntimamente ligado con el desarrollo económico del país, como así también del compromiso que asuma la dirigencia política y la sociedad en general en preservar el correcto funcionamiento de los mercados.

TRANSNATIONAL REACH OF ECONOMIC REGULATIONS - THE EXTRATERRITORIAL REACH OF U.S. REGULATION ON TELECOMMUNICATIONS

Magali Favaretto Prieto

Introduction

The purpose of this paper is to examine how the regulation of the telecommunications sector has been challenged as the industry moves globally from a historic monopoly-controlled or state-owned model to a competitive environment. This shift has generated differences between countries that have already reached a more competitive market and the others that remain non-competitive, producing distortions that affect the whole system of rendering telecommunication services, given the structure of the global telecom industry.

If the sector had much earlier experienced the need of harmonizing different systems and standardizing equipment in order to interconnect their national networks¹, the current challenge is much more difficult to achieve. Now, the task is to deal with interests of several competing players in a world where laws and regulations do not follow the same growth of technological advances.²

In this context, one of the most debated issues that has concerned telecommunications companies in several countries, regulators, and international organizations is the applicability of the international accounting rate regime in the new competitive environment. Accounting rate is, roughly speaking, the method of dividing the revenues for international telephone services between the originating and destination countries. The current method, developed in 1865, and based on some premises and market conditions that no longer exist, is under strong pressure, especially by countries that have already reached a good level of competition. The paper examines how the U.S. has dealt with this issue, both on the international level, within the International Telecommunications Union (ITU) and in the World Trade Organization (WTO), and also internally, through the Federal Communications Commis-

¹ See ITU's History <http://www.itu.int/aboutitu/history.html>

² See Yoshio Utsumi, Secretary-General, International Telecommunications Union (ITU), *Moving Beyond International Accounting Rates*, The International Journal on Knowledge Infrastructure Development, Management and Regulation, Volume 24, Nº 1 (February 2000) <<http://tpeditor.com/utsumi.htm>>

sion (FCC), analyzing how the U.S. actions have reached the other countries and how they have reacted.

Part I outlines how the system of accounting rate works and why it has been considered collapsed in the new competitive environment. Part II provides the international scenario where this issue has been discussed. Members of the ITU and the WTO, under the Basic Telecom Service Agreement, have attempted to regulate a transition to competition, considering among other issues, the impacts of the shifting model on developing countries, since they lack financial resources and network infrastructure to compete globally. Part III analyzes an Order issued by the FCC³ and challenged in Court by over 90 foreign governments, regulators, and telecommunications companies⁴. The Order prohibits domestic telecommunications carriers from paying more than certain cost-based benchmark rates for “termination” services performed by foreign carriers. Part IV analyzes the extra-territorial effects of this Order and the subsequent Court decision that upheld the Order. Part V discusses the role of national regulators, the extraterritorial effects of its economic policies and whether is still possible to achieve multilateral agreements through International Organizations.

I. The accounting rate system

A . Definition of accounting rate

The definition of the accounting-rate regime is essential to understand international telecommunications. The regime was forged in the very beginning of telecommunications developments, when countries decided to conclude agreements to interconnect their national telegraph networks.

One reason why 20 European countries came together in 1865 to form the predecessor to the International Telecommunication Union (ITU) was the need to agree upon a common method of dividing the revenues for international telegraph service between the originating and destination countries. The methodology they developed was later carried over to telephone services, albeit with some modifications. It is based on a dual price system for each call, with independent prices for each route.⁵ For each international call, the originating carrier charges users one price, known as the collection charge

³ See 12 F.C.C.R. 19,806 (1997)

⁴ See *Cable & Wireless, et al v. F.C.C.*, 166 F.3d 1224 (1999).

⁵ See Chapter 3, Box 3.1 of “*Directon of Traffic, 1996*, ITU/TELEGEOGRAPHY INC. (1996), available at <<http://www.itu.int/intset/whatare/howwork.html>>

or tariff, but the cost to the originating carrier of terminating the call is governed by a second price, known as the accounting rate. This rate is negotiated between the originating and terminating carrier and are commonly denominated in either US dollars or Special Drawing Rights (SDR), which is a market basket of five currencies (the dollar, the pound, the mark, the yen, and the French franc).

The originating and terminating carrier usually divide the accounting rate on a 50/50 basis for each minute of service, which is referred to as the settlement rate. On any given route, one carrier pays settlement rate to another carrier only to the extent that there is a traffic imbalance – there is, one carrier has terminated a greater volume of telephone minutes than the other carrier.⁶

The dual price system for international telephony makes carrier's net revenue for international service a function of their accounting rates as well as their collection charges. If traffic is balanced on a route, the value of the accounting rate is essentially irrelevant since no settlement is necessary and each carrier's revenue will depend directly on its collection charge. However, where traffic is imbalanced, the accounting rate may have a significant effect on the commercial options of the two carriers.⁷

B. The collapse of the accounting rate system

This system worked well, as long as the criteria on which it was founded were met. These criteria were, basically, the following: (i) international services were jointly provided by monopoly partners; (ii) the prices charged for a call were approximately equal in different directions (the principle of symmetry); (iii) in-coming and out-going traffic was approximately in balance for each bilateral relationship between countries; (iv) collection charges, even for off-peak discounts and volume discounts, were never lower than accounting rates; and (vi) inflation rates and exchange rates were relatively constant between countries.⁸

Nonetheless, the shift in the economic model of rendering telecommunications services, from a monopoly and/or state-owned standard to a competitive model, beginning in the 1980's, has swept the world, streaking

⁶ See Id.

⁷ See Id.

⁸ See Tarjanne, P. "How will the accounting rate system need to be modified in a liberalized market?", in *Liberalization and Privatization of the European Telecommunications Sector, Preparing for 1998 & Beyond*. 1996. Rome.

down the system of accounting-rate and its premises. The emerging trends of deregulation, privatization, liberalization, and removal of restrictions on competitive entry⁹ have completely changed the international environment of the telecommunications sector, transforming it in a market characterized by harsh competition.

The introduction of competition in some national markets, allied with technological improvements, have brought new players to these markets and have led to lower costs and prices in the past two decades. This has generated an imbalance in the traffic flow between countries with lower prices and those with relatively higher prices, which in turn leads to settlement imbalances.

In addition, the competition, even for those countries that decided to adopt this model, takes time to be implemented and most part of the developing countries lack network infrastructure that would allow them to compete globally. These disparities between liberalized and monopolistic markets, between countries that have already reached a satisfactory level of competition and those that are still trying to introduce competition in their market, between countries with increasingly imbalanced traffic, have led to the collapse of the accounting rate system, based on the premises of bilateral, private negotiations between monopoly carriers and on a generally balanced traffic between countries.

In this new environment, with several players in the market, when competitive carriers negotiate with a country controlled by a monopoly carrier, the non-competitive service providers have the ability to exploit the competitive carriers by playing them off one another (which is called "whipsawing"), and forcing a higher settlement rate because the monopoly provider controls access to the end-user's circuits. For example, the United States has a significantly greater volume of outbound traffic than its foreign counterparts and pay high settlement rates to the foreign carriers. As a part of a competitive market, U.S. carriers pay disproportionate settlement rates and ultimately pass these artificially high rates on to their customers.¹⁰ The United States paid roughly \$5 billion in settlement to the rest of the world in 1995, up from \$2,8 billion in 1990.¹¹

⁹ See Aileen A. Piscioti, *Global Trends in Privatisation and Liberalisation*.

¹⁰ See Robert M. Frieden, *Accounting Rates: The Business of International Telecommunications and the Incentive to Cheat*, 43 FED. COMM. L.J. 111, 112-13 (1991).

¹¹ See International Settlement Rates, *Notice of Proposed Rulemaking*, 12 F.C.C.R. 6184, 9 Comm. Reg. (P&F) 2005 (1996)

The Federal Communications Commission estimated that, besides the high increase in the U.S. outbound traffic, at least three-quarters of the \$5 billion in outpayments were from above-cost settlement rate, concluding that U.S. consumers, carriers and their shareholders were subsidizing monopoly foreign carriers.

Although the U.S. is not the only country to experience settlement deficit,¹² this country began to use all available fora, -- the ITU, the OECD, the WTO and others -- to push for a reform of the system.

II. How the U.S. and International Organizations have worked to reform the Accounting Rate System

A. The ITU role and pressures for reform

The International Telecommunications Union (ITU) is a specialized agency of the United Nations and is the world's oldest international organization. In general, the ITU seeks to promote, at the international level, the adoption of a broader approach to telecommunications issues in the global information economy and society. ITU decisions are made on a one nation, one vote basis; therefore, each member-nation has equal authority in the ITU decision-making process. In part due to this voting policy, developing countries view the ITU as an important organization to provide assistance and aid infrastructure development in these nations.¹³

The reform of the accounting rate system has been in the ITU's agenda since early 90's, with an increasing pressure from members with large net outpayments, specially the U.S., to revise the system of bilateral agreements. In 1992, the ITU, recognizing the cost differential among countries and considering also the potential impact of accounting rate reform on developing countries, recommended that rate should be "cost-oriented" and non-discriminatory.¹⁴ The ITU acknowledged, at that time, that the current ac-

¹² Several other countries, including Sweden, Australia and Japan, have growing deficits on settlement payments, according to the ITU. See Tarjanne, P., at note 8.

