

# REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
LEGISLAÇÃO***

***volume 8 número 8 - 2001***

**I  
B  
R  
A  
C**

# REVISTA DO IBRAC

*DOCTRINA*

*JURISPRUDÊNCIA*

*LEGISLAÇÃO*



São Paulo

Volume 8 número 8 - 2001

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,.

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: 12 números em 2001

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](http://www.ibrac.org.br)

[ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

A CVM E O DEVER DE GUARDAR SIGILO PEDRO DUTRA.....	3
DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA MARCOS VINÍCIO CHEIN FERES .....	23
CARTÉIS JOÃO PAULO G. LEAL .....	47
COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE O INSTITUTO CARLA LOBÃO.....	87
DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DE SETORES DE INFRA-ESTRUTURA EM TRANSIÇÃO MARIO POSSAS, JORGE FAGUNDES, JOÃO LUIZ PONDÉ.....	99
RESTRICÇÕES VERTICAIS E POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA MARIO POSSAS, JORGE FAGUNDES, JOÃO LUIZ PONDÉ .....	123

### JURISPRUDÊNCIA

<b>ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08000.020.471/97-70. ....</b>	<b>144</b>
REQUERENTES: KELLOGG DO BRASIL & CIA. E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SUPERBOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR CELSO FERNANDO CAMPILONGO.....	146
VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA...	170
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO .....	182
<b>PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.006207/98-48 .....</b>	<b>196</b>
REPRESENTANTES: COMPANHIA NACIONAL DE ÁLCALIS, COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, VALESUL ALUMÍNIO S/A, PROSCINT PRODUTOS SINTÉTICOS S/A, CIA SALINAS PERYNAS, REFINARIA NACIONAL DE SAL. REPRESENTADAS: COMPANHIA ESTADUAL DE GÁS (CEG) E RIOGÁS S/A RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO.....	198
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	216
<b>PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.013002/95-97 .....</b>	<b>228</b>
REPRESENTANTE: LABNEW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. REPRESENTADAS: MERCK S.A. INDÚSTRIAS QUÍMICAS E MB BIOQUÍMICA LTDA. VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR MÉRCIO FELSKY .....	230
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC .....	274



## A CVM E O DEVER DE GUARDAR SIGILO

**Pedro Dutra**

1. Publicidade, sigilo e o estado democrático de direito. 2. Publicidade de atos processuais. 3. Sigilo, inquérito administrativo e processo administrativo. 4. Sigilo e decisão em processo administrativo. 5. Sigilo e a prestação de informações a terceiros. 6. Conclusão.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM – por intermédio de sua ilustre Diretora, Dra. Norma Parente, consulta-nos se esse órgão pode dar “ampla e irrestrita” publicidade ao inquérito administrativo e ao processo administrativo que promove; se pode prestar “informações a terceiros” que tenha obtido em razão do exercício da sua função fiscalizatória, e “expedir certidão” tendo por objeto estas informações, em especial se requeridas por “vítimas de atos ilícitos” cometidos no mercado mobiliário; ou, ainda, mesmo sem franquear a terceiros interessados o acesso aos autos de inquérito ou processo administrativo, pode a esses “prestar informações obtidas por seus fiscais”.

### **1. Publicidade, sigilo e o estado democrático de direito**

Publicidade é a qualidade do que é público, do ato ou fato tornado público<sup>1</sup>. Público é o que pertence ao povo<sup>2</sup>, em oposição ao privado, guardado do público<sup>3</sup>. Nos regimes democráticos, a limitação do poder do Estado apóia-se na noção de que o povo é o titular do poder estatal - ele detém o poder soberano, e não o Estado. Na ordem jurídica brasileira, a Constituição

---

<sup>1</sup> *cf. publicidade*. in “Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa”, Laudelino Freire, 1943, p. 4194.

<sup>2</sup> *cf. público*. in “Grande e Novíssimo Dicionário Brasileiro”, ob. cit. p. 4086. “*public*”, in “Oxford English Dictionary – The Compact Edition”, Oxford University Press, 1971. p. 720.

<sup>3</sup> *cf. “public”*. in “The Oxford English Dictionary of Etymology”, edited by C.T. Onions, London, Oxford at Clarendon Press, 1966. *private*, p. 711.

Federal de 1934 explicitou esta noção ao afirmar que *todos os poderes emanam do povo, e em nome dele são exercidos* (artigo 2º), fórmula que a Carta seguinte, que estruturou o regime ditatorial de 1937, reduziu, *o poder político emana do povo e é exercido em nome dele*, mas que a Carta seguinte, de 1946, repôs, precisando-lhe a forma: *todo o poder emana do povo, e em nome dele será exercido*. **PONTES DE MIRANDA** ao comentá-la registrou a titularidade do poder estatal no povo, para dizer que desse poder, assim identificado, *emanam todas as decisões que caracterizam preceitos constitucionais e de onde tiram autoridade todos os poderes de legislação, de execução e de judicatura*<sup>4</sup>. O legislador constitucional de 1988 buscou a mesma linha de seu antecessor de 1946, tendo em conta reagir, como aquele fizera em relação ao regime de 1937, ao regime ditatorial que a Carta de 1967/1969 deu forma ao dizer, *todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*; assim, a atual Constituição estatui: *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*.

Porém, a experiência, e em especial a brasileira recorrentemente exposta a assaltos autocráticos, mostra que a identificação formal da titularidade do poder estatal no povo e o desdobramento desse poder nas funções legislativa, executiva e judiciária que devem ser exercidas em seu nome - em seu interesse -, não bastam à realização objetiva do estado democrático - à afirmação do estado democrático de direito referido no artigo 1º da atual Constituição Federal. É necessário que no estado democrático de direito o poder estatal seja exercido publicamente - na plenitude do dia<sup>5</sup>, visível ao povo, ao seu titular, sem dele ocultar nem se fazer oculto, como lembra **BOBBIO**<sup>6</sup>. Para tanto, é indispensável que os atos estatais sejam dados a conhecer ao público, sejam divulgados - a eles seja dado *publicidade*. Advertido de que a tradição autoritária da política nacional projeta-se sobre a administração pública distanciando-a do público, o legislador brasileiro elevou a publicidade dos atos da administração a um de seus princípios regentes, nos termos do artigo 37, da Constituição Federal:

*“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,*

<sup>4</sup> in “Comentários à Constituição de 1946”, 2ª ed., 1951, vol.I, p. 309.

<sup>5</sup> “*au grand jour*”, na feliz expressão de Maurice Joly, citada por Norberto Bobbio: “O futuro da democracia”, in “O futuro da democracia”, 7ª ed., 2000, p. 41, nota 15.

<sup>6</sup> “A Democracia e o Poder Invisível”, in “O Futuro da Democracia”, ob. cit., p. 107.

*impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (grifo nosso)*

Contudo, a visibilidade do poder público – do poder a ser exercido em público – encontra limitação excepcional, que autoriza a não publicação de alguns dos atos estatais (e assim de dados e informações que esses atos por alguma forma refiram) – restringindo-lhes a *publicidade* – na hipótese de o interesse público, interesse do Estado ou direitos do indivíduo puderem ser vulnerados pela publicidade que se der a determinado ato, ou a dados e informações, que refira, da administração pública. Cabe à Lei – e não a órgão da administração pública – fixar esta exceção e a sua forma, indicando a qual órgão caberá a guarda do sigilo que prescreve. Assim os dispositivos do artigo 5º, XXXIII e LX, da Constituição Federal.

*“XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

.....

*LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” (grifamos)*

Esta oposição entre o caráter público do poder democrático, e o sigilo que deve recobrir alguns de seus atos, não contradiz a sua natureza, antes remete o poder democrático à sua origem, qual seja, aos “*direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal* (em oposição ao estado absolutista, note-se) *e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo”*. O Estado democrático deve necessariamente abrigar essa dualidade, pôr em convívio, na ordem jurídica, a regra geral da publicidade e a exceção do sigilo; é o mesmo **BOBBIO** que acha a confluência necessária e extraordinária desses contrários: “*o caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer me-*

*nos, já que o sigredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo de todas as medidas de exceção*<sup>7</sup>.

Claramente, o legislador constitucional brasileiro atendeu a esse imperativo do estado democrático do direito; a ressalva do sigilo alcança informações em poder da administração pública, mesmo se eventualmente tais informações interessarem a terceiros na defesa de seus direitos – artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal – assim como ressalva o dever, posto na regra do inciso XXXIV<sup>8</sup>, do mesmo artigo da Constituição, de órgão administrativo ordinariamente atender a requisição ou expedir certidão que refiram tais informações postas sob sigilo.

## 2. Publicidade de atos processuais

A publicidade dos atos processuais só poderá ser restringida – por Lei<sup>9</sup> – se a defesa da intimidade e o interesse social o exigirem, diz a Constituição Federal, artigo 5º, LX; o Código de Processo Civil, objetivando a regra constitucional, diz:

*“Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:*

*I - em que o exigir o interesse público. (grifamos)*

Em mesma linha de extração constitucional dispõe a Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da administração pública federal:

*“Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoa-*

<sup>7</sup> Respectivamente, “O Futuro da Democracia”, p. 32, e “A Democracia e o Poder Invisível”, p. 100; ambos in “O Futuro da Democracia”, ob. cit.

<sup>8</sup> “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.”

<sup>9</sup> cf. Caio Tácito. “Sigilo nas operações das instituições financeiras.” In: *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1, p. 925.

*bilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

.....  
 V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo prevista na Constituição.” (nosso grifo)

E a seguir, a mesma Lei especifica a exceção do sigilo:

*“Art. 46 - os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados ou documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.”*

No âmbito da CVM, a ressalva à regra da publicidade, determinado a este órgão a guarda do sigilo, acha-se fixada no § 2º do artigo 8º da Lei 6.385/76:

*“Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:  
 (...)*

*§ 2º Ressalvado o disposto no Art. 28, a Comissão de Valores Mobiliários guardará sigilo das informações que obtiver, no exercício de seus poderes de fiscalização.” (grifamos)*

A regra especial, a regular a ação da CVM, conforma-se ao dispositivo constitucional e à regra processual geral. Note-se, todavia, que as regras a restringir a publicidade a ser dada aos atos da administração pública, todas elas, são voltadas “*para o povo*”, “*para todos*”, e não para as partes do feito<sup>10</sup>, às quais, em nenhuma hipótese, pode a autoridade judiciária ou administrativa negar ou dificultar o acesso a todas as peças dos autos de processo ou de inquérito, judicial ou administrativo. E, ainda, que o sigilo que a Lei obriga à CVM guardar alcança as *informações* que esta obtiver em razão do exercício de sua função de fiscalização, e não à sua ação administrativa. Adiante volta-

<sup>10</sup> cf. Pontes de Miranda in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo III. 3ª edição. Rio de Janeiro. 1996. p. 51)

remos a este ponto, devendo-se contudo registrar esta distinção, evidente na norma especial que disciplina a ação da CVM, e que a obriga à guarda do sigilo.

### 3. Sigilo, inquérito administrativo e processo administrativo

A necessidade de a administração pública valer-se de instrumentos processuais preliminares para coleta de elementos factuais que lhe permita motivar ato de instauração de processo administrativo, se esses elementos não se apresentarem suficientes à imediata expedição de ato motivado de instauração de processo administrativo, historicamente tomou várias designações - inquérito, sindicância, averiguação preliminar.

A Lei 4.137/62, de repressão ao abuso do poder econômico, por exemplo, disciplinava a *averiguação preliminar* para o fim de verificar “*se há real motivo para instauração do respectivo processo administrativo*” (artigo 27). No artigo 30 da Lei 8.884/94, que sucedeu àquela, tem-se: “(...) *quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata<sup>11</sup> de processo administrativo*”, será instaurada averiguação preliminar, para permitir a verificação de indícios consistentes de ato infrativo que habilite à autoridade competente instaurar processo administrativo.

A Resolução CMN nº 454/77, que aprovou o “*regulamento disciplinar do procedimento a ser observado na instauração de inquérito administrativo e de processo administrativo pela Comissão de Valores Mobiliários*”, para “*apurar atos ilegais ou práticas não eqüitativas por parte de administradores ou de acionistas de companhias abertas, intermediários e demais participantes do mercado de valores mobiliários*”, seguindo este modelo

---

<sup>11</sup> O vocábulo “*imediate*” foi suprimido do texto da Lei 8.884/94, por força da Lei 10.149/2000, clonada de Medida Provisória, cuja finalidade no âmbito da defesa da concorrência, ao lado de outras alterações feitas naquela lei, é dar ao órgão instrutor, à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, poderes de instrução próprios dos processos administrativos já em sede de averiguação preliminar, livrando esse órgão instrutor dos incômodos do direito à ampla defesa e ao contraditório assegurados ao administrado, que, como se sabe, não têm lugar na averiguação preliminar, pois nesta não se tem formalizada acusação. Mantivemos a referência ao texto legal original, porque conforme ao Direito. Sobre as alterações promovidas nas regras processuais da Lei 8.884/94, e a contrariedade delas às regras do devido processo legal e o direito à ampla defesa e ao contraditório, ver “*Medida Provisória 2055/2000*”, Pedro Dutra, Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, vol. 7, nº 7, 2000, p. 31.

dividiu o *procedimento* em duas fases, seqüenciais: a primeira, de natureza preliminar, na qual o órgão coleta dados e informações relativas ao ato infrativo eventualmente cometido, sem formalizar acusação, e tem início com a instauração de inquérito administrativo (artigo 1º,<sup>12</sup>); a segunda inicia-se pela formalização da denúncia – isto é a imputação do cometimento de determinada violação à norma por determinado administrado (artigos 5º,<sup>13</sup> e 8º,<sup>14</sup>).

A recente Resolução CMN nº 2.785/2000, que em parte alterou a Resolução CMN nº 454/77, seguindo melhor técnica processual condicionou a abertura de inquérito administrativo à inexistência de indícios bastantes à instauração imediata de processo administrativo; isto é, presentes estes indícios, deverá a CVM instaurar processo administrativo, e não abrir inquérito (artigo 4º)<sup>15</sup>. Essas duas fases - inquérito e processo - não são mais, nos termos da norma infra-legal vigente, obrigatoriamente seqüenciais: pode ser instaurado apenas o processo administrativo.

A doutrina e a jurisprudência sedimentaram o recorte preciso do processo preliminar, que precede o processo administrativo; **TITO PRATES DA FONSECA** a esse propósito observa:

*“(...) o direito administrativo, sob a denominação de inquérito ou de sindicância, distinguindo um de outro, ou tendo-os como sinônimos, estabelece um procedimento preliminar, para chegar à certeza suficiente da existência de faltas disciplinares, quando essa certeza ou forte probabilidade não exista.”* (in “Lições de Direito Administrativo”, 1943, p. 205-206)

<sup>12</sup> “À Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do presente Regulamento, caberá proceder a instauração de Inquérito Administrativo para apurar atos ilegais ou práticas não eqüitativas por parte de administradores ou de acionistas de companhias abertas, intermediárias e demais participantes do mercado de valores mobiliários, na forma prevista no art. 11 da lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.”

<sup>13</sup> “Concluído o inquérito pela responsabilidade do indiciado, será este intimado por escrito, aberto o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da intimação, para apresentação de defesa.”

<sup>14</sup> “A apresentação da defesa pelo indiciado instaura a fase litigiosa do procedimento, com a conseqüente formação do Processo Administrativo.”

<sup>15</sup> “Será dispensada a constituição de Comissão de Inquérito quando os elementos de autoria e materialidade da infração forem suficientes para o oferecimento de termo de acusação por um Superintendente, que deverá, de forma sumária, submetê-lo à aprovação do Colegiado.”

## E CRETELLA JÚNIOR:

*“nessa forma preliminar, não há necessariamente defesa, porque não conclui por uma decisão contra ou em favor de pessoas, mas pela instauração do processo administrativo ou pelo arquivamento da sindicância”* (in “Direito Administrativo Brasileiro – Volume V- Processo Administrativo”, 1962. p. 108)

A jurisprudência administrativa definiu o propósito do processo preliminar:

*“O que se busca, no curso do Processo de Averiguações Preliminares, são indícios veementes que nos levem a concluir pela existência de um motivo justo para o desencadeamento do Processo Administrativo.”* (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 76, de 3 de março de 1978. In “Poder Econômico: exercício e abuso”, José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luis Vicente de Azevedo Franceschini, São Paulo. 1985. p. 201)

*“De outro lado, o processo de averiguações preliminares é sede de uma formação de ‘juízo de simples credibilidade’, que eventualmente antecede um ‘juízo de formação de culpa’, que se desenvolve no processo administrativo.”* (Voto no Processo de Averiguações Preliminares nº 34, de 7 de novembro de 1972, representantes: Aníbal dos Santos Moura e Alcy dos Santos Moura, representada: Cia. Vale do Rio Doce. In DOU de 18 de dezembro de 1972, Seção I, parte I, pp.11.354 e ss.; ob. cit. p. 203).

O mesmo entendimento tem, hoje, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*“A sindicância administrativa, como o inquérito policial, são meramente informativos. Realçam fatos, circunstâncias que interessam, ou possam interessar ao processo administrativo, ou ao processo penal. Dois instantes, institutos inconfundíveis, pelo conteúdo, pela teleologia.”* (STJ, CG 12.12.98, Recur-

so em Mandado de Segurança Nº 4.144/SP - Voto-Vista. Ministro Vicente Cernicchiaro)

Não se confundem essas duas fases, eventualmente sequenciais. Na primeira, busca o órgão administrativo elementos que o habilitem oferecer denúncia do ato infrativo, situação que lhe impede de àquela altura formalizar a acusação de violação à Lei e conseqüentemente instaurar, por meio de ato devidamente motivado, o processo administrativo devido. Nesta fase preliminar afirma-se naturalmente a exceção ao princípio da publicidade: desce o silêncio sobre a ação processual preliminar do órgão administrativo, silêncio parcial, contudo, a proteger exclusivamente a identidade do administrado, e não a ocultar a ação do órgão administrativo e o objeto da investigação. O interesse público pela guarda da identidade do administrado aí consubstancia-se no atendimento, pela autoridade administrativa, da presunção de inocência do administrado, em relação ao qual esta autoridade ainda não se sentiu habilitada a imputar o cometimento de infração à Lei (e sequer sabe, com certeza, se virá a fazê-lo), por lhe faltarem razões de fato e de direito bastantes a lhe permitir motivar, como lhe exige a Lei, ato instaurador de processo administrativo.

O sigilo, nesta fase na qual inexistente acusação ao administrado, não guarda apenas o seu direito inalienável à presunção de sua inocência, senão protege também a reputação funcional do órgão administrativo e de seus agentes: sem dispor de elementos factuais e jurídicos mínimos a indicar a existência de ato infrativo que autorizem a expedição de ato motivado de instauração de processo administrativo, a divulgação do nome do administrado sujeito a inquérito administrativo comprometerá a credibilidade do órgão, no caso de este concluir, ao fim do inquérito, pela não instauração do processo administrativo, ao constatar a inexistência daqueles pressupostos de fato e de direito que devem obrigatoriamente motivar os atos instauradores de processo administrativo.

A presunção constitucional de inocência do administrado está intimamente ligada ao direito à ampla defesa. A divulgação da identidade do sujeito passivo em inquérito administrativo, no qual não tem lugar o contraditório pois não há acusação, fará pesar-lhe a inversão, perversa e inadmissível, do ônus da prova, como mostra CASSAGNE:

*“A su vez, una consecuencia trascendente de esta presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el*

*desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos, que de mantenerse conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión.”* (in “Estudios de Derecho Público”, Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires, 1995. p. 91)

A experiência norte-americana, na qual regras ordinárias vêm continuamente ampliando o espectro da publicidade dos atos expedidos por órgãos administrativos e o acesso a documentos por eles gerados<sup>16</sup>, mostra que a publicidade indevida de atos expedidos por esses órgãos outorgar-lhes, de fato, um poder sancionador sumário e marginal, que degrada o processo administrativo. Em lugar do devido processo legal, com a publicidade indevida tem-se uma exposição, precipitada e infundada, do administrado à condenação pública:

*“The courts have sustained the Commission’s right to investigate both privately and publicly. In practice, the Commission’s investigations have almost always been conducted privately. But there have been a number of notable exceptions. These few public investigations have typically had a quasilegislative flavor. In any event, of course, [i]t is a well recognized principle of administrative law that investigations ought to be so conducted that harmful publicity will not be used in lieu of sanctions provided by law.”*<sup>17</sup> (in “Fundamentals of Securities Regulation”, Louis Loss and Joel Seligman. Third Edition, USA, 1995. p. 1213) (grifamos)

A volatilidade dos mercados mobiliários faz com que a simples divulgação do nome do investigado, sem que contra ele tenha sido devidamente formalizada pela autoridade reguladora acusação de violação de norma incidente, resulte em dano à sua imagem, ao permitir crescer, à sombra dessa divulgação indevida, toda sorte de especulação. Quer dizer, a divulgação do nome do investigado, nesta fase processual, permitiria ao mercado dar a esta notícia toda sorte de qualificação, e sobretudo especular sobre a culpabilidade

---

<sup>16</sup> cf. *Freedom of Information Act, Privacy Act and Sunshine Act*, in “Administrative Law”, Alfred C. Aman, Jr. and William T. Mayton. 1993. p. 614/702.

<sup>17</sup> *SEC v. Harrison*, 80 F. Supp. 226, 229 (D.D.C. 1948).

do investigado, quando a própria CVM não terá sido ainda capaz sequer de formular um juízo preliminar de culpabilidade em relação ao administrado.

Se, para fins de notificação à parte no inquérito a publicação de ato processual se fizer indispensável, apenas o número do inquérito deverá ser publicado, como aliás se tem na prática administrativa, haja vista as publicações nesse sentido feitas pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, relativas às averiguações preliminares, nos termos da Lei 8.884/94.

O dever de a CVM guardar sigilo no inquérito administrativo já se acha há muito defendido no bem lançado Parecer de Orientação, subscrito pelo então Superintendente Jurídico da CVM, Dr. **PAULO ARAGÃO**:

*“Em síntese, existe, no inquérito, simples investigação de fatos e da responsabilidade pela sua prática, se ilegais. Nada além disso, não cuidando ainda de acusação, que só surgirá no eventual processo administrativo posterior, sendo esta uma das razões por que a lei, sabiamente, determinou o sigilo das apurações realizadas pela CVM, que podem ao final, não resultar em processo administrativo”* (in Parecer de Orientação CMN nº 6/1980)

No inquérito administrativo, o sigilo alcança a pessoa do administrado, que se acha no pólo passivo, e as informações em poder da CVM, por esta havidas à conta de sua ação fiscalizatória. Não alcança contudo o objeto do inquérito, o ato, supostamente infrativo que se apura. Ao contrário, está ele sujeito à publicidade; portanto, deve a CVM divulgar o objeto do inquérito, salvo se a divulgação prejudicar efetivamente o curso do inquérito, ou permitir por qualquer meio a identificação do investigado.

*“Porém - e ainda que exista restrição legal à divulgação dos atos do processo e sessões de julgamento -, o fato ‘existência do processo’ será sempre público. A autoridade não poderá negar-se a informar se determinado processo existe ou não - quaisquer que sejam seu objeto e conteúdo, independentemente do conceito que se tenha para essa realidade administrativa.”* (in “Processo Administrativo”. Egon Bockmann Moreira. 2000. p. 102)

A publicidade do processo é a garantia mais eficaz do cumprimento, por parte do órgão estatal que o conduz, das normas protetoras dos direitos

individuais, estendidas ao plano processual. É da essência dos regimes democráticos, em verdade uma de suas primeiras afirmações, a publicidade que afasta os julgamentos secretos, em que o objeto da investigação, os investigadores, os investigados, as provas (quando colhidas) e a decisão não vinham à luz.

Instaurado o processo administrativo, tem-se outra situação. Aí, nesta segunda fase, seqüencial ou não ao inquérito – este não é mais pressuposto necessário daquele -, já terá a CVM expedido o respectivo ato administrativo de instauração devidamente motivado, no qual as razões de fato – a descrição do suposto ato infrativo – e de direito – a norma incidente alegadamente violada – se achem claramente expostos e precisamente relacionados entre si. A este ato, que instaura o processo administrativo no qual, ao contrário do inquérito, tem lugar o contraditório e do qual poderá resultar sanção ao administrado, cabe cogitar incidir regra legal que determina a ampla publicidade dos atos da administração pública, a que refere a Consulta.

A publicidade dos atos administrativos, a divulgação deles, a divulgação a todos, foi posta pelo legislador como regra geral, a fim de que não se tenham processos secretos, incompatíveis com a ordem democrática. A publicidade dada ao ato administrativo instaurador de processo administrativo sancionador atende ao interesse público em conhecer a ação da administração pública, no caso do órgão sancionador, e permite ao cidadão – à sociedade – verificar a sua ação, conhecer os seus procedimentos internos. E atende também à proteção do próprio administrado, ao impedir que seja ele submetido à ação velada (ao público) de agentes da administração pública em processo secreto, do qual lhe possa resultar imposição de sanção.

A jurisprudência espanhola já tratou da prescrição constitucional de publicidade do processo, como mostra **LLOBREGAT**, trazendo àquele renovado direito administrativo sancionador a experiência democrática afirmada primeiro no âmbito do direito penal.

*“La instauración del principio de publicidad en el ámbito jurisdiccional penal constituyó una evidente conquista del pensamiento liberal que se oponía al proceso inquisitivo, cerrado, secreto y escasamente garantista para con los derechos del acusado propio del Antiguo Régimen. Tal instauración perseguía el logro de dos principales fines: por un lado, la seguridad de los ciudadanos contra la posible arbitrariedad judicial y contra eventuales manipulaciones gubernamentales en la creación, composición y funcionamiento de los órganos*

*jurisdiccionales, y, de otro, el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus tribunales, en tanto que instrumento de controle popular sobre la justicia.*

(...)

*La aplicación del referido derecho constitucional a la esfera administrativa sancionadora no se presenta, en línea de principio, excesivamente dificultosa, toda vez que los arts. 60 LRJPAC (publicación de los actos administrativos) y 86 LRJPAC (información pública) aseguran la publicidad general de los actos dictados por la Administración.” (in “El procedimiento administrativo sancionador”, José Garberí Llobregat. 2ª edición. Valencia, 1996. p. 272-273).*

Entre nós, diz **PONTES DE MIRANDA** com sua precisão habitual:

*“O princípio de publicidade para o público também não se confunde com a publicidade com as partes e demais interessados. Aquele evita – e aí está o seu fim político – que se desconfie dos julgamentos inacessíveis, isto é, às pessoas não interessadas; esse atende ao direito, que tem as partes e demais interessados, de conhecimento de atuações das pessoas interessadas e do juiz ou do tribunal”.* (ob. cit. p. 52).

O processo administrativo de que trata Resolução CMN nº 2.785/2000, citada, submete-se, por certo, ao princípio constitucional da publicidade, regente da administração pública, e deduzido, com a ressalva excepcionante da guarda de sigilo, em lei especial. Não pode, portanto, a CVM promover processo administrativo em segredo.

Contudo, a regra especial contida no artigo 8º, § 2º, da Lei 6.385/76, determina à CVM guardar sigilo em relação às informações que obtiver em razão do exercício de sua função fiscalizatória. Como apontado acima, esta regra tem por objeto a guarda de informações obtidas pela CVM no curso de sua ação fiscalizatória, e não a proibição da divulgação de seus atos administrativos. Publicidade de ato administrativo e guarda do sigilo de informação, aqui versados, são atos que não conflitam – há os atos e dados e informações que a Lei pôs sob sigilo, e os que, a grande maioria deles, não se acham sob sigilo. Todavia, a eventual publicidade de um ato administrativo expedido pela CVM e que não se ache sob sigilo pode violar o dever a ela imposto de

guarda do sigilo de informações a que se refere a regra especial do citado artigo 8º, § 2º.

Refere esta regra as informações colhidas pela CVM em razão do exercício da sua função fiscalizatória; vale dizer, todas as informações colhidas em razão do exercício da fiscalização: informações prestadas pelo administrado investigado e por terceiros; e, ainda, as informações geradas pela própria CVM, se essas informações deduzirem-se ou integrarem a sua ação fiscalizatória. O legislador não qualificou quais informações devem ser postas pela CVM em sigilo: refere, portanto, à totalidade delas, sem exceção; consequentemente, não caberá à CVM discernir quais informações poderá excluir ao dever de guardar de sigilo, senão guardá-lo em relação a todas as informações que obtenha no exercício de sua função fiscalizatória.

Claro está, o processo administrativo, como o inquérito administrativo, são instaurados em razão da função fiscalizatória da CVM: são desdobramentos objetivos dessa função. A fiscalização, promovida por órgãos reguladores, é meio para estes exercerem a sua função preventiva e repressiva às violações às normas, legais e infra-legais, que disciplinam mercados regulados postos sob sua jurisdição. Poder-se-á argumentar que a publicidade a que se refere a citada norma especial refere-se às informações não divulgadas; porém, em certos casos, mesmo aquelas já divulgadas, inclusive pelo próprio acusado no curso ordinário de seu negócio, ou pela própria CVM, podem se achar de tal modo ligadas às informações abrigadas pelo dever de guarda do sigilo, que a separação entre essas informações de natureza distinta não seja possível ser feita sem ofender ao dispositivo legal de guarda de sigilo imposto à CVM.

Essa hipótese já foi enfrentada e resolvida na jurisprudência administrativa francesa:

*“S’il arrive qu’un document n’est secret qu’en partie, celle qui ne l’est pas est communicable, lorsqu’elle est disassociable”.*

*“Se ocorre que um documento não é secreto senão em parte, a parte que não é (secreta), é comunicável, desde que seja disassociável (daquela parte secreta).”*

(V.CE 30 juin 1989, Office HLM Paris, p. 688, AJ 1989, p. 603; et 16 juin 1989, Banque de France, *ibid.* in “Droit Administratif Général”, **RENÉ CHAPUS**, tome I, 13. édition, 1999, p. 463).

Por outro lado, não se confundem, como visto, publicidade de ato administrativo – por exemplo, ato instaurador de processo administrativo sancionador, ou mesmo ato que instaura inquérito administrativo (guardado o nome do averiguado), – com o sigilo devido guardar, pela CVM, de informação colhida em razão de ação fiscalizatória – ação essa desdobrada ou não em inquérito ou processo administrativo. Regras distintas com objetos e finalidades distintas, que têm, todavia, na hipótese da consulta, o mesmo destinatário, a CVM.

#### 4. Sigilo e decisão em processo administrativo

A regra do § 2º, do artigo 8º, da Lei nº 6.385/76, citado, não se estende à decisão que o colegiado da CVM tomar encerrando processo administrativo, pois é esta decisão ato obrigatoriamente público. Não incide, aí, a regra excepcional da guarda do sigilo, ainda que a decisão refira informações que estiveram protegidas pelo sigilo ao longo do processo. A decisão que encerra processo administrativo, este ato administrativo esgota a prestação que a Lei cometeu à CVM. Não pode a decisão exculpatória ou inculpatória, tomada em processo sancionador, deixar de ser tornada pública, em sua integralidade; e, por conseguinte, é indispensável que a fundamentação da decisão, sua argumentação e conclusão, tirada dos elementos constantes dos autos, seja dada a conhecer com todos os seus termos expostos. Não pode haver processo público cuja decisão, trazendo todos os seus elementos, não seja dada a conhecer integralmente ao público. Como mostra **CHIOVENDA**:

*“De los actos del proceso, son accesibles por tanto al público las resoluciones del magistrado, que son actos públicos por su naturaleza, mas no los escritos y documentos de las partes.”* (in “Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Madrid, 1940. T. III, p. 202).

A exceção do sigilo quer evitar eventual agravo ao interesse público e às garantias individuais, e não negar ou reduzir a publicidade devida dos atos administrativos. E, recorde-se: nos regimes democráticos a vulneração das garantias individuais é forma primária de vulneração do interesse público.

#### 5. Sigilo e a prestação de informações a terceiros

Entre as funções atribuídas em Lei à CVM está a de reprimir as infrações às normas legais e infra-legais que disciplinam o mercado de valores mobiliários; para esse fim, poderá a CVM instaurar inquérito e deverá instaurar processo administrativo para apurar o cometimento da infração e sua autoria, sancionando o infrator (art. 9º, V e VI, da Lei 6.385/76<sup>18</sup>).

A ação repressiva da CVM dá-se no plano administrativo, e dá forma à ação do Estado em sua qualidade de agente regulador e fiscalizador da atividade econômica (artigo 174, da Constituição Federal), presente no mercado de valores mobiliários. Neste mercado, como nos demais mercados regulados e fiscalizados, a intervenção estatal aí verificada tem por objeto a defesa do interesse público, que, neste caso, consubstancia-se pelo estímulo à poupança e sua aplicação em valores mobiliários; pela expansão e no funcionamento regular desse mercado; e pela proteção dos titulares de tais valores e dos investidores nesse mercado contra atos ilegais que nele sejam cometidos, como diz a regra especial citada (Lei 6.385/76, artigo 4º).

Guarda a CVM, como os demais órgãos reguladores pelos quais se dá a intervenção do Estado no domínio econômico, o interesse público e não o interesse privado. A este atende mediatamente; a defesa do interesse privado, nos mercados regulados, deflui da defesa do interesse público. Por essa razão, dispôs o legislador que a responsabilização administrativa do infrator das normas regentes do mercado de valores mobiliários não exclui a sua responsabilização civil ou penal (artigo 9º, VI<sup>19</sup>). Assim, entendendo o titular de interesse privado haver sofrido prejuízo em razão de ato praticado no mercado de valores mobiliários, onde o interesse público é primeiramente defendido, poderá ele, do agente infrator, buscar reparação direta, pela via processual civil.