¹³ See Katherine Collins, *International Accounting Rate Reform: The role of International Organizations and Implications for Developing Countries*, 31 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1077 (2000), citing George A. Coddington, Jr., *The International Telecommunications Union: 130 Years of Telecommunications Regulation*, 23 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 501 (1995)

¹⁴ See Telecommunication Standardization Sector, International Telecomm. Union, ITU-T Recommendation n° D.140 Charging and Accounting in International Telecommunications Services (July 1998) <<http://www.itu.int/intset/itu-t/d140.html>>

counting rates were artificially high and should better reflect current cost trends. But the ITU argued that, however imperfect the accounting rate system is in practice, it does finance network growth in areas of the world that might otherwise be falling further behind in the development of telecommunication infrastructures¹⁵. For the ITU, the challenge was to combine these benefits with the flexibility of alternative systems that are more amenable to the introduction of competition in developing countries.

In its efforts to respond the pressures for reform and reconcile the interests of its members, the ITU formed a study group (ITU-T Study Group 3) to work and develop the best way to establish legitimate costs of providing international telecommunications services, considering the necessity of a “progressive reduction” in accounting rates towards cost. However, the ITU main focus of reform has been expressly recognized on the relationship between developed and developing markets, and between liberalized and monopolistic markets, rather than among those developed markets which are already open to competition.¹⁶ For the ITU, among liberalized markets, which account for some three-quarters of international telephone traffic, the trend towards interconnection at cost oriented rates is already well established. But the gap between these cost-oriented rates, and the prices charged for call termination in monopoly markets is growing.

In 1996 the ITU published its World Telecommunications Development Report, saying that the US Federal Communications Commission (FCC) was pushing hard to reduce accounting rates and was threatening to authorize its national carriers to reduce them unilaterally without waiting for agreement from their international calling partners.¹⁷

On the Report, the ITU commented: “The *Notice of Proposed Rule-making (NPRM)* in the matter of international settlement rates issued on 19 December 1996 proposes to update the “benchmarks” or price caps. At the time of writing, the NPRM was in the comments period and it is not clear whether the moves proposed will conflict with the United States’ obligations as a signatory to the GATS and the International Telecommunications Regulations. Nor is it even evident that a reduction in accounting rate would have any impact on the US net settlements deficit”.

¹⁵ See *Pressures to reform the bilateral agreement regime*, Chapter 6. World Telecommunications Development Report: Trade in Telecommunications. World Telecommunications Indicators 1996/7, ITU.

<<http://www.itu.int/intset/whatare/wtdr/wtdr.htm>.

¹⁶ See Yoshio Utsumi, *supra* note 2.

¹⁷ See World Telecommunications Development Report, *supra* note 15.

The WTO Agreement on Basic Telecom and its implication on accounting rates

The issue of international accounting rates and pressures to reform has been also in the agenda of the WTO negotiations. On February 5, 1998, the WTO Basic Telecom Agreement, signed by sixty-nine WTO Members, entered into force, as a Protocol to the General Agreement on Trade in Services (GATS).¹⁸ These sixty-nine Members, representing over 90% of the world's basic telecommunications revenues, under the auspices of the WTO, made commitments to open their markets for some or all basic telecommunications services to foreign competition. Fifty-two countries guaranteed access to their markets for international services and facilities and fifty-six countries agreed to open markets for all or selected services provided by satellites.¹⁹

Although the agreement had been warmly welcomed, specially by the press, politicians and the U.S. industry, declaring themselves to be "wildly enthusiastic"²⁰, some more skeptical scholars noticed that the United States, Japan, and the European Union alone account for 74% of total volume. Moreover, that those signing the agreement account for less than 55% of the WTO membership and the world's population, making the Agreement a "monumental effort" instead of a "monumental change"²¹. It is also important to point out that, in the most part of countries that made commitments to guarantee access to their markets for international services, these services have always been provided by a monopoly and they will face competition for the first time.²²

The Agreement on Telecom was a tough point on the negotiations under the WTO. Basic Telecommunications was one of the four services sec-

¹⁸ FOURTH PROTOCOL TO THE GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (WTO 1997), 36 I.L.M. 354, 366 (1997). There is actually no free-standing WTO Basic Telecom Agreement, but a series of commitments that compose part of the GATS, one of the trade agreements included within the WTO Agreement.

¹⁹ The Schedules containing commitments on basic telecommunications services are available on the WTO Web page at <http://www.wto.org>. The Schedules of Specific Commitments form an integral part of the GATS pursuant to Article XX of the GATS.

²⁰ See Laura B. Sherman, "Wildly Enthusiastic" About the First Multilateral Agreement on Trade in Telecommunications Services, 51 FED COMM. L.J. 61,69 (1998).

²¹ See William J. Drake & Eli M. Noam, *The WTO Deal on Basic Telecommunications: Big Bang or Little Whimper?*, 21 TELECOMM. POL'Y 799, 811 (1997).

²² See Laura B. Sherman. *supra* note 20.

tors left unresolved by the Uruguay Round²³, together with financial services, maritime and movement of persons.

Due to the fact of, traditionally, domestic telecommunications have been owned or strictly regulated by national governments, making the ownership of their networks a matter of national security, countries were reluctant to open their markets to foreign carriers. The GATS requires that WTO Members provide “Most Favoured-Nation” treatment (MFN) to like services and service suppliers from other WTO members, regardless of the commitments undertaken by any individual Member. This obligation precludes a WTO Member from discriminating among services or service suppliers of other Members. It means that a Member that commits to open its market for a certain service cannot close its market on a selective basis to like services or service suppliers from any WTO Member.²⁴

At the conclusion of the Uruguay Round, trade ministers agreed to extend the period of negotiations regarding commitments in basic telecommunications. The Decision on Negotiations on Basic Telecommunications established a “Negotiating Group on Basic Telecommunications” (NGBT) to carry out comprehensive negotiations on basic telecommunications, with a final report to the Council for Trade in Services due on April 30, 1996.²⁵

Among others contentious issues, questions relating to accounting rates occupied negotiators’ attention in the first year of the NGBT. Negotiators addressed the question of whether accounting rates set by international service providers were “measures” of a WTO Member for purposes of the GATS and, therefore, subject to the discipline of the GATS. This would include, among other things, the obligation to provide MFN treatment. The GATS defines “measures by Members” as measures taken by governmental authorities or non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by a governmental authority.²⁶ Since accounting rates differ dramatically from route, imposition of an MFN obligation would have a dramatic effect on the operation of almost all international service providers. The argument that accounting rates are “measures of a Member” is based on the fact that accounting rates are negotiated between operators, and, according to the International Telecommunications Regulations, operators make these agreements as “administrators or recognized operating agencies (RPOAs). Administrators and

²³ The “Uruguay Round refers to the trade negotiations begun at Punta Del Este, in 1986, and concluded formally in Marrakesh, Marroco in April 1994.

²⁴ See Laura B. Sherman. *supra* note 20.

²⁵ After, the deadline was extended to February 15, 1997, resulting in the February Accord signed at this date.

²⁶ See Laura B. Sherman. *supra* note 20.

RPOAs are defined by the Constitution of the International Telecommunications Union (ITU) as a governmental department and an entity designated by a governmental department, respectively.²⁷ Since most international carriers are either part of or owned by the government or have been designated by a government as an operating agency, the acts of these carriers would constitute “measures of a Member”.

The contrary argument is that the designation of a RPOA does not confer any governmental authority on the operators, so operators cannot be deemed to “exercise powers delegated by” any governmental body, as required by the GATS definition. Although the ITU Constitution refers to a RPOA “authorized by” a government, the “authorization” can refer to any process a particular country uses to designate private entities to participate directly in the work of the ITU. Negotiators never reached consensus on how to treat accounting rates, and as a result, a number of WTO Members took MFN exceptions for application of accounting rates. Their action left open the question of whether the vast majority of WTO Members that did not take MFN exceptions are vulnerable to charges that their international service providers cannot maintain differential accounting rates. Negotiators, however, reached a “gentlemen’s agreement not to bring the issue of discriminatory accounting rates dispute settlement until the beginning of the year 2000.”²⁸

Due to a lack of consensus on accounting rates when the WTO Telecom Agreement was signed, the WTO solicited recommendations from the ITU for restructuring accounting rates in a manner that would promote cost-oriented pricing. The WTO Telecom Agreement explicitly acknowledges the role of the ITU and requires that “Members recognize the importance of international standards for global compatibility and inter-operability ... and undertake to promote such standards through the work of relevant international bodies, including the International Telecommunications Union.” Despite this acknowledgement, the agreement raises the concern with some nations that the WTO will supplant the ITU’s current role as administrator of international policy.²⁹ The potential overlap in jurisdiction between the ITU and the WTO has been a special concern of developing countries, since they enjoy majority

²⁷ See International Telecommunications Regulations, Dec. 9, 1988, TREATY DOC. N° 102-13, art. I, para., 1.5 (1991). The term “recognized operating authority” was changed to “recognized private operating agency” in the 1992 version of the ITU Constitution and Convention in Geneva. In fact, the concept of RPOA arose from the attempt of the ITU to allow U.S. private carriers to participate directly in the work of the ITU.

²⁸ See Laura B. Sherman. *supra* note 20.

²⁹ See Katherine Collins, *supra* note 13.

status in the ITU, which gives them the power to pass regulations and amendments within the organization which specifically target the needs of developing countries.

On February 15, 1998, the ITU held the Second World Telecommunications Policy Forum on Trade in Telecommunications, in order to discuss the general implications of the WTO agreement for developing countries, and the role of the ITU after the Agreement. In this Forum, the ITU emphasized the impact of movements towards cost-based accounting rates on developing countries and the need of a co-operative relationship among national regulatory bodies, telecommunication operators and multilateral institutions, including the World Bank and WTO, with the aim of giving countries the multilateral support to make the necessary adjustments.³⁰

B. The U.S. initiatives and the FCC policies to lower accounting rates

Besides the actions on the international level, the U.S., through its Federal Communications Commission, has worked over the years to formulate a variety of regulatory strategies to accomplish its goal of reducing accounting rates.