À CVM, lei especial que lhe disciplina a atuação obriga-a guardar sigilo de informação por ela obtida no exercício de seu poder de fiscalização,

---

<sup>18</sup> “A Comissão de Valores Mobiliários terá jurisdição em todo o território nacional e no exercício de suas atribuições, observado o disposto no Art. 15, § 2º, poderá:  
(...)

V - apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.”

<sup>19</sup> VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.” (grifamos)

e esta guarda estende-se às informações contidas em inquérito e em processo administrativo promovido por este órgão. Adicionalmente, a Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, em seu artigo 46, citado, mesmo dispondo que *os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidão ou cópias reprográficas de dados e documentos que o integram*, explicitamente fixa, neste mesmo artigo 46, a exceção a essa regra de natureza geral: *ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo*.

A proteção “por sigilo”, na hipótese, é aquela determinada na Lei especial e que incide à espécie. Ou seja, a Lei nº 6.385/76, artigo 8º, que disciplina a ação da CVM fixa a proteção “por sigilo”, a que se refere a Lei 9.784/99 e assim se enquadra na hipótese do artigo 46 desta Lei. Note-se, ainda, que as regras desta Lei 9.784/99 aplicam-se subsidiariamente às regras que disciplinam processos específicos, como são aqueles instaurados pela CVM. (art. 69, da Lei 9.784/99<sup>20</sup>).

As leis especiais, tanto a que disciplina a ação da CVM como a que disciplina o processo administrativo federal, conformam-se à regra geral do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, especificando-a quanto à ressalva, que fazem, à publicidade de informações postas sob sigilo a serem prestadas a terceiro na defesa do interesse deste, por órgão da administração pública.

Em conseqüência, não pode, ao nosso juízo, a CVM, por deliberação sua, afastar a incidência da regra legal excepcional que lhe impõe o dever de guardar sigilo na hipótese que fixa, à vista de requisição de terceiro, inclusive de “vítimas de atos ilícitos” investigados por esse órgão, para a eles prestar, por qualquer forma, informação obtida no exercício de sua função fiscalizatória.

Determinado em Lei à CVM o dever de guardar sigilo das informações que obtiver em razão do exercício de sua função fiscalizatória, não lhe cabe senão cumprir a regra legal.

Somente ordem judicial poderá determinar à CVM a prestação de informações, dados e documentos obtidos em razão de sua ação fiscalizatória, ou a expedição de certidão que os refira, a terceiros, nos exatos termos em que esta ordem determinar.

A propósito, observe-se que a imputação de cometimento de infração, que tenha dado causa à instauração de processo administrativo, não signi-

---

<sup>20</sup> “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

fica a culpabilidade do acusado. Portanto, não se poder falar em “vítima de ato ilícito” ainda em curso processo sancionador, cuja finalidade é precisamente apurar a materialidade e a autoria do ato ilícito. E mais: proferida decisão que o encerre, dessa cabe revisão judicial; só ratificada judicialmente a decisão administrativa inculpatória, poder-se-á, a rigor, falar-se em “vítima de atos ilícitos”, se estes acharem-se identificados na decisão irrecurável.

## **6. Conclusão**

a) subordinada ao princípio constitucional da publicidade, devem os órgãos da administração pública divulgar seus atos; esse dever comporta, todavia, exceção, disciplinada obrigatoriamente em Lei, que obrigue órgão da administração pública à guarda de sigilo de determinados atos, dados e informações;

b) a regra do artigo 8º, § 2º, da Lei 6.385/76, determina à CVM guardar sigilo de informações que obtiver no exercício de seu dever de fiscalizar, sem exceção: todas as informações assim obtidas, em sede ou não de inquérito administrativo e processo administrativo, irrespectivamente da sua fonte: administrado, terceiro, ou a própria CVM;

c) o dever de a CVM guardar sigilo, em inquérito administrativo, além das informações obtidas no exercício de sua função fiscalizatória, alcança a identidade do administrado que figure neste inquérito, mas não os atos nele praticados pela CVM, ou o seu objeto;

d) em sede de processo administrativo, formalizada a acusação pela CVM por meio de ato que exponha as razões de fato e de direito que o motivaram, não há o dever de guardar sigilo em relação à identidade do administrado;

e) se a divulgação de ato praticado pela CVM ainda que indiretamente puder revelar informação por ela obtida no exercício de sua função fiscalizatória, a este ato não deve ser dada divulgação;

f) a CVM só poderá prestar informações, ou expedir certidão que as refira, por ela obtidas no exercício de sua função fiscalizatória, a “vítimas de atos ilícitos” ou a terceiros interessados, ou a eles franquear acesso aos autos de inquérito ou processo administrativo, mediante ordem judicial específica, observados os termos desta;

g) a decisão, tomada pelo colegiado da CVM, que encerre processo administrativo, é ato de natureza pública, sujeito à publicidade integral.

Este é o nosso parecer.

São Paulo, março de 2001.

Pedro Dutra

## **BIBLIOGRAFIA**

AMAN JR., Alfred., MAYTON, William T. *Administrative law*. St. Paul : West, 1993. p. 614-702.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. In: *O futuro da democracia*. 7ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p. 41, nota 15, e p. 107.

BOBBIO, Norberto. A democracia e o poder invisível. In: *O futuro da democracia*. 7ª ed. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p. 100.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de derecho público*. Buenos Aires : Depalma, 1995. p. 91.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 13. ed. Paris : Montchrestien, 1999. v.1, p. 463.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid : s.n., 1940, v. 3, p.202.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1962. v. 5. p. 108.

*Comentários à Constituição de 1946*. 2ª. ed. São Paulo : Max Limonad, 1951, v. I, p. 309.

THE COMPACT edition of the Oxford English dictionary. Glasgow : Oxford University, 1971. p. 720.

DUTRA, Pedro. Medida Provisória nº 2055/2000, In: *Revista do IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo*, São Paulo: IBRAC, vol. 7, nº 7, 2000. p. 31.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga, FRANCESCHINI, José Luis Vicente de Azevedo. *Poder econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985. p. 201.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, s.L. : s.n. 1943, pp. 4086 e 4194.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. s.L. : s.n., 1943, p. 205-206.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. 2. ed., Valencia : Tirant lo Blanch, 1996. p. 272-273.

LOSS, Louis, SELIGMAN, Joel. *Fundamentals of securities regulation*. s.L. : s.n., 1995. p. 1213.

THE OXFORD English Dictionary of Etymology. Edição de C.T. Onions, London : Oxford / Clarendon, 1966. p. 711.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1996. v.3, p. 51-52.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 102.

TÁCITO, Caio. “Sigilo nas operações das instituições financeiras.” In: *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro : Renovar, 1997. v.1, p. 925.

## DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Marcos Vinício Chein Feres\*

### Sumário

Introdução; 1. Escorço histórico da análise econômica do Direito; 2 Das premissas básicas da análise econômica do Direito; 3 Do princípio da eficiência econômica; 4 Das críticas ao princípio da eficiência econômica; 5 O princípio da eficiência econômica e o Direito Brasileiro; Conclusão; Referências bibliográficas.

### Introdução

Em princípio, deve-se salientar que a análise econômica do Direito é uma das teorias liberais que mais influenciou e, em alguns casos, ainda continua a influenciar o mundo jurídico. Um estudo mais detido acerca deste tema significa estar em dia com as modernas concepções a propósito da modernização do sistema capitalista.

Sabe-se que a Constituição brasileira de 1988 optou, abertamente, pelo sistema capitalista, ao inserir a livre iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, como fundamento e princípios informativos da ordem econômica, inferindo-se daí uma economia de livre mercado.

Diante desse quadro, é relevante conhecer e estudar a teoria econômica do Direito. No entanto, estudo deste quilate exigiria maior verticalidade e profundidade que não cabem neste trabalho monográfico. Em vista disso, opta-se pela abordagem de um dos nortes dessa teoria, qual seja, o princípio da eficiência econômica, o eixo em torno do qual gravita a análise econômica, defendida pelo professor da Universidade de Chicago, Richard Posner.

---

\* Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela UFMG, Professor Assistente da Faculdade de Direito da UFJF

Em primeiro lugar, apresenta-se o panorama histórico no qual surge a teoria econômica do Direito com toda sua força. O escorço histórico é essencial para demonstrar e justificar falhas e acertos da *law and economics*.

Subseqüentemente, são destacadas as premissas básicas que serviram de alicerce para a evolução da análise econômica do Direito, definindo-se, assim, os antecedentes de Jeremy Bentham e Adam Smith, importantes para a consolidação do critério da eficiência econômica. Ademais, é oportuna a lembrança de Roscoe Pound, como idealizador do sociologismo jurídico, precursor de uma nova visão do Direito.

Num terceiro momento, coloca-se em relevo o princípio retor da análise econômica do Direito, a eficiência econômica, estabelecendo os parâmetros da teoria posneriana e algumas divergências apontadas na teoria econômica de Calabresi.

Em seguida, é mister relevar as críticas a respeito do princípio em apreço, principalmente, as oposições de Ronald Dworkin, John Rawls e Frank Michelman. Tomando-se por base a visão dworkiniana, verifica-se um outro aspecto da visão econômica do direito, ou mesmo, a negativa da teoria em consideração, enquanto Michelman, menos radical, procura propor aparos à teoria de Posner.

Pelo exposto, exige-se, ao final, uma apreciação das teses em oposição a fim de encontrar-se uma variável comum que possa adequar o princípio à realidade jurídico-brasileira, já que foi construída a análise econômica do Direito para o sistema de *common law*. Assim, urge compreender o princípio em apreço para bem utilizá-lo no ordenamento legal.

## 1. ESCORÇO HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A fim de bem compreender a análise econômica do Direito, fundada no princípio da eficiência econômica, deve-se destacar o panorama histórico em que esta teoria despontou. A cultura jurídica americana, porque distinta da brasileira, requer uma compreensão, ainda que mais genérica e superficial, de alguns de seus momentos históricos, com intuito de chegar-se a uma conclusão acertada no tocante ao ambiente em que se desenvolveu a noção da análise econômica do Direito.

Em 1871, com sua obra, *A selection of cases on the law of contract*, Langdell instalou, em nível acadêmico, a visão convencionalista ou tradicionalista do Direito. Definiu, pois, o Direito como conjunto de princípios, doutrinas, conceitos a serem inferidos das várias opiniões jurídicas, instaurando,

assim, o *case method* que se caracteriza pelo estudo do Direito, a partir das decisões judiciais. O formalismo consiste numa compreensão do Direito, enquanto disciplina autônoma, que não pode ser reduzida à filosofia, à política ou à economia. Segundo Mercado Pacheco:

Decidir conforme o direito é, para os convencionalistas, decidir conforme as convenções jurídicas estabelecidas sobre a interpretação, os precedentes e os direitos existentes, não consiste em fazê-lo conforme uma determinada concepção política ou conforme as normas da eficiência econômica.<sup>21</sup>

A partir de 1933, logo após a implantação do *New Deal*, o que antes era extraordinário em terreno norte-americano, tornou-se a regra, a saber, a intervenção voluntária do Estado na economia de mercado. Nessa nova moldura, surge uma escola que se destaca pela oposição ao convencionalismo ou tradicionalismo langdelliano. Trata-se do realismo jurídico. Para os realistas, o direito passa a ser compreendido teleologicamente, isto é, como instrumento para consecução de fins sociais. O realismo acusa, pois, o formalismo de, por trás de toda a lógica formal do raciocínio jurídico, ser meio para realizar a vontade arbitrária do julgador.

No que tange ao realismo, é forçoso convir que a nova concepção do direito tomou formas distintas, de acordo com as três vertentes dessa escola jurídica. Consoante a ala extremista ou vertente *desconstrutiva*, o fim precípua do realismo era criticar e desmistificar o tradicionalismo, sendo, para os adeptos desta vertente, a análise formal das regras jurídicas mero fetiche da realidade legal constituída pela vontade dos juízes e dos demais participantes do processo legal. Para o *scientific branch of realism*, essa previsão da ação futura dos juízes é possível de obter-se pela elaboração de códigos de conduta em que figurem normas sociais, psicológicas, antropológicas e econômicas. Ora, é fácil perceber-se que o Direito, nessa vertente, está permeado de premissas extralegais e interdisciplinares a guiá-lo de forma a torná-lo crível e fundamentado. Por fim, o *constructive legal realism* ou *conventionalist* aceita a indeterminação da decisão judicial, admitindo, pois, a necessidade de um espaço de livre decisão. No entanto, trata-se de espaço interpretativo, discricionário, jamais arbitrário.

---

<sup>21</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho**: una reconstrucción teorica. Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994, p.179. (tradução livre).

Cabe salientar que o grande avanço do realismo jurídico foi o fato de transmutar o Direito em técnica social. Torna-o autônomo, mas não por natureza, mas pela funcionalidade, pelo elemento teleológico. Concebe-o, assim, como forma de controle social.

Ressalte-se que o realismo cuidou de sustentar o Direito, num país de *common law*, durante o conflito instaurado entre o *New Deal* de cunho marcadamente intervencionista e as décadas anteriores de economia de mercado. Ackerman aponta que ao jurista interessado em sobreviver e prosperar, nesse novo quadro, abria-se uma única possibilidade: “*intentar sacar el mayor sentido legal posible de um mundo extraño impuesto por circunstancias políticas que escapaban a su control*”.<sup>22</sup>

O realista adaptou as doutrinas e as regras legais a essa nova perspectiva histórica, o intervencionismo. Nesse sentido, Ackerman aponta como contribuição do realismo uma nova forma de conceber-se o Direito por parte do profissional norte-americano:

*el escepticismo sobre el valor de la abstracción permitió a los juristas realistas seguir invocando doctrinas particulares heredadas del pasado sin enfrentarse a sus cimientos en la teoría legal del laissez faire. Por outro lado, la confianza en la adaptación intuitiva de la doctrina recibida a la luz de políticas públicas vagamente formuladas hizo que se convencieran - y que también lo hicieran otros - de que los abogados norteamericanos habían reconocido que los estadounidenses estaban empeñados en un nuevo trato. Y este esfuerzo intuicionista por forjar reglas legales en las que situar modelos de hecho es lo que marca, tanto en el Derecho administrativo como en el common law, la herencia realista, tal como me propongo definirla.*<sup>23</sup>

É certo que o intervencionismo procura regular a concorrência livre e a liberdade de empresa, quando não o logra fazê-lo a *invisible hand*. Após meio século de intervenção, tornam-se necessárias mudanças no panorama norte-americano. Tais modificações consistem basicamente numa redescoberta do *laissez faire*, reconhecendo-se que o intervencionismo, ao invés de a-

<sup>22</sup> ACKERMAN, Bruce. **Del realismo al construtivismo jurídico**. 1ª. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1988, p. 23.

<sup>23</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, p. 32.

primorar o capitalismo, acaba por produzir um mundo menos igualitário, menos justo e menos humano. Nesse sentido, caminha o construtivismo, tal qual defendido por Ackerman. Para o construtivismo, a questão reside primordialmente no fato de elaborarem-se os objetivos de um sistema legal que seja intervencionista sem ser autoritário, liberal sem ser libertário<sup>24</sup>.

É também nesse contexto histórico, por volta dos anos setenta, quando da falência do *Welfare State*, que surgirá a análise econômica do Direito, resgatando não só a cultura do liberalismo mas também impregnada do realismo jurídico, na sua vertente científica. A análise econômica do Direito refutará a visão dominante de direito, enquanto disciplina autônoma, procurando, pois, vinculá-lo aos elementos da ciência econômica. Na expressão de Mercado Pacheco, “*el AED nos proveería de una nueva forma de retórica legal, de una renovación de los argumentos puestos al servicio de los juristas que permita a la teoría jurídica hablar de los hechos jurídicos relevantes que el nuevo análisis saca a la luz*”<sup>25</sup>. Parece interessante vislumbrar a análise econômica do Direito, como o mais importante instrumento da nova linguagem de poder a que se refere Ackerman<sup>26</sup>. Acontece, pois, o nascimento de um novo discurso jurídico.

Por isso, pode-se concluir que a linguagem econômica passa a ser a nova linguagem de poder, o que reforça a idéia de Mercado Pacheco quanto à definição da análise econômica na cultura jurídica americana: “*este nuevo discurso, sin embargo, lo que hace es reinterpretar los distintos problemas de la cultura jurídica en un lenguaje tecnocrático*”<sup>27</sup>. Enquanto linguagem de poder, o caráter tecnocrático da análise econômica do Direito dá à decisão jurídica foros de certeza e objetividade, através do princípio da eficiência econômica, que serve para orientar o julgador de forma segura e calculável.

## 2. DAS PREMISSAS BÁSICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Richard Posner, a despeito de refutar a qualificação utilitarista à teoria econômica do Direito, afirma, num de seus artigos *Some uses and abuses of economics in Law*, como real vantagem do critério da eficiência, estar este

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>25</sup> MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p. 215.

<sup>26</sup> ACKERMAN, *op. cit.*, pp.14-15.

<sup>27</sup> MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p. 260.

inserido no princípio da maior felicidade do utilitarismo benthamiano<sup>28</sup>. Nestes termos, parece imprescindível estudar o utilitarismo, na concepção de Bentham, como premissa filosófica a fundamentar a análise econômica do Direito não só em Posner mas também em todos aqueles juristas que se refiram ao critério da eficiência econômica.

De início, deve-se enunciar o princípio da utilidade, sobre qual se constrói todo o prédio filosófico do utilitarismo. Este, segundo Jeremy Bentham, deve ser entendido como o princípio da maior felicidade<sup>29</sup>. Pode, pois, ser assim definido:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade<sup>30</sup>

Tendo em vista a definição, percebe-se que um determinado indivíduo pratica certo ato na medida em que este opere um aumento da sua felicidade pessoal. Todavia, por uma perspectiva realista do utilitarismo, é importante compreender que nem sempre este incremento da felicidade individual gerará um bem-estar geral da coletividade.

Constate-se que há de haver sempre aumento do prazer e diminuição da dor para que a ação se enquadre no espírito do utilitarismo. No entender de Bentham, o princípio da utilidade é o único que se presta para regular a ação. Assim, para se verificar a tendência boa ou má do ato, basta proceder-se ao balanço dos prazeres e das dores a que está sujeito. Se favorável o balanço aos prazeres, o ato é de considerar-se bom.

Dentro dessa perspectiva, Michel Villey demonstra que Bentham concebeu lei científica cujo fim precípua de todo ato humano é a maximização do prazer e a fuga da dor e, a partir dessa lógica, devem ser criadas as leis jurídicas.

---

<sup>28</sup>POSNER, Richard. *Some uses and abuse in economics*. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p.287, winter1979. (tradução minha).

<sup>29</sup>BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. 1ª.ed. São Paulo: Abril Cultural, coleção Os Pensadores, 1974, p.9.

<sup>30</sup>*Ibid.*, p.10.

*Bentham conçoit une science nouvelle de la législation, considérée comme un moyen de maximization du plaisir et de réduction de la quantité de la peine, en nombre et en intensité. Fabriquées consciemment dans ce but, les lois auront l'avantage d'être utiles*<sup>31</sup>

Ora, claro está que o magistério de Villey revela a faceta da maximização do prazer a que se refere Bentham. Faceta esta que se alastra por todas as leis, independentemente de seu caráter econômico. Eis aí a grande contribuição da filosofia utilitarista, pois que cuidou de ampliar o critério de maior utilidade aos mais diversos efeitos das ações humanas. Bentham desenvolveu, em seu livro *The principles of morals and legislation*, estudo aprofundado da aplicação do utilitarismo às leis penais, de sorte a tornar mais eficiente a prevenção do crime.

Resta indubitável que, ao disseminar o princípio da maior felicidade aos campos não mercadológicos, como demonstra Posner<sup>32</sup>, tais como, crimes, acidentes, casamento, poluição, ..., a teoria benthamiana alçou importante vôo ressaltando que todas as pessoas agem como maximizadoras de riquezas em todas as situações de vida.

Além do utilitarismo, é mister observar a doutrina de Adam Smith, enquanto fundamento de uma análise econômica do Direito. Ora, a teoria smithiana é de aplicar-se, basicamente, ao mercado convencional, sendo, pois, mais restrita que a benthamiana. Todavia, não é de descartá-la, enquanto antecedente da teoria econômica do Direito, na medida em que cuida de aplicar a *law and economics* ao mercado explícito.

Dentro desse contexto, fatalmente vislumbre-se que a empresa e o indivíduo, por si sós, produzem melhor equilíbrio e desenvolvimento, sendo, pois, conduzidos pela *invisible hand* que obviamente não é a do Estado, mas sim a lógica interna do mercado. O interesse econômico de cada um ao bem-estar individual tem como efeito lógico o bem econômico geral. Tal premissa é comum ao critério da eficiência econômica, tal qual exposto pela análise econômica do Direito. No entanto, importa ressaltar que a concepção smithiana é eminentemente economista e, por isso, refere-se tão somente aos fatores e

<sup>31</sup>VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. 4<sup>ème</sup> ed. Paris: Dalloz, 1986, p. 143.

<sup>32</sup>POSNER, *Some uses*..., p.282. (tradução minha).

comportamentos exclusivamente mercadológicos<sup>33</sup>, o que não a desmerece, enquanto contribuição ao estudo da teoria econômica do Direito.

Do ponto de vista filosófico, é prudente, ainda, perpassar o trabalho de Roscoe Pound, primeiro, porque norte-americano e, segundo, porque ligado à interpretação econômica do Direito. Roscoe Pound procura, em princípio, estabelecer uma verdadeira engenharia jurídica, inserindo-se na corrente realista que se formou nos anos trinta. Ao estabelecer que o direito é verdadeira engenharia social, não se afasta o citado filósofo do utilitarismo.

Para fins de compreensão do Direito atual, contento-me com uma imagem em que se dê satisfação ao máximo que fôr possível do todo de necessidades humanas, com um mínimo de sacrifícios. Contento-me em considerar a lei como instituição social para satisfazer necessidades sociais - as pretensões, exigências e expectativas implícitas na existência da sociedade civilizada - efetivando tantas quantas seja possível com o menor sacrifício, na medida em que tais necessidades possam ser satisfeitas e tais pretensões efetivadas por uma ordenação da conduta humana, através de uma sociedade politicamente organizada.<sup>34</sup>

Pound entende o Direito como equipamento de controle social cada vez mais eficiente, o que o coloca junto aos utilitaristas. Chega a defender a idéia de conciliação entre utilitarismo social e um pensamento econômico-funcional quando toca na questão do direito de propriedade, o qual deve conduzir a civilização ao progresso e desenvolver as capacidades humanas ao máximo possível, com o mínimo de sacrifícios, ao invés de considerá-lo como direito absoluto, intocável e exclusivo<sup>35</sup>.

No que concerne à concepção de Pound quanto à teoria econômica do Direito, contesta ele a postura dos deformadores da teoria marxista quando estes afirmam estarem as decisões judiciais impregnadas de preconceitos, em

---

<sup>33</sup>POSNER, *Some uses...*, p.281. (tradução minha).

<sup>34</sup>POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965, p. 54.

<sup>35</sup>POUND, *op. cit.*, p.128.

razão da luta de classes<sup>36</sup>. Nesse sentido, é irrefutável a contribuição de Pound ao demonstrar que a teoria econômica do Direito não sustenta decisões judiciais em que prevaleçam os interesses econômicos pessoais dos juízes. Não é essa interpretação econômica do Direito que Pound acredita existir.

*It is not surprising that attempts to link judicial policies and outcomes to the personal economic interests of the judges have foundered and have pretty much been given up<sup>37</sup>*

As idéias de Roscoe Pound, pai do Sociologismo Jurídico, refletem o utilitarismo que marca a cultura americana. No entanto, expõe um utilitarismo social e enfrenta a questão da interpretação econômica do Direito, conciliando essas duas vertentes teóricas e filosóficas decorrentes do pragmatismo norte-americano.

Levando-se em consideração as transformações por que passou toda a cultura utilitarista e pragmática norte-americana, é relevante destacar que o utilitarismo, tal qual concebido por Bentham, sofreu importante atualização. Hoje, ao se falar em utilitarismo, não se pode negar que a busca individual pelo prazer e pela felicidade são uma constante num sistema econômico capitalista. Entretanto, presencia-se, inevitavelmente, uma tentativa de conciliar o aumento da felicidade individual com as necessidades e carências sociais. Não se pode mais entender, rigorosamente, que o incremento no bem-estar individual leva ao bem comum.

No contexto do sistema capitalista, o utilitarismo se presta para demonstrar como funciona a economia de livre mercado e como atuam os agentes econômicos no mercado. É ilusão não constatar essa luta pela maximização de lucros, pelo bem-estar individual. A empresa, ao concorrer, tem em vista dominar o mercado para aumentar seus ganhos. Não é interesse do indivíduo buscar o bem-estar coletivo.

Por tudo isso, fica claro o papel do Estado, em face da noção utilitarista. Ao Estado cabe promover o bem comum, sem, no entanto, comprometer a liberdade individual na busca pela felicidade. Cria, sim, limites à atuação do indivíduo quando exista um interesse coletivo que deva prevalecer, dentro, sempre, de parâmetros de proporcionalidade.

---

<sup>36</sup> cf. FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. 1ª. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ltda., 1994, p.24.

<sup>37</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4ª. ed. Boston : Little, Brown and Company. 1992, p.534.

Assim sendo, é imprescindível para compreender-se a análise econômica do Direito, ressaltar estas idéias filosóficas. Além disso, tais premissas são relevantes no que tange ao estudo do princípio da eficiência econômica, mais especificamente, do que para aprofundar a teoria econômica do Direito, visto como a eficiência é critério no qual tais filósofos vêm se abeberar, ainda que usando denominações distintas, como *maximização do prazer, satisfação de necessidades humanas, com o mínimo de sacrifícios*.

### 3. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Para se dissertar sobre eficiência econômica e, obliquamente, análise econômica do Direito, cumpre considerar o papel precursor de Ronald Coase. Deve-se entender *The problem of social cost*, como o primeiro estudo a considerar os efeitos econômicos das decisões judiciais, bem como a inconsciente escolha, por parte dos juízes, de critério eficiente do ponto de vista econômico. Nesse sentido, Ronald Coase adverte:

*It would therefore seem desirable that courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decision[...]Nevertheless it is clear from a cursory study that the courts have often recognized the economic implications of their decisions and are aware (as many economists are not) of the reciprocal nature of the problem<sup>38</sup>.*

Pelo teorema de Coase, observe-se que, quando nulos ou insignificantes os custos de transação, os sujeitos envolvidos são perfeitamente capazes de corrigir as falhas de mercado, realocando **eficientemente** os recursos. Partindo do pressuposto de que as pessoas tomam suas decisões de forma a realocar eficientemente os recursos escassos, Coase procurou redefinir e reduzir o papel do Estado na economia. Em verdade, ao decidirem, as pessoas fazem-no tendo em vista maximizar seus interesses pessoais.

Ao atuarem no mercado, os agentes tendem a reduzir seus custos de transação com vistas a aumentarem seus ganhos. Assim, note-se que a teoria

---

<sup>38</sup>COASE, Ronald. **The problem of social cost**, *The journal of Law and Economics*, Chicago, vol. III, p. 19, outubro 1960.

de Coase é essencial para compreender-se o princípio da eficiência econômica em torno do qual gravita a análise econômica do Direito.

Posto esse precedente, antes de iniciar o estudo específico do princípio da eficiência econômica, é mister definir o que se entende por eficiência, em Economia. Esta nada mais é do que “*allocation of resources in which value is maximized*”<sup>39</sup>. Há dois instrumentos que ajudam a demonstrar a eficiência em questão, a saber, o conceito superior de Pareto em que alguém se torna mais rico sem o correspondente empobrecimento do outro e o conceito de Kaldor-Hicks ou potencial superioridade de Pareto, pois que o prejuízo, não excessivo, ocasionado pela transação eficiente, **pode ou não** vir a ser compensado pelos ganhadores<sup>40</sup>.

O critério de Kaldor-Hicks é o que define o princípio da eficiência econômica, enquanto retor da análise econômica do Direito, na teoria de Richard Posner. Por esse critério, a eficiência consiste na maximização da riqueza, de tal sorte que as pessoas tendem, de uma forma ou de outra, a aumentar sua felicidade. São, pois, “racionais maximizadoras de suas satisfações”<sup>41</sup>. Entretanto, cabe explicitar que riqueza é não só o maior luxo, mas também lazer, conforto, medicina moderna, oportunidades de expressão e realização pessoal, consoante a visão do juseconomista norte-americano<sup>42</sup>. Trata-se de conceito amplo que envolve toda uma gama de desejos e anseios das pessoas a fim de possuírem uma vida mais satisfatória.

Sublinhe-se que a teoria posneriana tem por fundamento a explicação e compreensão do mundo, tal como é, não se preocupando em torná-lo melhor. Aderindo à abordagem positiva da análise econômica do Direito, Posner pretende estudar o comportamento regulado pelo sistema legal e a estrutura do sistema em si, o que materializa, ao eleger como norte de sua teoria, a eficiência econômica. Demonstra que as regras, as instituições e tudo o mais a que se refere o *common law* visa à eficiência. Segundo o professor de Chicago, “*the common law appears to be an engine of wealth maximization*”<sup>43</sup>.

Defende Posner a idéia de eficiência, enquanto único valor social importante que o sistema consuetudinário na elaboração da lei pode promover, visto que a justa distribuição de riqueza e outros fatores de justiça acres-

<sup>39</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 4<sup>a</sup>. ed. Boston: Little, Brown and Company. 1992, p.13.

<sup>40</sup> POSNER, *Economic*..., p.14.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p.17 (tradução nossa).

<sup>42</sup> *Ibidem*, p.16.

<sup>43</sup> POSNER, *Some uses*..., p.291.

centariam subjetividade e incerteza ao processo judicial. É fim precípua da teoria, ao escudar-se na eficiência econômica, atingir objetividade e segurança no momento da decisão judicial, tendo em vista o regime de *common law*. No entanto, a este não se reduz o critério de eficiência econômica, já que o próprio Posner acaba por aplicá-lo, também, ao *statutory law*.

*The theory is that the common law is best explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they, as we shall see, are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis.*<sup>44</sup>

Pelo exposto, interessa destacar que Richard Posner elegeu o critério da eficiência econômica como o único a ser levado em conta no momento da decisão judicial. Esta deve ter por fim a maximização da riqueza, despojando-se de quaisquer outros valores e princípios que não se coadunam com a certeza e objetividade fundamentais a um mais preciso processo judicial. É, pois, relevante ter em mente que o liberalismo norte-americano acentuado acaba por influir na escolha desse único valor a garantir, *grosso modo*, ao mais eficiente ganho de causa.

Outro expoente da análise econômica do Direito, Guido Calabresi, assume, em alguns pontos, postura divergente da supradescrita. Ora, assim como Posner, Calabresi vislumbra a eficiência econômica, como valor essencial, para nortear as decisões judiciais, isto é, para interpretar o Direito. Em verdade, ambos os juristas concordam no fim único que guia as pessoas, de um modo geral, a maximização da riqueza. Todos buscam maximizar suas riquezas. No entanto, Posner afirma que a maximização da riqueza do indivíduo acaba por gerar a *social wealth*, em consonância com a Escola Econômica de Chicago, extremamente liberal. Em contrapartida, Calabresi adiciona ao critério de maximização de riqueza a questão da distributividade. Ora, para o professor em apreço, é mister implementar a distribuição dessa

riqueza maximizada. Há, pois, outros valores a serem considerados no momento de decidir.

Conclua-se que a escola de Calabresi aceita a possibilidade de intervenção do Estado a fim de sanar falhas de mercado e, por isso, admite outros valores a integrarem o conceito de justiça, além da eficiência econômica<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> POSNER, *Economic...*, p.23.

<sup>45</sup> MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho: una reconstrucción teorica.** Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994, p. 61.

Segundo Dworkin, “*Calabresi speaks of a trade-off or mix, not between justice and cost reduction, but between total wealth and its distribution*”<sup>46</sup>, o que reforça a inicial idéia de conciliação entre maximização da riqueza, isto é, eficiência econômica e distributividade. Este parece, pois, ser o ponto distintivo marcante entre as duas escolas.

Entretanto, é interessante, ainda, apontar que, enquanto a escola posneriana defende a abordagem positiva da análise econômica do Direito, Calabresi constrói o prédio de sua teoria econômica sob o ponto de vista normativo. Ao invés de explicar o mundo tal como é, intenta-se melhorá-lo, operar mudanças a fim de atingir-se a almejada justiça, com eficiência econômica e *distribution*. Assim, a preocupação, para tal autor, é o comportamento regulado que desempenha importante função na formulação de políticas e contribui para a análise econômica normativa do Direito<sup>47</sup>.

É correto dizer que ambas as teorias, apesar de apresentarem objetivos diversos e soluções distintas, buscam dar ao sistema jurídico fundamento econômico, o que logram fazer bem na medida em que expõem o critério da eficiência econômica como essencial à realização do sistema de direito. Dúvidas não há de que a lógica do mercado e do direito são uma e mesma coisa. Assim, ao adotar a teoria econômica, o Direito converte-se em meio, instrumento para se atingir a eficiência econômica que passa a ser a norma pilar do sistema.

*Asumiendo sus dogmas fundamentales, esto es, el paradigma del homo oeconomicus, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como único valor social, la economía se convierte en principio de explicación y justificación última de toda decisión.*<sup>48</sup>

Ao estudar a eficiência econômica, resta claro que, enquanto critério a permear todo o sistema jurídico, não só nas leis verdadeiramente econômicas, mas em todos os outros ramos, a relação entre Economia e Direito é patente. Todavia, é necessário convir que não há meio-termo, quando se assume a eficiência econômica, enquanto valor social isolado a fundamentar decisões e interpretar o Direito. A opção por este princípio conduz os adeptos da análise econômica do Direito, preocupados, sobremaneira, com objetividade e certeza, a não admitir quaisquer outras incursões valorativas e principiológi-

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1<sup>a</sup>. ed. Great Britain, Oxford: Alden press, 1996, p. 267.