In 1980, the Commission developed an International Settlements Policy (ISP) for international services, requiring that all domestic carriers on a given international route establish the same accounting rate with the foreign correspondent, that all settlement rates equal 50% of accounting rates, and that each domestic carrier carry incoming traffic on the route in proportion to its share of outgoing traffic.³¹

The FCC's ISP also requires US carriers to file copies of all contracts, agreements and arrangements that relate to the routing of traffic and the settlement of accounts.

Other policies have attempted to actively promote methods of providing or accessing services that vary from the traditional correspondent rela-

³⁰ See The Secretary's General Report, Second World Telecommunications Policy Forum, Geneva, 16-18 March 1998, available at <<http://www.itu.int/plweb-cgi>.

³¹ See Uniform Settlement Rates on Parallel International Communications Routes, 84 F.C.C. 2d 121 (1980). Although this policy initially applied only to international telegraph and telex services, the Commission extended it to international telephone service in 1986, Implementation and Scope of the Int'l Settlement Pol'y for Parallel Int'l Comm. Routes, *Report and Order*, 51 Fed. Reg. 4736 (1986).

tionship³², called “alternative calling procedures”. For example, the Commission has allowed resale of international private lines to provide switched service³³, call-back³⁴, switched hubbing³⁵, and country-direct services³⁶. What these alternatives have in common are that they avoid the traditional arrangements for accounting and settling traffic accounts and that they generally respect the rules and regulations of all countries involved. The latter is not always true for the practice of refile and hubbing. Technology and more aggressive marketing have facilitated alternative calling procedures. Their effect is to turn the normal direction of the traffic flow, causing a growing of outflow from countries such as the US in which network operators and service providers which offer these services are located.³⁷

The ITU World Telecommunications Development Report of 1996/1997³⁸, when commenting the FCC threatening to act unilaterally, put in question whether a reduction in accounting rates would have any impact on the US net settlement deficit, because of the use of these “alternative proce-

³² See Lawrence J. Spiwak, *From International Competitive Carrier to the WTO: A Survey of the FCC's International Telecommunications Policy Initiatives 1985-1998*, 51 FED. COMM. L.J. 111 (1998).

³³ See Regulation of Int'l Accounting Rates, Phase II, *First Report and Order*, 7 F.C.C.R. 559, para. 8, 70 Rad. Reg. 2d (P & F) 156 (1991).

³⁴ Call-back is a procedure by which telecommunications service providers can provide international telephone service in a foreign country at rates which are significantly lower than the rates of international calls in that country. Most call-back operators are located in the US. These call-back operators effectively provide a US dial tone to foreign customers who can then make a call to anywhere in the world at very competitive rates.

³⁵ Switched Hubbing refers to the routing of U.S. switched traffic over U.S. international private lines, whether resold or facilities based, that terminate in equivalent countries and then forwarding that traffic to a third, non-equivalent country by taking at published rates and reselling the international service of a carrier in the equivalent country. So, for instance, if the combined accounting between UK and the US and the UK and France is lower than that between France and the US, there is an incentive to route calls between France and the US via UK as this would be the least cost route.

³⁶ Country direct enables international calling card holders travelling in a foreign country to call an international toll free number and gain direct access to an operator and the calling prices of their home country.

³⁷ See Peter A. Stern and Tim Kelly, *Liberalization and Reform of International Telecommunications Settlement Arrangements*, Latin America and Caribbean Telecommunications Finance and Trade Colloquium, Brasilia, 14-16 July 1997.

³⁸ See World Telecommunications Development Report, *supra* note 15.

dures”³⁹. The report mentioned that “between 1990 and 1995, when the average US accounting rate fell by 43 per cent, the US net settlement deficit rose by \$ 3.3 billion, or 289 per cent”, and that the FCC proposed rule “does little to address the distortion in the direction of traffic flows, largely caused by the adoption by US carriers of alternative calling procedures, which gives rise to the settlement payments deficit”.

On January 1996, in one more attempt to lower accounting rates, the FCC issued the “Flexibility Order”⁴⁰, permitting, subject to certain competitive safeguards, alternative payment arrangements that deviate from the Commissions’ International Settlement Policies between any US carrier and any foreign correspondent in a country that satisfies the ECO test.⁴¹

In 1997, at the last rounds of the WTO negotiations, the FCC, finding that its policies had not led to lower settlements rates and arguing that the work of multilateral organizations to drive accounting rates towards cost was too slow, announced its decision of taking a unilateral proposal to establish benchmark rates for US carriers, regardless of the contractual settlement rate agreements already in force between US carriers and their foreign correspondents. In the Introduction of its Notice of Proposed Rulemaking, the FCC reasoned⁴²:

“This Notice represents the next step in an ongoing effort by the Commission, many governments, and multilateral organizations such as the International Telecommunications Union (ITU) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) to reform the international accounting rate system.”

³⁹ See Lawrence J. Spiwak, *supra* note 32. “While country-direct services inflate the settlement deficit by converting foreign-originated traffic into U.S. billed calls (which is *good* for consumers), US carriers nevertheless embrace this service not only because it enhances their service offerings, but also because it may increase their market share of outgoing traffic and entitle them to a larger flow of lucrative incoming traffic under the FCC’s proportionate return sales.”

⁴⁰ Regulation of Int’l Accounting Rates, *Fourth Report and Order*, 11.F.C.C.R. 20,063, 5 Comm. Reg. (P & F) 452 (1996).

⁴¹ “ECO Test” is an analysis of “effective competitive opportunities” carried out by the FCC, according to its policy for market entry in the US (Market Entry and Regulation of Foreign-affiliated Entities, *Report and Order*, 11 F.C.C.R. 3873, 1 Comm. Reg. (P & P) 459 (1995).

⁴² International Settlement Rates, *Notice of Proposed Rulemaking*, 12 F.C.C.R. 6184, 9 Comm. Reg. (P & F) 2005 (1996).

More than 90 foreign carriers and governments presented comments to the proposed rule. These comments, challenging the legality of the unilateral action taken by the FCC in face of international principles, demonstrate clearly how the Notice was received abroad. A critical commentator of the FCC's International Policies said that "As the FCC released its *Benchmarks NPRM* in the throws of the final stages of the WTO negotiations, it would therefore appear that the United States decided to approach the final negotiations with no carrot -- only a very big stick".⁴³

III. The FCC *Benchmark Order* and its extraterritorial effects

On August 1997, the FCC issued the *Benchmark Order*⁴⁴, establishing that, the settlements rates negotiated by US carriers may not exceed \$0.15 per minute for foreign carriers in upper income nations, \$0.19 per minute for foreign carriers in middle income nations, and \$0.23 per minute for foreign carriers in lower income nations. The FCC based this classification of countries as defined by the World Bank statistics on GNP per capita. The Order allows US carriers to achieve compliance with the benchmark rates over a transition period of one to four years, depending on the per capita income of the foreign country in which the negotiations foreign carrier operates.

The Order contains also special provisions applicable only to foreign-affiliated US carriers.⁴⁵ In order to prevent such carriers from engaging in "price squeezing" behavior⁴⁶, the Order requires them to comply immediately with the benchmarks as a condition of obtaining approval to provide international long-distance service to the affiliated country.

At the introduction, the FCC stated its broad goal:

⁴³ See Lawrence Spiwak, *Antitrust, the "Public Interest" and Competition Policy: The Search for Meaningful Definitions in a Sea of Analytical Rhetoric*, ANTITRUST REP. Dec. 1997.

⁴⁴ See 11.F.C.C.R. 20,063, 5 Comm. Reg. (P & F) 452 (1996).

⁴⁵ A US carrier is considered to be affiliated with a foreign carrier when a foreign carrier owns a greater than twenty-five percent interest in, or controls, the US carrier. (47 C.F.R. § 63.18(h)(1)(I) (1997).

⁴⁶ "Price Squeezing" occurs when a foreign carrier and its US affiliate act together as an integrated firm. By extracting above-cost settlement rates from US carriers, the foreign carrier enables its US affiliate to undercut its competitors, since the above-cost portion of the settlement rate is essentially an internal transfer for the foreign-affiliated US carrier, while for other competitors it represent a real cost.

*“The action we take in this Order, along with our recent Accounting Rate Flexibility Order and our proceedings implementing the World Trade Organization (WTO) Basic Telecom Agreement, substantially completes our plan to restructure the economics of the market for US international telecommunications services. This restructuring will promote the low cost, technologically innovative interconnectivity serving **all the world’s consumers** that should be the hallmark of a Global Information Infrastructure. (emphasis added).*

(...)

*“We emphasize that we would prefer to achieve our goals through a multilateral agreement on accounting rate reform. **If, in the future, there is a multilateral consensus on a substantially equivalent international measure to achieve our goals of a more cost-based and non-discriminatory system of settlements in a timely manner, we will waive enforcement of the benchmark settlement rates.** (...) Our action in this Order comes after years of efforts by the US Government to achieve cost-based termination fees internationally by means of discussion and negotiation bilaterally and multilaterally at the International Telecommunication Union (ITU), the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), and other international organizations. (emphasis added).*

(...)

*We believe that accounting rate reform is necessary **and will benefit consumers and carriers in all countries**, including businesses and others who rely on global telecommunications services. **Thus, contrary to the views of some commenters, it is not the case that accounting rate reform will benefit consumers in the United States at the expense of carriers in overseas markets.** Accounting rate reform will allow consumers in all countries to receive higher quality service, more service options, and lower rates as accounting rates are reduced to a more cost-based level. (emphasis added)*

(...)

*“We also find that our settlement rate benchmarks **are consistent with the ITU regulations and general international law principles of comity and national sovereignty.** The rules adopted here do not constitute the exercise of jurisdiction over foreign carriers. (...)*

*Obviously, by placing a cap on the level of the rate US carriers may negotiate with their foreign correspondents, **our actions will have an indirect effect on foreign carriers.** International services, by their very nature, require one end of the communications to be handled outside of the United States, and thus rules regarding the US end of communication may have an impact on the foreign end as well. **An indirect effect on foreign carriers, however, does not***

militate against the validity of rules that only operate directly on carriers within the United States.” (emphasis added)

The comments presented by foreign governments and carriers raised the following main issues:

A. Violation of free-market/Excessive government intervention

Telefonica de Espana, Singapore Telecom, Telecom Italia and Australia contended that FCC needed not take action to reform the accounting rate system because settlement rates have been declining recently without government intervention and competitive market forces will ensure that this downward trend continues. They also argued that FCC’s decision in the Access Charge Reform Order to rely upon market forces to generate cost-based access rates in the US conflicts with the proposal to establish settlement rate benchmarks. The answer was that the Commission could not rely entirely on the market to reduce settlement rates on a timely basis.

B. Impact of the Benchmarks SR on Developing Countries

Many developing countries and their carriers, such as Panama, Telekom Malaysia, St. Vincent and the Grenadines, Telmex, CANTO, Telefonica del Peru, COMTELCA, Bolivia, Phillipines, GT&T and others, expressed concern that settlement rate benchmarks will eliminate an important source of revenue for developing countries’ telecommunication markets. Some of them asserted that countries are entitled to support universal services through settlement revenues. Brazil pointed out the importance of identifying the level of subsidy and then work to reduce it to a “fair” level. In addition, the European Union expressed concerns about the potential impact of the benchmark Settlement Rates on developing countries, noting that some countries “have traditionally seen settlement in-payments as a form of foreign aid.” However, the EU noted that as a form of aid, settlement payments are not transparent and do not permit accountability and suggested the World Bank’s adjustment program as a form of assistance as settlements revenues decrease.

The FCC answered that settlements rates are no longer a stable source of funding for network infrastructure development as a result of changes in the global telecommunications market.

Panama and Mexico, countries that have embarked on steps to introduce competition in their markets, argued that the benchmarks could impede the further development of competition in their markets by restricting an important source of revenue for new entrants. The FCC counter-argued that, for

these reasons, the Commission adopted a transition period for US carriers to negotiate settlement rates at or below the benchmarks.

Cable & Wireless and GTE argued that the transition periods are unrealistic and do not take into account the experience of countries introducing competition, including the United States, which took 15 years, the United Kingdom, which had a similar timeframe, and the European Union, with timeframes of 12-17 years. To this argument, the FCC responded that the transition periods are not intended to be schedules for implement competition, but to provide time for adjustments to cost-based system.

C. Lack of legal basis for establishing Benchmarks Settlement Rates/Attempt to exercise Jurisdiction over foreign carriers

Many foreign carriers and government argued that, despite the language of the Notice, the FCC was attempting to exercise jurisdiction over the foreign end of international telecommunications services. Telefonica de Espana and GTE noted that a showing of an affirmative Congressional intent to apply the Communications Act's enforcement provisions extraterritorially is necessary to overcome the presumption against such extraterritorial effects of legislation. Telefonica del Peru commented that there is no way to invalidate the terms of a bilateral settlement rate agreement without exercising jurisdiction over both the US carrier and the foreign correspondent. The FCC's answer was: First, in Sections 1 and 2 (a) of the Communications Act, Congress indicated its affirmative intent to give FCC jurisdiction over "all interstate and foreign communication by wire or radio"⁴⁷, and international telecommunications services that are settled under a settlement rate agreed to by a US carrier and its foreign correspondent clearly fall within the definition of "foreign communication". Second, such an affirmative Congressional intent overcomes the general presumption against the extraterritorial effect of a statute (citing *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, *Hartford Fire Insurance Co. v. California et al*, and *United States v. Aluminum Co. of America*⁴⁸). The FCC still noted that the rules adopted in the benchmarks Order do not constitute the exercise of jurisdiction over foreign carriers, since, if US carriers and its foreign correspondent fail to agree a settlement rate at the relevant benchmark, the FCC will use its power under the Act to take enforcement actions against US carriers, not against foreign carriers. The FCC recognized, however, that, obviously, in the

⁴⁷ See 47 U.S.C. § 152 (a), 201

⁴⁸ See *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U.S. 281 (1949); *Hartford Fire Insurance Co. v. California et al.*, 509 U.S. 764 (1993); and *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 419 (1945).

context of international telecommunications services, its actions would have an indirect effect on foreign carriers, since such services, by their very nature, require one end of the communication to be handled outside of the United States, and thus, these rules would have an impact on the foreign end as well.

D. Violation of International Regulations

Cable & Wireless, Jamaica, Argentina Telintar and other countries argued violation of the International Telecommunication Union Regulations that require accounting rates to be negotiated pursuant to “mutual agreement”, as well as violation of general international law principles of comity and national sovereignty. The FCC answered that the preamble to the ITR recognizes that “it is the sovereign right of each country to regulate its telecommunications”, and that, although the ITR rules require “a mutual agreement”, it does not suggest that governments cede sovereignty over telecommunication carriers that operate in their markets.

The same countries urged the US to seek a negotiated, multilateral solution to accounting rate reform issues within the framework of the ITU. France Telecom expressed concern that the proposed enforcement measures could have a “chilling effect” on multilateral discussions of accounting rate reform, and would undermine the ability of US carriers to continue negotiations and to develop creative, potentially beneficial solutions to any international accounting disputes. The FCC found, however, that the movement on the international level has been very slow, and the Commission would reconsider the enforcement of the Order if, in the future, meaningful progress were made in a multilateral forum.

E. Violation of GATS Obligations

Japan, European Union and Telefonica de Espana contended that the conditions imposed to foreign carriers to obtain authorization under Section 214 of the Act were a practical barrier to market entry, imposing constraints more burdensome than necessary on carriers seeking access to the US market, and this would be a violation of the MFN principles of the GATS. Japan added that cross-subsidization can be avoided by less restrictive measures and “excessive government intervention” should be avoided. The FCC rebutted the violation of GATS Obligations, by saying that, all WTO Members retain the right under the GATS to maintain laws or regulations to protect competition in their markets, as long as the laws or regulations are applied in a manner consistent with the provisions of the GATS.

Telefonica de Espana, Telstra, Singapore Telecom, Telmex and Teleton Malaysia argued that the FCC should focus on collection rates rather than settlement rates, noting that US international carriers have not passed on settlement rate reductions to consumers in the past and there is no assurance that any reduction in settlement payments that results from adoption and enforcement of benchmarks will be passed on to US consumers. The FCC countered this argument by stating that “the Commission should preserve the ability of US carriers to make pricing decisions in response to these competitive market forces”, and “it is not in the public interest at this time to mandate a particular approach US carriers should take to pass through to consumers reductions in net settlements that may occur as a result of the Order”.

The tone of the comments mentioned can show clearly that, no matter the FCC had or had not met the legal requirements to establish the Order, and regardless the necessity of enforcing it, the “chilling effect” on the international level was already created.

The reactions against the *Benchmark Order*

A. The ITU reaction

In a response to the FCC’s challenge to the ITU that, if a multilateral agreement could be reached, the implementation of the Benchmark Order could be rolled back, the ITU held the Second World Telecommunication Policy Forum on March 1998. The WTPF established a Focus Group to operate within ITU-T Study Group 3, with the task of drafting the text for such a multilateral agreement in a few months.⁴⁹

The Focus Group Report was completed on November 1998 and it was adopted by Study Group 3 on June 1999. The core of recommendations of the Focus Group concern a series of “indicative target rates” for countries of different teledensity to be achieved by the end 2001.⁵⁰

In a comparative approach, the ITU’s Secretary General commented that the FCC benchmarks cover a much narrower range (15-23 cents) than the Focus Group’s indicative target rates (6-44 cents per minute). The FCC’s target rates are, in general, much lower than those of the Focus Group for countries with a teledensity of below 20-30, but higher for other countries, particularly for those with a teledensity above 50. The majority of the world’s users of telephone services live in the high-income countries/high teledensity coun-

⁴⁹ See Yoshio Utsumi, *supra* note 2.

⁵⁰ See *Id.*

tries. They generate traffic mainly to other users in high-income countries. Consequently, the net effect of the Focus Group's recommendations for the majority of consumers would be a steeper reduction in prices than that proposed by the FCC.⁵¹

On the other hand, the majority of the world's potential telephone users live in low income /low teledensity countries. For these potential consumers, the availability and accessibility of telephone service is more important, in the short term, than the price of international calls. The Focus Group's recommendations would result in a more gradual reduction in net settlement, thereby reducing the threat to network investment.⁵²

Before sending the Study to approval by ITU Members, under the "accelerated approval" procedure, the ITU's Secretary General issued a challenge to the U.S.: "The process will be a test of whether or not there is still a will to use the ITU as a forum for collective, co-operative decision-making or whether special interests will engage in opportunistic strategic behavior. Within the telecommunications sector, we have been fortunate to have a heritage of consensus and collaboration. If this spirit of co-operation no longer prevails, then perhaps it is time to move towards an alternative, confrontational regime, such as that which has evolved within the WTO".⁵³

The text of the Study was integrated as part of a new Annex E to ITU-T Recommendation 140⁵⁴. However, the ITU findings and recommendations do not have legal enforcement.

In the last Plenipotentiary Conference held in Montreal, October 2000, the ITU issued the Resolution 41 on Accounting Rate Principles, instructing the Study Group 3 to publish updated indicative target rates calculated on the basis of the latest data as a supplement to Recommendation D.140.⁵⁵

B. Cable & Wireless, et al v. FCC

⁵¹ See Id.