<sup>47</sup> POSNER, *Some uses...*, p. 281.

<sup>48</sup> MERCADO PACHECO, *op. cit.*, p.36.

cas que possam comprometer tais fins. Pode-se, por isso, ousar dizer que eficiência econômica é o alicerce único da análise econômica do Direito, tornando-a factível, singular e aplicável.

Por essa perspectiva apresentada, o fim único do Direito, para Posner, é a eficiência econômica, isto é, ao Direito compete maximizar a riqueza, seguindo, pois, os passos do mercado, a lógica econômica. É importante princípio retor na interpretação econômica do Direito, conquanto contestado e criticado por muitos. Afinal, o professor de Chicago acabou por reduzir todo o sistema jurídico a esta única finalidade, *wealth maximization*.

Apesar de reducionista a visão de Posner e Calabresi acerca da eficiência econômica, não se pode negar a importância do estudo desse princípio para a análise antitruste. O princípio da eficiência econômica consiste na formulação de políticas públicas e privadas dos agentes econômicos com vistas a implementar uma melhor alocação de recursos e o bem-estar coletivo. A maximização de riquezas a que se referem os juristas norte-americanos deve ser entendida, no contexto brasileiro, como desenvolvimento de novas tecnologias, exploração racional de recursos naturais, adequado tratamento da mão-de-obra humana e aumento de produtividade.

É incorreto acreditar que a eficiência econômica se presta a atender interesses individuais egoísticos. Em verdade, o princípio da eficiência econômica, uma vez transposto para o ordenamento jurídico, visa a juridicizar políticas públicas e privadas racionais, razoáveis e factíveis cujo objetivo comum seja o bem-estar coletivo. Não se iluda que a eficiência, assim definida, seja aquela exposta pelos teóricos estadunidenses, mas é a que melhor se encaixa ao sistema jurídico brasileiro, à realidade social e ao grau de desenvolvimento econômico.

#### 4. DAS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Dentre as críticas dirigidas ao princípio da eficiência econômica, bem como aos seus teóricos, destaca-se a de Ronald Dworkin, como um dos opositores mais cépticos em relação a essa nova forma de interpretar-se o Direito. Dworkin contesta, em princípio, o fato de que a sociedade maximiza sua riqueza na medida em que a soma de todos os valores individuais é tão alta quanto possível. Na concepção do filósofo, não é esse o retrato da realidade. Todavia, o ponto alto de toda sua crítica reside na afirmação posneriana de que a maximização de riqueza é o único valor a ser levado em conta pelo julgador, isto é, "*wealth maximization [...] is nevertheless a component that courts should be asked single-mindedly to pursue, leaving other components*

*to other institutions*”<sup>49</sup>. Será essa a melhor maneira de obter-se o justo ou o certo?

Em seguida, indaga Dworkin se se pode considerar a maximização de riqueza um componente de valor. A preocupação dworkiniana não é se a sociedade que adotar a análise econômica do Direito produzirá modificações, com correspondentes melhoras nas riquezas, mas sim se tais mudanças seriam um aprimoramento de valor. Ressalte-se que a negativa da maximização da riqueza, enquanto componente de valor, a que procede Dworkin, sedimenta-se, a partir do momento em que o próprio Posner desvincula a riqueza da utilidade, tal qual definida pelos filósofos utilitaristas. Em suma, retira a maximização da riqueza do âmbito de uma teoria de valor.

*Once social wealth is divorced from utility, at least, it loses all plausibility as a component of value. It loses even the spurious appeal given to utilitarianism by personification of society [...] first, it's not true that an individual is necessarily better off if he has more total happiness over his life without regards to distribution [...] second, society is not related to individual citizens as an individual is related to the days of his life. The analogy is, therefore, one way of committing the ambiguous sin of “not taking seriously the difference between people”*<sup>50</sup>

É evidente que *social wealth*, enquanto fim em si, não atende aos reclamos da justiça, enquanto valor, que leva em consideração as diferenças entre as pessoas e a distribuição. Ao afirmar Posner que aumento na riqueza conduz, necessariamente, à maior felicidade, esquece-se de que esta pode não vir acompanhada do aspecto monetário, porquanto é ele mesmo quem define riqueza como algo mais do que dinheiro ou luxo. Na visão dworkiniana, pode a riqueza monetária até pôr em perigo outras preferências a que vise o ser humano<sup>51</sup>.

Não admite, além dessa chamada posição imodesta de Posner, a modesta postura de Calabresi que adota o *trade-off* entre justiça e maximização de riqueza.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1<sup>a</sup>. ed. Great Britain, Oxford: Alden press, 1996, p. 241.

<sup>50</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 245.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 245.

[...]when people speak of a trade-off between justice and social wealth, they use “justice” to refer to only part of what that word means in ordinary language and in political philosophy - that is, they use it to refer to the distributional and meritocratic or desert features of justice in the wider sense.<sup>52</sup>

Para Ronald Dworkin, maximização de riqueza, acrescida ou não do conceito de justiça, não pode ser considerada um componente de valor, o que alicerça a idéia de repulsa à teoria calabresiana, embora menos extremada do que a de Richard Posner. É, pois, ilusão acreditar-se que a maximização da riqueza, enquanto único valor, será capaz de implementar mudanças na *common law*<sup>53</sup>.

Ademais, insiste Dworkin na idéia de que a análise econômica, ao eleger o critério da eficiência econômica, desvincula-se de argumentos morais ao dar ou negar algum direito. Refuta o argumento posneriano de que há consentimento total dos indivíduos quanto à postura do juiz de maximizar a riqueza, alegando que se trata de *counterfactual consent* e não real consentir, pois que reside basicamente no interesse pessoal egoísta e tal é irrelevante à justificação política da aplicação do princípio<sup>54</sup>.

É mister, entretanto, salientar qual a solução de Dworkin, já que a maximização da riqueza ou eficiência econômica não o satisfaz: “*increasing social wealth does not in itself make the community better*”<sup>55</sup>. Para o filósofo, tudo o mais gravita em torno do princípio da igualdade, de tal sorte que todos têm um dever genérico de tratar os interesses dos outros com mesmo grau de importância que os deles próprios. Este é o fundamento da oposição de Dworkin:

*My argument will not recommend the economic principle in all cases in which partisans of the economic interpretation would think appropriate, however, because the egalitarian justification condemns rather than approves much of what they claim.*<sup>56</sup>

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 1<sup>a</sup>. ed. Great Britain: Fontana press, 1991, p 289.

<sup>56</sup> DWORKIN, Law's..., p.302.

É necessário, pois, minimizar a desigualdade da distribuição da riqueza a que chegamos, o que se infere da doutrina dworkiniana. Além disso, a preocupação do filósofo é eminentemente principiológica, devendo-se, pois, implementar mudanças em nível legislativo, mas, uma vez feita a escolha legal, é mister entender a lei como integralidade a envolver tanto os direitos explícitos quanto os **princípios implícitos** a serem levados em conta no momento de decidir.

Não menos enfático em sua oposição à doutrina econômica do Direito é John Rawls. Este desenvolve a teoria da justiça enquanto equidade, entendendo-a como verdadeira concepção política e não metafísica. Visa, pois, a teoria da justiça, como equidade, a manter a estrutura de base da “democracia constitucional moderna”, isto é, as instituições políticas, econômicas e sociais<sup>57</sup>. É Catherine Audard quem, na introdução do livro *Justice et démocratie*, de John Rawls, aponta a severa crítica desse jusfilósofo, em seu livro Teoria da justiça, aos seguidores da teoria econômica do Direito.

*On y trouve une critique morale de la tyrannie de l'opinion publique majoritaire et de l'assimilation discutable de la société au marché idéal. La théorie économique de la démocratie et sa conception de l'opinion et de la décision publiques y sont sévèrement critiquées (TJ, p. 400-401). On est venu, dit Rawls, à privilégier l'opinion publique au moment de prendre une décision, comme on privilégierait l'opinion du consommateur. “La nature de la décision prise par le législateur idéal n'est donc pas matériellement différente de celle d'un entrepreneur décidant comment maximiser son profit en produisant telle ou telle marchandise ou de celle d'un consommateur décidant comment maximiser sa satisfaction par l'achat de telle ou telle série de biens”(TJ, p. 53).<sup>58</sup>*

Segundo John Rawls, é necessário que a concepção da justiça, enquanto questão política, não seja meio para reforçar a idéia reducionista dos ultra liberais que entendem a sociedade funcionando como o mercado e regulada pela mão invisível. Não é essa a política a que se refere Rawls, o que prova a sua negativa à interpretação econômica do Direito, pois assume visão

<sup>57</sup>RAWLS, John. **Justice et démocratie**. 1ª. ed. Paris: *éditions du Seuil*, 1993, p. 207.

<sup>58</sup>RAWLS, *op. cit.*, p. 24.

mais abrangente da sociedade e das formas de empreender justiça. Consoante Rawls, “*une société bien ordonné par la théorie de la justice comme équité n’est pas une ‘société privé’ car les citoyens y ont effectivement des fins ultimes en commun*”<sup>59</sup>.

Longe de ter uma visão econômica do fenômeno jurídico, Rawls descarta a questão da luta de classes e explicita a sociedade como uma tentativa de cooperação, tendo em vista o bem-estar comum. Não acredita na maximização da riqueza, sem que haja intervenção. Ademais, advoga a idéia de que não há critério único de arbitragem, o que elimina a eficiência econômica como norte de decisões judiciais, mas sim verdadeira busca de um resultado equitativo a justificar modificações substanciais a cada novo caso.

Conclui-se que o fundamento em Rawls é basicamente principiológico, como o de Dworkin, o que é traço marcante no constitucionalismo americano. Assim, claro está que Rawls refuta os argumentos econômicos e opta pelo fator político o qual é, *ultima ratio*, a justiça como equidade.

Não tão extremado opositor à análise econômica do Direito, exposta por Posner, é Frank Michelman, professor da *Harvard University*, que concebe a teoria posneriana como algo louvável e a considera seriamente como o meio para se enxertar uma forte influência no criticismo legal. Através de uma pesquisa objetiva e empírica, os estudiosos podem proceder ao estudo crítico das leis e da doutrina jurídica.

Entretanto, Michelman apresenta alguns pequenos reparos à teoria econômica do Direito de Posner. Afirma, de início, que o princípio da eficiência econômica, como o escopo das leis e instituições da *common law*, não caracteriza bem a teoria em apreço. Ora, segundo Frank Michelman, seria, pois, mais preciso colocar a teoria, nos termos seguintes: “*the rules, taken as a whole, tend to look as though they were chosen with view to maximizing social wealth (economic output as measured by price) by judges subscribing to a certain set of theoretical principles*”<sup>60</sup>. Na opinião do professor de Harvard, seria mais plausível que se abolisse o uso da palavra eficiência, vez que pode conduzir a visões distorcidas, como por exemplo, alguns entendem referir-se tal eficiência a preferências individuais egoísticas de qualquer tipo ou natureza.

Além disso, força é convir que a crítica mais acentuada, em razão da deficiência da teoria para o caso supra, decorre do fato de que a teoria se restringe à maximização da riqueza, negando a justiça distributiva, os valores

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.312.

<sup>60</sup> MICHELMAN, Frank. **Comment on uses and abuses of economic in law**. Chicago, *University of Chicago Review*, v.46, number 2, p.308, winter1979.

humanistas e motivações outras que não se relacionem com preços, custos, benefícios, etc.

Em resposta a esse posicionamento contrário, sublinhe-se que a maximização da riqueza, enquanto fenômeno científico a guiar juízes em terreno onde prevalece o governo da escolha da lei por um indivíduo, representa verdadeiro apelo moral a encontrar certeza num campo infenso a maior subjetivismo e incertezas. Ao atribuir à maximização de riqueza o caráter de princípio, Posner sugere um verdadeiro valor social incontestável a ser aplicado no direito através da análise econômica positiva. No entanto, indaga-se se este é o único e exclusivo valor, já que o próprio professor de Chicago teme pelo abuso no que tange à doutrinação de juízes no campo econômico. Por esta doutrinação, acaba-se por privar o julgamento de valores outros de justiça, o que faz - mesmo Posner - hesitar em defender a troca de subjetividades e incertezas pela salvação do elemento econômico puro<sup>61</sup>.

## 5. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E O DIREITO BRASILEIRO

Diante de tantas críticas, é relevante, embora arriscado, considerar a possibilidade e aplicabilidade da eficiência econômica, enquanto princípio retor de interpretação, no Direito brasileiro. Obviamente, não cabe, nesse sucinto trabalho, apresentar estudo aprofundado da coerência e viabilidade de adequação da análise econômica do Direito no sistema de *civil law*. Deve-se destacar de imediato que não se pretende reduzir todo o Direito à visão econômica, como o quer Richard Posner.

No entanto, a teoria é louvável, na medida em que estabelece uma renovação nos critérios interpretativos do sistema jurídico. A eficiência econômica, como postulam os críticos da teoria, pode não ser um valor, no entanto, é instrumento que possibilita elucidar o Direito, principalmente, o Direito Econômico.

Cabe compreender o sistema econômico pelo qual optou o Constituinte brasileiro que decorre, em última instância, da realidade, do *status quo*. Trata-se da Constituição real de que nos fala Konrad Hesse<sup>62</sup> e da constituição

---

<sup>61</sup> MICHELMAN, *op. cit.*, p. 315.

<sup>62</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1ª. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991, p.11.

econômica estatutária, aventada por Vital Moreira<sup>63</sup>. Diante disso, não se pode fechar os olhos ao capitalismo vigente. É mister compreendê-lo e, sobretudo, interpretá-lo objetivamente, o que se torna possível com o princípio da eficiência econômica.

Dentro desse contexto, é mister destacar que a interpretação econômica é necessidade, quando, por exemplo, se depara com a lei antitruste que tem por dever, na expressão de Franceschini, “conciliar os interesses de maximização da riqueza social e do consumidor”<sup>64</sup>. É, indubitavelmente visão eclética, porque acresce à eficiência econômica a questão do bem-estar social. No entanto, representa passo em direção a uma nova concepção e interpretação do Direito Econômico.

Mais preciso é o professor da Faculdade de Direito da UFMG, João Bosco Leopoldino da Fonseca, que insere o princípio da análise econômica do direito, como norte na interpretação da lei de proteção à concorrência, colocando ao lado da eficiência o princípio da equidade, relacionado com a questão da justiça distributiva. Nesse sentir, afirma Leopoldino da Fonseca que “na aplicação de medidas de política econômica dirigidas a equilibrar o mercado e a preservar a concorrência, devem-se levar em conta as interimplicações desses dois direcionamentos”<sup>65</sup>. É salutar a posição do professor, na proporção que cuida de adaptar a aplicação do princípio ora em estudo à realidade jurídico-brasileira.

O princípio da eficiência econômica é sustentado, ainda, no magistério de Gérard Farjat, quando este menciona o critério do *bilan économique* a guiar a interpretação do Direito Concorrencial. É esse balanço econômico medido de acordo com os atentados e inconvenientes à liberdade de empresa e à livre concorrência. Consoante Farjat, “*la Commission établit l'importance respective des éléments du bilan. Elle pèse les atteintes et les inconvénients. Puis elle s'interroge sur la proportionnalité des coûts et des avantages de la pratique incriminée*”<sup>66</sup>. Assim como no Direito francês, deve-se interpretar o direito econômico da concorrência, no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a maximização da riqueza ou eficiência econômica a que o professor

---

<sup>63</sup>MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2ª.ed. Coimbra : Coimbra editora, 1979, p. 137-138.

<sup>64</sup>FRANCESCHINI, J. I. Gonzaga & PEREIRA, Edgar Antônio. **As eficiências econômicas sob o prisma jurídico**. Revista de Direito Econômico, Brasília, n. 23, p. 33, abr./jun. 1996.

<sup>65</sup>FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência...**, p.42.

<sup>66</sup>FARJAT, Gérard. **Droit économique**. 2ª. ed. Paris : PUF, 1982, p. 522.

francês denomina balanço econômico, definido pela proporcionalidade entre os custos e as vantagens da prática anticoncorrencial.

Cabe relevar que, ao julgar um litígio concorrencial, o CADE, órgão de defesa da concorrência, não se deve afastar das balizas que o princípio da eficiência econômica estabelece quando se trata de estudar comportamentos de empresas no mercado concorrencial. Quer analisando uma concentração de empresas quer verificando um ilícito concorrencial, o órgão de defesa da concorrência não pode abrir mão desse importante instrumento de análise anti-truste, mesmo porque crítica alguma se sustentaria ao tentar expurgar a influência da eficiência no que tange aos mercados explícitos e ao comportamento econômico dos agentes numa economia de livre mercado.

Como exemplo, ao avaliar se existe uma ação predatória de determinada empresa no sentido de eliminar a concorrência e dominar o mercado, a Autoridade Antitruste deve considerar se, ao diminuir os preços, a empresa o faz tendo em vista uma atuação mais eficiente não só no mercado mas também no momento da produção ou circulação dos bens ou serviços. O mesmo deve ocorrer ao julgar o órgão do sistema brasileiro de defesa da concorrência uma determinada fusão ou aquisição. Embora haja uma certa concentração do mercado, pode-se aprovar o ato, desde que eficiências se produzam e, em última instância, gerem benefícios para o consumidor e para o mercado como um todo.

Não se trata, enfim, de aplicar o princípio da eficiência, na forma pura adotada por POSNER, mas sim no sentido apresentado acima. A eficiência, a ser implementada enquanto princípio jurídico, é a que conduz políticas públicas e privadas à busca do bem-estar coletivo. A maximização de riqueza é a que se opera com implementação de novas tecnologias, com realocação de recursos e mão-de-obra e com produtividade. Em última análise, não deixam de ser estes os requisitos constantes do inciso I, § 1º do artigo 54 da Lei 8884/94.

Pelo exposto, é esta apenas uma das várias faces da inserção do princípio da eficiência econômica em regime distinto do *common law*. De modo algum, pretende-se afirmar ser essa a única aplicação do princípio no sistema jurídico brasileiro, mesmo porque são estas as manifestações doutrinárias que se conhece, no momento, do princípio em questão. Assim, confirma-se a necessidade de melhor compreender o princípio da eficiência econômica a fim de que possa vir a ser utilizado, de forma ostensiva, na interpretação e no processo decisório brasileiro.

## CONCLUSÃO

Em princípio, é importante destacar que a concepção posneriana do princípio da eficiência econômica opera uma profunda mudança na estrutura hermética do Direito, principalmente de *civil law*. A lógica do mercado e a maximização da riqueza, enquanto critérios norteadores da decisão judicial, levantam uma nova forma de pensar e interpretar o Direito. Trata-se, nada mais, nada menos do que uma visão econômica do Direito. Nesse mesmo evoluir, enquadra-se a teoria de Calabresi que adiciona o elemento da distribuição da riqueza ao critério da eficiência econômica. Ambas as teorias econômicas em destaque cuidam de levar maior objetividade e segurança ao processo judicial. Dúvidas não há de que a análise econômica do direito representa renovação teórica e nova visão tecnocrática do sistema jurídico.

Entretanto, cautela é de exigir-se na aplicação desse princípio da eficiência econômica, tal qual aventado principalmente pelo professor Richard Posner, visto que, mesmo ao defender a eficiência econômica, enquanto critério objetivo, o professor de Chicago teme pelos abusos do econômico no Direito, bem como pelo conhecimento superficial da análise econômica do Direito que podem juntos conduzir a danos irreparáveis e muito mais nefastos que o subjetivismo e a incerteza comuns no sistema decisório anterior.

Além disso, ressaltam-se as críticas à eficiência econômica, porque servem para compreender e complementar a teoria econômica do Direito. É forçoso convir que outros valores de justiça não podem ser abandonados por completo. Mister se faz conjugar a eficiência com princípio de justiça social, respeito pela pessoa humana, de igualdade e de equidade, dado que o próprio professor Posner não pretende abrir mão de valores ético-morais no campo jurídico.

A maximização da riqueza nada mais é do que um desses valores, a despeito de mais objetivo, a ser utilizado na tomada de decisões por parte de juízes no caso concreto, orientando-os na escolha objetiva pela mais acertada solução legal. Por isso, reitera o professor de Chicago que os outros valores de justiça e equidade conduzem as decisões judiciais por caminhos infensos a subjetivismos e incertezas.

Vislumbra-se, desse modo, a polêmica de escolher-se entre maximização de riqueza e equidade ou igualdade, como defendem Rawls e Dworkin. Para tais críticos, a melhor solução não está na eficiência econômica, como princípio retor do processo judicial.

Enfim, não se deve combater o princípio da eficiência econômica, porque este é critério, ainda que não seja valor, a ser considerado quando da escolhas entre os mais variados métodos de interpretação do Direito. Serve,

pois, como instrumento de interpretação, de utilidade inegável, contribuindo para maior objetividade no julgamento e na criação da lei.

Apesar disso, não cabe entender todo o sistema jurídico em função de maximização de riquezas, porque reducionista tal visão. Todavia, negar à maximização de riquezas ou eficiência econômica importante papel na interpretação seria refutar o melhor direito e, até mesmo, um valor de justiça, já que pode vir, em uma situação, a representar a decisão mais justa e equânime e outro não poderia ser o julgamento.

### Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Del realismo al construtivismo jurídico**. 1<sup>a</sup>. ed. Barcelona : Ariel Derecho, 1988.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 1<sup>a</sup>.ed. São Paulo : Abril Cultural, coleção Os Pensadores, 1974.

COASE, Ronald. **The problem of social cost**, *The journal of Law and Economics*, Chicago, vol. III, pp. 1-44, outubro 1960.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. 1<sup>a</sup>. ed. *Great Britain, Oxford : Alden press*, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 1<sup>a</sup>. ed. *Great Britain : Fontana press*, 1991.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do Direito**. 1<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Ltda., 1994.

FARJAT, Gérard. **Droit économique**. 2<sup>a</sup>. ed. Paris : PUF, 1982.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei Antitruste**. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.

FRANCESCHINI, J. I. Gonzaga & PEREIRA, Edgar Antônio. **As eficiências econômicas sob o prisma jurídico**. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 23, pp.25-37, abr./jun. 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. 1<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre : SergioAntonio Fabris, 1991.

MERCADO PACHECO, Pedro. **El analisis economico del derecho**: una reconstruccion teorica. Madrid : Centro de estudios constitucionales, 1994.

MICHELMAN, Frank. **Comment on uses and abuses of economic in law**. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p. 307-315 , *winter*1979.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição economica. 2<sup>a</sup>.ed. Coimbra : Coimbra editora, 1979.

POSNER, Richard. **Economic analisis of law**. 4<sup>a</sup>. ed. Boston : *Little, Brown and Company*, 1992.

\_\_\_\_\_. **Some uses and abuse in economics**. *University of Chicago Review*, Chicago, v.46, number 2, p. 281 a 307, *winter*1979.

POUND, Roscoe. **Introdução à filosofia do Direito**. Rio de Janeiro : Zahar editores, 1965.

RAWLS, John. **Justice et democratie**. 1<sup>a</sup>. ed. Paris : *éditions du Seuil*, tradução de Catherine Audard. 1993.

VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**. 4<sup>ème</sup> ed. Paris : Dalloz, 1986.

## CARTÉIS

João Paulo G. Leal\*

“The variety of collusive pricing arrangements in industry is limited only by the bounds of human ingenuity” (Frederic Scherer).

### Introdução

A coordenação, entre duas ou mais empresas concorrentes, de decisões envolvendo preços, quantidades ofertadas ou adquiridas, qualidade dos produtos comercializados, localizações nas quais os mesmos são vendidos, entre outras variáveis competitivas, é denominada cartel<sup>67</sup>.

Alguns aspectos essenciais da formação de cartéis são analisados na Seção I. São eles basicamente: (i) a motivação para a cartelização e os prejuízos decorrentes para os consumidores; (ii) o incentivo para um participante de um cartel burlá-lo (“cheating”); e (iii) os obstáculos e as facilidades encontradas em determinadas estruturas de mercado para a criação e manutenção de um cartel.

---

\* Economista da Edgard Pereira & Associados. As opiniões expressas aqui são de responsabilidade do autor.

<sup>67</sup> No *Sherman Act* (15 U.S.C. §1°), a disposição legal trata a formação de cartéis nos seguintes termos: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal". Assim, independentemente da forma de manifestação e, sobretudo, em matéria de defesa da concorrência, o cartel pode ser mais brevemente definido com um acordo entre empresas rivais visando a obtenção de lucros maiores. "A cartel is an agreement among rivals not to compete and whose purpose it is to restrict output and raise the price of their product. If competition is a good thing, it follows that cartels are bad. The elimination of rivalry by firms that formerly competed is accomplished not by integration of productive facilities, as might be true in the case of a merger. Instead, the former rivals maintain separate firms but act jointly in fixing prices or establishing market division, or even both" (Breit & Elzinga; 1996:9). "An association of firms that explicitly agrees to coordinates its activities is called a **cartel**. A cartel that includes all firms in an industry is in effect a monopoly, and the member firms share the monopoly profits" (Carlton & Perloff; 1994:175).

Os cartéis são facilitados ou mesmo são viáveis apenas em mercados concentrados, isto é, nos quais poucas empresas respondem por grande parte das vendas de determinado mercado. A Seção II é dedicada à análise do processo de formação de preços nesses mercados concentrados (oligopólios).

Por fim, na Seção III faz-se uma breve apresentação dos principais instrumentos competitivos que caracterizam duas estruturas de mercado: o oligopólio concentrado e o oligopólio diferenciado.

## **I. Cartéis: uma introdução à análise econômica**

"People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices" (Adam Smith).

### **I.1. Objetivos e Efeitos da Formação de Cartéis**

A citação acima do economista inglês, reproduzida por vários autores em introduções à análise da formação de cartéis, sintetiza os objetivos e os efeitos gerais da formação de um *cartel*: as empresas envolvidas buscam viabilizar preços mais elevados ou, mais propriamente, lucros maiores, mediante a supressão da concorrência entre elas, ao passo que o principal efeito sobre os consumidores é, em última instância, a diminuição do bem-estar.

Numa situação concorrencial, qualquer tentativa por parte de uma empresa individual de aumentar preços e lucros, agindo isoladamente, provavelmente resultará em fracasso, à medida que os consumidores optarão por adquirir o produto de empresas concorrentes<sup>68</sup>. Havendo o cartel, as alternativas de consumo (a preços inferiores) disponíveis para os consumidores diminuem ou mesmo deixam de existir. Note-se que quanto maior a extensão do

---

<sup>68</sup> De uma maneira mais abrangente, supondo-se que os custos mantenham-se constantes, pode-se dizer que o aumento dos lucros nessa situação depende da elasticidade-preço da demanda da empresa em questão. A elasticidade-preço da demanda mede a variação na quantidade comercializada por uma empresa em decorrência de uma variação no preço de venda do produto. Se a queda das vendas (em termos proporcionais) for superior o aumento do preço (em termos proporcionais) tem-se uma demanda elástica e o resultado final em termos de lucros será negativo para a empresa.

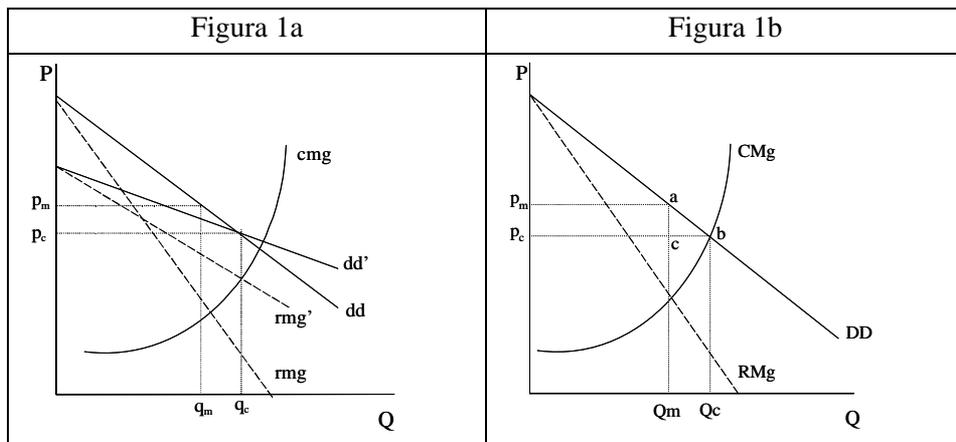
cartel, isto é, quanto maior a proporção da demanda total abarcada pelas empresas envolvidas no acordo, maiores as possibilidades de sucesso do cartel e maiores os prejuízos para os consumidores.

Essas considerações são melhor ilustradas por meio das figuras abaixo. As curvas de oferta e de demanda do mercado em questão são mostradas na figura 1b, na qual o equilíbrio do mercado a curto prazo é alcançado quando  $Q_c$  unidades são produzidas e comercializadas ao preço  $P_c$ . A figura 1a apresenta a curva de demanda individual ( $dd$ ), a receita marginal ( $rmg$ ) derivada dessa curva e o custo marginal ( $cmg$ ) de uma empresa qualquer (*firma A*). Ao preço  $P_c$  dado pelo mercado concorrencial (figura 1b), a *firma A* comercializa a quantidade  $q_c$ .

Porém essa situação não se apresenta como a que a *firma A* pode auferir lucros máximos. Produzindo e comercializando  $q_c$ , a empresa incorre em custos marginais superiores à receita marginal correspondente à curva de demanda  $dd$ <sup>69</sup>. O nível de produção que maximiza os lucros ocorre, portanto, em  $q_m$ , onde a receita marginal iguala o custo marginal e o nível de preço praticado é  $P_m$ .

---

<sup>69</sup> O conceito “marginal” significa apenas o acréscimo de uma variável qualquer (custo ou receita, por exemplo) em decorrência da variação da quantidade. Portanto, custo marginal representa a variação do custo total proporcionado por uma variação na quantidade produzida e receita marginal, a variação da receita total que resulta também de uma variação na quantidade produzida e comercializada. Na situação mencionada, na qual o custo marginal supera a receita marginal, tem-se portanto que uma redução na quantidade produzida e comercializada resultará em uma diminuição do custo total superior à redução da receita total e, conseqüentemente, em aumento dos lucros auferidos pela empresa.



Caso a *firma A* tente reduzir a quantidade ofertada, elevando o preço para  $P_m$ , a empresa, no entanto, deve levar em consideração a reação das demais empresas ofertantes, não atuando coordenadamente. Se o aumento de preços pretendido pela *firma A* não for seguido pelas concorrentes, haverá uma perda de vendas superior àquela mostrada pela curva de demanda  $dd$ . É o que ilustra a curva de demanda  $dd'$  – para níveis de preços superiores ao dado pelo mercado (supondo a não coordenação de decisões), a curva de demanda da *firma A*, que considera a reação das empresas rivais ( $dd'$ ) torna-se mais elástica do que a curva de demanda  $dd$ . Nesse caso, a *firma A* teria reduzido a quantidade para  $q_m$ , porém o preço alcançado seria inferior a  $P_m$  ou, mais precisamente, a receita marginal ( $rmg'$  derivada de  $dd'$ ) seria superior ao custo marginal ( $cmg$ ), indicando que a *firma A* não estaria maximizando seus lucros.

O resultado alcançado seria outro caso as empresas coordenassem suas decisões (como visto adiante o conluio, teoricamente rentável a todas as empresas participantes, pode sofrer sérios percalços, quando, na prática, a questão passa a ser a da “divisão do bolo”). Havendo o acordo entre as empresas e sendo bem-sucedido, a *firma A* (aqui tomada como representativa do conjunto das empresas envolvidas) fará frente à curva de demanda  $dd$  (e não  $dd'$ , tendo em vista que aos consumidores não foi dada a alternativa de aquisição do produto a preços menores ou não majorados), comercializando  $q_m$  ao preço  $P_m$ .

A figura 1b mostra o resultado do cartel da perspectiva do mercado como um todo, tendo havido uma redução das quantidades transacionadas de  $Q_c$  para  $Q_m$  e um aumento do preço de  $P_c$  para  $P_m$ . As perdas para o consumidor decorrentes da manutenção do cartel são intuitivas e resultam tanto da redução das quantidades totais consumidas, quanto do aumento do preço.

O efeito combinado de perda de bem-estar do consumidor, ilustrado acima, é denominado de *excedente do consumidor* ou, nesse específico, de uma perda do excedente do consumidor<sup>70</sup>. Na figura 1b, essa perda pode ser decomposta em duas: (i) a área retangular  $P_m A C P_c$  representa a perda de excedente decorrente do “aumento do preço”, pois o consumidor paga um preço mais elevado ( $P_m$ ) para ainda adquirir  $Q_m$ ; (ii) já a área triangular ABC ilustra a perda relativa à diminuição das quantidades adquiridas, de  $Q_c$  para  $Q_m$ .

À medida que suprime a concorrência entre certo grupo de empresas e, portanto, o temor que cada uma tem de não ser seguida pela(s) rival(is) em um aumento de preços, possibilita-se a elevação dos preços (e a redução das quantidades comercializados). A contrapartida para os consumidores é a redução do excedente, do bem estar criado antes do cartel pela possibilidade de aquisição de maiores quantidades do produto a menor preço.

## I.2. "Fraudando" o Cartel

Existem vários obstáculos à constituição e à manutenção de um cartel, alguns dos quais serão melhor analisados no próximo item. O principal deles advém, no entanto, de seu próprio êxito.