⁵² See Id.

⁵³ See Id.

⁵⁴ See Recommendation D.140, Accounting Rate Principles for International Telephone Services (*Geneva, 1992; revised in 1998*), available at <http://www.itu.int/intset/iyu-t/d140/d140_e_rev.htm>.

⁵⁵ See World Telecommunications Standardization Assembly, Montreal, 27 September – 6 October 2000, Republished WTSA – 2000 Resolutions, available at <<http://www.itu.int/itudoc/itu-t/wtsa-res/index.html>>.

In another reaction to the *Benchmark Order*, again more than 90 foreign carriers and governments, lead by Cable & Wireless, challenged the Order in a US Court⁵⁶. The United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, on January 1999, upheld the Order, reasoning its decision based on the main arguments presented by the FCC, as follow:

B.1. Attempt to exercise extraterritorial Jurisdiction over foreign carriers:

“(...) Since neither the statute nor legislative history makes clear whether the Commission regulates domestic or foreign carriers when it prescribes settlement rates, we must sustain the Commission’s view as long as the Order reasonably represents an exercise of its statutory authority to regulate domestic carriers engaged in foreign telecommunications”. See *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984).

(...) We recognize that regulating what domestic carriers may pay and regulating what foreign carriers may charge appear to be opposite sides of the same coin. However, given the structure of the global telecom industry, we find reasonable the FCC’s view that the Order regulates domestic carriers, not foreign carriers. “

(...) The practical effect of the Order will be to reduce settlement rates charged by foreign carriers. But the Commission does not exceed its authority simply because a regulatory action has extraterritorial consequences. Indeed, no canon of administrative law requires us to view the regulatory scope of agency actions in terms of their practical or even foreseeable effects. (...) We thus, hold that the Commission’s Order does not regulate foreign carriers or foreign telecommunications services and therefore does not violate the Communications Act.” (emphasis added).

B.2. Violation of International laws

“(...) Nor does the Order violate the International Telecommunications Union Treaty regime, International Telecommunications Regulations. (...) We agree with the Commission that the right to authorize a carrier to provide service in a given country necessarily includes the right to attach reasonable conditions to such authorization to safeguard the public interest. In-

⁵⁶ See *Cable & Wireless v. F.C.C.*, 166 F.3d 1224 (1999).

deed, the treaty's preamble makes clear that "it is the sovereign right of each country to regulate its telecommunications."

B.3. Lack of legal basis for establishing the Order

"(...) Given the expansive powers delegated to the Commission under sections 201(b), 205(a), and 211(a), we have no doubt that the Commission has authority to prescribe maximum settlement rates."

Despite the upholding of the *Benchmark* Order by a federal court decision, the FCC has not yet determined how it will enforce these new rules, considering all complains that the FCC has overstepped its authority, by attempting to unilaterally impose these new rates⁵⁷.

IV. "Global Information Infrastructure serving all the world's consumers" or "Global Telecom Trade War"?

No one doubts that the accounting rate system, established in the last century, when international carriers were part of national sovereignties, has collapsed in the new competitive environment.

The pushing of technology and its wide variety of alternatives in rendering telecommunications services have led many countries to realize that, continued lack of investment, particularly in new technologies, leaves the country vulnerable to loss of revenue through by-pass, at either the local or international level.⁵⁸ For this reason, in the 1990's, a rash of privatization has swept around the globe, spreading to emerging markets in Latin America, Asia, then Central Europe, and now Africa.⁵⁹

As far as the trend in privatization and liberalization begins to establish the path toward competition, more alternatives to settlement rates will grow in the market. Experts say that the accounting rate system will continue to exist, but the possibilities opened by the liberalization of telecommunications markets and the alternative means to settle telecommunications accounts will inevitably put more pressure on above-cost accounting rates. Revenues from the international service will most certainly drop and network operators

⁵⁷ See Telecommunications and Mass Media Regulation, Federal Communications Bar Association, Ad Hoc Committee on Communications, Policy Options for Developing Countries, 1999.

⁵⁸ See Aileen A. Pisciotto, *supra* note 9.

⁵⁹ See *Id.*

that have depended on such revenues to develop their networks will be forced to make adjustments.⁶⁰

However, in this transition period, the challenge of achieving an agreement on a multilateral basis, seems to be far. In the absence of a reasonable understanding between countries, national regulators begin to move beyond its national borders. In this context, the inevitable questions are:

(i) Considering the international forum where the debate has been carried out, what is the legitimacy (and even efficacy) of such unilateral action as the Order issued by the FCC? Did the *Benchmark* Order help or hinder U.S. carriers in its efforts to lower settlement rates? What's the role of national regulators in this "*Global Information Infrastructure*"?

(ii) Is still possible to countries, in this harsh competitive environment, to achieve multilateral agreements under International Organizations such as the ITU, which has been only a forum for international co-ordination and standardization, having no power for legal enforcement of its recommendations?

(iii) Is still possible to talk about "indirect effects" in the way telecommunication services are rendered?

Even those who welcomed the FCC actions against above-cost settlement rates ended up recognizing that market pressures – not regulators – will have the final say as regard accounting rates.⁶¹ Other commentator, showing much more criticism about the FCC's international policies, including the *Benchmark* Order, stated that, "by adopting economically flawed policies, the US has achieved neither trade policy's basic goals of promoting investment abroad nor the maximization of consumer welfare. Tragically, the only achievement has been the delay of effective WTO implementation of the Agreement and the rise of international ill-will against the US and the US firms."⁶²

While the industry and the press keep talking on a "telecom revolution", or, as it stated by the FCC in its Order, on "a Global Information Infrastructure serving *all the world's consumers*", some scholars warned that this may not be true: "Unfortunately, the actions of many regulators and industry

⁶⁰ See Peter A. Stern and Tim Kelly, *supra* note 37.

⁶¹ See Telecommunications CEO Conference Merrill Lynch and Company, Inc., *Global Telephony After the WTO Agreement* (1997), available at <http://www.TeleGeography.com/Whatsnew/ml_speech97.html>.

⁶² See Lawrence Spiwak, *supra* note 32.

participants more accurately reveal not a telecoms “revolution” but instead a growing telecoms trade war that is dangerously close to spiraling out of hand. Despite the political rhetoric based on “protecting consumer welfare”, regulators on both sides of the Atlantic have eschewed innovative and indeed productive solutions to create a market structure conducive to long-term competitive rivalry”⁶³.

The ITU, despite all the efforts to achieve harmonized solutions to the problems facing its members, seems to be not yet prepared to deal with the gamut of “trade interests” embedded in these conflicts. The recent comment made by the ITU’s Secretary General denotes such a disbelief in harmonized solutions: “As a lawyer, perhaps I should not be sad to see the new business opportunities for my colleagues in the legal profession that international telecommunication disputes will bring. But as Secretary-General of the ITU, I recognize that it would mark a sad end to a unique experiment in international collaboration.”⁶⁴

Given the very structure of international networks, and the need to be interconnected in a way as much as possible *good for all consumers in the world*, can we talk about “indirect effects” of national regulations in other countries, as the FCC *Benchmark Order* and the Court decision do? Are the interests of the new competitors the same as interests’ consumers? These questions led us to the well-known problems of the transnational reach of economic regulations: “Are these problems – often problems of conflicting efforts by several concerned nations to regulate – more amenable to solution by treaty than national legislation? Absent legislative or treaty specification, what considerations should shape the judgements of courts or administrative agencies whether to apply a regulatory statute to disputes of a transnational character?”⁶⁵

When justifying the extraterritorial reach of the *Benchmark Order*, the FCC cited the landmark cases of extraterritorial reach of American Antitrust laws, *Alcoa* and *Hartford Fire*. These decisions are the best samples of the US assertions of its right to exercise prescriptive jurisdiction over foreign defendants whose anti-competitive activities have the *intended effect* of causing a substantially adverse impact on US commerce.⁶⁶ Based on the “effects

⁶³ See Comments on the book “The Telecom Trade War”, by Mark Naftel and Lawrence J. Spiwak, available at <<http://www.phoenix-center.org/telindex.html>.

⁶⁴ See Yoshio Utsumi, *supra* note 8.

⁶⁵ See Steiner Vagts, *Transnational Legal Problems*, 4th Edition, Foundation Press, at page 885.

⁶⁶ See Roger P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 34 VA. J. INT’L LAW 213 (1993).

doctrine”, these decisions have received a lot of critics for its failure to respect principles of international comity, for failing in balancing the interests of the United States in regulating anti-competitive activity against the legitimate sovereignty interests of other nations.⁶⁷

But neither the premises of the “effects doctrine” nor the often absent balance of other’s interests nations were necessary for the federal court to uphold the Order. The Court wisely based its decision on the basic principle of “subjective territorial jurisdiction”, which permits a state to assert jurisdiction over acts that originated within its territory, even though they may have been completed abroad”⁶⁸. This is exactly the case of an international telephone call originated in the US and ended anywhere. The authorization given by the Communications Act to the FCC, to regulate “foreign telecommunications” was wide enough to guarantee no extraterritorial assertion of jurisdiction. In the Court opinion, “the Commission did not exceed its authority simply because a regulatory action has extraterritorial consequences”, no matter if these consequences are being discussed by over 90 foreign countries in the international forum.

Had the Commission (or the Court) to weight the conflict interests between countries, the following questions would arise: Is a legitimate interest to subsidize network developments with revenues from above-cost settlement rates? Is this subsidy transparent enough to be accepted by other countries? Is a legitimate purpose to lower settlement rates in benefit of US consumers? Will the reducing of settlement rates be passed on to US consumers in a transparent way? To what extent and to what cost lower settlement rates will benefit consumers in developing countries?