Um cartel representa a união dos interesses de um conjunto de empresas em torno da obtenção de maiores lucros, sendo que cada qual deve “contribuir” em alguma medida para a restrição das quantidades ofertadas ao mercado e assim lograr o aumento do preço vigente. Porém, o sucesso aqui representado por preço acima do nível competitivo, sob determinadas condições, constitui-se em um poderoso incentivo para que uma ou mais participantes do cartel adotem comportamentos oportunistas de “burla” ou “fraude” (“cheating”) do acordo: manter-se “formalmente” no cartel, ao mesmo tempo em que se aproveita do aumento do preço para vender maiores quantidades do

<sup>70</sup> Para uma análise mais abrangente pode-se consultar, por exemplo, Varian (1987), capítulo 14.

que aquelas previstas ou passíveis de darem sustentação ao aumento do preço<sup>71</sup>.

Em outros termos, pode-se supor, por exemplo, que o cartel estabeleça uma redução de 10% da oferta de cada uma das empresas participantes. Essa redução conjuntamente é capaz de elevar significativamente o preço, porém uma empresa individualmente considerada, ao variar sua própria oferta, não consegue alterá-lo. Nessas condições a empresa pode beneficiar-se do acordo estabelecido, burlando-o: por força da redução da oferta das demais empresas, o preço efetivamente se eleva, enquanto que a “fraudadora” mantém inalterado seu volume de vendas, usufruindo do novo preço e, portanto, de maiores lucros (superiores inclusive àqueles alcançados pelas empresas que praticam a restrição à oferta estabelecida pelo cartel).

De acordo com Scherer (1970:172-173):

“The very act of fixing the price at a monopolistic level creates incentives for sellers to expand output beyond the quantity that will sustain the agreed-upon price. The essence of the matter is illustrated in Figure 6.1 [vide abaixo]. Assume that the price is successfully raised from the competitive level  $OP_c$ , as show in the industry diagram (a), to  $OP_m$ . To sustain the increase, output must be cut from  $OQ_c$  to  $OQ_m$ . This leaves the typical party to the agreement in a situation characterized by panel (b). If it sells only a modest fraction of the total output, the individual seller may consider the collectively fixed price to be virtually parametric – that is, insensitive to its own output choices. With its output held at  $OX_m$ , its marginal cost is well below the fixed price<sup>72</sup>, and so the firm

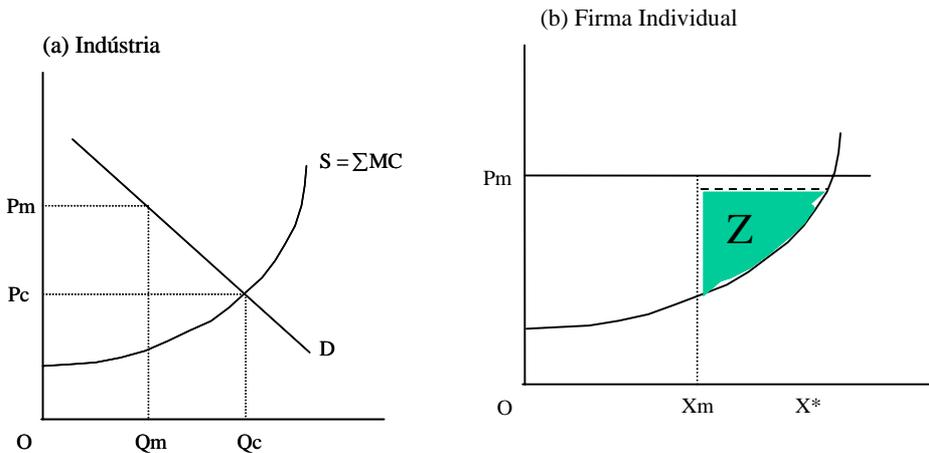
---

<sup>71</sup> É usual na literatura econômica encontrar a descrição desse tipo de comportamento sem qualquer referência à permanência *pro forma* da empresa “fraudadora” dentro do acordo. Para a compreensão de suas motivações e dos limites à “fraude”, essa distinção entre empresa que não pertence ao cartel e empresa que o “burle” é irrelevante. Porém, na perspectiva antitruste, essa distinção pode ser de suma importância, de forma que se mantém aqui a referência à “fraude” no sentido de uma empresa que pertence ao acordo e adota um comportamento contrário ao estabelecido.

<sup>72</sup> Quando certa empresa é incapaz de determinar alterações no preço praticado no mercado, ao variar suas próprias quantidades comercializadas, a receita total dessa empresa varia proporcionalmente com a quantidade comercializada, com na equação abaixo.

is tempted to break with the agreement, quote a slightly lower price (broken line), and enjoy additional business  $X_m X^*$  at chiseled prices. Its short-run profits are increased by the shaded triangular area  $Z$  in (b). Of course, if every seller were to behave in this manner, the industry price will descend from the agreed-upon monopoly value to the level of all producers' marginal cost, where no further incentive for output expansion remains”.

Figura 2 (Figura 6.1)



Obs.: A figura original foi ligeiramente modificada.

Portanto, para que esse comportamento oportunista seja possível, em primeiro lugar, como mencionado por Scherer, é necessário que a empresa

---

$RT = (p \times q)$ , sendo que  $p$  pode ser considerado constante e dado pelo mercado. Ademais a receita marginal dessa empresa é constante e igual ao preço  $p$ , qualquer que seja a quantidade comercializada:

$$RMg = \frac{\Delta RT}{\Delta q} = \frac{\Delta(p \times q)}{\Delta q} = \frac{\Delta q \times p}{\Delta q} = p.$$

Desse modo, a curva de demanda de uma empresa “tomadora de preços” (*price taker*), como em Scherer nessa citação, é uma reta constante, paralela ao eixo das quantidades e igual ao preço dado pelo mercado  $p$ .

“fraudadora” não detenha uma participação de mercado elevada, para que, ao manter as quantidades por ela comercializadas, não influa no preço vigente.

Ademais, o cartel não deve dispor de outros meios pelos quais possa ter ciência da defecção de uma das participantes. Em um sentido mais amplo, para que o oportunismo de uma empresa seja viável, o cartel não pode dispor de mecanismos eficazes de retaliação.

Carlton & Perloff (1994:190-196) relacionam alguns fatores que facilitam a detecção de comportamentos oportunistas, bem como algumas “salvaguardas” que eventualmente podem ser implementadas pelos participantes do acordo para evitar o “cheating”.

Com relação aos primeiros, maior a possibilidade de detecção da “fraude”: (i) quanto menor o número de empresas envolvidas (ou, mais precisamente, quanto mais concentrado o mercado em questão); (ii) quanto maior a disponibilidade de informações públicas ou confiáveis sobre os preços praticados (ou quantidades comercializadas); (iii) quanto menores as flutuações autônomas de preços; e (iv) quanto maior a semelhança e a concentração das vendas em poucos canais de distribuição. Entre esses fatores, um comentário apenas sobre o último. Empresas que compartilham um mesmo canal de distribuição (grandes atacadistas, por exemplo) têm probabilidade muito maior de obter informações acerca das condições de venda das concorrentes. Ao contrário, é bastante improvável que se disponha de informações acuradas sobre um bem de consumo final, cujo abastecimento ao varejo seja realizado diretamente pelo fabricante pra o varejo, por atacadistas e por revendedores independentes.

Esses elementos são de natureza estrutural, isto é, dizem respeito fundamentalmente às características do(s) produto(s) envolvido(s) e podem ou não facilitar a manutenção do cartel pela prevenção à “fraude”. Porém, há também mecanismos internos à operação do cartel que podem favorecer o cumprimento do acordo<sup>73</sup>. Entre estes vale destacar a utilização de “cláusula de nãoção mais favorecida” e o estabelecimento de “trigger prices”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> “Unless a cartel can detect violations of its price-fixing agreement and prevent reoccurrences, member firms engage in secret price-cutting (or output expansions) that destroys the cartel. Although economists and lawyers understand a number of mechanisms that aid cartels in enforcing their agreements, the most successful cartel agreements and their enforcement mechanisms may be unknown” (Carlton & Perloff; 1994:194).

<sup>74</sup> Esses mecanismos são aqui referidos a título de exemplificação e não esgotam os meios possíveis de prevenção à redução secreta de preços. Como mencionado por Stigler (1964:42-43), “a method of eliminating secret price cutting is to assign each

A “cláusula de nação mais favorecida”<sup>75</sup>, aplicada a determinados contratos de venda por força de acordo entre empresas concorrentes, cria um importante mecanismo de garantia à observância do termos do acordo. Em se tratando de produtos e/ou serviços comercializados mediante contrato de longo prazo, cada participante do cartel pode assegurar a utilização de um dispositivo contratual que garanta ao cliente que o preço praticado não será superior ao de qualquer outro cliente e que qualquer redução verificada será estendida ao “cliente mais favorecido”.

“This rebate mechanism created a penalty for cheating on the cartel: If either company deviated from the agreement by cutting its price, it would have to cut prices to all previous buyers as well” (idem, 1995:195).

Presume-se, obviamente, que a vigilância quanto à utilização dessa cláusula em contrato seja mais fácil do que a obtenção da informação sobre o preço propriamente, o que não necessariamente ocorre. Já o estabelecimento de *trigger prices* ou preços de referência ou de gatilho parece constituir-se em um mecanismo mais eficiente, por independer da obtenção de informações de terceiros. De acordo com Carlton & Perloff (1994:195):

“All cartel members could agree that if the market price drops below a certain level (called a **trigger price**), each

---

buyer [ou grupo de clientes] to a single seller. If this can be done for all buyers, short-run price cutting no longer has any purpose”. Ou ainda: “Fixing market shares is probably the most efficient of all methods of combating secret price reductions [...] With inspection of output and an appropriate formula for redistribution gains and losses from departures from quotas, the incentive to secret price cutting is eliminated. Unless inspection of output is costly or ineffective (as with services), this is the ideal method of enforcement, and is widely used by legal cartels. Unfortunately for oligopolists, it is usually an easy form of collusion to detect, for it may require side payments among firms and it leaves indelible traces in the output records” (idem, p. 42).

<sup>75</sup> Do inglês *most-favored-nation clause*. Carlton & Perloff (1994:195) utilizam essa denominação para contratos firmados entre a empresa cartelizada e respectivo cliente que estabeleçam que o preço de venda não é superior ao praticado para qualquer outro cliente. Originalmente o termo foi empregado em relações internacionais de comércio, garantindo a multilateralidade de concessões estabelecidas entre signatários do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio e da Organização Mundial de Comércio.

firm will expand its output to the precartel level; that is, all firms will abandon the cartel agreement. In this case, a firm that cuts its price might gain in the extremely short run, but would lose in the end due to the destruction of the cartel by this redetermined punishment mechanism”.

A lógica, enfim, repousa sobre a própria racionalidade econômica do cartel: toda empresa dispõe de informações sobre o preço de mercado; agindo coordenadamente todos ganham; o “free riding” é “punido” com a dissolução do acordo e, conseqüentemente, com o retorno ao nível de preços anterior. Porém, quaisquer mecanismos coercitivos que sejam criados, quaisquer estratégias de vigilância e de punição entre empresas cartelizadas trazem subjacente, de uma perspectiva mais ampla, o reconhecimento da *interdependência* das principais decisões envolvendo empresas atuantes em mercados concentrados. Esse fato, de suma importância para o entendimento do processo de formação de preços (paralelismo de preços) será retomado na Seção II.

Pode-se concluir, enfim, que os acordos entre empresas concorrentes, se bem-sucedidos, têm por seus próprios “méritos” natureza bastante instável: além de outras dificuldades analisadas a seguir, a elevação dos preços proporcionada pelo cartel, ao mesmo tempo em que requer certa restrição de oferta, induz as participantes do cartel a comercializar quantidades crescentes. A mesma lógica econômica que fundamenta a criação de um cartel – a obtenção de lucros maiores – pode constituir-se no incentivo para seu rompimento.

### **I.3. Criação e Manutenção de um Cartel**

Conferiu-se, no item anterior, maior destaque à “fraude” pelas próprias participantes do acordo por ser este um obstáculo endógeno e inerente à manutenção de um cartel. Porém, as dificuldades de criação e manutenção de um cartel estendem-se a vários outros fatores, alguns dos quais são analisados em seguida: (i) existência de poder de mercado; (ii) simetria competitiva entre as participantes do acordo; e (iii) condição de entrada.

#### **Poder de mercado**

Em primeiro lugar, a criação de um cartel ou, mais precisamente, para que o cartel tenha existência econômica efetiva, como um acordo capaz de

resultar em preços maiores, é condição necessária que as empresas reunidas sob o cartel detenham poder de, atuando coordenadamente, aumentar o preço (ou, abreviadamente, *poder de mercado*).

Como já mencionado (item I.1), uma empresa individualmente deve enfrentar sérios problemas para aumentar o preço de venda de seu produto ou serviço, uma vez que os consumidores têm opção de substituir o produto desta pelos das demais concorrentes. Ou ainda, qualquer empresa que intente elevar seu preço encontra-se ciente do risco de não ser seguida pelas rivais, o que pode resultar em uma perda de vendas que torne não rentável o aumento de preços<sup>76</sup>.

O mesmo se aplica ao cartel: faz-se necessário que a participação de mercado combinada das empresas integrantes do acordo seja elevada o bastante para garantir-lhe poder de mercado, sem o qual o aumento de preços levaria a perdas significativas decorrentes do desvio de vendas para empresas que não façam parte do acordo<sup>77</sup>.

Por outro lado, quanto maior o número de empresas integrantes de um acordo (digamos, para que as mesmas alcancem o poder de mercado necessário para o aumento de preços), certamente menor será a participação de mercado detida por algumas delas, o que, com visto, é um fator que facilita a adoção de comportamentos oportunistas.

Como enfatizado por Utton (1995:149), os cartéis constituídos por poucas empresas, cada qual com elevada participação de mercado, presumivelmente apresentam menores custos de administração e de monitoramento. Não se tratam apenas de custos de cada empresa ou do cartel relacionados à prevenção das “fraudes” e comportamentos oportunistas em geral. Mas também de custos tipicamente transacionais, incorridos para supressão de divergências entre as empresas participantes do cartel, como analisado a seguir.

### **Simetria competitiva entre empresas participantes**

---

<sup>76</sup> Excetuando, fundamentalmente, o caso de um monopólio, em relação ao qual, de resto, não cabe a discussão de formação de um cartel.

<sup>77</sup> Quanto maior a participação conjunta das empresas cartelizadas, a curva de demanda torna-se mais inelástica (vide Figura 1a no item I.1), ou seja, a variação das vendas é relativamente pequena diante de um aumento de preços. O contrário tende a ocorrer quando aquela participação de mercado é reduzida. A curva de demanda é elástica, devido à existência e a importância quantitativa de produtos substitutos, comercializados por empresas não cartelizadas, aos quais os consumidores podem recorrer.

Scherer (1970:171), analisando as dificuldades para a constituição de um cartel, hierarquicamente aponta que:

“First, the parties to the conspiracy may have divergent ideas about appropriate price levels and market shares, making it difficult to reach an understanding all will respect”.

O cartel, em um sentido mais amplo, representa a anulação da concorrência entre um conjunto de empresas, em busca da aferição de lucros maiores: “fixa-se” a estrutura de oferta vigente, “mantêm-se” as participações de mercado atuais e, agindo coordenadamente, cada empresa tem condições de praticar preços e auferir lucros maiores.

Porém, se o cartel (em relação ao mercado competitivo), digamos, torna “os negócios mais fáceis”, não necessariamente os faz mais lucrativos. Caso a empresa vislumbre uma força competitiva interna capaz de sobrepujar as rivais, pode ser mais rentável (para os acionistas e os administradores) lançar a empresa na disputa por maiores fatias de mercado, pela aniquilação das rivais e pela conquista de maiores lucros por suas próprias forças.

Uma empresa qualquer pode ser entendida como um conjunto de “recursos”, materiais e humanos, aplicados e organizados de forma a gerar os maiores lucros possíveis, conquistar a preferência e a lealdade do maior número possível de consumidores e, conseqüentemente, a maior participação em seu mercado de atuação. Numa palavra, uma empresa representa um certo montante de capital, materializado em certa atividade específica, buscando sua maior e perene valorização.

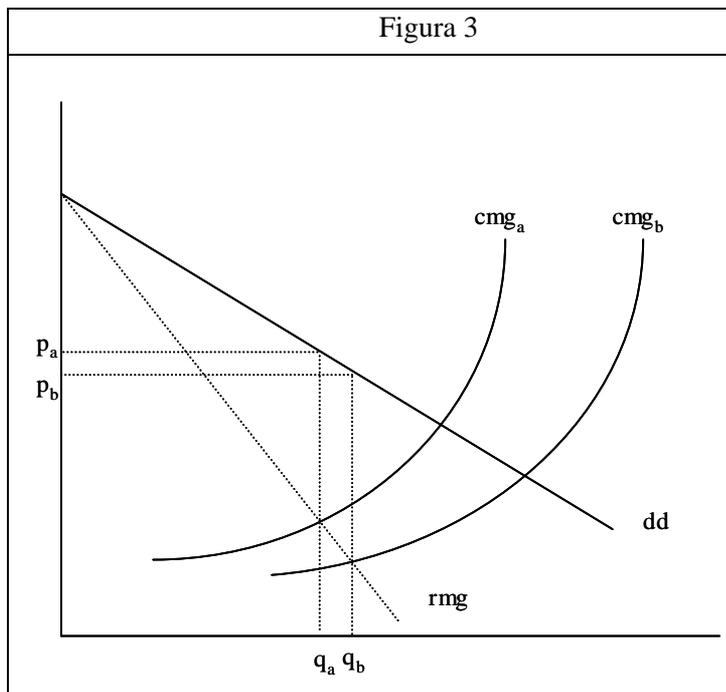
O montante de capital em si reunido numa empresa, suas formas concretas de aplicação, a própria história da empresa no mercado, enfim, um conjunto bastante amplo e complexo de fatores determina a força competitiva de um empresa, sua competitividade frente às demais concorrentes que resulta das assimetrias competitivas existentes. Em sua avaliação sobre a conveniência ou não de se aderir a um cartel depende, então, de sua competitividade

Nesse sentido, a viabilidade (e a manutenção) de um acordo entre concorrentes depende crucialmente da avaliação (e reavaliação) que cada empresa envolvida faz de sua competitividade relativa, da simetria (ou assimetria) de poder de mercado em comparação com os demais concorrentes.

Tome-se o caso, por exemplo, de possíveis assimetrias de custo entre empresas atuantes em determinado mercado. A utilização de métodos de produção mais eficientes, o acesso em condições mais vantajosas às matérias-

primas, a maior proximidade física com o mercado consumidor, enfim, há vários fatores que podem ensejar diferenciais de custo significativos entre empresas estabelecidas.

A figura abaixo ilustra a situação em que duas empresas quaisquer (*firma A* e *firma B*) possuem curvas de demanda idênticas ( $dd$ ), mas diferentes curvas de custo marginal ( $cmg_a$  e  $cmg_b$ ). Enquanto que a *firma A* maximiza seus lucros (igualando a receita marginal ao custo marginal) produzindo e comercializando  $q_a$ , a *firma B* o faz ao nível de produção  $q_b$ . Para a primeira o preço que melhor lhe convém é mais elevado,  $p_a$ , que o preço  $p_b$  que maximiza os lucros da *firma B*.



Haverá termos de acordo entre essas empresas? Multiplique-se essa assimetria pela número de participantes do acordo e ter-se-á o quadro das adversidades inerentes ao estabelecimento de critérios comuns entre empresa rivais.

Pode-se argumentar que, contanto que o preço competitivo, no exemplo acima, seja inferior a  $p_a$  e  $p_b$ , a criação do cartel será sempre preferível

à situação de livre competição. Porém, estar-se-ia anulando em parte a assimetria existente entre as empresas.

A dicotomia da empresa mais eficiente resume-se<sup>78</sup> a: (i) é mais rentável (a longo prazo) auferir lucros maiores (a curto prazo, considerando a natureza intrinsecamente instável do cartel), dando a oportunidade para que o concorrente, por exemplo, faça os investimentos que anulem o atual diferencial de custos; ou (ii) a assimetria em questão, tanto em termos absolutos quanto relativos, é suficiente para competir acirradamente visando à conquista do mercado detido pela empresa menos eficiente?

A mesma disjuntiva ocorre com relação a outras fontes de assimetria. Exemplificativamente, supondo-se perspectivas favoráveis de crescimento da demanda, a existência de graus diversos de utilização da capacidade produtiva instalada das empresas dispostas a coludir tende a criar assimetrias competitivas, ou seja, ensejam percepções distintas quanto ao potencial de ganhos futuros (tanto em termos de lucros quanto de participação de mercado). À medida que tende a “engessar” a estrutura de oferta vigente, a colusão pode não ser atrativa às (ou pode ser desestabilizada pelas) empresas com maior capacidade para atender ao crescimento previsto do mercado.

E, outro exemplo ainda, o mesmo diferencial de competitividade pode estar associado a capacitações distintas de incorporação e/ou difusão do progresso tecnológico (em termos tanto de produto, quanto de processo produtivo). Empresas que, acertada ou equivocadamente, não importa no caso, acreditem dispor de um maior potencial de implementação de uma inovação tecnológica bem-sucedida, como a difusão de uma nova técnica de produção ou o lançamento de um produto diferenciado, tendem a ser reticentes quanto à adesão a um acordo com concorrentes, justamente na medida do sucesso esperado da inovação.

A *concorrência* não é simplesmente suprimida pela existência de um acordo entre empresas. A oportunidade de ganhos e a constante avaliação de

---

<sup>78</sup> A análise, nesses termos, é bastante simplificada. Entre a colusão e a concorrência aberta há um amplo gradiente de comportamentos possíveis. Steindl (1952; especificamente no capítulo 5), por exemplo, discute os padrões de crescimento em mercados concentrados, distinguindo-os quanto ao número e a natureza dos “produtores marginais” atuantes no mercado. Nos livros básicos de economia é usual a caracterização de três tipos distintos de “equilíbrio” em mercados concentrados: (i) o alcançado mediante o acordo entre concorrentes; (ii) aquele determinado pela existência clara de uma empresa “dominante”, que impõe às demais (“tomadoras de preço”) o preço vigente no mercado; e (iii) o equilíbrio não cooperativo, mais próxima da situação de um mercado concorrencial. Vide, por exemplo, Carlton & Perloff (1995; capítulos 5 a 7 em particular).

custos e benefícios continuam presentes nas estratégias competitivas das empresas. A existência de assimetrias entre concorrentes resulta sempre na consideração pelas partes envolvidas dos respectivos níveis de poder de mercado e, conseqüentemente, na conveniência de coludir ou de disputar o domínio do mercado. Em linhas gerais, quanto maior o diferencial competitivo entre os concorrentes e quanto maior a inconstância das condições econômicas de determinado mercado, maior o potencial disruptivo latente e maior a instabilidade seja do cartel, seja do equilíbrio alcançado pelas forças de mercado.

### **Condição de entrada**

Em que pese o poderoso incentivo à formação de um cartel, sua constituição e manutenção ao longo do tempo estão sujeitas a vários obstáculos, alguns dos quais foram analisados anteriormente. Aqui passa-se à análise da *condição de entrada* de novos concorrentes como elemento importante para a viabilidade de um acordo entre concorrentes.

Uma vez superada as dificuldades internas, relacionadas a objetivos, “sacrifícios” de cada parte envolvida e mecanismos de “fraude”, a existência de um cartel deve enfrentar ainda a concorrência que pode vir a existir com o ingresso de novos competidores no mercado (*concorrentes potenciais* ou *concorrência potencial*). Como já mencionado antes, a formação de um cartel tem por pressuposto a existência de um número limitado de empresas atuando no mercado e dispostas à colusão. O estabelecimento de critérios comuns quanto a preços ou quantidades a serem vendidas, a prevenção de comportamentos oportunistas etc. tornam inviável a criação de um cartel em um mercado perfeitamente competitivo, com a presença de um grande número de empresas. Assim, por oposição ao mercado de concorrência perfeita ou pura, a cartelização está intrinsecamente vinculada aos mercados (previamente) concentrados.

A concentração dos mercados, por sua vez, está associada à presença de *barreiras à entrada de novos competidores* – aspectos econômicos e técnico-produtivos (e também institucionais, sendo que estes não serão mencionados aqui), que usualmente permitem às empresas já instaladas no mercado deter participação considerável no mercado total e auferir lucros acima daqueles observados em mercados de concorrência perfeita (*lucros normais*), sem que novos concorrentes venham a ser atraídos ou possam se estabelecer no mercado.

Esquemáticamente<sup>79</sup>, as barreiras ao ingresso de novos competidores estão associadas à presença de: (i) *economias absolutas de custo* como melhores condições (relativamente aos concorrentes potenciais) de acesso às matérias-primas, à certo tipo de mão-de-obra, à rede de distribuição, à determinada fonte de tecnologia, entre outros; (ii) *economias relativas de custo*, que resultam de maior eficiência e, portanto, menores custos pela produção e/ou distribuição em larga escala (*economias de escala*); (iii) *economias de diferenciação de produto*, isto é, vantagens relacionadas ao estabelecimento de preferências pelos consumidores em torno das marcas comercializadas por empresas já estabelecidas.

Essas barreiras, que podem estar presentes isoladamente ou combinadas entre si em determinadas *estruturas de mercado*, impõem custos de entrada aos concorrentes potenciais, favorecendo as empresas já estabelecidas. Estas podem praticar preços maiores que os competitivos sem induzir o ingresso de novos competidores, pois estes, quando avaliam a rentabilidade corrente do mercado, levam em consideração os custos de entrada mencionados. Desse modo, quanto maiores as barreiras à entrada, pode-se dizer que maiores devem ser os preços e os lucros auferidos pelas empresas estabelecidas (desconsiderando-se por simplicidade a competição entre estas).

Feitas essas considerações, pode-se retomar propriamente a análise da relação entre cartelização e condição de entrada. Como já mencionado, o acordo entre empresas concorrentes visa a possibilitar o aumento do preço acima do nível competitivo. Inexistindo barreiras à entrada de novos concorrentes, o aumento do preço é praticamente inviabilizado, mesmo quer as empresas estabelecidas atuem coordenadamente ou, nos termos de Utton (1995:148):

“The whole point of the agreement is to raise price to the monopoly level in order to enjoy the abnormal profits that result. In the absence of an effective barrier to entry the abnormal profits may be short-lived”.

---

<sup>79</sup> Vide o trabalho pioneiro de Bain (1956) e, por exemplo, Carlton & Perloff (1994:107-115, especificamente) para uma síntese.

Caso o preço conseguido pelo cartel ultrapasse o limite que induz a entrada de novos concorrentes, estes, em princípio<sup>80</sup>, ingressarão no mercado, fazendo com que as empresas já estabelecidas: (i) reduzam ainda mais a oferta, mantendo inalterado o nível prévio ao ingresso e “acomodando” o incremento da oferta proveniente do(s) novo(s) competidor(es); (ii) abandonem os “parâmetros” estabelecidos no acordo, ampliando a oferta e, nesse sentido, desintegrando o próprio cartel<sup>81</sup>.

As possibilidades de criação e manutenção de um cartel guardam relação inversa com o nível das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado em questão. Em linhas gerais, já são bastante restritivas as condições de existência de um cartel, associadas à adoção de comportamentos oportunistas e à prevenção e à punição dos mesmos; à ausência de grandes assimetrias competitivas e à estabilidade da competitividade relativa das empresas envolvidas no acordo, entre outras condições. Fazer frente às incertezas, custos e riscos inerentes à formação do cartel apenas mediante a obtenção de lucros

---

<sup>80</sup> Essas considerações devem ser vistas com cautela e, embora avancem em complexidade e fujam do escopo da presente discussão, demandam ao menos alguns comentários adicionais e não conclusivos.

As barreiras à entrada na teoria econômica são consideradas de natureza estrutural por estarem associadas à possibilidade de diferenciação de produto ou fatores associados à tecnologia de produção. Nesse sentido, a dimensão das barreiras independe da atuação das empresas já estabelecidas, atuando coordenadamente ou não, e das concorrentes potenciais. Porém, a decisão de ingresso de um novo competidor não é baseada simplesmente na avaliação da rentabilidade existente em dado mercado e nos custos de entrada envolvidos. A reação (presumida) das empresas já estabelecidas ao “desafio” posto pelo novo ofertante é fundamental para sua decisão de ingressar ou não no mercado.

Uma empresa já estabelecida, individualmente considerada, pode reagir ao ingresso de um novo competidor expandindo a oferta e, possivelmente, ensejando uma redução de preços; ampliando os esforços de venda, como promoções, descontos e propaganda, e dificultando a inserção do novo concorrente no mercado; lançando novos produtos diferenciados etc. Por certo, a adoção de comportamentos de defesa dos mercados conquistados por todas as empresas estabelecidas é natural e antecipado pelo concorrente potencial. A questão que se coloca, portanto, é se a percepção de que as empresas já estabelecidas têm agido coordenadamente exerce um efeito mais acentuado sobre a concorrência potencial. O poder de dissuasão do cartel (presumido pelo entrante) é superior à já esperada reação individualizada das empresas estabelecidas?

<sup>81</sup> “The added output contributed by such [novos] entrants either drives down the price immediately, or it forces parties to the original agreement to restrict their own outputs further in defending the price, and this in turn can evoke such dissatisfaction that the original members choose to abandon the agreement” (Scherer, 1970:173).

satisfatórios e, portanto, caso prevaleçam altas barreiras à entrada no mercado considerado.

## ii. formação de preços em mercados concentrados

“The crucial question is whether respondents’ conduct toward petitioner stemmed from independent decision or from an agreement, tacit or express. To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement. But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense. Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely” (Juiz Clark. *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corporation et al.*).

A colusão de empresas concorrentes, qualquer que seja seu conteúdo específico (fixação de preços, de quantidades ou mercados de atuação, por exemplo), faz com que decisões, anteriormente autônomas, passem a ser interdependentes. É a “tomada de consciência” de que decisões coletivas podem ocorrer em benefício dos participantes do acordo, como colocado por Carlton & Perloff (1994:178):

“A competitive firm ignores the good it does other firms by reducing its output and increasing the market price; it places no value on the gains of other firms. This gain by others is an *externality*. Working cooperatively, the cartel members gain from the output reductions of each firm. When all firm belong to the cartel, all the gains from reducing output and raising price go to the cartel. Here, the externality

created by each firm in reducing its output has been internalized by the cartel. As a result, it pays the cartel to reduce total output below the competitive level, even though it does not pay any competitive firm to reduce its output”.

Sob esse prisma, o cartel é um caso particular de mercados concentrados ou, mais propriamente, de *oligopólios*, nos quais poucas e grandes empresas respondem individualmente por parcelas substanciais das vendas totais. Num acordo, a *interdependência* é assumida como um ato de vontade, enquanto que, nos oligopólios, o peso relativo de cada empresa faz com que cada qual, sem qualquer mecanismo de combinação prévia, saiba que suas decisões quanto a preço ou vendas são necessariamente percebidas por todos os concorrentes e afetem o equilíbrio do mercado. As decisões individuais sobre preços não podem ser tomadas sem que sejam avaliadas as possíveis reações de empresas rivais<sup>82</sup>, com importantes efeitos sobre a política de preços como elemento de concorrência, como analisado adiante.

## II.1. Oligopólio e Preços

Os mercados concentrados ou, mais propriamente, o grau de concentração dos mercados guarda relação estreita, como já mencionado, com a existência de barreiras ao ingresso de novos concorrentes. Essas barreiras estabelecem custos diferenciais entre empresas estabelecidas e concorrentes potenciais, garantindo às primeiras margens de lucro superiores (*lucros supra-normais* ou *diferenciais*) àquelas que seriam possíveis de se obter em mercados perfeitamente competitivos (*lucros normais*) sem atrair o ingresso de novos competidores<sup>83</sup>.

Enquanto que os preços máximos passíveis de serem praticados são disciplinados pela concorrência potencial, reduções competitivas de preço ou, mais precisamente, a *concorrência em preço* como forma de ampliação das vendas em detrimento da participação de empresas rivais é dificultada, à me-

---

<sup>82</sup> “Each firm recognizes that its best choice depends upon the choices its rivals make. The firms are interdependent, and they are acutely conscious of it. Their decisions depend then upon the assumptions they make about rival decisions and reactions, and many alternative assumptions might be entertained” (Scherer; 1970:151)

<sup>83</sup> Note-se que esse resultado independente da existência ou não de acordo entre empresas estabelecidas e possui natureza estrutural dada pelas características técnico-econômicas constitutivas da condição de entrada, discutidas na seção anterior.

didada que as demais empresas têm sempre<sup>84</sup> condições de reduzir os próprios preços na mesma proporção, “alcançando” o preço praticado pela rival.

Em outros termos, a empresa que vislumbra a possibilidade de ganhar participação de mercado reduzindo o preço corrente deve, ao mesmo tempo, antecipar as possíveis reações dos concorrentes. A agressividade da defesa destes, isto é, possíveis movimentos competitivos de redução de preços podem resultar não só na frustração das expectativas iniciais de ganho de participação de mercado, como também em perda de lucro para todas as empresas envolvidas, caso o acréscimo das vendas totais não compense a redução dos preços médios. A chamada “curva de demanda quebrada”<sup>85</sup> ilustra a interdependência das decisões de empresas oligopolistas e seus efeitos sobre a formação de preços nesses mercados.