It is very unlikely that these questions would be arisen in a court reasoning, or even in an international trade dispute between countries trying to protect competitor interests. However, some few commentators still claim to be the role of national *independent* regulators to look for consumer interests, leaving the trade questions for the Executive Branch⁶⁹ and the international trade questions for the international arena.

⁶⁷ See *Id.*

⁶⁸ See Steiner Vagts, *supra* note 64.

⁶⁹ See Lawrence Spiwak, *supra* note 32. The Author’s conclusion in his extensive and in depth exam about FCC’s international policies, including accounting rates, is that the agency is acting as another arm of the Executive Branch to promote trade agendas which, by their very definition, seek to promote competitors instead of consumers. “(...) Because trade goals are generally inapposite to the goals of antitrust and economic regulation, trade policy is best left for those agencies or departments responsible for implementing these objectives – not with antitrust enforcement or independent

V. Conclusion

The Telecommunications sector is just another area where economic regulation will more and more crosses national boundaries. If the technology develops fast, allowing suppliers to promise cheap and ubiquitous telecommunications goods and services, the market forces can not solely guarantee consumer welfare and there is still a need of national regulators and national economic policies.

Competition in the telecommunication sector is a new trend and a challenge for the most part of countries, and even for those, where competition already exist, the idea of “natural monopoly” was well accepted during a long period not so far from today.

For these reasons, the dramatic shift in economic models should be worked between countries in order not to result only “winners” and “losers”. In this context, the role of the International Organizations, such as the ITU and the WTO must be, as much as possible, harmonized, considering the different goals and interests of each organization.

Finally, the great challenge for countries and its national regulators will be to achieve the independence from governments and from industry interests, as heralded by the U.S. throughout the world, and the acknowledgement, by such regulators, of the importance of a multilateral decision-making process.

regulatory agencies responsible for protecting and promoting static and dynamic economic efficiencies and the maximization of consumer welfare. As long as “FCC” continues to improperly stand for “Facilitating Cartels and Collusion”, however, it is unlikely that consumers will enjoy any of these competitive benefits anytime soon.”

SPORTS AND THE RULE OF REASON

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

I. – Introduction

Litigation involving sports has no ordinary solution. It is widely known that one can easily envision a great philosophical discussion as to whether there should be any special legal treatment to sports-related claims. And antitrust violations in the sports contexts are no different; they have frequently troubled the courts with puzzling questions yet to be finally decided.

Accordingly, a great number of litigants have often voiced their arguments in court contending softer application of antitrust laws for sports matters. Even immunities from antitrust laws have been repeatedly insinuated¹.

No issue, however, has drawn more the attention of the courts than the application of the rule of reason to horizontal restraints devised in sports contexts. By acknowledging that at least some degree of cooperation is necessary to make the whole activity work, courts have been frequently applying the rule of reason in sports cases brought under Section 1 of the Sherman Act.

In a very brief summary, the peculiarities of the sports industry itself make necessary, under the rule of reason, to set out, *inter alia*, a balance of the pro-competitive aspects of a certain conduct and its likely harmful effects, if any, to justify a finding for an antitrust violation, or not.

Even though courts have settled to apply the rule of reason, the controversies arising from sports contexts are far from finishing. One of the several inquiries not quite clearly settled by case law relates to whether there is, or should be, any difference between professional and amateur sports for purposes of application of antitrust laws, and ultimately the rule of reason.

*NCAA v. The Board of Regents of Oklahoma University*² faced such a question. But a non unanimous Supreme Court avoided rendering a straightforward decision on the issue. Thus, to analyze such a distinction it will be necessary to discuss the meaning of the rule of reason in the sports scenario.

¹ Overall, Courts have been reluctant to find sports businesses exempt from antitrust laws. There are, however, few, albeit relevant, exceptions. Although subject to intense criticism, and even some legislative change, the baseball antitrust exemption still stands. See, e.g., Steven A. Fehr, *The Curt Flood Act and Its Effect on the Future of the Baseball Antitrust Exemption*, 14, no. 2, *Antitrust and the Business of Sports*, 21-24 (2000).

² 468 U.S. 85, 104 S. Ct. 2948 (1984).

And before that, briefly explain the context in which the rule of reason was created by courts.

After the historical analysis of the case law formulating the rule of reason analysis, and thereafter decisions specifically on the sports context, several questions will be posed. What are the arguments, if any, to justify a distinction between amateur and professional sports? What will be the ultimate result of such a distinction? Would this distinction be relevant for anti-trust purposes? These and some other questions are discussed herein.

II. – Development of the Rule of Reason Analysis

In the late 1800s, the industrial revolution led the United States to significant social changes, and ultimately to a new market and business structure. Recognizing the inherent risks of individual proprietorships and simple partnerships, investors decided to switch to corporations. After a brief experiment with pools, which did not turn out to be viable because of extensive cheating, business entrepreneurs turned to trusts; the most reliable device towards economic concentration³.

The use of trusts flourished in the post industrial revolution years, specially in oil, steel, electric power, and other public utility industries. Nonetheless, trusts were regarded by the public as intolerable hazards. Peer pressure against the merger activity which derived from trusts eventually led to the enactment of the first antitrust statute in the United States, the Sherman Act⁴. The Sherman Act declared illegal, *inter alia*, “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce.”

The Supreme Court, however, later recognized that Congress could not have meant “every” contract. Lest there be no hardship to common business arrangements, in *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*⁵, the

³ See, e.g., Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, (1989); Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, (2000); and Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, (1998).

⁴The Sherman Act, however, was initially used to challenge cartels, rather than trusts. See, e.g., *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897); and *United States v. Addyston Pipe & Steel Co*, 85 F. 271 (6th Cir. 1989).

⁵ *221 U.S. 1 (1911)*. With respect to the Standard Oil case, see Willian Howard Taft, *Anti-Trust Act and the Supreme Court*, 81-86 (1984), (“the Standard Oil Trust was probably one of the chief reasons for passing the statute in 1890. The record in the case covered 12,000 printed pages. It took 184 printed pages just to tell the summary

Supreme Court announced the application of the rule of reason to antitrust cases, under which a contract was to be considered illegal only if any undue restraint to competition could result therefrom⁶.

The rule of reason approach required that several aspects be taken into account in order to assess the unlawfulness of an agreement under the Sherman Act, such as “the history behind and reasons for the agreement, its purpose, its scope and duration, and its likely competitive effects⁷.” Therefore, courts must look “beyond just structural conditions and consider also behavior and intent, as well as the efficiencies of size (economies of scale and scope)⁸.”

Standard Oil set forth the rule of reason as a standard for assessing violations of the Sherman Act. Accordingly, courts would only be allowed to prohibit and punish contracts which unreasonably restrain trade.

Over time, however, courts repeatedly found that certain kinds of agreements violated Section 1 of the Sherman Act, and therefore decided to deem them as per se unlawful, without assessing the elements necessary under the rule of reason. Accordingly, several arguments were presented by the courts to justify the use of a per se approach, rather than the rule of reason.

The chief argument in this regard relates to the fact that per se analysis basically brings greater simplicity and certainty to antitrust cases,

story of the birth and growth of the monopoly. It had resulted in nine different Standard Oil companies and sixty-two other corporations and partnerships operating oil wells, refineries, pipe-line and tank-line companies. The ruling body was the Standard Oil Company of New Jersey, that held stock in the other companies and did eighty-five per cent of all the business of the United States selling refined oils and other products of petroleum.”)

⁶ Id. (“In view of the many forms of contracts and combinations in which were being evolved form existing economic conditions, it was deemed essential by an all-embracing enumeration to make sure that no form of contract or combination by which an undue restraint of interstate or foreign commerce was brought about could save such restraint from condemnation. The statute under this review evidenced the intend not to restrain the right to make and enforce contracts, whether resulting from combination or otherwise, which did not unduly restrain interstate or foreign commerce, but to protect that commerce from being restrained by methods, whether old or new, which could constitute an interference that is an undue restraint.”)

⁷ Michael J. Cozzillio & Mark S. Levinstein, *Sports Law Cases and Materials*, 260 (1997)

⁸ John E. Kwoka Jr & Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution – Economics, Competition, and Policy* (3rd Edition 1999).

leading to quicker and less costly litigation⁹. To further this purpose, adverse effects on competition were presumed, and no defenses to per se violations were to be admitted. Several Supreme Court decisions followed deeming per se unlawful agreements such as price fixing, horizontal market division, group boycotts, and tying arrangements¹⁰.

In the meantime, the Supreme Court, in *National Society of Professional Engineers v. United States*¹¹, rejected the view that courts would be allowed to gauge any social betterments when applying the rule of reason. This decision effectively limited the scope of the judicial inquiry solely to the evaluation of the impacts of a certain practice on competition. Further, it developed the proposition that “the rule of reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable¹².”

As antitrust cases were filed, new and complex factual situations were constantly brought before courts. And consequently, new propositions arose as to the applicability of the rule of reason even when the agreement *sub-judice* would typically fall within the per se category defined by the courts.

Per se rules are by definition inflexible and strict, and sometimes were indiscriminately applied to outlaw business agreements not only unlikely to produce anti-competitive effects, but also ultimately efficient to the parties. Therefore, it was just a matter of time until the courts actually began to gauge

⁹ *Northern Pacific Ry. V. United States* 356 U.S. 1, 5, 78 S.Ct. 514, 2 (1958) (“There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in a n effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable – an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.”)

¹⁰ See, e.g., *Arizona v. Maricopa Cty. Medical Socy*, 457 U.S. 332 (1982) (price fixing); *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972) (horizontal market division); *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery Printing Co.* 472 U.S. 85 (1985) (group boycotts); *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984) (tying arrangements).

¹¹ 435 U.S. 679 (1978)

¹² *Id.*

its application in peculiar circumstances, such as the one found in *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc (CBS)*¹³.

Broadcast Music, Inc. v. CBS involved an arrangement under which thousands of artists and other performance rights owners licensed their performance rights through blanket licenses issued by Broadcast Music (“BMI”). The blanket license device basically permitted the licensee to perform anything in BMI’s repertoire, whereas BMI monitored the performances and paid owners for use.

While the practice could account for illegal price fixing, the Supreme Court declined to deem the arrangement facially unlawful, because of its obvious transactional efficiencies. The integration of the copyright owners effectively created a new product, namely, the blanket license, which triggered an extended rule of reason analysis.

Ultimately, in *Broadcast Music, Inc. v. CBS* the Supreme Court introduced the concept of the quick look analysis for antitrust cases. Under this brand new concept, courts would have to quickly look at context and likely effects of the agreement *sub-judice*, before deciding to apply either the per se rule or the rule of reason.

All in all, courts have been sharply disagreeing about the application of per se and rule of reason over the past decades¹⁴. There is no well defined solution for this conflict, and certainly courts will keep on struggling on this very same issue. Doctrinal discussions even raised the possibility that the per se and rule of reason analysis might establish evidentiary presumptions, rather than two separate categories of substantive rules¹⁵.

However, as with the new product seen in *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, other particular situations are known to trigger the rule of reason analysis as well. Courts have already identified a few scenarios in which a per se approach would be inappropriate, such as lack of judicial experience with the industry or with the restraint under discussion¹⁶, restraints imposed by professions¹⁷, and unique characteristics of the business¹⁸.

¹³ 441 U.S. , 99 S.Ct. 1551 (1979)

¹⁴ For an extensive description of the evolution of the per se and rule reason discussion, see, e.g., Thomas A. Piraino Jr., Making Sense of the Rule of Reason: A New Standard for Section 1 of the Sherman Act, 47 Vand. L.Rev. 1753 (1994).

¹⁵ See, e.g., Louis B. Schwartz et al., Antitrust – Free Enterprise and Economic Organization, 423-425 (6th edition 1982)

¹⁶ United States v. Topco Associates, Inc.

¹⁷ Louis B. Schawrtz et al., supra, at 424 (“National Society of Professional Engineers. Although the Court rejected the proffered justification for banning competitive bidding, it did not reject the possibility that some restraints imposed by a profession

After this brief explanation of the judicial conflict concerning the rule of reason, it is now time to go beyond and further evaluate how the sports business fits into it. While the characteristics of the sports business are unique enough to move away from a per se approach, it is clear that the rule of reason offers no easy solution for sports-related antitrust cases, as will be seen further on herein.

III. – The Rule of Reason and the World of Professional Sports

Before analyzing the application of the rule of reason itself, it is important to point out that antitrust defendants in sports-related claims usually tend to sustain a single entity argument against alleged violations of Section 1 of the Sherman Act. Such a defense stands for the contention that professional sports leagues, such as the NFL or the NBA, act as a single entity, therefore being legally unable to engage in coordinate efforts so as to be held liable for a violation of Section 1 of the Sherman Act.

While extensively contended, the single entity defense has achieved little success. Courts have repeatedly rejected the single entity defense in professional sports league cases¹⁹. In *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL*²⁰, the Ninth Circuit affirmed the District Court's opinion, discarding the contention that the NFL would be a single entity for antitrust purposes. Both courts basically agreed on the fact that NFL teams are separate business entities whose products have an independent value.

But for the few contexts in which a single entity defense would have a chance to be successful, no other legal argument, in principle, prevents the

may be justified. Presumably the nature of the activities carried on by a profession, i.e., practicing law or medicine, may justify joint action administering entry examinations to insure the necessary moral or intellectual qualities.”)

¹⁸ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*

¹⁹ The single entity defense, however, has been accepted for some professional leagues. See, e.g., *Fraser v. Major League Soccer*, 97 F. Supp.2d 130 (D.Mass. 2000). The context under which a single entity argument could be successful usually concerns weaker leagues where the teams are not fully independently managed, and where player acquisition costs, salaries, and benefits are centralized in the league itself. See, e.g., *Women's National Basketball Association*, and *Major Indoor Lacrosse League*.

²⁰ *726 F.2d 1381 (1984)*

courts from fully analyzing sports-related antitrust claims²¹. As already mentioned, however, the sports business is an industry where antitrust laws are not easily applied. Some degree of coordination is required in order for the product to be available at all²²; a context which otherwise would fit into the per se category.

Therefore, the classic rule of reason inquiry formulated by Justice Brandeis in *Chicago Board of Trade v. United States*²³ applies to professional sports-related cases, and has in fact been often quoted in antitrust cases involving that industry²⁴. In very general terms, “reasonability is based on the purpose of the restraint, the causal connection between the restraint and this purpose, and the severity of the restraint relative to the ends served²⁵.”

Although the concerted action has to some extent been considered lawful due to the particularities of the industry, standards of reasonableness for sports-related antitrust claims are yet to be created. Some concepts have already been presented in court in order to ease the rule of reason analysis, but none has been fully approved thus far.

In light of this unpleasant impasse, some attempts to connect the reasonableness analysis to the ancillary restraint doctrine have been made. Such doctrine foresees that agreements which restrain competition may be deemed valid if they are subordinate to another legitimate transaction and necessary to make that transaction effective. But these attempts have been rejected by the Ninth Circuit, which considered the ancillary restraint doctrine applied to sports cases too “inventive²⁶”.

²¹ Exception is made to the nonstatutory labor exemption. See, in this regard, the leading Supreme Court opinion handed down in *Brown v. Pro Football, Inc.*, 116 S.Ct. 2116.

²² *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*. Antitrust cases involving professional sports also rely on the concept established by the NCAA case to move away from the per se approach. See, e.g., *Sullivan v. NFL*, 34 F.ed 1091 (1st Cir. 1994)

²³ 246 U.S. 231, 238, 38 S.Ct. 242, 244, 62 L.Ed. 683, 687 (1918) (“the true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable.”)

²⁴ See, e.g., *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL*

²⁵ Jonathan E. Seib, Recent Development, Antitrust and Nonmarket Goods: The Supreme Court Fumbles Again, 60 Wash. L. Rev. 721. (1984)

²⁶ *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL*, 726 F. 2d at 1395.

Even if the ancillary restraint theory were to be accepted as a pattern for professional sports rules, those rules would not be per se lawful. Ancillary professional league rules would still be subject to the rule of reason analysis²⁷. *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL* expressly required the assessment of less restrictive means for the analysis of the franchise relocation rule under dispute. And further held that the rule restricting team movement was in fact unreasonable, for there were possible less restrictive means to achieve the end purported by the NFL.

Moreover, the application of the rule of reason in professional sports cases, albeit complex, still follows the patterns established by *National Society of Professional Engineers v. United States*. Ultimately professional sports entrepreneurs aim to gain profits, and therefore engage to some extent in activities similar to other businesses. Thus, courts are limited to look only at the balance of the competition effects of a particular professional league restraint, and therefore are not able to consider other factors which would offset hazards to competition.

Under the rule of reason approach, the question, therefore, is whether a particular restraint devised by a professional sports league is reasonably purported to promote and produce the sports product itself, and whether the benefits of such a restraint are not outweighed by its harms to competition. Also, the analysis of the probability of less restrictive means for achieving the same purpose purported by a particular restraint should be evaluated under the rule of reason.

But before analyzing the benefits and hazards of a particular restraint under the rule of reason defined in *National Society of Professional Engineers v. United States*, courts have first to define the relevant product market involved in the dispute, making use of the following tests: (i) reasonable interchangeability; and (ii) cross elasticity of demand, as per the rule set forth in *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL*.

The definition of the relevant market plays a very important role in the rule of reason analysis. It is widely known that antitrust laws are primarily concerned with the promotion of interbrand competition²⁸. Therefore, the rule of reason analysis in the sports context must evaluate whether professional sports leagues compete with other forms of entertainment and, if so, whether a particular restraint sufficiently promote interbrand competition to justify the negative impact on intrabrand competition.

²⁷ M. Randall Oppenheimer, Selected General Observations on Antitrust Law and Entertainment/Sports Practice, C425 ALI-ABA 199 (1989)

²⁸ *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 3 (1977)

The First Circuit in *Sullivan v. National Football League* expressly manifested concern in defining the proper scope of the rule of reason analysis. The First Circuit was troubled with the Supreme Court's decision in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*, because the Court considered certain procompetitive effects that existed outside of the relevant market in which the restraint operated.

Probably the court in *Sullivan v. National Football League* anticipated a problem not fully appreciated by the Supreme Court. The majority's opinion in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University* did not expressly recognize a difference between professional and amateur sports for antitrust purposes. And, nonetheless, the majority applied a different rule of reason analysis. Therefore, the question must be posed: Should there be a different rule of reason standard for amateur sports?

IV. – Rule of Reason and Amateur Sports

It is impossible to refer to antitrust cases in the amateur sports context without speaking of the Supreme Court's decision in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*. This decision is the leading antitrust case in the amateur context²⁹. Basically it involved the analysis of a plan devised by the NCAA which limited the total amount of televised games, and the number of games that colleges may televise.

The NCAA devised the plan with the specific purposes of reducing the adverse effects of television in the live attendance of college football games, and of maintaining competition balance among the amateur football teams. No college was permitted to negotiate any sale of its television rights except in accordance with the express terms of the NCAA television plan.

Colleges producing games with mass appeal brought suit because the NCAA plan prevented them from either gaining a share in the television agreement according to their popularity, or leaving the association in order to independently negotiate the contracts. For the NCAA announced that it would take disciplinary actions against any colleges or universities which individually negotiated their games.