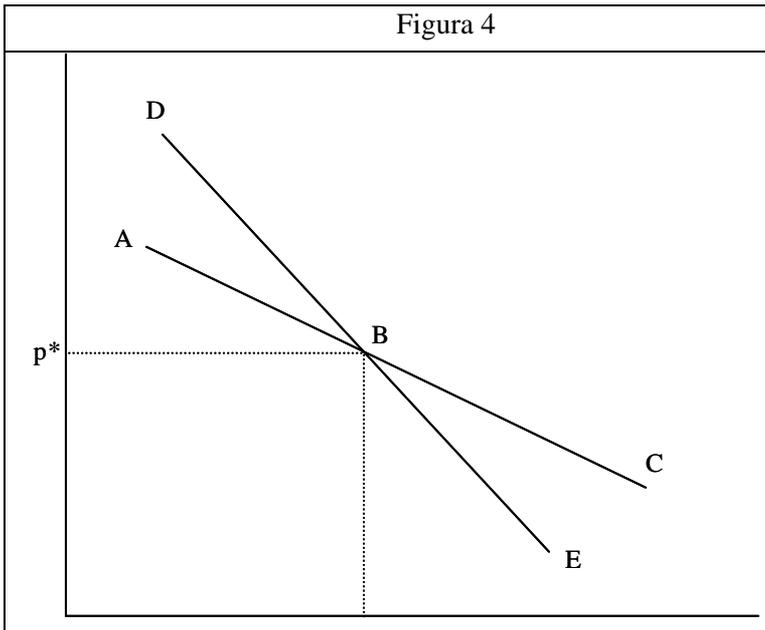
Sendo  $p^*$  o preço e  $q^*$  a quantidade comercializada correntemente pela *firma A* (vide figura 4), pode-se esperar que, diante de uma redução do preço, as demais empresas reduzam seus próprios preços visando a não perder participação de mercado. Nesse caso, a curva de demanda da *firma A* para preços inferiores a  $p^*$  é representada pelo segmento *BE*, menos elástico do que o segmento *BC*, que ilustra a hipótese de as concorrentes manterem os preços inalterados. Para a *firma A* (e para o conjunto das empresas possivelmente), a baixa elasticidade-preço representada pelo segmento da demanda *BE* torna pouco atraente a *concorrência em preço*: as participações de mercado não se alteram, não há um ganho frente às rivais e o aumento da demanda em *BE* não chega a compensar o decréscimo do preço.

Em sentido contrário, isto é, para um aumento do preço (ou redução da quantidade) da *firma A*, caso as rivais mantenham suas posições inalteradas, na expectativa de elevar suas participações, a queda esperada das vendas pode ser muito maior. Ou seja, a curva de demanda da *firma A* para preços superiores a  $p^*$  é dada pelo segmento *AB*, que apresenta elasticidade-preço maior que o segmento *DB*, caso as concorrentes aumentassem seus próprios preços na mesma proporção.

---

<sup>84</sup> Essa afirmação apresenta um grau elevado de generalidade, como mencionado na nota 78.

<sup>85</sup> De acordo com os estudos pioneiros e autônomos de Hall & Hitch (1939) e Sweezy (1939). Vide também Stigler (1947).



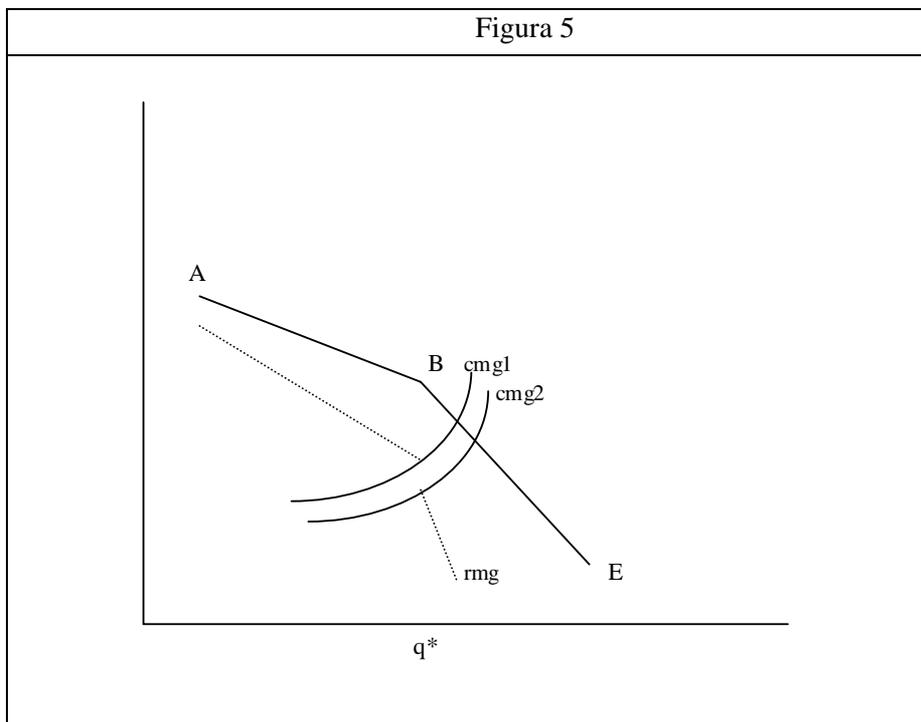
Assim, a curva de demanda esperada pela *firma A* é dada por *ABE*, com um ponto de quebra ou de inflexão em *B*, isto é, no nível corrente do preço: qualquer tentativa de redução do preço e, conseqüentemente, de elevação da participação da empresa no mercado, pode ser percebida como uma agressão pelas rivais, que, em defesa, reduzem seus próprios preços. E, ao contrário, a empresa teme que, aumentando seu preço, haja uma queda das vendas relativamente alta, resultado da fuga dos consumidores para os produtos ofertados pelos concorrentes com preços inalterados.

A curva de demanda quebrada ilustra a improbabilidade da concorrência em preço por parte de uma empresa, atuando em um mercado no qual as demais concorrentes têm condições econômicas e financeiras para reduzir os próprios preços em defesa das respectivas participações de mercado. Dada a interdependência entre empresas oligopolistas e o potencial de perda resultante da concorrência em preços, é pouco usual que esse instrumento competitivo seja utilizado de forma sistemática para elevação da participação de mercado de determinada empresa em detrimento dos concorrentes.

## II.2. Liderança e Paralelismo de Preços

A rivalidade ou a interdependência das decisões em mercado concentrados estabelece um risco acentuado quanto às decisões envolvendo preços. Há o risco, como expresso pela curva de demanda quebrada, de que um aumento de preços não seja seguido pelas empresas rivais, resultando em perda de participação de mercado e de lucros pela empresa que tentou aumentá-los. Há, também, a ameaça de que uma redução competitiva de preços seja seguida pelas demais concorrentes, mantendo inalterada as posições relativas de cada uma ou mesmo desencadeando uma guerra de preços.

Todavia, a inação não pode ser mantida indefinidamente, sobretudo quando há pressões generalizadas de custos e, em menor medida, quando há variações significativas de demanda. Considerando, mais especificamente, aumentos de custo, a figura 5 reinterpreta a curva de demanda quebrada *ABE* (como na figura 4), trazendo ainda a respectiva curva de receita marginal (*rmg*) e as curvas de custo marginal (*cmg1* e *cmg2*) de uma empresa representativa.



A “inflexão” da curva de demanda no ponto B faz com que a curva de receita marginal seja descontínua, como mostrado na figura 6. Nesse caso, qualquer que seja o nível de custos, entre  $cmg1$  e  $cmg2$ , a empresa em questão estará maximizando os lucros.

Para além das fronteiras dadas pelas curvas de custo  $cmg1$  e  $cmg2$ , uma variação de custos enseja a alteração do preço praticado. Note-se, no entanto, que a variação mencionada deve ser generalizada, isto é, que afete o conjunto das empresas estabelecidas, ainda que não na mesma proporção exatamente.

Nessas circunstâncias, haveria uma redução dos lucros auferidos e a mera reposição da situação anterior, mediante o repasse do aumento de custos aos preços, não aumentaria a atratividade do mercado em questão e, conseqüentemente, não induziria o ingresso de novos concorrentes. Porém, para que no interior do mercado não sejam desencadeados os efeitos negativos de uma mudança nos preços relativos, a aumento tende a ocorrer em simultâneo, com todas as empresas alterando os preços em proporção semelhante, de forma a manter inalterada sua posição frente às rivais.

Há alguns instrumentos pelos quais pode ocorrer a coordenação de preços sem que haja a combinação prévia entre concorrentes. No caso das empresas apresentarem custos absolutos semelhantes e, possivelmente, comercializarem produtos homogêneos (e, conseqüentemente, com preços semelhantes já estabelecidos como tal em períodos passados), a adesão tácita a uma regra de formação de preços torna menos provável mudanças significativas de preços relativos. Trata-se de estabelecer uma fórmula que relacione o preço e o custo, variando o primeiro de acordo com a fórmula sempre que o segundo se altere<sup>86</sup>. Como afirmam Viscusi *et al.*:

“In practice, there have been several devices that firms have used to solve the coordination problem. One common institution is *price leadership*. The price leader might be the largest or lowest-cost firm, though this is not always so.

---

<sup>86</sup> “These [regras ou fórmulas] typically involve some variant of the full-cost or cost-plus pricing principle, in which a ‘normal’ or desired profit margin or percentage return on invested capital is added to estimated unit costs to calculate the product price. If all firms in an industry have similar costs and adhere to similar full-cost formulas – or if a price leader uses the formula and other sellers accept its leadership – then price cutting below full-cost levels is minimized, the behavior of rivals becomes more predictable than it otherwise would be, and efficient producers are virtually assured of realizing at least ‘normal’ profits” (Scherer; 1970:185).

The identity of the leader may even change over time. The essential idea is that the leader openly announces its intention to change its price, and the other firms normally follow with similar price changes. Of course, the leader must accurately assess what price is likely to be acceptable to its rivals. If the leader is too far off the mark, some rivals may elect not to follow” (Viscusi *et alii*; 1995:117)<sup>87</sup>.

Como visto, os autores enfatizam duas questões, relacionadas à identidade da empresa-líder de preços e ao seu comportamento esperado. A empresa-líder de mercado não necessariamente é a líder de preços. Não é obrigatório que haja correspondência entre a empresa com maior volume de vendas em determinado mercado e a “empresa maior” (considerados vários mercados de atuação), do mesmo modo que não é forçoso que a empresa com menores custos de produção tenha a maior participação de mercado.

Já o comportamento esperado da líder de preços é um pouco mais previsível. O preço determinado por ela não deve ser elevado demais a ponto de induzir o ingresso de novos concorrentes, sob risco de não ser seguido pelas demais empresas já estabelecidas. Em sentido contrário, não pode ser muito reduzido, levando as empresas com maiores custos a auferirem lucros menores do que os aceitáveis.

Uma vez satisfeitas as condições para a liderança de preços e diante da ausência de qualquer acordo explícito entre empresas concorrentes, verifica-se, na prática, uma semelhança quanto à formação de preços em mercados oligopolizados, estejam as empresas atuando coordenadamente ou não. Conseqüentemente, há na análise antitruste uma dificuldade crucial em torno da distinção entre a coordenação explícita entre empresas rivais e o paralelismo de preços que resulta da interdependência das decisões (no item II.3 faz-se um breve apanhado dos principais casos nos Estados Unidos da América envolvendo o paralelismo de preços na análise da formação de cartéis). Viscusi *et al.* colocam a questão nos seguintes termos:

---

<sup>87</sup> “Price leadership implies a set of industry practices or customs under which list price changes are normally announced by a specific firm accepted as the leader by other who follow the leader’s initiatives. Wide variations are possible in the stability of the price leader’s position, the reasons for its acceptance as leader, its influence over other firms, and its effectiveness in leading the industry to prices that maximize group profits” (Scherer, 1970:176).

“Suppose that there is no evidence that firms got together and made overt agreements to fix prices; however, the firms did behave in parallel fashion by charging identical prices. The key question is whether the conspiracy can be inferred from such conscious parallelism. The importance of this issue is that oligopoly pricing often has characteristics of conscious parallelism” (Viscusi et alii; 1995:129).

Deve-se distinguir, no entanto, o oligopólio e o cartel pela natureza da incerteza quanto à estabilidade ou à fixação dos preços. No cartel a fixação de preços depende fundamentalmente da magnitude dos incentivos à “fraude” e dos mecanismos de prevenção e punição presentes em determinado mercado. Já no oligopólio, a estabilidade dos preços relativos (a não competição em preço) está associada à avaliação subjetiva que cada empresa faz de seu próprio poder de concorrer em preço e das possíveis reações das rivais.

Ademais, a semelhança entre cartéis e mercados concentrados, em geral, diz respeito a um único aspecto da concorrência, a competição em preço. Os cartéis podem ter um escopo mais abrangente, abarcando quantidades a serem comercializadas, participações de mercado, áreas geográficas de atuação das empresas, entre outros objetivos, além da própria fixação de preços.

E, ainda, se a concorrência em preços é improvável em mercados concentrados, improbabilidade não significa impossibilidade ou que as empresas oligopolistas não tenham uma disputa acirrada pelo mercado, utilizando-se, para tanto, de outros instrumentos de competição, como analisado na Seção III.

### **II.3. Cartéis e Paralelismo de Preços<sup>88</sup>**

#### **Cigarros**

A indústria de cigarros durante as décadas de vinte e trinta é um exemplo clássico de liderança preços. Tratava-se de um mercado bastante concentrado, com a participação combinada das três maiores empresas (American Tobacco, Liggett & Myers e R. J. Reynolds – *Big Three*) variando entre 68% e 90%.

---

<sup>88</sup> As considerações feitas adiante sintetizam análise realizada por Scherer (1970:177-184).

Entre 1923 e 1941, prevaleceram preços virtualmente idênticos entre as marcas básicas das *Big Three*. Houve no período 8 (oito) mudanças nas listas de preços. A Reynolds liderou 6 (seis) dessas mudanças, sendo 5 (cinco) com variações positivas e uma com variação para menor dos preços. Em cada uma dessas mudanças, a líder de preços foi seguida pelas duas outras e em alguns casos com um intervalo de 24 horas.

Em 1933, iniciativas da líder Reynolds ilustram o alto grau de coordenação estabelecido entre as *Big Three*. Em junho de 1931, enquanto que o consumo de cigarros estava declinando por força da depressão norteamericana e os preços do fumo alcançavam os níveis mais baixos desde 1905, a Reynolds anunciou um aumento no preço do Camel, de US\$ 5,64 para US\$ 6,04 por milheiro – ostensivamente para gerar receita para a promoção de nova embalagem de celofane. As outras empresas seguiram-na imediatamente.

Porém, o aumento de preços e a redução do poder aquisitivo dos consumidores pela Depressão permitiram um significativo crescimento das vendas de cigarros de menor qualidade comercializados por outras empresas, cuja participação de mercado saltou de 1% no início de 1931 para 23% ao final de 1932.

Em resposta, a American Tobacco reduziu o preço do Lucky Strikes de US\$ 6,04 para US\$ 5,29 o milheiro em janeiro de 1933 e novamente para US\$ 4,85 em fevereiro do mesmo ano. Reynolds e Liggett seguiram-na imediatamente. No mesmo período, as *Big Three* pressionaram os varejistas a manter o diferencial de preços entre as marcas-padrão e as marcas de “dez centavos” abaixo de 3 (três) centavos, e em algumas cadeias varejistas o preço das marcas-padrão caiu para 10 (dez) centavos. O ataque contra as marcas de “dez centavos” foi bem-sucedido, com a participação delas caindo de 23% em novembro de 1932 para 6% em maio de 1933. Diante disso, American Tobacco e Liggett seguiram o aumento de preços liderado pela Reynolds para US\$ 5,38 o milheiro em janeiro de 1934.

Por um apreciável período após a Segunda Guerra mundial, a American Tobacco liderou muitos ajustes de preços, em parte porque rapidamente assumiu o primeiro lugar nas vendas totais de cigarros e em parte porque a estrutura de marcas tornou-se muito mais complexa. A American Tobacco tinha o volume de vendas mais elevado em cigarros sem filtro e exerceu a liderança de preços nesse segmento. Enquanto isso, a Reynolds liderou os ajustes de preços no segmento de cigarros com filtros, no qual se concentrava a maior parte de suas vendas. Então, o *market share* da American Tobacco caiu e a Philip Morris avançou agressivamente, fazendo valer sua liderança de preços a partir da segunda posição nas vendas totais, tão logo o Marlboro tornou-se o cigarro melhor-vendido no mundo.

“Despite these changes in leadership roles and the proliferation of differentially priced king size, extra long, mentholated, and low-tar brands, there was little indication of intensified price rivalry among the cigarette makers; and profits remained well above all-manufacturing averages notwithstanding stagnant demand” (Scherer, 1970:178).

### **Automóveis**

A formação de preços no mercado de automóveis apresenta um momento crítico, quando do lançamento de novos modelos. A General Motors tem sido a líder de preços desde a Segunda Guerra mundial, mas por problemas de cronograma de lançamento os demais produtores podem ser obrigados a definir o preço de novos modelos, sem conhecer o preço da GM. Eles então tentam antecipar as decisões da GM e determinar preços compatíveis. Em caso de erro, há uma apressada retratação, reduzindo ou aumentando os preços para a desejada relação com aqueles da GM.

Embora os modelos de automóveis difiram grandemente, cada empresa preocupa-se com cada modelo para mercados específicos e cada concorrente da GM conhece a situação do modelo e de seu preço em relação ao da GM. Uma análise estatística revela que os preços de modelos semelhantes têm sido similares. No final da década de 60, a Ford cobrava US\$ 10 ou US\$ 20 a mais que o modelo *full-size* comparável da Chevrolet e a Plymouth, US\$ 40 a US\$ 50 a mais. Pequenos fabricantes como a American Motors tinham uma variação consideravelmente maior, com preços US\$ 200 inferiores aos da GM sem provocar uma guerra de preços. Entretanto, quando a Chrysler ofereceu descontos substanciais para combater a recessão de 1975, a Ford e a GM rapidamente retaliaram para proteger seus *market shares*.

“Such deviations from the pattern, it must be stressed, are exceptional; normally, adherence to General Motors’ price leadership in autos has been close” (Scherer; 1970:181)

### **Turbogeradores (turbogenerators)**

Em maio de 1963, dois anos e meio após a General Electric ter sido condenada por fixação ilegal de preços, a empresa anunciou uma nova política de preços. Tratava-se da publicação de uma lista de preços para qualquer tipo de gerador; preços que seriam corrigidos por “multiplicadores” anunciada publicamente; e o compromisso de não desviar do preços de lista corrigido pelo “multiplicador”.

Durante o primeiro ano dessa política, a Westinghouse mal-interpretou o funcionamento da lista de preços, causando a suspeita por parte da GE de uma estratégia deliberada de corte de preços pela Westinghouse. Tendo a GE reduzido o “multiplicador” de preços como retaliação, dois meses depois a Westinghouse realinhou seus preços aos níveis anteriores.

“After GE followed suit, the two companies are said to have applied identical multipliers to identical book prices on their turbogenerator bids for the next 12 years – until the practices were challenged by federal antitrust authorities” (Scherer; 1970:182).

### **III. Concorrência em Mercados Oligopolizados**

“A primeira coisa a desaparecer é a concepção tradicional do *modus operandi* da concorrência. Depois de muita demora, os economistas estão saindo do estágio em que viam apenas a concorrência em preços [...] Mas na realidade capitalista, diferentemente de sua descrição no livro-texto, não é esse tipo de concorrência que conta, mas concorrência através de novas mercadorias, novas tecnologias, novas fontes de oferta, novos tipos de organização (a grande unidade de controle em larga escala) – concorrência que comanda uma vantagem decisiva de custo ou qualidade e que atinge não a fímbria dos lucros e das produções das firmas existentes, mas suas fundações e suas próprias vidas” (Joseph Schumpeter).

O desenvolvimento tecnológico, as características formadoras das preferências dos consumidores, entre outros fatores, trouxeram consigo, de um lado, o aumento da produção de bens materiais e, de outro, a centralização de capitais para fazer frente à necessidade de investimentos pesquisa e desenvolvimento, em equipamentos mais custosos e mais produtivos e em esforços perenes de diferenciação de produto.

A concorrência capitalista, de acordo com Schumpeter, é baseada em outras estratégias, que, se bem-sucedidas, não só têm um potencial elevado de rompimento do *status quo* (ou, nos termos do autor, de “destruição criadora”), como também são responsáveis pelo progresso técnico-material da sociedade. A produção em larga escala foi tecnicamente viabilizada pelo progresso tecnológico, tendo por contrapartida econômica o surgimento de grandes empresas. Os gigantes empresariais surgiram e se consolidaram como tais a partir do lançamento de novos produtos e da introdução de novas tecnologias de produção, ampliando substancialmente o bem-estar de todos e, de quebra, amealhando lucros monopolistas enquanto outras empresas não são bem-sucedidas em imitá-los.

O poder de mercado, as assimetrias entre empresas estabelecidas, as barreiras à entrada de novos concorrentes, enfim, a concentração dos mercados é o resultado da maior eficiência alcançada na utilização dos recursos disponíveis e a força propulsora do progresso técnico. A discussão dessas questões, seja da perspectiva da teoria do desenvolvimento econômico, seja de seus impactos macroeconômicos, obviamente ultrapassa as pretensões dessa análise. Adiante, faz-se tão-somente uma breve síntese<sup>89</sup> dos principais instrumentos de competição que caracterizam duas *estruturas de mercado*: o *oligopólio concentrado* e o *oligopólio diferenciado*.

### III.1. Oligopólio concentrado

Essa estrutura de mercado distingue-se por duas características: a elevada concentração técnica da produção<sup>90</sup> e a homogeneidade dos produtos comercializados<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Para análise detalhada, vide: Tavares (1975); Guimarães (1981); e Possas (1985).

<sup>90</sup> Em determinadas indústrias a escala mínima eficiente de produção, dada pela tecnologia, pode ser bastante elevada em relação ao mercado considerado. Ocorre, nesse caso, o que se denomina concentração técnica da produção, sendo que cada fábrica em si, independentemente de sua propriedade, responde por parcela considerável do consumo total de determinado país ou mercado. Quando à concentração técnica se

A concentração técnica (e possivelmente econômica) do mercado resulta em diferenciais significativos de custo entre empresas estabelecidas e concorrentes potenciais, garantindo às primeiras *lucros diferenciais*. Isto porque o ingressante potencial sabe que o nível corrente de preços dificilmente será mantido caso decida pela ampliação de capacidade produtiva. Devido à necessidade de operação com grandes escalas de produção, a ampliação da oferta será substancial e, conseqüentemente, haverá redução significativa do preço de equilíbrio<sup>92</sup>.

Como já mencionado, a existência de lucros diferenciais entre empresas estabelecidas afasta, em condições usuais, a concorrência em preço como forma de competição nessa estrutura de mercado<sup>93</sup>. Ademais, em se tratando de mercados de produtos homogêneos, isto é, em relação aos quais os consumidores não têm preferência estabelecida por marca, a competição por

---

sobrepõe a concentração econômica, isto é, duas ou mais fábricas pertencendo a um mesmo grupo econômico, tem-se que esta supera a já elevada concentração dada pela técnica.

<sup>91</sup> A análise mais detalhada sobre homogeneidade e diferenciação de produtos é realizada adiante, quando da consideração do oligopólio diferenciado.

<sup>92</sup> A curva de oferta agregada desloca-se para baixo e para a direita, fazendo com que o preço caia. O decréscimo do preço depende também da elasticidade da demanda e da reação das empresas estabelecidas: (i) quanto mais inelástica a demanda, maior o decréscimo do preço e vice-versa; (ii) caso as empresas estabelecidas tenham um comportamento de “acomodação” do ingresso de novo concorrente, reduzindo em alguma medida as vendas próprias, o decréscimo do preço será menor. Labini (1956:59) postula a manutenção do nível de produção anterior (“Se novas empresas entram no mercado, aquelas que já estão operando continuam a produzir o mesmo que produziam antes; fazem isso não só para desestimular a entrada de novas empresas, mas também porque, se reduzissem a produção, arcariam com um custo total médio maior”) como a hipótese mais provável considerada pelo entrante potencial (*Postulado de Sylos*).

<sup>93</sup> “As *indústrias oligopolistas* caracterizam-se por: 1. existência de significativas barreiras à entrada; 2. existência de diferenciais de custos, refletindo economias de escala; 3. o fato de que os produtores com custos mais elevados (as firmas marginais) têm taxas de lucro significativamente maiores que zero e apresentam certa resistência financeira. É lícito presumir que a competição por preço não tenha lugar nessas indústrias. Na medida em que todos os competidores são capazes de responder a movimentos declinantes de preços, eliminando a possibilidade de expulsar firmas do mercado e de alcançar reduções de capacidade instalada da indústria, restringe-se a eficácia da competição por preço, já que seu impacto sobre as vendas de cada firma reflete apenas o aumento justificado pela elasticidade-preço da demanda da indústria como um todo” (Guimarães; 1981:34-35).

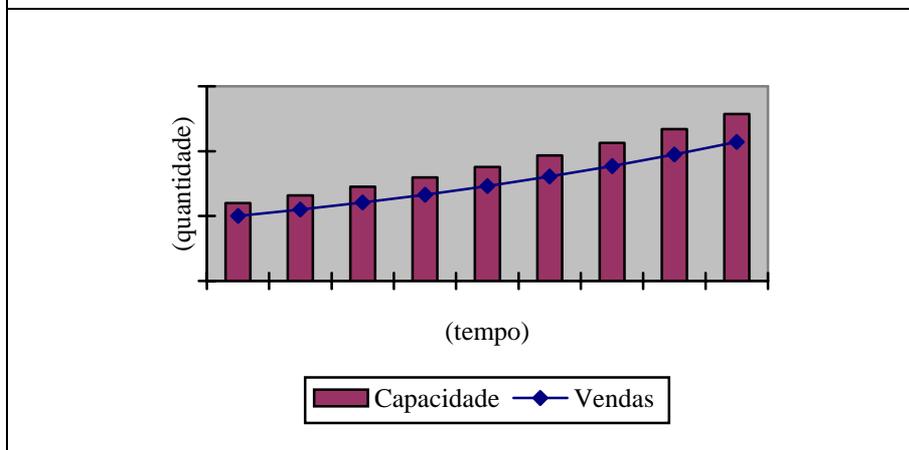
diferenciação de produto encontra-se descartada. Assim, de acordo com Pos-  
sas (1985:183):

“A disputa pelo mercado, quando for o caso, será di-  
tada pelo comportamento do investimento em face do cresci-  
mento da demanda, isto é, tanto pela introdução de novos  
processos que permitam reduzir custos e melhorar a qualidade  
do produto, quanto pela iniciativa de ampliar a capacidade an-  
tecipando o crescimento do mercado ou reagindo mais pron-  
tamente a este”.

Com relação à antecipação ao crescimento do mercado, são impor-  
tantes alguns comentários adicionais. A natureza técnica dessa estrutura de  
mercado é marcada não só pelo tamanho mínimo elevado da planta, como já  
mencionado, mas também pelo longo período necessário entre a decisão de  
investimento em ampliação de capacidade e sua materialização (período de  
maturação do investimento) e pela presença de *indivisibilidades de escala*.

A expansão da atual capacidade não se dá de forma marginal, in-  
crementando-a pouco a pouco e continuamente de acordo com, por exemplo,  
o ritmo de crescimento da demanda. Ademais, o tempo elevado de maturação  
do investimento em ampliação requer que as decisões sejam tomadas com  
antecedência em face das perspectivas de aumento das vendas. Por ambas as  
razões, é característico dos oligopólios concentrados a manutenção de *capaci-  
dade ociosa planejada* (vide figura 6), tanto em relação ao curto prazo, para  
dispor de condições para oscilações conjunturais das vendas, quanto em rela-  
ção ao longo prazo, antecipando o crescimento do mercado.

Figura 6 – Capacidade Ociosa Planejada em Oligopólios Concentrados



A capacidade ociosa planejada insere-se no padrão de competição dessa estrutura de mercado em um duplo sentido. Embora seja um custo adicional para as empresas estabelecidas, essa “reserva” pode se constituir no meio de expandir as vendas, em detrimento dos concorrentes já estabelecidos que não disponham eventualmente de capacidade para atender a um crescimento inesperado da demanda<sup>94</sup>. Com relação aos potenciais entrantes, a capacidade ociosa planejada atua como um fator de estabilização dos preços e de prevenção de entrada<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> “Neste contexto [do oligopólio homogêneo], a velocidade de resposta dos produtores ao crescimento da demanda pode ser um elemento estratégico importante na competição no interior da indústria. De fato, as firmas que reagirem mais prontamente à expansão do mercado se apoderarão do incremento da demanda, o que pode eventualmente induzir as firmas retardatárias a se absterem de investimentos adicionais de modo a evitar a acumulação de capacidade ociosa na indústria. Assim a capacidade de as diferentes firmas se anteciparem ao crescimento do mercado e aumentarem a capacidade produtiva na frente da demanda corrente, ganhando terreno sobre seus competidores, pode determinar a distribuição do acréscimo de demanda entre os diversos produtores e definir aqueles que não conseguirão realizar seus potenciais de crescimento”. (Guimarães; 1981:51).

<sup>95</sup> “A conveniência de evitar a entrada de novos competidores fará, provavelmente, com que os produtores estabelecidos reajam o mais rápido possível a qualquer au-

Na citação acima de Possas, o autor menciona a introdução de melhorias tecnológicas (de produto e de processo) como elemento importante de competição em oligopólios homogêneos.

A redução do custo de produção proporcionada por uma inovação técnica bem-sucedida pode criar, dependendo de sua importância, uma significativa assimetria de custos entre a empresa inovadora e demais empresas estabelecidas (e, é claro, concorrentes potenciais). Aos custos menores correspondem, mantido inalterado o preço de equilíbrio do mercado, lucros maiores para a empresa inovadora e, conseqüentemente, maior disponibilidade de recursos para, eventualmente, a deflagração de uma *guerra de preços*.

De uma perspectiva privada, a inovação tecnológica ou, em termos mais abrangentes, uma significativa assimetria de lucros no interior de um oligopólio homogêneo traz importantes desdobramentos sobre sua dinâmica competitiva. De acordo com Guimarães (1981:26-28; vide também Penrose, 1959), o montante de lucros retidos por uma empresa (ou seja, já descontados os lucros distribuídos como dividendos), assim como as reservas de capital mantidas para depreciação definem a *acumulação interna* da empresa. Essa, por sua vez, cria as condições de acesso a um montante maior de recursos de terceiros (seja mediante recursos de terceiros, seja por acesso ao mercado de capitais), delimitando o *potencial de crescimento* de uma empresa. Quanto maior a assimetria de lucros encontrada em determinado mercado, maiores serão as diferenças entre empresas estabelecidas em termos de potencial de crescimento.

A realização desse potencial de crescimento guarda relação estreita com o ritmo de expansão do mercado de atuação da empresa. Em linhas gerais, quanto maior a taxa de crescimento do mercado, menor a tensão competitiva entre empresas estabelecidas. De fato, nessa situação a realização do potencial de crescimento, isto é, a realização de investimentos em ampliação de capacidade visa a assegurar não só a participação no mercado, como também prevenir o ingresso de novos concorrentes, cuja avaliação do mercado é favorecida por seu crescimento.

Ao contrário, quando o potencial de crescimento das empresas estabelecidas excede as possibilidades de investimento no interior do próprio mercado, a competição tende a se acirrar. As empresas mais favorecidas para o enfrentamento da concorrência são justamente as que usufruem de assimetrias de lucros. Se, de um modo geral, a competição por preço é um instrumento pouco usual de elevação de participação de mercado em oligopólios

---

mento da demanda, ou mesmo se antecipem ao crescimento do mercado, expandindo sua capacidade produtiva além da demanda corrente” (Guimarães, 1981:50).

concentrados, o que é dado pelo reconhecimento de que a empresa rival dispõe de condições semelhantes para enfrentar uma guerra de preços<sup>96</sup>, esse instrumento de elevação de participação de mercado não pode ser descartado quando da presença de significativas assimetrias de lucro, as quais se encontram usualmente associadas à introdução de uma melhoria tecnológica.

Do exposto anteriormente, ainda que de maneira bastante sintética, depreende-se que a estrutura de oferta (e preços relativos) em mercados de oligopólio homogêneo tende a apresentar grande estabilidade, sendo alterada pelo melhor aproveitamento das possibilidades de crescimento do mercado e, principalmente, pela introdução de melhorias tecnológicas que levem a ganhos substanciais de competitividade. A concorrência na acepção usual do termo (competição em preço) está associada à inovação tecnológica, à medida que essa seja geradora de lucros diferenciais (vantagem decisiva de custo ou de qualidade, nos termos de Schumpeter) capazes de alterar significativamente a correlação de forças no interior do mercado ou, dito de outro modo, a percepção da empresa inovadora e das rivais quanto à possibilidade de êxito em caso de engajamento em uma acirrada competição por preço (guerra de preços).

### **III.2. Oligopólio diferenciado**

Nesse tipo de estrutura de mercado a estratégia de competição é fundamentalmente orientada para a contínua diferenciação de produto e, conseqüentemente, para o estabelecimento de preferências pelos consumidores em torno do produto (ou marca) comercializado pela empresa. Em oposição à

---

<sup>96</sup> Alternativamente, e é claro que não se pode aqui precisar as condições para que essa ou aquela decisão seja adotada, a empresa inovadora, face a um ritmo de crescimento do mercado aquém de seu potencial de crescimento das empresas estabelecidas, pode dar vazão à sua capacidade de investimento mediante a diversificação de sua atividade produtiva, em termos de mercados de produtos e/ou de mercados geográficos de atuação, ou a aquisição de empresas mais frágeis, normalmente de menor porte “A aquisição de firmas marginais na indústria pode constituir, no entanto, um escadouro para a acumulação interna das grandes firmas oligopolistas. Há razões para induzir os proprietários de uma firma marginal a vendê-la, apesar de não estar ameaçada de expulsão da indústria ou mesmo de redução mais significativa de sua taxa de lucro. Por exemplo, se pela simples compra e operação de uma firma menor, a firma grande pode alcançar uma redução dos custos de produção da unidade adquirida, o valor atual dos lucros esperados da firma marginal será maior para a firma grande do que para seus proprietários” (Guimarães; 1981:51-52).

presença de economias de escala, indivisibilidades técnicas ou esforços inovativos voltados para o desenvolvimento de tecnologias de processo, que caracterizam o oligopólio concentrado<sup>97</sup>, esses mercados tem por aspecto estrutural característico a *vocação para diferenciação de produto*. Como enfatizado por Guimarães (1981:37-38):

“O sucesso de uma diferenciação de produto inovadora – vale dizer, a introdução de um produto novo do ponto de vista do mercado<sup>98</sup> – depende de que os consumidores potenciais o considerem melhor (em geral, ou para usos específicos, ou a determinado preço) do que os produtos existentes. Nesse sentido, o ponto central refere-se aos critérios segundo os quais o produto é avaliado por compradores potenciais. As mercadorias podem ser classificadas de acordo com o número de critérios utilizados pelos consumidores para escolher entre produtos substitutos. Os compradores podem basear sua escolha em uma única característica do produto como, por exemplo, o poder calorífico do carvão. Essa escolha pode ser descrita como baseada em critério unidimensional de avaliação, caracterizando portanto um produto unidimensional. Por outro lado, vários aspectos podem ser levados em consideração pelos compradores; por exemplo, como no caso de um automóvel, custo de manutenção, desempenho, conforto, valor estético e eficácia como um símbolo de *status*. Essa escolha, baseada em critério de avaliação de múltiplas dimensões, revelaria um produto multidimensional”.

---

<sup>97</sup> Note-se que se faz referência aqui, por simplicidade, unicamente às estruturas oligopólicas concentradas e diferenciadas, cabendo ainda distinções mais detalhadas de forma a incorporar as estruturas denominadas mistas (oligopólio concentrado-diferenciado), como sugerido por Possas (1985: 189-191). Por outro lado, economias de escala de alguma importância devem caracterizar também o oligopólio diferenciado, distinguindo-o da *indústria competitiva diferenciada* (Guimarães; 1981:56-59) e aproximadamente do *mercado competitivo* (como descrito por Possas; 1985:193-194).

<sup>98</sup> Para fins de análise de defesa da concorrência, diferentemente da abordagem original do autor citado, deve-se enfatizar que a diferenciação de produto não representa necessariamente a introdução de um produto novo, o que poderia qualificá-lo como pertencente a um outro mercado relevante, mas apenas mudanças em aspectos físicos e/ou subjetivos do produto, que o distinguem aos olhos dos consumidores ou, na falta de expressão melhor, que o tornam diferenciado.

Produtos unidimensionais, cuja característica distintiva possa ser avaliada objetiva e facilmente pelos consumidores (como vários produtos químicos por exemplo, que estão sujeitos à determinada norma técnica e a sistemas de controle de qualidade), ensejam menores possibilidades de diferenciação. No outro espectro, quanto maior o número de critérios pelos quais os consumidores avaliam um produto e maior a subjetividade desses critérios, tanto maior a possibilidade de diferenciação do produto.

A vocação para a diferenciação de produto refere-se, assim, a um elemento (ou elementos) estrutural do produto comercializado em determinado mercado, o qual, mediado pelas relações subjetivas da mercadoria com os consumidores, determina a mais importante barreira à entrada de novos competidores e condiciona as estratégias competitivas das empresas atuantes em oligopólios diferenciados.

Empresas atuantes nestas estruturas de mercado realizam seus esforços de diferenciação, os quais tendem a criar e fixar certa preferência ou lealdade dos consumidores pelos produtos por elas comercializados. Os esforços de diferenciação podem estar voltados para características físicas, tais como aspectos funcionais, ergonômicos, de desenho, de segurança, de conforto do produto e, geralmente, são acompanhados por ações de “marketing”, como a propaganda, que visam a divulgação desses atributos, a difusão de uma imagem de superioridade e/ou o estabelecimento de uma maior identificação do consumidor (suas preferências e gostos) com as características/imagem atribuídas ao produto.

A diferenciação, se bem-sucedida, representa a possibilidade para a empresa de praticar um preço algo acima do preço de venda do produto concorrente, sem que haja um decréscimo de suas vendas que torne o diferencial de preços não rentável. E vice-versa. A fidelidade do consumidor a determinada marca (porque a crê de melhor qualidade, maior rendimento, mais confortável, mais bonito, não importa) faz com que o produto do concorrente possa não ser adquirido mesmo que ofertado a um preço menor ou que só seja rompida a lealdade do consumidor a um preço significativamente inferior.

A barreira ao ingresso de novos competidores nessa estrutura de mercado está associada à chamada *economia de escala de diferenciação*. As empresas estabelecidas, que ao longo do tempo realizaram gastos com “marketing” para a fixação de preferências e que diluem as despesas correntes em vendas relativamente amplas, têm vantagens de custo em relação às concorrentes potenciais. Essas, para conquistar certa fatia de mercado, devem incorrer em vultosos gastos de propaganda, por exemplo, os quais não podem ser

transferidos aos preços do produtos (*sunk costs*) para romper com a lealdade estabelecida. Somente após a conquista de participação crítica de mercado, o novo concorrente usufruirá de um volume de vendas sobre o qual poderá repassar despesas correntes de inovação de produto, publicidade, campanhas de vendas entre outros esforços de diferenciação.

A competição entre empresas estabelecidas consiste, portanto, em estabelecer com sucesso a diferenciação do produtos comercializados e implementar esforços no sentido de manter e ampliar a preferência dos consumidores. Tem-se, de um lado, a realização de gastos com publicidade e propaganda, por exemplo, reforçando a lealdade dos atuais consumidores e divulgando o produto para um conjunto maior de consumidores, na tentativa de romper com preferências já estabelecidas. De outro lado, são realizados esforços inovativos significativos, como a criação, por exemplo, de uma nova embalagem, que permita ampliar os número de consumidores leais à determinada marca ou modelo.

A concorrência no oligopólio diferenciado não tem o preço como uma expressão usual da rivalidade, embora não possa ser descartada. Nessa estrutura de mercado, assim como nas demais estruturas concentradas, a presença de barreiras à entrada garante às empresas já estabelecidas lucros diferenciais (vide nota 78) e, conseqüentemente, a capacidade de reduzir competitivamente o próprio preço em resposta à diminuição do preço de uma empresa rival. A competição em preço é descartada como regra geral, portanto, pela capacidade de resposta das concorrentes. Ademais, particularmente em se tratando de produtos diferenciados, a redução de preços deveria ser significativamente maior romper a lealdade de um contingente considerável de consumidores do produtos concorrentes, fazendo com que a competição em preço possa ser mais custosa ou não rentável.

Note-se que o que se designa por competição em preço não significa que o preço em si (não sua variação) não seja extremamente importante para empresas atuando em oligopólios diferenciados. Quando do lançamento de um novo produto, por exemplo, toda a estratégia de vendas depende não só das características do produto e das preferências dos consumidores identificadas ou presumidas, como também do posicionamento em termos de preços que se pretende para o mesmo. Nesse sentido, o preço em si (não sua variação) converte-se em um aspecto adicional de diferenciação de produto.

Essa é uma situação diferente da concorrência em preço no sentido da buscar a ampliação da parcela dada de mercado: trata-se, nesse caso, de reduzir o preço corrente para torná-lo relativamente menor que o das empresas rivais. No oligopólio diferenciado, a redução deve ser capaz de induzir o consumidor a experimentar uma nova marca, em torno da qual, pretende-se, seja

estabelecida uma nova relação de fidelidade. A mesma distinção pode ser feita para o oligopólio homogêneo: concorrência em preço está associada a sua redução relativamente às empresas concorrentes, ao passo que o preço em si é ainda mais importante do que no oligopólio diferenciado, pois em seu tratando de um produto homogêneo não a lealdade dos consumidores a determinada marca.

### **Considerações finais**

A teoria econômica, como bem salientou Karl Marx, está repleta de *robinsonadas*: no caso, as hipóteses que dão sustentação à teoria concorrência perfeita desfiguram o objeto de análise. Nem mesmo se pode dizer que deva ser considerado como um modelo abstrato para orientar a ação governamental na direção de um nível mais elevado de bem-estar econômico. Embora apenas mencionado nas seções anteriores, vale enfatizar mais uma vez que há um círculo virtuoso entre concentração econômica e produção ampliada de bens materiais.

Afastando-se do mundo idílico da concorrência perfeita, as certezas são raras. Os cartéis objetivam a apropriação por um grupo de empresas do excedente do consumidor, mas as dificuldades, inclusive e sobretudo as internas, para criação e manutenção de um cartel são substanciais. Antes, se circunscrita a análise à concorrência em preço, o que se verifica é que a existência ou não de um acordo de preços pode ser irrelevante para o funcionamento dos oligopólios.

As empresas usualmente travam uma disputa encarniçada pela preferência dos consumidores, pelo estabelecimento de vantagens de custo em relação aos rivais e pelo desenvolvimento de novos produtos e novas tecnologias de produção. Há, por assim dizer, os mecanismos concorrenciais que são aceitos dentro das “regras do jogo” e há a disputa em preços, cuja racionalidade está assentada numa complexa e incerta avaliação do “cacife” detido por cada uma das participantes.

Exceto quando do estabelecimento de vantagens significativas entre empresas estabelecidas, o equilíbrio dessas estruturas de mercado, oscilando entre a capacidade para elevação de preços, a concorrência potencial e a guerra de preços, é tênue e, ao mesmo tempo, valioso demais para as empresas não busquem tacitamente a aderência a alguma regra de formação de preços, que implica no paralelismo consciente de preços.

## Referências bibliográficas

- Bain, Joe (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Breit, William & Elzinga, Kenneth G. (1996). *The Antitrust Casebook. Milestones in Economic Regulation*. Harcourt Brace College Publishers, Orlando, 3ª edição.
- Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M. (1994). *Modern Industrial Organization*. Nova Iorque, HarperCollins College Publishers, 2ª edição.
- Guimarães, Eduardo Augusto (1981). *Acumulação e Crescimento da Firma. Um estudo de organização industrial*. Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- Hall, R. L. & Hitch, C. J. (1939) Price Theory and Business Behaviour. *Oxford Economic Papers*, n.º 2.
- Labini, Paolo S. (1956). *Oligopolio e Progresso Técnico*. Edição em português: *Oligopólio e Progresso Técnico*. São Paulo, Abril Cultural, 1984.
- Penrose, Edith (1959). *The Theory of the Growth of the Firm*. Oxford, Basil Blackwell, 1972.
- Possas, Mario (1985). *Estruturas de Mercado em Oligopólio*. São Paulo, Hucitec.
- Scherer, Frederic (1970). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1980 (2ª edição).
- Schumpeter, Joseph (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres, George Allen & Unwin, 5ª edição. Edição em português: *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo, Zahar Editores, 1984.
- Steindl, Joseph (1952). *Maturity and Stagnation in American Capitalism*. Edição em português: *Maturidade e Estagnação no Capitalismo Americano*. São Paulo, Abril Cultural, 1983.
- Stigler, George (1947). "The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices". *Journal of Political Economy*. Vol. LV, nº 5; reimpresso em: *The Organization of Industry*. Chicago, The University of Chicago Press, 1968.
- Stigler, George (1964). "A Theory of Oligopoly". *Journal of Political Economy*. Vol. LXXII, nº 1; reimpresso em: *The Organization of Industry*. Chicago, The University of Chicago Press, 1968.
- Sweezy, P. (1939) Demand under Conditions of Oligopoly. *Journal of Political Economy*, vol. 47, agosto.

Tavares, Maria da Conceição (1975). *Acumulação de Capital e Industrialização no Brasil*. Rio de Janeiro, UFRJ (Tese de Livre-Docência).

Utton, Michael A (1995). *Market Dominance and Antitrust Policy*. Aldershot, Edward Elgar Publishing.

Varian, Hal (1987). *Intermediate Microeconomics*. Edição em português: *Microeconomia: princípios básicos*. Rio de Janeiro, Campus, 1994.

Viscusi, W. Kip *et alii* (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, The MIT Press, 1998 (2ª edição).

## COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA: Uma Abordagem Crítica sobre o Instituto<sup>99</sup>

Carla Lobão<sup>100</sup>

### I – Considerações introdutórias sobre o Compromisso de Cessação de Prática – CCP.

1.O Compromisso de Cessação de Prática – CCP é um instrumento de composição de conflitos concorrenciais, previsto no artigo 53 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência), cujo objetivo é o restabelecimento imediato do funcionamento regular do mercado, por meio da cessação espontânea, pelo representado, da conduta investigada.

2.Como forma de incentivar o representado a cessar voluntariamente a conduta, a Lei lhe garante que o compromisso não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta<sup>101</sup>. A Lei lhe assegura, ainda, a suspensão do processo, enquanto estiver sendo cumprido o compromisso, e o arquivamento do processo ao término do prazo fixado, sem julgamento de mérito e sem a aplicação de qualquer penalidade<sup>102</sup>, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Texto elaborado para palestra no Seminário de Direito Econômico, promovido pela Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, em 22 de outubro de 2001.

<sup>100</sup> Advogada do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados e ex-assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>101</sup> Artigo 53, *caput*.

<sup>102</sup> Artigo 53, § 2º.

<sup>103</sup> De acordo com o § 1º do artigo 53, devem constar, necessariamente, do termo de compromisso:

as obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada, no prazo estabelecido;

o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento do compromisso;

a obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado, que deverá manter as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

2.1. Não atendidas tais condições ou em caso de colocação de obstáculos à fiscalização do compromisso, este será executado imediatamente, vez que a Lei lhe atribui eficácia executiva<sup>104</sup>. Para tanto, poderá o CADE requerer ao Ministério Público Federal que promova a sua execução<sup>105</sup>.

3. A celebração do CCP é precedida de negociações entre as partes (autoridade antitruste e o representado), que transigem sobre as obrigações a serem assumidas pelo representado, no sentido de fazer cessar a conduta investigada e de possibilitar a fiscalização do compromisso pela autoridade, apresentando, por exemplo, relatórios periódicos sobre sua atuação no mercado.

3.1. Como bem preleciona o Professor e ex-Conselheiro do CADE João Bosco Leopoldino da Fonseca, o CCP se insere no instituto jurídico da transação, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil, cujas características se evidenciam como um acordo, que se manifesta com o propósito de extinguir um litígio, em que existe uma reciprocidade de concessões e em que permanece inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes. Com esse acordo, prossegue o Professor, a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica<sup>106</sup>.

## II – Importância do CCP. Benefícios proporcionados pelo Instituto.

4. O instituto do CCP e a sua importância na efetivação da política pública de defesa da concorrência devem ser situados, inicialmente, no contexto da Constituição de 1988, que consagrou a livre concorrência como um dos princípios estruturantes da Ordem Econômica (artigo 170), sendo a repressão ao abuso do poder econômico concebida como regra realizadora desse princípio (§ 4º do artigo 173), diferentemente das Constituições anteriores (Constituição de 1967, artigo 157, e Emenda n. 1 de 1967, artigo 160), em que a repressão do abuso do poder econômico figurava como princípio da Ordem Econômica<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Artigo 53, § 4º.

<sup>105</sup> Parágrafo único do artigo 12, introduzido pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000, que altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 8.884/94.

<sup>106</sup> *Lei de Proteção da Concorrência. Comentários à Lei Antitruste*. 1998, p.136.

<sup>107</sup> Segundo Isabel Vaz, *Isto significa que a preservação da livre concorrência é mais importante na hierarquia constitucional vigente do que a repressão aos abusos do poder econômico. Trata-se, ao que tudo indica, de uma mudança qualitativa de natu-*

4.1.Trata-se do reconhecimento de que a realização do princípio da livre concorrência não há que se dar apenas ou principalmente por normas de natureza repressiva, mas, também, por meio de normas preventivas, orientadoras<sup>108</sup>, ou de qualquer outra norma que possa dar efetividade a tal princípio.

4.2.Como assinala a advogada e ex-Conselheira do CADE Neide Malard, em voto em que lança as primeiras e únicas considerações doutrinárias existentes sobre o instituto, *essa nova abordagem constitucional veio privilegiar em vez da repressão, a ação do Estado em busca de resultados vantajosos para o mercado, este entendido em seu sentido jurídico-econômico, qual seja, o conjunto das relações que se desenvolvem em função da demanda e da oferta de bens e serviços, segundo uma ordem pública econômica, que almeja o bem-estar social*<sup>109</sup>.

5.Deve ainda o instituto ser situado no contexto da Lei n. 8.884/94, que se orienta não apenas pela repressão ao abuso do poder econômico, como também pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa dos consumidores (artigo 1º, *caput*), sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei (parágrafo único).

5.1.Verifica-se, assim, a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94, cujo fundamento constitucional não se encontra apenas no § 4º do art. 173 da Constituição de 1998, ou seja, na repressão ao abuso do poder econômico<sup>110</sup>.

---

*reza política, segundo a qual o valor jurídico representado pela “livre concorrência” se sobrepõe às normas de “repressão ao abuso do poder econômico”. Estas adquirem o sentido de instrumentos jurídicos de defesa do princípio constitucional que, na estrutura da Lei Fundamental, apresenta-se hierarquicamente mais valioso. No contexto da Ordem Econômica, a livre concorrência se posiciona, em comparação com o parágrafo 4º do artigo 173, como em uma relação entre “meios” e “fim”, embora este fim se localize lado a lado com os demais princípios do artigo 170 e constitua, também, um “instituto jurídico” autônomo, pela complexidade de normas que engloba. (Direito Econômico da Concorrência. 1993, p. 101).*

<sup>108</sup> Neide Teresinha Malard. *Concentração de Empresas: livre concorrência e limites à liberdade de iniciativa*. 1997, p. 205. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

<sup>109</sup> Voto da Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard relativo a compromissos de cessação celebrados nos autos do Processo Administrativo n. 08000.012720/94-74.

<sup>110</sup> Eros Roberto Grau. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª edição, p. 233. Segundo Eros Grau, *As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de*

5.2.É com base no princípio da livre concorrência, e não na repressão ao abuso do poder econômico, que a Lei n. 8.884/94 dispõe sobre a prevenção às infrações contra a ordem econômica, o que se dá via controle da formação de estruturas concentradas de mercado, propiciadoras da adoção de práticas abusivas<sup>111</sup>, bem como pelo controle de práticas potencialmente prejudiciais à concorrência, ao fundamento de que a prevenção é mais eficaz do que a repressão na defesa da concorrência e do consumidor. Nesse contexto preventivo da Lei, atos e contratos que, em tese, poderiam ser considerados práticas abusivas, são passíveis de ser legitimados, desde que determinadas condições legais sejam atendidas.

5.3.E é também com base no princípio da livre concorrência, e não na repressão ao abuso do poder econômico, que a Lei n. 8.884/94 dispõe sobre o CCP, ao fundamento de que a concorrência efetiva e prontamente restaurada é tão importante para o mercado quanto a repressão, vez que a cessação espontânea da prática traz benefícios imediatos para o mercado<sup>112</sup>.

5.4.Enfim, o instituto do compromisso de cessação deve ter a sua importância e o seu fundamento situados em contexto em que, conforme preleciona a Professora e ex-Conselheira Isabel Vaz, o espírito dos objetivos a serem alcançados pela Ordem Econômica não é mais o de reprimir os agentes econômicos por sua ação abusiva, mas de convocá-los a exercer uma ação positiva. *“Trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica e social”*<sup>113</sup>.

6.Quanto aos benefícios proporcionados pelo instituto, há que se considerar que as delongas do processo administrativo e judicial, na busca da justiça alicerçada na estrita legalidade, aliadas à natureza complexa e estratégica das condutas empresariais fazem com que processos sejam arrastados por vários anos, levando a que os efeitos da conduta, com certeza, não sejam eliminados ou compensados com o estabelecimento de sanções.

6.1.Qual o benefício que uma decisão condenatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE poderia trazer para o mercado, em uma situação em que, por exemplo, após vários anos de processo, a em-

---

1988. *Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros* (ob. cit., p. 234).

<sup>111</sup> Neide Malard. Ob. cit., p. 205.

<sup>112</sup> Neide Malard. Voto cit. .

<sup>113</sup> Isabel Vaz. *Direito Econômico da Concorrência*. 1993. p. 273.

presa alvo da prática abusiva tenha sucumbido ou tenha perdido de tal forma o seu vigor concorrencial, a ponto de sua permanência no mercado estar seriamente comprometida? Poderia a decisão do CADE, aplicando multa ao representado e ordenando-lhe a cessação da prática, recompor as condições concorrenciais desse mercado? Poderia tal decisão recompor os danos sofridos pela coletividade?

6.2. Não se pode olvidar, ainda, a possibilidade da decisão do CADE ser sobrestada pelo Judiciário e mais vários anos de conduta até decisão judicial final. Não se pode desconsiderar, por fim, a hipótese de, após vários anos de investigação, o CADE decidir pela improcedência da representação.

6.3. O CCP, sem sombra de dúvida, tem o condão de reduzir sensivelmente os custos envolvidos na atividade investigatória; os custos decorrentes da morosidade e lentidão dos processos administrativo e judicial; os custos da incerteza quanto ao desfecho do processo, e, principalmente, de fazer com que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica seja eficaz, ao recompor, de forma mais célere e efetiva, as condições concorrenciais do mercado.

6.4. De outra parte, para o representado, os benefícios do CCP também são indiscutíveis. Poupa-lhe os custos financeiros decorrentes do processo; a inconveniência de ter a sua atividade econômica sendo investigada e a sua imagem desgastada, bem como o risco de um julgamento desfavorável.

7. A celebração do compromisso, porém, por si só, não é suficiente à garantia de que os benefícios do compromisso serão auferidos pela coletividade. É de fundamental importância um sistema de acompanhamento e fiscalização que assegure à coletividade a cessação da conduta investigada, sob pena de o instituto não se prestar ao fim legal a que se destina<sup>114</sup>.

### **III - Quando pode ser celebrado o CCP e quem pode celebrá-lo.**

8. A Lei 8.884/94 exige, para a celebração do compromisso, a existência de processo administrativo devidamente instaurado; ou seja, a Lei exige a existência de presunção de ilicitude da conduta investigada. Na falta dessa presunção, não há que se cogitar em compromisso de cessação.

---

<sup>114</sup> A Lei n. 8.884/94 estabelece que a fiscalização do cumprimento do CCP é de competência da SDE (artigo 7º, inciso VI, e artigo 14, inciso IX). A Resolução do CADE n. 12, de 31.03.98, estabelece, entretanto, que a fiscalização do compromisso compete ao CADE (artigos 23, 24 e 25). Na prática, os compromissos de cessação celebrados vêm sendo fiscalizados pelo CADE.

9.O CCP pode se celebrado em qualquer fase do processo administrativo, pelo CADE e pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, cabendo, contudo, ao CADE rever e aprovar os compromissos celebrados pela SDE.

9.1.Assim, a SDE, a partir da instauração do processo e até antes do envio do processo ao CADE para julgamento, poderá adentrar em negociações com o representado, buscando o compromisso. O CADE, por sua vez, poderá proceder da mesma forma até antes do processo ser levado a julgamento.

10.Como pode se verificar, o legislador não limitou a possibilidade de celebração de compromisso a nenhuma fase processual; diversamente, foi contundente no sentido de o compromisso poder ser celebrado em qualquer fase do processo administrativo, o que revela a importância conferida pelo legislador ao instituto, enquanto meio de realização do princípio constitucional da livre concorrência, que, como já dito, não há que ser realizado, como não é, exclusiva ou principalmente por normas de natureza repressiva.

10.1. Contudo, a Portaria n. 849, de 22 de setembro de 2000, do Ministério da Justiça, que aprova o regulamento das competências da SDE, impõe limites à composição.

10.2. Com efeito, o artigo 40, parágrafo único, do referido regulamento estabelece que *“o compromisso de cessação não poderá ser celebrado se a SDE dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação do representado, relativamente à prática sob investigação, no momento de assinatura do respectivo instrumento”*.

10.3.Na minha opinião, pelas razões que passarei a expor, tal dispositivo é ilegal, porquanto impõe limites à composição, quando a lei assim não o fez.

11.O poder de celebrar CCP conferido ao CADE e à SDE não deve ser entendido como uma faculdade dada a esses órgãos; trata-se de uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitar tal poder em benefício da coletividade, tendo o legislador reconhecido ser o compromisso um instrumento apto a proporcionar esse benefício em qualquer fase do processo.

11.1.Tem, portanto, a autoridade antitruste o dever de **negociar** com o representado, buscando a cessação espontânea da conduta, toda vez que essa possibilidade lhe for apresentada e independentemente da fase em que se encontre o processo.

11.2.A discricionariedade para a autoridade, no meu entendimento, reside no processo de negociação, em que poderá ou não aceitar os termos

propostos pelo representado, bem como em que avaliará os termos do compromisso que atendam ao interesse público por ela defendido, ou seja, que assegurem a proteção do mercado, bem jurídico tutelado pela lei.

12. Mas não é apenas sob a perspectiva do interesse público que deve ser entendido o CCP. Deve ser entendido, ainda, sob a perspectiva do interesse privado do representado, que tem o direito de buscar, em qualquer fase do processo administrativo, os benefícios que a lei lhe oferece como contrapartida e incentivo à cessação espontânea da conduta, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa.

12.1. Tem, assim, o representado o direito de buscar a fase do processo que melhor lhe sinalize sobre os riscos de continuar investindo no processo investigatório ou de buscar a negociação. Exigir do representado que manifeste seu interesse em compor com a autoridade logo após a instauração do processo, no curso das investigações, ou quando da conclusão dessas investigações na SDE, quando a lei assim não o fez, bem como questionar-lhe sobre as razões para não ter buscado o compromisso anteriormente é negar-lhe não apenas o direito à composição, e, se bem sucedida, os benefícios oferecidos pela cessação da conduta, como também, e, principalmente, o direito ao contraditório e à ampla defesa, que lhe é assegurado em sede de processo administrativo.

13. É incontestável que os benefícios para a coletividade, resultantes de cessação espontânea, são superiores à ordem de cessação proveniente de decisão condenatória, independentemente da fase em que se encontre o processo administrativo. Caso contrário, o legislador teria imposto limites à aplicação do instituto. A Lei, diversamente, deixou aberta a possibilidade de o compromisso ser celebrado em qualquer fase do processo, inclusive no CADE, quando o processo, em tese, deve reunir todos os elementos necessários à formação da convicção do relator e a uma decisão condenatória, se for o caso.

13.1. Não é, portanto, a existência de provas suficientes à condenação justificativa legítima para que a SDE não negocie com o representado. Pelo contrário, é neste contexto que se apresenta para as partes um excelente momento do processo, mas não o único, para se buscar a composição, face às informações e evidências constantes dos autos.

#### **IV - Por que o instituto do CCP é tão pouco utilizado no Brasil?**

14. Apesar de previsto nos Decretos ns. 92.323, de 23.01.86, e 36, de 14.02.91, que regulamentaram, respectivamente, as Leis ns. 4.137, de

10.09.62, e 8.158, de 8.01.91, foi apenas sob a vigência da Lei n. 8884/94 que foram celebrados os primeiros e poucos compromissos de cessação.

14.1. Em quinze anos, cinco compromissos foram celebrados. Qual a razão para que um instituto que proporciona benefícios incontestáveis para a coletividade e para o representado apresente tão baixo índice de utilidade?

14.2. Podemos dizer que a norma meramente decretal não ofereceu para o representado e para a autoridade antitruste a segurança necessária, razão pela qual nenhum compromisso haver sido firmado sob a vigência daqueles Regulamentos<sup>115</sup>. Além do mais, um dos regulamentos (o Decreto n. 36) exigia que o agente econômico reconhecesse a procedência da representação, o que, sem dúvida, não poderia incentivá-lo a buscar o compromisso.

14.3. Resta-nos, então, indagar sobre a razão pela qual, em sete anos de vigência da Lei n. 8.884/94, apenas cinco compromissos de cessação tenham sido celebrados. Por que o instituto no Brasil é tão pouco utilizado, enquanto nos EUA chega a ser responsável pelo encerramento de 92% dos casos levados pelo governo aos tribunais?

14.4. A despeito das diversas razões que se possam apontar para justificar esses dados tão modestos, limito-me, aqui, a algumas observações feitas por mim ao longo desses anos.

15. A primeira delas diz respeito à percepção do representado quanto ao processo administrativo contra ele instaurado. **O representado não vê o processo administrativo com receio suficiente a gerar-lhe o incentivo em buscar a composição.**

15.1. O grande número de processos instaurados pela SDE e o reduzido número de condenações pelo CADE refletem a ausência de postura mais criteriosa por parte da autoridade, quando da instauração de processos, o que leva o representado a apostar em sua atuação no processo administrativo, valendo-se do seu direito ao contraditório e à ampla defesa, ao invés de buscar o compromisso.

15.2. Aposta, ainda, o representado no clima de divergências que tem caracterizado as relações entre a SDE, a SEAE e o CADE, acreditando que, mesmo obtendo manifestação desfavorável da SDE, tem grandes possibilidades de ser bem sucedido no CADE.

15.3. A Lei, de certa forma, favorece essa situação, vez que a instrução do processo é feita pela SDE, sem qualquer participação do relator. O

---

<sup>115</sup> Neide Malard. Voto cit. .

processo é distribuído a um conselheiro apenas quando do seu envio ao CADE, quando então o relator avalia se a instrução foi realizada devidamente ou se deve ser complementada ou mesmo refeita.

15.4. Contudo, nada há na Lei que obste a distribuição do processo a um conselheiro quando da sua instauração, e a participação do relator no processo investigatório, apresentando sugestões que podem ou não ser acatadas pela SDE, vez que a competência legal para instrução dos processos é dessa Secretaria. Certamente que tal possibilidade está subordinada a uma relação de trabalho harmônica e integrada entre CADE e SDE, caso contrário, os resultados poderão ser desastrosos.

15.5. A participação do conselheiro nas investigações com certeza sinalizaria para o representado maior *enforcement* da atuação da SDE e do CADE na aplicação da lei, podendo gerar no representado maior incentivo para transigir, além de possibilitar que essa negociação fosse feita quando o processo ainda se encontrasse na SDE.

#### **16.A ausência de regulamento para o CCP é outro fator que entende de alguma forma contribuir para desestímulo à composição.**

16.1.A despeito de a Administração Pública dever obediência aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade e impessoalidade<sup>116</sup>, a falta de um regulamento que estabeleça procedimentos para a negociação e celebração do CCP, bem como os fatores que serão considerados pela autoridade no processo negocial e na aceitação dos termos respectivos geram uma insegurança muito grande, não só para o representado, como para a própria autoridade, o que, de certa forma, contribui para o desestímulo à composição.

16.2.É oportuno, aqui, registrar a experiência norte-americana no que concerne à regulamentação do compromisso de cessação. Diante da utilização expressiva desse instituto para a solução de conflitos concorrenciais e com o objetivo de assegurar a confiança pública no governo, na aplicação das leis antitruste norte-americanas, o Congresso promulgou, em 1974, o *Antitrust Procedures and Penalties Act* (APPA), o qual estabelece regras e procedimentos a serem observados pelas partes e pelo Judiciário.

16.3.O que levou o Congresso norte-americano a conceber o APPA foram denúncias que vinham sendo feitas à época contra o governo, mais especificamente contra o Departamento de Justiça - DOJ, no sentido de que

---

<sup>116</sup> Artigo 37 da Constituição Federal.

aquele Departamento estaria negociando, de forma reservada, acordos mais lenientes em troca de contribuições para campanhas eleitorais.

16.4.O APPA foi concebido, assim, com o objetivo de evitar esse tipo de negociação e para garantir a adequada revisão judicial das propostas de acordo de cessação apresentadas, de forma a assegurar o atendimento ao interesse público. Para tanto, o APPA prevê regras e procedimentos que tratam, por exemplo, da oportunidade dada ao público para apresentar comentários à proposta de acordo; das respostas do governo a esses comentários; da publicidade de informações e documentos, bem como prevê procedimentos mandatórios e discricionários que se prestam a assistir o Judiciário no exame do acordo proposto e na decisão quanto à sua legitimidade.

16.5.Não há porque desconsiderarmos essa experiência e buscarmos a regulamentação do compromisso de cessação previsto na Lei 8.884/94. A existência de um regulamento, além de oferecer às partes a segurança necessária, incentivando-as à composição, asseguraria a utilização do CCP em prol do interesse público.

16.6.E é justamente com o objetivo de garantir que a composição atenda ao interesse público que deve o Ministério Público estar presente nas negociações, ou, quando de sua ausência, que lhe seja enviada cópia dos principais documentos relativos à negociação e ao compromisso.

**17.Visão e conceitos da autoridade antitruste sobre o instituto.** Este, na minha opinião, é um dos fatores que mais desfavorece a busca da composição, enquanto instrumento de utilidade ímpar na solução de conflitos concorrenciais.

17.1.A autoridade antitruste precisa, ainda, aprimorar sua visão e conceitos sobre o instituto, sob pena do CCP ser letra morta na lei, a despeito dos benefícios incontestáveis que pode trazer para a coletividade e para o representado.

17.2.A norma regulamentadora das competências da SDE, há pouco discutida, reflete uma visão em que se privilegia a repressão ao abuso do poder econômico, quando a Constituição e a lei assim não o fizeram, em detrimento da aplicação de outras normas eleitas pelo legislador como aptas e importantes ao alcance do fim legal, como é o caso do CCP.