²⁹ At least to what refers to college sports; no Olympic issues have been addressed in this paper. See, e.g., Joseph P. Bauer, Antitrust and Sports: Must Competition on the Field Displace Competition in the Marketplace, 60 Tenn. L. Rev. 263, 288 (1993) (“The majority of antitrust disputes are the result of adherence to NCAA rules, which may impact adversely on competition. The most significant antitrust challenges to collegiate sports activities have arisen in two broad arenas: off –the-field activities, particularly involving broadcasting rights; and game-related rule making.”)

A non unanimous Supreme Court decision in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University* defined the relevant market as “live college football telecast”. The Court found that the NCAA plan reduced the total number of games televised and fixed the prices paid for games, ultimately increasing the prices for the telecasts.

According to substantial body of case law, those practices usually accord for per se violations of Section 1 of the Sherman Act, because the probabilities of their pernicious and anticompetitive effects are more than high. However, the Court recognized the existence of particularities in the sports industry, and used the quick look analysis created in *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, declining to rule the practices *sub-judice* per se unlawful, rather applying the rule of reason.

It is important to note at this point that the Supreme Court’s decision to apply the rule of reason was not based either on the lack of judicial experience with this kind of arrangement or even with the industry, or on the fact that the NCAA is a non-profit organization. Actually, the Supreme Court decided not to apply a per se rule because the sports business is an industry in which horizontal restraints on competition are essential to make the product available at all.

The majority’s opinion ultimately found the NCAA plan to violate Section 1 of the Sherman Act. The plan was held by the Court to be unreasonable because it created prices higher and output lower than they would otherwise be. Such structure would be unresponsive to consumer choice, and therefore unlawful. Further, the majority approved the District Court’s findings that the plan was devised in a way inconsistent with its original purposes of protecting gate attendance and maintaining competition balance among amateur athlete football teams.

While acknowledging benefits outside the relevant market defined for the case, the majority followed the rule of reason standard set forth by *National Society of Professional Engineers v. United States*, thus assessing only the balance between the benefits and hazards to competition deriving from the NCAA plan. In order to reach the conclusion that the plan was unreasonable, the majority’s opinion applied a standard of reasonableness related to consumer choice, and also a very restrict market definition³⁰.

The concerns of the First Circuit in *Sullivan v. National Football League* with respect to a proper definition of a standard rule of reason were

³⁰ The definition of the market was a key issue in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*. The majority’s opinion did not consider that college football would be able to compete with other forms of entertainment, and therefore did not properly evaluate possible interbrand benefits deriving from the NCAA plan.

not unfounded. The Supreme Court's opinion in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University* creates an awkward rule of reason analysis, which leaves lawyers and courts lost in assessing the lawfulness of horizontal restraints in sports-related cases.

It is beyond doubt that amateur sports represent a huge and profitable business in the United States, generating large revenues. In several aspects, therefore, college games are akin to professional sports leagues. Their stadiums are covered with advertising, and their coaches sometimes earn millionaire salaries or hold contracts with sponsors involving large monetary sums. Also, universities make substantial profits from other sources of endorsement³¹.

But it is clear that the NCAA purposes differ from the ones pursued by professional leagues. One can easily envision a consumer who wants to purchase non professional athletic activities. The academic status of the sports games is tantamount for these consumers, and actually constitutes part of the product sold³². Thus, NCAA sells amateurism, and this entails consequences in the antitrust analysis.

The amateurism and education goals furthered by the NCAA have prompted the courts to frequently hold that "the rules governing intercollegiate athletics are not subject to strict antitrust analysis³³", even though non-profits entities, such as the NCAA, have already been deemed to be within the reach of the antitrust laws, as per the rule set forth in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*.

Actually, *Hennessey v. NCAA*³⁴ and *Justice v. NCAA*³⁵ effectively drew a distinction between the NCAA rules that are intended to promote amateurism, and those that have an obvious and discernable economic purpose. The former would be exempted from antitrust liability, whereas the latter would be subject to antitrust scrutiny, according to the rules set forth by those cases, which preceded *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*.

³¹ See, e.g., Kenneth L. Shropshire, *The Erosion of the NCAA Amateurism Model*, 14, no. 2, *Antitrust and the Business of Sports*, 46-50 (2000).

³² Although fans may prefer academic sports because of school rivalries. See, e.g., Daniel A. Rasher & Andrew D. Schwarz, "Amateurism" in *Big-Time College Sports*, 14, no. 2, *Antitrust and the Business of Sports*, 51-56 (2000).

³³ See Stephanie M. Greene, *Regulating the NCAA: Making the Calls Under the Sherman Antitrust Act and Title IX*, 52 *Me. L. Rev.* 81, 83 (2000).

³⁴ 564 *F.2d* 1136, 1149 (5th Cir. 1977)

³⁵ 577 *F.Supp.* 356, 382-3 (D. Ariz. 1983)

Both *Hennessey v. NCAA* and *Justice v. NCAA* have already provided inspiration for some decisions. For instance, *Law v. NCAA*³⁶ involved a rule promulgated by the NCAA restricting salaries of Division 1 basketball coaches. Because this rule allegedly had identifiable commercial interests, the Tenth Circuit subjected it to antitrust scrutiny under the rule of reason.

Conversely, in *Smith v. NCAA*³⁷, the rule of reason analysis was purely irrelevant, since the objectives of the rule under dispute were not commercial in nature. The rule in *Smith v. NCAA*, namely, the Post baccalaureate rule, prohibited students from taking part in athletics while enrolled in a graduate program outside their undergraduate institution. Such a rule, therefore, would either be exempt from antitrust scrutiny, or would easily pass the rule of reason analysis.

The NCAA is a non-profit and educational association. Its objectives do not correspond with the ones mainly pursued by the professional leagues. Therefore, there is an obvious need for establishing a rule of reason standard which respects the NCAA purposes. The best approach perhaps is the one suggested by the dissenting opinion rendered by Justice Stevens in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University*.

In Justice Steven's view, the noneconomic nature of NCAA demanded a different treatment, and therefore should not be ignored in the antitrust analysis of horizontal restraints. Justice Stevens concluded that the NCAA plan appeared to be reasonable, because it spurs the goal of amateurism, reducing the financial incentives towards professionalism.

Such a conclusion conflicts with the basic rule of reason inquiry formulated in *National Society of Professional Engineers v. United States*, which was used by the majority's opinion. *National Society of Professional Engineers v. United States* implies that noneconomic values, such as the promotion of amateurism and fundamental educational objectives, could not be taken into account in the assessment of the lawfulness of a horizontal restraint in the amateur sports context. How should this conflict be settled by the courts?

V. – Conclusion

In *Los Angeles Memorial Colliseum Commission v. NFL*, the Ninth Circuit recognized that the sports industry does not readily fit into the antitrust context, and therefore that it would be difficult to gauge the positive and

³⁶ 134 F.3d 1010 (10th Cir. 1998)

³⁷ 266 F.3d 152 (3rd Cir. 2001)

negative effects in order to proceed with the rule of reason analysis. The restraint then at issue involved franchise relocation, and was devised by the NFL; a professional sports league.

In the amateur context, however, the situation becomes even worse, since relevant goals other than profit are sought. In the condition of an amateur entity, the NCAA pursues public policy interests, which must be enforced by the courts. The majority's opinion in *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University* stuck to the principles set forth in *National Society of Professional Engineers v. United State*, thus completely disregarding the need to further those public policy principles.

Perhaps consumer choice should not be a factor leading to a finding of unreasonableness of a particular restraint when balanced against the goal of amateurism. And perhaps the distinctions made by the courts in *Hennessey v. NCAA* and *Justice v. NCAA*, dividing the legal treatment dispensed to the NCAA between commercial (subject to antitrust scrutiny) and noncommercial (exempt from antitrust liability) interests, do not make much of a sense. For *NCAA v. Board of Regents of Oklahoma University* evidently demonstrates that those interests might be so intertwined as to make impossible a clear distinction.

The best solution, therefore, would entail a revision, and maybe the overruling, of *National Society of Professional Engineers v. United States*, at least to what refers to the amateur sports industry. When analyzing the validity of agreements restraining competition in the collegiate scenario, courts should be able to fully appreciate whether a particular restraint imposed by the NCAA has the *possibility* of promoting and preserving amateurism and integration of athletics and education. Those goals should not be ignored.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol./ Nº
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: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração regional e política de concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura	10-1
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 Boeing/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
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
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 power: how to identify it	4-6
Considera, Claudio Monteiro	Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência	9-5
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 Penna	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	Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP	9-5
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1

Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5

Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinício Chein Feres	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
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
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
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
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1

Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovanni Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1

Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anti-competitivas 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	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1

Lana		
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
Pereira, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações	10-1
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
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
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos	9-5
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI	10-1
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Anderson Souza da	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
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
Stephoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal en-	3-5

	forcement	
Steptoe, 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 extra-territorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CIL-PE -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	2-4

	Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	
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	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos	5-4

	e Ipiranga Petroquímica	
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 Willianmas 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., Inpacel 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. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasinol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros	6-2

94	da Bahia S.A.	
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 Chimica Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Carafba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2

102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmata Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfi-	1-1

	zer Ltda. S.A.	
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Car-	2-2

	bocloro S/A -Indústrias Químicas	
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 Sieceesp	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	5-1

	Ind. e Comércio	
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/9 5-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/9 5-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/9 7-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/9 8-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/9	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/9 5-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/9 8-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2 000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2

022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3
---------------	------------------------	-----

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz 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)	3-2

gue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10

Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CA- DE 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 Públi- ca 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 Adminis- trativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrai- vo 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	6-4

Econômica - CADE	
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 Nº 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 Nº 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA Nº 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 Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7

Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

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
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6
VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br