17.3.No mesmo sentido, reflete a visão daqueles que argumentam não ser razoável aceitar-se negociar um compromisso após vários anos de processo, em razão do tempo e dos recursos despendidos pela autoridade na investigação da conduta. O compromisso, nestes casos, poderia ser um incentivo à adoção, *ex ante*, de práticas anticoncorrenciais, na medida em que o agente econômico, auferindo os benefícios econômicos da prática adotada,

teria, ao final, o benefício do arquivamento do processo, sem julgamento de mérito e sem aplicação de qualquer penalidade.

17.4. Esta visão, *data máxima venia*, por todas as razões aqui já expostas, parece-me desfocada, além de lhe faltar sustentação jurídica.

17.5. Não há nada na lei que autorize a autoridade a deixar de negociar um compromisso em razão do tipo ou da gravidade da conduta investigada; do tempo e recursos despendidos com o processo, ou da fase em que se encontra o processo. Pelo contrário.

17.6. A Lei prevê, como exceção, que a única prática à qual não se aplica o compromisso de cessação é a do cartel<sup>117</sup>; este seria o ilícito hediondo contra a ordem econômica, para o qual a repressão ainda é a melhor medida.

17.7. A Lei prevê, ainda, que o compromisso pode ser celebrado em qualquer fase processual, reconhecendo-lhe os benefícios independentemente do momento em que se encontra o processo administrativo. É de se interpretar, portanto, que tempo, recursos, gravidade da conduta investigada não são justificativas legítimas para que a autoridade se recuse a compor, quando esta oportunidade se faz presente.

18. Deve-se indagar, ainda, se a autoridade poderia decidir por não negociar um compromisso de cessação em razão dos benefícios auferidos pelo representado com a prática adotada e dos prejuízos causados pela conduta ao mercado. Certamente que não.

18.1. Tal decisão implicaria análise de mérito, que é afastada em sede de CCP; os benefícios auferidos pelo representado e os prejuízos causados à coletividade devem ser considerados na dosimetria da multa a ser aplicada pelo CADE, e não na decisão em se negociar ou não um compromisso.

18.2. Não se pode negar, contudo, que, quanto maior o lapso de tempo em que uma conduta anticoncorrencial é adotada, ou seja, quanto mais longo for o processo, maiores são os benefícios econômicos auferidos pelo representado e os prejuízos para a coletividade, razão por que, quanto mais cedo for celebrado, mais eficaz será o compromisso ao fim a que se destina. Isto não significa, contudo, que um compromisso firmado mais tardiamente não seja eficaz à proteção do mercado, porquanto, se assim o fosse, o legislador teria limitado a sua adoção a uma fase do processo.

18.3. E assim não fez porque, com o propósito de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao mercado ou a ineficácia do resultado final do

---

<sup>117</sup> Parágrafo 5º do art. 53, introduzido pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000, que altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 8.884/94.

processo, previu o legislador a medida preventiva<sup>118</sup> - outro instrumento muito pouco utilizado pelas autoridades -, que poderá ser adotada pela SDE e pelo CADE também em qualquer fase do processo administrativo.

18.4.A questão relevante em sede de CCP, portanto, não diz respeito à avaliação dos benefícios proporcionados e dos prejuízos causados com a conduta adotada, mas dos prejuízos que a conduta não mais causará, por sua cessação, de pronto e espontânea, pelo representado; trata-se, por consequência, dos benefícios que, de imediato, a cessação voluntária da conduta proporciona à coletividade.

19.Visões como as aqui registradas, em que a tônica maior é a repressão, sinalizam conceitos equivocados com relação ao instituto do compromisso de cessação e limitações à sua aplicação, bem como se prestam a desestimular o representado a buscar a compromisso, a despeito dos inegáveis benefícios que a lei lhe assegura.

20.É de fundamental importância que o instituto do CCP seja mais debatido e entendido, haja vista o seu nobre papel na proteção da ordem econômica. E aqui congratulo a Fundação Procurador Pedro Jorge pela iniciativa em ter aberto espaço neste seminário para a discussão do instituto.

20.1.Os debates têm o mérito de reunir e registrar opiniões divergentes; de, a partir do dissenso, mudar entendimentos ou ratificá-los; de promover conclusões, enfim, de colaborar com o amadurecimento do tema sob debate. É disso que o CCP precisa no momento: ser exaustiva e amplamente debatido. O CCP precisa ser entendido em todos os seus fundamentos, para que se lhe possa dar a importância e utilidade devidas.

---

<sup>118</sup> Art. 52.

## DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DE SETORES DE INFRA-ESTRUTURA EM TRANSIÇÃO

Mario Possas<sup>+</sup>

Jorge Fagundes\*  
João Luiz Pondé<sup>+</sup>

### I - Introdução

Tradicionalmente, os setores de serviços de infra-estrutura (public utilities) foram marcados pela suposta presença de monopólios “naturais”, capazes de operar com custos de produção - para um dado nível de produção - menores do que aqueles que estariam associados a uma estrutura de mercado competitiva. Com o objetivo de proteger o consumidor do abuso de poder de mercado inerente à posição monopolista das empresas nesses setores, os preços dos serviços prestados por essas empresas sempre foram objeto de regulação, seja através da nacionalização das empresas atuantes nesses setores, seja pela criação de órgãos reguladores.

As mudanças nas condições estruturais desses setores, em particular na dimensão tecnológica, têm implicado o desaparecimento, em alguns segmentos de mercado, dos monopólios naturais. Entretanto, nos setores de eletricidade, energia, telecomunicações e transporte, algumas partes da cadeia produtiva continuam a apresentar características de monopólios naturais, sendo, portanto, submetidas à regulação por parte do Estado. Tais indústrias, portanto, são marcadas pela desregulamentação parcial e pelo surgimento de novas estruturas de mercado.

Em outras palavras, 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. A

---

<sup>+</sup> Professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mails: [mpossas@unisys.com.br](mailto:mpossas@unisys.com.br); [ponde@unisys.com.br](mailto:ponde@unisys.com.br)

<sup>\*</sup> Professor da Universidade Cândido Mendes. E-mail: [possas@unisys.com.br](mailto:possas@unisys.com.br)

integração harmônica entre essas duas dimensões não é uma tarefa fácil, embora ambas sejam necessárias para limitar o poder de mercado dos monopólios e encorajar a competição.

Em particular, vários riscos no âmbito da defesa da concorrência podem surgir. Em primeiro lugar, cabe mencionar aqueles ligados à emergência de práticas restritivas verticais ao longo da cadeia produtiva. Trata-se da possibilidade de que as empresas estabelecidas - as ex-estatais privatizadas ou os novos entrantes que eventualmente detêm o monopólio através de concessão, ou posição dominante em algum segmento de mercado objeto de concessão pública - adotem ações anticompetitivas que impeçam a entrada de novas empresas e/ou determinem que estas operem sob condições desfavoráveis nos segmentos de mercado liberalizados.

Em segundo lugar, é importante monitorar a evolução das estruturas de mercado durante o processo de transição. Em particular, é preciso acompanhar os movimentos de alianças, joint ventures, aquisições e fusões entre os diversos grupos concorrentes - ou potenciais concorrentes - da indústria, em seus diversos segmentos, tendo em vista inibir a emergência de estruturas de mercado pouco competitivas, tendo em conta especialmente que tais estruturas de mercado apresentam economias de escala, sunk costs e outros fatores que as tornam não-contestáveis e viabilizam poder de mercado e comportamentos estratégicos por parte das firmas estabelecidas. A desregulamentação e a liberalização desses mercados por si sós não lhe asseguram um desempenho pró-competitivo.

Nesse ambiente, o papel das políticas de defesa da concorrência torna-se crucial para se evitar que as firmas estabelecidas abusem de suas posições dominantes, impondo restrições à competição nos mercados em que atuam, ou ainda incrementem seu poder de mercado através de alianças ou fusões com empresas concorrentes. Por outro lado, como os setores de infraestrutura permanecem parcialmente regulados - alguns segmentos continuam sendo explorados por uma única firma - é importante que os critérios de regulação sejam consistentes com o objetivo de promoção da competição.

Este artigo tem por objetivo básico discutir as relações entre setores regulados e defesa da concorrência. A seção seguinte traça uma primeira aproximação teórica para a natureza e a importância da regulação da “transição” para a concorrência (ou seja, para a desregulamentação) em setores de public utilities. A terceira seção discute o problema da desregulamentação parcial, analisando as razões estruturais para o abandono parcial do aparato regulatório e os possíveis problemas daí derivados no âmbito da defesa da concorrência, enquanto a última seção é dedicada às conclusões.

## II - Do monopólio natural à concorrência: pressupostos e implicações para a regulação

### (a) Os pressupostos teóricos

Os argumentos usualmente apresentados pela literatura para a regulação pública de atividades econômicas estão relacionados, no jargão tradicional, a “falhas de mercado”, das quais o monopólio natural representa a mais comum e mais aceita para efeito de regulação no sentido ativo. Embora o referido paradigma já se encontre hoje amplamente difundido, paradoxalmente as precondições que o justificaram, pelo menos em termos de análise econômica - a presença de monopólio natural -, já não se observam com a mesma frequência.

A literatura tradicionalmente consagra a situação de monopólio natural como o único tipo de estrutura de mercado suscetível de justificar teoricamente a regulação pública, na expectativa de que os ganhos de custos unitários associados à instalação e operação de uma única unidade (planta ou empresa) mais que compensem os custos e riscos de ineficiência de sua regulação. Tipicamente, a política regulatória costuma centrar-se em preços administrados ao nível dos custos médios mínimos para uma dada demanda; e nas condições de entrada no(s) mercado(s), vedada para viabilizar quer o aproveitamento dos ganhos presumidos de eficiência de custos, quer, em certos casos, a adoção de subsídios cruzados.

A presença de monopólio natural, por sua vez, é presumida quando ocorrem significativas economias de escala e/ou de escopo (em caso de atividade multiprodutora) em relação ao tamanho do mercado, calculado para um preço ao nível do custo médio mínimo (correspondente à escala mínima eficiente); ou, de forma mais técnica, quando a função de custos de longo prazo for significativamente subaditiva àquele volume de produção, seja de um só produto ou de produtos múltiplos.

Nesses casos, a regulação é freqüentemente defendida como a solução para se evitar três alternativas consideradas inferiores do ponto de vista do bem-estar da sociedade<sup>119</sup>: a livre operação de uma única empresa privada que acabará por restringir a quantidade ofertada e praticar preços de monopólio; a livre operação de várias empresas privadas com escalas sub-ótimas, o que implica preços e custos elevados, embora as margens de lucro possam ser

---

<sup>119</sup> VISCUSI *et alii* (1995), cap. 15.

reduzidas; e a produção estatal com uma escala de produção eficiente, mas sujeita a ineficiências oriundas de uma gestão politizada ou meramente sem incentivos para buscar ganhos de produtividade e qualidade.

Basicamente, a regulação consiste em manter a produção capitalista - preservando ao menos parte dos incentivos que a propriedade privada e o sistema de mercado supostamente geram - e, ao mesmo tempo, restringir a autonomia das decisões dos agentes privados, substituindo a busca do lucro por regras administrativas na determinação do comportamento da empresa regulada em certas áreas. De maneira bem geral, tais regras podem ser classificadas em três categorias<sup>120</sup>: limitações quanto à entrada e saída em um mercado; especificações quanto à qualidade dos produtos fornecidos; e fórmulas para a determinação dos preços dos produtos oferecidos.

Aceitando-se que a justificativa para a intervenção regulatória deriva das características estruturais que erguem obstáculos significativos ao processo de concorrência, os setores de infra-estrutura poderiam apresentar uma dinâmica endógena capaz de tornar a regulação, em princípio, desnecessária<sup>121</sup>. Dada sua própria definição, é imediato concluir que um afastamento da situação de monopólio natural tenderá a ocorrer sempre que a instalação de mais de uma planta eficiente se torne viável devido ao crescimento do mercado, redução dos custos fixos e/ou aumento dos custos variáveis<sup>122</sup>.

#### (b) Do monopólio natural ao oligopólio

Pelo lado da demanda, a variável-chave para a transformação do monopólio natural em uma estrutura competitiva é a taxa de crescimento da demanda que, no jargão da teoria dos mercados contestáveis, pode fazer com que a ampliação da extensão do mercado torne sustentável uma estrutura com mais de uma empresa operando com a escala eficiente. Já pelo lado da oferta, o progresso técnico é, destacadamente, a variável mais relevante, embora também possam ter influência reduções dos preços dos insumos. A deterioração de uma posição de monopólio natural pode resultar de três tipos de mudança tecnológica:

---

<sup>120</sup> WEYMAN-JONES (1994).

<sup>121</sup> O argumento não pretende esgotar todas as justificativas existentes para a implementação de políticas de regulação. Não discutiremos, por exemplo, dimensões sociais como as metas de universalização do acesso aos serviços de utilidade pública.

<sup>122</sup> Ver VISCUSI *et alii* (1995), p. 482.

(i) redução das economias de escala e diminuição dos custos fixos em proporção aos custos variáveis devido a inovações técnicas, dentro do leque de técnicas já existentes;

(ii) inovação radical de processo, permitindo que um mesmo produto seja produzido a partir de uma tecnologia completamente nova, com escalas mínimas e sunk costs menores;

(iii) surgimento de novos produtos substitutos e decorrentes alterações das fronteiras entre os mercados, de modo que um monopólio natural acabe transformado em um monopólio de uma variedade de produto dentro de um mercado mais amplo e formado por vários produtores rivais.

Conseqüentemente, a evolução dos principais parâmetros que regem a operação de um setor regulamentado deve ser objeto de uma periódica monitoração por parte dos formuladores das políticas de regulação. Como discutem VISCUSI et alli (1995, cap. 15), alterações nas condições que determinam a existência de um monopólio natural, eventualmente levando à “abertura” de um setor à competição, colocam desafios importantes para os reguladores.

Antes de mais nada, entram na ordem do dia decisões acerca da manutenção, redução do escopo e/ou eliminação da regulação. Em um cenário mais “ordenado”, isso ocorre quando, dentro de um mercado razoavelmente bem delimitado, a transformação das condições de demanda e/ou oferta traz a possibilidade de que mais de uma empresa possa oferecer eficientemente o serviço aos consumidores. Neste caso, o desafio do regulador está em, ao analisar a transformação em curso, acertar o timing da suspensão da intervenção de maneira a:

(i) aproveitar as pressões competitivas crescentes para substituir controles administrativos por mecanismos de mercado que levem os produtores a, espontaneamente, adotar condutas benéficas para a sociedade;

(ii) evitar que os monopolistas implementem estratégias de detenção da entrada de novos concorrentes;

(iii) adaptar ao novo contexto - ou eliminar - mecanismos de subsídio cruzado ao consumo do serviço em questão por determinados grupos de consumidores.

A atuação do regulador se mostra mais difícil em um cenário mais “desordenado”, no qual a transformação do monopólio natural se dá em meio ao surgimento de novos produtos ou modificação de suas características ou de sua funcionalidade. Aqui, a introdução de pressões competitivas ocorre junto com uma diluição das fronteiras entre os mercados e freqüentes movimentos

de diversificação por parte das empresas, o que complexifica o leque de ações e decisões com que se defronta o regulador.

Não só o cronograma de abrandamento ou retirada da regulação deve ser decidido, como também a própria definição de que produtos entram no escopo da regulação, que controles devem ser estabelecidos sobre a entrada de empresas em novos mercados - por exemplo quanto à permissão ou proibição de que um monopolista regulado entre em mercados que estejam passando por processos de desregulamentação - e como limitar o fenômeno de *cream-skimming*, que ocorre quando as novas empresas entram nos mercados mais lucrativos (o creme) deixando os menos lucrativos (o leite) para as empresas já estabelecidas.

### (c) Implicações para a regulação e seus instrumentos

Em qualquer desses cenários, verifica-se que, diante de um setor de infra-estrutura que está deixando de se configurar como um monopólio natural, três alternativas de política se colocam: manter inalterada a atuação da agência reguladora; desregular (ou “desregular”) o setor, permitindo a livre entrada; ou a “desregulação” parcial. Neste último caso, os riscos anti-competitivos de curto prazo associados à “desregulação” imediata seriam evitados pela eliminação ou atenuação das restrições à entrada, acompanhada da manutenção de um controle substancial sobre os preços. Uma possibilidade seria estabelecer limites mínimos e máximos para os preços, liberando-os para flutuar dentro deste intervalo; outra alternativa é aprovar mudanças de preços, deixando-os flutuar e só intervindo quando haja a suspeita de ações anticompetitivas<sup>123</sup>. Já os riscos de longo prazo exigem, para serem minimizados, um gradualismo na retirada de controles sobre as estratégias de expansão, investimento e diversificação das empresas, orientando-se a política de regulação para a constituição das futuras estruturas de mercado.

Esta opção de desregulação parcial é recomendável quando (i) o processo de transformação da estrutura de um mercado até então de monopólio natural é gradual, e não um evento discreto no tempo; e (ii) existe incerteza quanto à evolução efetiva das condições de custo e demanda do setor, de modo que a previsão das condições de concorrência vigentes no futuro é difícil ou pouco confiável. Parece razoável supor, como faremos daqui em diante, que este é o caso mais freqüente, sendo justificado tomá-lo como base para a

---

<sup>123</sup> Ou ainda, quando o problema for apenas a posição dominante do antigo monopolista, poder-se-ia controlar apenas os preços deste e liberar os dos novos entrantes.

discussão que segue. Assim, em situações concretas, por diferentes razões políticas ou econômicas<sup>124</sup> que justifiquem uma transição gradual, esta é a opção habitual durante tal transição (que pode ser muito longa) à “concorrência” - ou seja, à situação desregulada -, que em geral tenderá a estabilizar-se (se o fizer) não numa estrutura concorrencial, mas oligopolística.

É importante frisar que a regulação de tais estruturas oligopolísticas, que não (mais) configuram um monopólio natural, não é em geral desejável em si mesma do ponto de vista da eficiência econômica, mas uma imposição das circunstâncias institucionais - isto é, do fato de que tal setor já era regulado anteriormente. Dada a regulação, portanto, vale notar que em tese ela pode aumentar o nível de eficiência (bem-estar) do mercado, seja fixando o preço (e parâmetros de qualidade), seja controlando a entrada. Em particular, é fácil concluir que, dada a regulação em preços, em geral também se impõe a regulação da entrada, uma vez que a um preço predeterminado acima dos custos médios sempre é possível atrair entrantes ineficientes (com custos acima do mínimo).

Em primeiro lugar, a regulação parcial sobre preços tende a manter alguns controles relativamente flexíveis - por exemplo, limites superior e inferior de preços -, com o intuito de evitar, após a entrada de concorrentes, respectivamente, a colusão e conseqüente abuso de poder de mercado com preços muito altos; ou o preço predatório para eliminar competidores. Neste último caso, em função de possíveis vantagens financeiras da empresa estabelecida (anteriormente monopolista) e/ou de sua posição dominante num segmento de mercado permitir financiar preços predatórios em outro(s).

A regulação parcial de preços pode ser em alguns casos justificadamente assimétrica, tratando diferenciadamente as empresas recém-entrantes e a anterior monopolista, ao manter o controle apenas sobre esta última, de forma a evitar abusos de poder de mercado contra os entrantes. Entretanto, essa opção de política pode ocasionar distorções - como, por exemplo, quando a política regulatória pretende preservar uma situação de subsídio cruzado praticado por esta última empresa desde um segmento aberto à concorrência para um segmento em que ela se mantém monopolista. Neste caso, na presença de economias de escopo pode ocorrer uma entrada ineficiente de uma firma monoprodutora que apenas tire proveito do preço mais alto praticado pela firma

---

<sup>124</sup> Por exemplo, quando se quer uma transição suave para a situação desregulada para minimizar *lobbies* ou impasses políticos, ou quando há grande incerteza para a agência reguladora quanto às reais condições de demanda e de custos no(s) mercado(s) regulado(s).

estabelecida naquele segmento, como subsídio ao preço abaixo dos custos que pratica no segmento em que é monopolista<sup>125</sup>.

Em segundo lugar, a regulação parcial pode abranger também a restrição à entrada em certos segmentos de mercado - por exemplo, quando a política regulatória de transição ainda preserve posição monopolística em algum segmento para a empresa regulada, a partir da qual ela pudesse exercer domínio predatório de outros segmentos não-regulados, tornando justificável proibir seu ingresso nesses outros segmentos. Esse problema é tratado na literatura como o da separação entre os mercados de atuação da anterior monopolista, vedando sua permanência ou entrada em segmentos não-regulados.

O possível ganho competitivo de prevenir eventual abuso do poder de mercado da monopolista de um segmento regulado no(s) segmento(s) desregulado(s) - seja por preço predatório ou, se for o caso, por eventual prática anticompetitiva (foreclosure) entre segmentos verticalmente relacionados - deve ser pesado contra a desvantagem de excluir dos mesmos um importante competidor potencial.

#### (d) Problemas regulatórios na transição

A literatura aponta dois conjuntos básicos de problemas que podem surgir para a regulação de indústrias oligopolísticas, e portanto com algum potencial competitivo: os que surgem nas situações em que os preços regulados são fixados acima dos custos (mais frequentes) e os associados a preços abaixo dos custos. Em ambos os casos, supõe-se que entradas e saídas são vedadas pelos reguladores.

No primeiro caso, os problemas típicos são:

- (i) ineficiência produtiva, com custos mais elevados e qualidade de produtos/serviços inferior ao que resultaria de livre entrada, inclusive por colusão extra-preços;

---

<sup>125</sup> É a prática já referida de *creamskimming*. Teoricamente ela pode ser evitada se os reguladores impuserem *preços Ramsey* (em que as margens sobre custos unitários em cada segmento são inversamente proporcionais à respectiva elasticidade-preço da demanda), que implicam posições de mercado sustentáveis para a firma estabelecida, o que entretanto pode inviabilizar preços suficientemente baixos (para os objetivos da política regulatória) no mercado subsidiado.

(ii) excessiva diferenciação de produto, inclusive por publicidade (não necessariamente pela qualidade), induzida pela impossibilidade de concorrência em preços.

No segundo caso (preços abaixo dos custos), emprega-se tipicamente uma política de subsídios cruzados para viabilizar economicamente a atividade em questão. Essa política implica normalmente perdas de bem-estar nos diferentes mercados envolvidos, que podem em princípio ser justificadas por outros objetivos de política (distributivos e de equidade, por exemplo). A baixa rentabilidade que muitas vezes resulta pode dificultar investimentos necessários à modernização e aumentos de eficiência dessa atividade, podendo mesmo elevar os custos de capital ao ponto de deteriorar a capacidade e o desempenho produtivo, técnico e inovativo da empresa, em prejuízo a longo prazo da qualidade, variedade e preços dos produtos/serviços oferecidos, e portanto dos usuários.

#### (e) A importância da transição

Uma questão a ser ressaltada é que, em bom número de casos, os responsáveis pela regulação de um setor que esteja passando pela fragmentação de posições de monopólio natural devem concentrar sua atenção no gerenciamento cuidadoso da transição para as novas estruturas de mercado. As intervenções realizadas durante esse período não afetam apenas a rapidez ou suavidade da transição, mas também qual será o seu ponto de chegada. Ou seja, a transição em foco não constitui um deslocamento entre duas estruturas de equilíbrio, cuja trajetória efetivamente verificada não altera o resultado final, ou “de longo prazo”. As características da regulação parcial adotada não apenas acompanham uma transição, mais são um dos fatores que condicionam as estruturas de mercado que se formarão nos setores em questão.

Assim, as estratégias adotadas pelas empresas durante a transição adquirem um papel decisivo. Quando estão presentes sunk costs, retornos crescentes decorrentes dos mecanismos de aprendizado tecnológico e na presença de externalidades de rede, a construção de posições competitivas pelos agentes se dá dentro de trajetórias marcadas por irreversibilidades. Conseqüentemente, embora várias estruturas de mercado sejam inicialmente possíveis, a evolução da estrutura real é uma eliminação em seqüência de alternativas, parte das quais desencadeadas por decisões empresariais que não levam necessariamente a um resultado satisfatório do ponto de vista de bem-estar da sociedade.

Ao tomar para si o papel de estabelecer parâmetros restritivos quanto às estratégias das empresas durante a transição, as instituições reguladoras passam a atuar em uma espécie de “zona cinzenta” entre a regulação convencional e a tradição das políticas de concorrência ou antitruste. A questão central deixa de ser a velocidade da fragmentação do monopólio natural, deslocando-se para dilemas em relação a qual oligopólio vai emergir e como sua formação deve - e pode - ser condicionada. Como veremos mais adiante, daí nascem problemas normativos com certa originalidade, pois enquanto a regulação tradicional procura substituir a concorrência (inexistente), e a política de concorrência ou antitruste deve zelar pela sua preservação, a gestão da transição envolve a construção de ambientes competitivos.

#### (f) Aspectos estratégicos

A discussão anterior enfatizou que, entre os determinantes da dinâmica de setores que estão deixando de ser monopólios naturais, as estratégias das empresas já atuantes ou em processo de entrada constituem um determinante fundamental das estruturas de mercado que irão configurar-se - e, portanto, também do tipo de regulação que se mostrará mais eficaz durante a transição para a estrutura de oligopólio resultante. As tendências tecnológicas, as modificações nas fronteiras entre os mercados e as diferentes capacitações e ativos acumulados pelas empresas no passado geram, ao interagirem, oportunidades e estímulos que as levam a buscar redimensionar o escopo de suas atividades.

Em parte, as estratégias empresariais podem configurar movimentos defensivos diante de um aumento - real ou esperado - das pressões competitivas, especialmente o ingresso de novos competidores em um mercado no qual o monopólio era institucionalizado. A variedade de ações que podem ser instrumentalizadas no que usualmente se denomina de estratégias de detenção de entrada é bastante grande, como ilustra a proliferação de modelos que utilizam teoria dos jogos para estudar os condicionantes de muitas de suas modalidades.

Um aspecto importante destacado pelos autores que tratam do tema é a capacidade de a conduta de uma firma estabelecida ter um efeito permanente sobre a estrutura do mercado<sup>126</sup>. Nesse contexto, tais condutas adquirem um caráter anticompetitivo por representarem um obstáculo à construção de um ambiente competitivo de maior pressão e ameaça sobre as empresas domi-

---

<sup>126</sup> JACQUEMIN (1987).

nantes, o que parece justificar um esforço, por parte das agências reguladoras, de desencorajar sua proliferação.

Por outro lado, estratégias de diversificação e integração vertical, envolvendo ou não alianças estratégicas, fusões e aquisições, têm reconhecidamente determinantes outros que não a elevação de lucros futuros através da imposição de dificuldades a concorrentes efetivos ou potenciais. Pelo menos três motivações podem ser imputadas a essas estratégias que podem torná-las instrumentais para a obtenção de incrementos de eficiência:

(i) o aproveitamento de oportunidades criadas pelo aprendizado tecnológico dentro das firmas, que lhes permite acumular capacitações diferenciadas e potencialmente utilizáveis para a expansão em novos mercados. Inicialmente proposto por PENROSE (1959), este tema tem sido retomado por autores neoschumpeterianos - como, por exemplo, DOSI, TEECE E WINTER (1992) - em uma abordagem que relaciona as trajetórias de expansão das empresas com a maior eficiência schumpeteriana no processo competitivo;

(ii) a minimização de problemas de coordenação expressos em custos de transação (WILLIAMSON, 1985), na medida em que a presença de especificidade de ativos torna as interfaces de mercado entre os elos da cadeia produtiva uma fonte de desavenças e conflitos contratuais;

(iii) a necessidade de explorar sinergias ou oportunidades de aprendizado interativos para o desenvolvimento de tecnologias que apresentam algum grau de complexidade sistêmica, de modo que a integração vertical ou a diversificação podem constituir um meio para a construção dos canais indispensáveis para a troca de informações e conhecimentos tácitos.

Nos três casos, temos estratégias empresariais que podem ser ditas pró-competitivas, no sentido de que são parte essencial do processo de inovação ou descoberta de novas formas organizacionais que a dinâmica concorrencial proporciona. Um dos desafios na regulação da transição do monopólio natural para a concorrência numa estrutura de oligopólio está em distinguir entre os possíveis elementos anticompetitivos e a busca de ganhos de eficiência nas ações empreendidas pelas empresas dominantes. A experiência acumulada pelas instituições responsáveis pela aplicação de políticas antitruste pode ser útil na discussão desta temática.

### **III. - Defesa da Concorrência, Desregulamentação e Setores de Infra-estrutura**

A crescente liberalização dos setores de serviços públicos de infraestrutura - o que inclui a privatização das empresas estatais monopolistas -, pela retirada das barreiras institucionais à entrada em alguns de seus segmentos e pela constituição de agências reguladoras, determina o surgimento de vários problemas no âmbito da defesa da concorrência. A presença de sunk costs, poder de mercado e possibilidade de comportamentos estratégicos por parte das firmas estabelecidas implica que tais estruturas de mercado não são contestáveis, de modo que a simples liberalização não é suficiente para garantir a emergência de um maior nível de competição.

Vários riscos anticompetitivos podem surgir, como já referido - desde a ocorrência de práticas restritivas verticais ao longo da cadeia produtiva a possíveis movimentos de concentração de estruturas de mercado mediante alianças, joint ventures, aquisições e fusões entre grupos concorrentes - ou potenciais concorrentes - da indústria, em seus diversos segmentos. Senão, vejamos.

#### (a) Monopólios Naturais, Mercados Contestáveis e Desregulamentação

Sob o prisma teórico, o desaparecimento das condições necessárias à existência de monopólios naturais nos setores de infra-estrutura deveria provocar a sua desregulamentação, pelo menos parcial, conforme discutido acima. Como, em geral, historicamente, as empresas reguladas eram verticalmente integradas, é preciso definir e separar claramente os segmentos em que o monopólio natural ainda existe daqueles em que a competição pode ser introduzida, por meio, ainda que não exclusivamente, da retirada de barreiras institucionais à entrada, de modo que a sustentabilidade da indústria - ou do monopólio natural - seja testada (BURGESS, 1995, p. 128).

Dentro da conceituação adotada na teoria dos mercados contestáveis, muito utilizada na análise de mercados regulados, uma configuração de mercado - isto é, o número, distribuição do tamanho das firmas e suas pautas de produção - é eficiente quando for simultaneamente factível e sustentável. A noção de factibilidade está associada à necessidade de que existam técnicas de produção com as quais seja possível atender à demanda aos preços vigentes, sem que nenhuma firma tenha prejuízo. Formalmente, supondo que todas as firmas têm a mesma função de custo:

$$\Sigma Y_i = Q(p)$$

ou seja, a demanda de cada produto deve ser igual à quantidade ofertada ao preço de equilíbrio, sendo  $Y_i$  o vetor de produção da firma  $i$ ,  $p$  o vetor preço e  $Q(p)$  o vetor de demanda pelos produtos da indústria;

$$pY_i - C(Y_i) \geq 0 \quad \text{para todas as firmas } i, \text{ e}$$

$$Y_i \geq 0.$$

As condições associadas à manutenção de uma estrutura de mercado - monopolística ou não - sem barreiras institucionais à entrada são dadas pelo conceito de sustentabilidade: uma estrutura industrial, inclusive o monopólio natural, é sustentável se nenhuma entrada potencial no mercado - dada a tecnologia, a produção e o vetor de preços vigente - for lucrativa, a esses preços. Formalmente:

$$P_e Y_e - C(Y_e) \leq 0 \quad \text{para qualquer } P_e \leq P \quad \text{e } Y_e \leq Q(P_e).$$

No caso de uma atividade mono-produtora com rendimentos crescentes, é possível provar que o único equilíbrio sustentável é alcançado quando o preço correspondente à quantidade produzida por um monopolista é igual ao seu custo médio de produção. Para evitar a entrada de novas firmas, portanto, um monopolista deverá praticar uma política de preços que elimine seu próprio lucro.

Contudo, segundo esta teoria, uma estrutura de mercado somente será eficiente, do ponto de vista da maximização do bem-estar social, se a entrada for possível, sendo impedida apenas pela política de preços das empresas presentes no mercado. Em outras palavras, a eficiência da estrutura de mercado dependerá do nível de obstáculos à entrada e à saída na indústria, ou seja, de seu grau contestabilidade.

Um mercado é dito perfeitamente contestável se os concorrentes potenciais têm acesso à tecnologia disponível e podem recuperar seus custos de entrada, caso posteriormente decidam abandonar a indústria. Assim, o conceito de perfeita contestabilidade está relacionado com liberdade absoluta de entrada e saída das firmas em um determinado mercado. Note-se que esta hipótese pressupõe, ainda que não exclusivamente: a) a ausência de custos

irrecuperáveis (sunk costs)<sup>127</sup>, tais como os investimentos em ativos específicos; b) que a tecnologia seja um bem livre; e c) a inexistência de ações de retaliação contra os novos entrantes por parte das empresas já presentes na indústria<sup>128</sup>. Entretanto, caso se verifique a presença de sunk costs, as empresas não precisarão eliminar seus lucros econômicos, na medida em que sua situação estará protegida pela existência de barreiras à entrada de caráter não-institucional.

Ora, supondo a ausência de sunk costs, ou seja, se os mercados fossem contestáveis, a retirada das barreiras à entrada institucionais nos setores de infra-estrutura deveria permitir a identificação dos segmentos marcados pela presença de monopólios naturais: a estrutura monopólica somente se manteria nos segmentos em que fosse sustentável, sendo, portanto, eficiente. Naqueles segmentos não sustentáveis, supostamente haveria a ocorrência de entrada de novas empresas. Do ponto de vista da defesa da concorrência e da regulação, dois problemas devem ser destacados sob esse prisma.

De um lado, a remoção da proibição à entrada nos setores de infra-estrutura pode gerar ineficiências produtivas, caso a exploração das economias de escala e/ou escopo estivesse sendo obtida através de uma estrutura de preços - regulada - discriminatória por parte do monopolista. Como se sabe, nessa situação, a entrada de novas empresas somente ocorreria nos segmentos de mercado em que os preços estivessem acima dos custos médios (cream skinning competition), comprometendo a eficiência produtiva e/ou a capacidade do monopolista de financiar outros objetivos não econômicos, como a universalização de serviços.

Entretanto, na medida em que existem outras formas de financiamento desses objetivos - subsídios, por exemplo - e que a identificação a priori dos segmentos marcados por uma estrutura de custos subaditiva é bastante complexa, quando não impossível, a opção pela competição nos setores de infra-estrutura pode se revelar o melhor meio de promover os objetivos de eficiência econômica, contanto que as condutas das empresas estabelecidas sejam monitoradas pelas agências reguladoras e de defesa da concorrência. Tra-

---

<sup>127</sup> *Sunk costs* são aqueles investimentos que podem produzir um fluxo de receitas ao longo de um amplo horizonte de tempo, mas que não são inteiramente reversíveis ou reutilizáveis para outras finalidades. Note-se que custos fixos são *sunk costs* no curto prazo.

<sup>128</sup> Trata-se, evidentemente, de *pressupostos heróicos*, em um mundo no qual a tecnologia é fator-chave na determinação da competitividade das firmas e o processo competitivo é guiado justamente pela busca de *lucros extraordinários*, através da construção estratégica de barreiras à entrada.

ta-se de usar a concorrência como mecanismo de identificação dos limites do monopólio natural.

Por outro lado, grande parte dos setores de infra-estrutura - e seus segmentos - caracterizam-se pela presença de sunk costs. Nesse caso, a simples retirada das barreiras à entrada institucionais não é garantia de que o monopólio será ameaçado pela entrada de novos competidores. Pelo contrário, as vantagens competitivas detidas pelos operadores tradicionais - públicos ou privados - acumuladas ao longo dos anos de monopólio protegido, tais como tamanho da rede, conhecimento dos usuários, porte financeiro, etc., torna-os capazes de manter sua posição monopólica em distintos mercados de serviços finais ou segmentos em que não existe monopólio natural, pela prática de diversas formas de comportamentos estratégicos de natureza anticompetitiva (KAHN, 1990, vol II, p. 151-52), tais como preços predatórios. Em outras palavras, a retirada das barreiras à entrada institucionais é condição necessária, mas não suficiente, para promover a competição nos setores de infra-estrutura, dada a presença de sunk costs e a possibilidade de comportamentos estratégicos de detenção de entrada por parte das firmas estabelecidas. É nesse âmbito que surge o espaço para a atuação das políticas de defesa da concorrência. O tema será explorado a seguir.

#### (b) Controle sobre práticas verticais

Grande parte dos problemas de defesa da concorrência no âmbito de condutas verticais em setores regulados está condicionada pela estrutura vertical desses setores. Existem quatro possíveis estruturas industriais nesses setores (ARMSTRONG e DOYLE, 1995): (i) monopólio integrado, em que uma única firma é responsável pela oferta de todos os serviços; (ii) separação estrutural com liberalização, em que existe competição em alguns mercados e o monopolista operador da rede não atua nos mercados competitivos; (iii) integração vertical com liberalização, em que é permitido ao operador do monopólio natural atuar nos mercados sujeitos a competição. A separação contábil, em que o operador monopolista é obrigado a manter estruturas contábeis distintas para os serviços monopólicos e competitivos, pode ou não ser requerida; e (iv) propriedade comum (joint ownership), em que a oferta dos serviços em caráter de monopólio é realizada por uma firma cuja propriedade é compartilhada pelas empresas que atuam nos setores competitivos.

Em todos esses casos, a existência de poder de monopólio no fornecimento de insumos-chave à prestação dos serviços nos mercados abertos à competição demanda a presença de monitoramento permanente das condutas

da empresa monopolista. Entretanto, a importância dos mecanismos de regulação e da defesa da concorrência difere dependendo do tipo de estrutura vertical do setor.

No caso do monopólio integrado, o problema derivado de práticas anticompetitivas verticais é obviamente irrelevante, posto que a preocupação do órgão regulatório relaciona-se somente com os preços dos serviços finais. No caso da separação estrutural com liberalização, todos os concorrentes nos mercados liberalizados encontram-se em igualdade de condições no que diz respeito ao fornecimento do insumo básico. O problema é basicamente regulatório, envolvendo a determinação do preço de acesso - o preço dos serviços prestados em caráter monopólico - tendo em vista promover a eficiência alocativa nos setores abertos à competição. A última alternativa (joint ownership) não constitui um problema do ponto de vista da defesa da concorrência se o controle da empresa monopolista é igualmente partilhado entre as empresas que atuam nos segmentos competitivos, exceto pela existência de assimetrias de poder no que tange ao processo de tomada de decisão em relação a preço, quantidades e qualidade dos serviços prestados por parte da monopolista, que poderá determinar a necessidade do monitoramento por parte dos órgãos regulatórios e de defesa da concorrência.

É a terceira alternativa que apresenta o maior risco do prisma da defesa da concorrência: nesse caso a empresa monopolista fornece insumos vitais para suas rivais nos mercados dos serviços finais, de modo que o surgimento de práticas voltadas para o bloqueio de entrada nesses mercados e/ou para a elevação dos custos dos concorrentes torna-se bastante provável. Nessas circunstâncias, a operadora terá interesse, por meio de práticas restritivas, em impedir a entrada de novas firmas ou reduzir a competitividade dos novos entrantes nos mercados downstream, sejam ou não esses mercados sujeitos a regulação de preços.

Especificamente, as firmas estabelecidas verticalmente integradas com posição dominante ou monopólio da rede básica serão capazes de adotar condutas anticompetitivas de caráter vertical, tais como: (i) preços predatórios nos mercados downstream<sup>129</sup>; e (ii) práticas discriminatórias, que elevem os

---

<sup>129</sup> Na sua forma mais ortodoxa, preço predatório é aquela conduta em que um competidor procura eliminar a concorrência por meio da venda de seus produtos abaixo de seus custos (HOVENKAMP, 1994, p. 298). De modo mais genérico, o termo conduta predatória é utilizado para caracterizar condutas de empresas associadas a sacrifícios incorridos no presente na expectativa de que essas perdas sejam recuperadas no futuro através da realização de lucros de monopólio (ROSS, 1993, p. 56). Em geral, a literatura antitruste aponta para as seguintes pré-condições, necessárias, ainda que não suficientes, para que uma ação de preço predatório seja racionalmente viável (i) as

custos das empresas competidoras - atuais ou potenciais -, tal como a discriminação do preço de acesso, e/ou aumentem as barreiras à entrada nos mercados de serviços finais, tais como vendas casadas e acordos de exclusividade. Essas estratégias impedem a existência de condições uniformes de competição entre a empresa dominante e seus novos - ou potenciais - rivais (“level playing field”) nos mercados downstream, ao impedirem que os competidores tenham os mesmos custos de acesso que aqueles enfrentados pelo próprio monopolista nesses mercados<sup>130</sup>.

### (c) Atos de concentração

Embora as chamadas práticas ou condutas anticompetitivas verticais (assim como, em menor grau, as horizontais, ligadas a vários tipos de colusão) representem o maior risco de prejuízo à concorrência e à eficiência por parte da abertura dos setores regulados de infraestrutura à concorrência, elas não esgotam os motivos de preocupação pró-competitiva dos reguladores durante a transição desses setores. Assim como na tradição da legislação e da prática antitruste, é fundamental atentar para a dimensão preventiva dessas práticas, expressa nos chamados atos de concentração ou outros atos e contratos que possam vir a limitar a concorrência, quer afetem diretamente ou não a estrutura.

Em primeiro lugar, como em qualquer outra atividade econômica sujeita a estratégias privadas e, em particular, às atuais condições de forte pressão competitiva sobre os vários mercados, podem ocorrer incentivos a aquisições, fusões ou à formação de joint ventures em mercados regulados ou verticalmente relacionados a mercados regulados, provocando aumento de concentração e conseqüentes riscos de condutas colusivas. Esses casos, respeitadas as particularidades de um marco legal complexo que necessariamente envolverá ao mesmo tempo aspectos gerais de defesa da concorrência e aspectos específicos de regulação, oferecem em princípio problemas semelhantes àqueles que

---

empresas vítimas devem ser suficientemente pequenas e frágeis ou apresentarem custos suficientemente elevados, de forma a permitir que o predador possa discipliná-las ou retirá-las do mercado; (ii) a estrutura de mercado deve permitir que o predador possa prever um período durante o qual ele possa cobrar preços monopólicos; e (iii) o valor presente dos lucros associados ao período durante o qual o preço será de monopólio deve superar os prejuízos presentes ligados à prática do preço predatório.

<sup>130</sup> Por exemplo, no caso das telecomunicações, um operador integrado poderia elevar os custos de seus rivais nos mercados de serviços finais - tal como a provisão de acesso à Internet - através da oferta de serviços de interconexão de baixa qualidade.

já são objeto das instituições e da experiência técnica e legal da defesa da concorrência. As especificidades correm por conta da circunstância peculiar de se estar num processo de transição de monopólios regulados (ou estatais) para a concorrência oligopolista.

Em segundo lugar, e ainda mais importante, deve-se considerar a possibilidade de enfraquecimento da pressão competitiva sobre os mercados regulados decorrente de práticas concertadas, que são em princípio sempre viáveis, mas que são mais prováveis nos segmentos de mais alta concentração e/ou menor dinamismo da demanda e da tecnologia, e são particularmente facilitadas pela fixação de critérios e normas, ou mesmo de tarifas, por parte da própria agência reguladora. Há nesses casos uma forte tendência ao surgimento de concorrência “administrada”, que se expressa em três fatores de risco mais importantes<sup>131</sup>:

(i)tendência, da parte dos reguladores, de se sentir “responsáveis” pela manutenção da estrutura existente, tentando assegurar na medida do possível a viabilidade/rentabilidade dos novos entrantes, o que pode envolver até algum grau de divisão de mercado por shares aproximados;

(ii)preocupação, muitas vezes excessiva, com o destino econômico-financeiro dos entrantes, que tendem a ser protegidos em excesso, com argumentos análogos aos de “indústria nascente” - obviamente, às custas dos usuários dos serviços - contra as vantagens preexistentes do antigo monopolista, a pretexto de que a quebra de um ou mais deles poderia ocasionar um mal maior de interrupção do fornecimento desses serviços;

(iii)criação de oportunidades para o uso estratégico da regulação por parte das empresas. Não raro, criam-se situações que favorecem comportamentos típicos de rent seeking por parte das empresas reguladas, tanto as estabelecidas quanto as entrantes - mesmo quando estas são agressivas, são tentadas a obter benefícios econômicos do regime regulatório, por meio de estratégias de eliminação da rivalidade em busca de critérios regulatórios mutuamente mais vantajosos.

Uma das formas típicas de ação regulatória que pode propiciar benefícios às empresas reguladas e induzir estratégias anticompetitivas horizontais

---

<sup>131</sup> Cf. STANBURY (1996), pp.106 ss., referindo-se à regulação das telecomunicações no Canadá.

(colusão em preços e extra-preços) é a autorização de isenções de enquadramento, para segmentos e principalmente determinadas empresas, na lei de regulação do setor ou mesmo na lei de defesa da concorrência, em dadas circunstâncias. Com o objetivo de facilitar mudanças e flexibilizar o quadro regulatório, esse dispositivo pode também criar assimetrias competitivas entre empresas, que, mais do que precipitar uma concorrência predatória entre elas, pode gerar incentivos ao uso estratégico da regulação, na direção de viabilizar comportamentos de colusão tácita.

#### (d) Competição por Concessões

No campo das concessões, há basicamente três questões a serem analisadas do ponto de vista da defesa da concorrência (BAKER & BAKER, 1983). Em primeiro lugar, existe risco de uso coercitivo do processo licitatório contra os licitantes. Trata-se da possibilidade de que uma empresa com posição dominante em um certo mercado use o seu poder de mercado para inibir a competição no processo licitatório ou mesmo obrigar a competidora vencedora do processo a ceder sua concessão, sob ameaça de retaliação. Por exemplo, uma operadora que detém poder de mercado em redes locais pode obrigar uma empresa ganhadora de uma licitação para telefonia celular em outra região a vender sua concessão, caso esta última dependa da utilização dos serviços de rede da primeira.

Em segundo lugar, as empresas dominantes podem dificultar o processo licitatório, abusando de recursos aos governo e ao judiciário, tendo em vista inibir a entrada de novos concorrentes (“Sham litigation”). Nesse caso, a maior dificuldade de entrada no mercado deriva tanto da demora da resolução dos conflitos administrativos e judiciais, como dos custos envolvidos na disputa<sup>132</sup>.

A terceira questão relaciona-se com os conflitos entre os objetivos do regulador quando do estabelecimento das regras de licitação e a legislação antitruste. Embora, em geral, os órgãos regulatórios levem em consideração o problema da defesa da concorrência nos seus procedimentos, podem existir situações em que o interesse público visto da ótica regulatória conflite com as

---

<sup>132</sup> Esse procedimento, por exemplo, foi empregado em diversas ocasiões pela ATT nos E.U.A na área de equipamentos terminais. A estratégia da empresa era a de criar conflitos judiciais sob a alegação de que a instalação de equipamentos terminais por parte de outros competidores ameaçava a integridade e segurança da rede, por ferir normas técnicas.

regras antitruste. Nesses casos, é provável o surgimento de conflitos entre as agências reguladoras e as de defesa da concorrência.

#### **IV - Conclusões**

Para avançar na análise de situações de regulação parcial - isto é, regulação tradicional com defesa da concorrência em um mesmo setor - é importante ter presentes pelo menos dois pressupostos fundamentais e interdependentes: (i) deve constituir um objetivo central a introdução de concorrência (livre entrada e saída) nos segmentos em que isso for considerado possível, e de eficiência produtiva, alocativa e seletiva onde não for; e (ii) há muito o que aprender do referencial analítico e da experiência de regulação da concorrência, expressa na tradição da teoria e da política antitruste.

Embora as especificidades da regulação, mesmo em setores que não são mais monopolistas, impeçam uma aplicação pura e simples das técnicas usadas pela economia antitruste, estas são um referencial muito rico, provavelmente essencial, para buscar prevenir as condições estruturais e estratégicas que viabilizem possíveis condutas anticompetitivas nos mercados regulados e em setores eventualmente abrangidos pelas empresas que aí operam.

Entretanto, a simples remoção de limitações ao acesso aos mercados que dependem dos serviços de rede e mesmo a eliminação de barreiras à entrada institucionais à entrada nos mercados de serviços de infra-estrutura não garantem a introdução de competição nesses mercados. Após a abertura de mercados monopolizados, as operadoras monopolistas ou dominantes estabelecidas mantêm, dadas suas vantagens técnicas, financeiras e comerciais, durante longos períodos de tempo, suas posições dominantes. Tais posições permitem que estas introduzam estratégias anticompetitivas.

Ademais, a regulação dos preços da empresa monopolista não garante que a mesma não tenha condutas anticompetitivas. Por exemplo, a regulação de preços do tipo price cap restringe somente o nível agregado dos preços dos serviços ofertados pela operadora, deixando ampla margem de liberdade na determinação dos preços individuais de cada serviço, de modo que esses podem ser usados de forma anticompetitiva. Além disso, ela pode atuar ainda sobre a qualidade dos serviços oferecidos, bem como incorrer em práticas anticompetitivas, especialmente de tipo vertical, dificultando ou encarecendo a entrada de concorrentes nas atividades a jusante da atividade em que detém posição dominante. Inversamente, a persistência no novo quadro regulatório de práticas de discriminação de preços e de subsídios cruzados entre segmentos desses serviços pode viabilizar ganhos diferenciais e estruturas

ineficientes nos segmentos mais rentáveis, em que os preços vêm sendo deliberadamente mantidos acima dos custos médios.

Tanto a monitoração, após a desregulamentação ou liberalização dos setores de infra-estrutura, das condutas empresariais, quanto a conformação de novas estruturas de mercado mais competitivas nos segmentos abertos à concorrência, são ingredientes essenciais para o desempenho eficiente desses setores durante a fase de transição entre o monopólio natural - no caso brasileiro, sob controle estatal - e a “concorrência” (no sentido de ausência de regulação ativa) ou mesmo nos setores que permanecerão sujeitos a um duplo regime regulatório (regulação parcial).

Apesar das especificidades desses setores e, no caso brasileiro, das formas legais e institucionais que a regulação está assumindo nos mesmos, incluindo as atribuições das respectivas agências, é inequívoco que muito se pode e deve aprender, nesse terreno, da experiência nacional e principalmente internacional no âmbito da defesa da concorrência, que lida basicamente com o mesmo tipo de problemas, e com as mesmas estruturas de mercado, de tipo oligopolístico. O aproveitamento e a aplicação direta dessa experiência, no que couber, por parte das próprias agências reguladoras, mais do que a mera submissão de casos específicos com sério potencial anticompetitivo aos órgãos de defesa da concorrência, é uma estratégia institucional com boas chances de produzir uma atuação mais pronta e eficaz ao longo do longo processo de aprendizado institucional que se inicia.

Finalmente, os órgãos regulatórios devem estar atentos para as consequências de suas políticas sobre as condições de concorrência nos setores de infra-estrutura. Em particular, é preciso restringir as práticas regulatórias que acabam por se constituir em incentivos a adoção de condutas anticompetitivas por parte das empresas parcialmente reguladas - ou seja, que operam tanto em segmentos regulados como em áreas abertas à competição -, tal como a permissão para subsídios cruzados ou simplesmente a existência de lucros extraordinários derivados da fixação de preços muito elevados para o monopolista. Um outro risco reside na possibilidade de que a agência regulatória, ao fixar preços de acesso excessivamente baixos, por exemplo, induza a entrada de firmas ineficientes às custas da empresa monopolista. Essas considerações reforçam a principal conclusão do artigo, a saber: a necessidade de cooperação entre as agências regulatórias e de utilização das regras de defesa da concorrência nos setores parcialmente regulados.

## Bibliografia

- ARMSTRONG, & DOYLE, (1995). *The Economics Of Access Pricing*. Competition and Consumer Policy Division, OECD.
- BAIN, J. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- BAKER, D. e BAKER, B. (1983) *Antitrust and Communications Deregulation*. *The Antitrust Bulletin*, vol. XXVIII, n<sup>o</sup>. 1, Spring.
- BESEN, S. e WOODBURY, J. (1983) *Regulation, Deregulation and Antitrust in Telecommunications Industry*. *The Antitrust Bulletin*, vol. XXVIII, n<sup>o</sup>. 1, Spring.
- BRAULT, D. (1995). *Droit de La Concurrence Comparé*. Colection Droit des Affaires de L'Entreprise. Série: Recherches. Paris: Economica.
- BURGESS, G (1995). *The Economics of Regulation and Antitrust*. Harper Collins.
- DOSI, G.; TEECE, D. & WINTER, S. (1992). "Towards a Theory of Corporate Coherence: Preliminary Remarks". In: DOSI, G.; GIANETTI, R. & TONINELLI, P. (eds.). *Technology and Enterprise in a Historical Perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- EUROPEAN COMMISSION, (1996). *Notice on the Application of Competition Rules*.
- FAGUNDES, J (1995). *Serviços de Telecomunicações: Progresso Técnico e Reestruturação Competitiva*. Dissertação de Mestrado, IE/UFRJ.
- FARINA, E. (1996). "Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação". *Revista do IBRAC*, 3 (8).
- HEIMLER, & SABA, (1996). *Role and Enforcement of Competition Policy in regulated Sectors*. OECD/World Bank Conference on Competition and Regulation in Network Infrastructure Industries, Budapeste.
- Horizontal Merger Guidelines* (1992), Department of Justice/Federal Trade Commission, E.U.A.
- HOROWITZ, I. (1981). "The Perceived Potential Competitor: Antitrust Sinner or Saint". *The Antitrust Bulletin*, XXVI (2).
- HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy*. St. Paul: West Publ. Co.
- KAHN, A (1990). *The Economics of Regulation*. Londres: The MIT Press.
- KAPLAN, L. (1980). "Potential Competition and Section 7 of the Clayton Act", *The Antitrust Bulletin*, XXV (2).

JACQUEMIN, A. (1987). *The New Industrial Organization. Market Forces and Strategic Behavior*. Oxford: Clarendon Press.

ORDOVER, J.; SALONER, G. & SALOP, S. (1990). "Equilibrium Vertical Foreclosure". *American Economic Review*, Março.

PENROSE, E. (1959). *The Theory of the Growth of the Firm*. Londres: J. Wiley & Sons.

POSSAS, M. (1996). "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência". *Revista do IBRAC*, 3 (5).

POSSAS, M.; FAGUNDES, J. & PONDÉ, J. (1995). "Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano". *Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, Salvador*.

\_\_\_\_\_. (1997). *Defesa da Concorrência e Regulação na Transição de Monopólios Naturais para Estruturas Oligopolistas*. Relatório de Pesquisa, IPEA.

\_\_\_\_\_. (1998). "Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência". *Revista de Economia Contemporânea*, vol. 2, IE/UFRJ.

POSSAS, M. e FAGUNDES, J. (1998). "Competition, Strategic Behaviour and Antitrust Policy: an Evolutionary Approach". *Revista Brasileira de Economia*, 52 (1), janeiro/março.

ROSS, S. (1993). *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press.

SCHERER, F. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin (3<sup>a</sup> ed.).

SHEPHERD, W (1997). *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.

STANBURY, W. (ed.) (1996). *Perspectives on the New Economics and Regulation of Telecommunications*. Montreal: Institute for Research on Public Policy.

SULLIVAN, E. & HARRISON, J. (1988). *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. New York: Matthew Bender & Co.

VISCUSI, W.; VERNON, J. & HARRINGTON, J. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Mass: The MIT Press.

WILLIAMSON, O. (1968). "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Offs". *American Economic Review*, 58.

\_\_\_\_\_. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. N. York: The Free Press.

\_\_\_\_\_ (1988). "Economies as an Antitrust Defense Revised". In: CALVANI, T. & SIEGFRIED, J. (org.). *Economic Analysis and Antitrust Law*. Boston: Little, Brown and Company.

## RESTRICÇÕES VERTICAIS E POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ABORDAGEM ECONÔMICA

Mario Luiz Possas<sup>133</sup>

João Luiz Pondé<sup>134</sup>  
Jorge Fagundes<sup>135</sup>

**Resumo:** O artigo discute a análise das práticas restritivas verticais no âmbito das políticas de defesa da concorrência. As principais condutas que configuram estas práticas são caracterizadas, destacando seus impactos em termos de efeitos anticompetitivos e eficiências. Uma ênfase especial é dada à aplicação da regra da razão na avaliação da ilegalidade de tais práticas, o que envolve um balanço entre seus efeitos nocivos para a concorrência e suas possíveis eficiências, notadamente as associadas a economias de custos de transação.

**Palavras-Chaves:** Política de Defesa da Concorrência, Condutas Anticompetitivas, Práticas Restritivas Verticais.

### I – Introdução

O presente artigo discute os principais elementos envolvidos na análise econômica das práticas restritivas verticais, situando-as no contexto mais geral da aplicação da política de defesa da concorrência. Para tanto, a exposição que se segue está organizada em cinco seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta os objetivos e os principais passos da análise de casos antitruste, com destaque para a definição do mercado relevante, a avaliação das condições que possibilitam o exercício de poder de mercado e o papel das eventuais eficiências compensatórias. A terceira seção define e caracteriza as principais práticas restritivas verticais, incluindo seus possíveis efeitos anticompetitivos e eficiências associadas. A quarta seção trata da aplicação da regra da razão no julgamento destas práticas, enfatizando a difícil tarefa do balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências. A quinta e última seção consiste em uma breve conclusão.

---

<sup>133</sup> Professor do Instituto de Economia da UFRJ. E-mail: mpossas@unisys.com.br

<sup>134</sup> Professor do Instituto de Economia da UFRJ. E-mail: ponde@unisys.com.br

<sup>135</sup> Professor da Universidade Cândido Mendes. E-Mail: possas@unisys.com.br

## II - Objetivo da ação antitruste e passos básicos de análise: a delimitação do mercado relevante; as condições de exercício de poder de mercado; possíveis “eficiências” compensatórias

### II.1. O objetivo da ação antitruste

As políticas e legislações de defesa da concorrência tradicionalmente têm por objetivo inibir o exercício abusivo de poder de mercado por parte das firmas que o detêm. Supõe-se que empresas com elevadas participações de mercado são capazes de implementar diferentes estratégias que se manifestam em práticas ou condutas anticompetitivas, isto é, práticas comerciais e/ou contratuais cujos resultados se traduzem em prejuízo à livre concorrência e restrição aos benefícios sociais dela esperados, importando na redução da eficiência dos mercados - seja em termos alocativos, produtivos e/ou distributivos, e em conseqüente prejuízo para a sociedade.

Dois são os meios de que o poder público dispõe universalmente para inibir tais comportamentos: o *controle preventivo das estruturas de mercado concentradas* - abrangendo concentração horizontal e integração vertical -, com o objetivo de impedir o surgimento de estruturas de mercado que tornem mais provável a ocorrência de abusos de poder de mercado por parte das empresas integrantes; e o *controle repressivo das condutas anticompetitivas*, com o objetivo de coibir práticas anticompetitivas de natureza vertical (ao longo da cadeia produtiva) ou horizontal (no mesmo mercado) por parte de empresas que detêm poder de mercado.

Em *primeiro* lugar, por meio da intervenção de caráter *estrutural*, seja horizontal ou vertical, procura-se inibir a concentração de mercados em grau tão alto que torne *certo* o aparecimento de poder de mercado e *provável* o seu exercício abusivo por parte das empresas que o integram. Tais controles *estruturais*, de modo geral, buscam limitar a ocorrência e a extensão de fusões, aquisições ou *joint ventures* que visem à dominação de mercados e/ou que impliquem a redução do grau de competição nos mercados onde se realizam, sem uma *contrapartida* - em geral aceita, se suficientemente alta, como compensatória - em termos de geração de *ganhos de eficiência* (ou “*eficiências*”, no jargão: produtivas, distributivas ou comerciais) -, na suposição de que nem todos os atos de concentração sejam motivados pelo intuito de monopolizar mercados e que gerem apenas efeitos anticompetitivos.

No que se refere especificamente à atuação sobre movimentos de *integração vertical*, envolvendo aquisições, fusões e outros vínculos entre empresas pertencentes a uma mesma cadeia produtiva, duas têm sido tradicio-

nalmente as preocupações das autoridades antitruste<sup>136</sup>: (i) o aumento das barreiras à entrada; e (ii) o surgimento de *bloqueio* de mercado (“*foreclosure*”), isto é, situações nas quais uma empresa impede que outras tenham acesso ao seu mercado. Em qualquer caso, a emergência de possíveis efeitos anti-competitivos depende da existência de *poder de mercado* em pelo menos um dos mercados envolvidos na integração vertical.

No primeiro caso, trata-se da possibilidade de que um fabricante ou prestador de serviços, ao bloquear os canais de distribuição disponíveis, limite a capacidade de seus compradores (ou vendedores) de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus, criando sérios obstáculos para a entrada de seus concorrentes no mercado<sup>137</sup>. No segundo caso, a integração vertical pode provocar o bloqueio de um mercado para um conjunto de empresas nele atuantes. Na verdade, a situação de *foreclosure* é semelhante à anterior, aplicando-se, no entanto, às empresas já instaladas.

Um argumento econômico adicional quanto aos efeitos anticompetitivos derivados de uma integração vertical, ou relação contratual equivalente, baseia-se na possibilidade de que esta gere um *aumento dos custos de rivais* da empresa que a realiza. A idéia básica é que a integração vertical para trás pode gerar alterações no comportamento das firmas remanescentes no mercado *upstream*, de modo que o preço destes sofra um aumento após a operação, prejudicando os concorrentes da firma integrada no mercado comprador dos insumos<sup>138</sup>.

Em *segundo* lugar, por meio do controle repressivo de *condutas anticompetitivas*, pretende-se coibir práticas de natureza horizontal (no mesmo mercado) ou vertical (ao longo da cadeia produtiva) *prejudiciais à concorrência*, por parte de empresas que *detêm poder de mercado*.

Entre as condutas *horizontais* incluem-se as práticas de combinação de preços (cartéis e semelhantes), de cooperação entre concorrentes (condutas

<sup>136</sup> Ver, por exemplo, HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. St. Paul: West Publishing, pp. 337-339; e VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON Jr., J. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2ª ed., p. 224. Ver também a respeito CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000). *Modern Industrial Organization*. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 3ª ed., cap. 19, pp. 635 ss.

<sup>137</sup> Ver SULLIVAN, E., HARRISON, J. (1988). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. N. York: Matthew Bender, p. 179.

<sup>138</sup> ORDOVER, J., SALONER, G., SALOP, S. (1990). “Equilibrium Vertical Foreclosure”. *American Economic Review*, março. Vale, naturalmente, o mesmo raciocínio para o movimento de integração da empresa para a frente. Ver também VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON Jr., J. (1995), *op. cit.*, cap. 6, p. 183.

“concertadas”) e de preços predatórios. Entre as condutas *verticais* destacam-se as *restrições sobre preços* - como a fixação de preços de revenda (“*resale price maintenance*” - RPM) e vários tipos de discriminação de preços; e *restrições não vinculadas a preços* - como vendas casadas e acordos de exclusividade, territorial ou sobre vendas de determinados produtos.

## II.2. O conceito de mercado relevante

A identificação do poder de mercado detido por uma firma ou grupo de firmas é um dos elementos centrais em qualquer análise antitruste, uma vez que a presença de poder de mercado constitui *sempre* uma condição necessária, embora não suficiente, para a caracterização seja de uma conduta anti-competitiva, seja da probabilidade de exercício individual ou conjunto de poder de mercado resultante de um ato de concentração.

*Poder de mercado* é definido como a capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de manter seus preços persistentemente acima dos níveis competitivos, sem com isso provocar uma redução de vendas suficiente para torná-la não lucrativa. Para identificar se uma firma (ou grupo de firmas) detém poder de mercado, os órgãos de defesa da concorrência utilizam métodos *indiretos* de estimação, normalmente associados ao cálculo da participação de mercado (*market share*) da firma (ou grupo de firmas).<sup>139</sup>

O *mercado relevante*, conceito especificamente utilizado na área antitruste, é definido como o menor mercado, em termos de produto e geográfico, no qual o exercício de poder de mercado é possível, por meio de ações coordenadas ou unilaterais das empresas. É intenção dessa definição que o *mercado relevante* seja *definido* de forma tal que o suposto exercício de poder de mercado que se busca prevenir seja, antes de mais nada, *logicamente* possível.

Para tal, com base na metodologia empregada universalmente – proposta pelos *Horizontal Merger Guidelines* do FTC/DoJ/E.U.A. (1992) -, é preciso analisar as possíveis respostas dos consumidores diante de um aumento dos preços de um certo produto - normalmente de 5% ou 10%, durante um ano -, realizado por um *monopolista hipotético* naquele mercado, observando que esse aumento poderia não ser lucrativo caso os consumidores: (i) substituíssem o produto cujo preço foi elevado; e/ou (ii) passassem a comprar o mesmo produto de outros vendedores localizados em outras áreas.

---

<sup>139</sup> Ver a respeito POSSAS, M. (1996). “Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência”. *Revista do IBRAC*, 3 (5), maio.

Para cumprir esse objetivo, deve-se delimitar o mercado relevante basicamente em termos de substituíbilidade entre produtos do ponto de vista do consumidor – tecnicamente definida pela *elasticidade-preço da demanda* (*dimensão produto*); e de custos e facilidade de acesso por parte de concorrentes a uma área geográfica definida (*dimensão geográfica*).

Seguindo a metodologia dos *Guidelines*, deve-se começar o teste do “monopolista hipotético” pelo menor conjunto possível de produtos e pela menor área geográfica possível, candidatos a formar o mercado relevante em cada caso concreto. Nesse conjunto produto/área geográfica, verifica-se se o exercício de poder de mercado é viável, avaliando o efeito esperado, sobre a *demanda* do produto em questão, de um aumento de preços considerado na jurisprudência como abusivo (5% ou 10%, conforme o caso), por parte de um hipotético monopolista maximizador de lucros. Se esse aumento *não* implica maiores lucros, então o exercício de poder de mercado *ainda* não é possível no nível previsto legalmente como abusivo, e é preciso ampliar o escopo de produtos e/ou geográfico do mercado - até, finalmente, atingir-se o menor escopo da combinação produto/área geográfica que passe nesse teste; este será, então, o *mercado relevante* em ambas as dimensões<sup>140</sup>.

Completada a delimitação do mercado relevante, a substituíbilidade de produção pelo lado da oferta - a *elasticidade-preço da oferta* -, embora ausente do exercício anterior, centrado na demanda, também deve ser considerada para efeito de identificação dos *participantes* desse mercado. Isso é feito pela inclusão, no mercado relevante *já definido* em termos de produto(s) e geográficos, dos ofertantes *potenciais* desse(s) produto(s) que podem fazê-lo com relativa facilidade - isto é, a baixo custo adicional e a prazo relativamente curto, por já disporem de capacidade produtiva instalada, que pode ser remanejada para a produção do(s) produto(s) em questão. São os chamados, pelos *Guidelines*, de “*uncommitted entrants*” no mercado, porque sua entrada não requer investimentos significativos em custos irrecuperáveis (“*sunk costs*”).

### **II.3. Condições de exercício de poder de mercado: concentração e barreiras à entrada no mercado relevante**

Uma vez delimitado o mercado relevante, a utilização de medidas de *concentração* de mercado e a tentativa de avaliação do nível das *barreiras à*

---

<sup>140</sup> Ver SCHERER, F. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: H. Mifflin, 2<sup>a</sup>. ed., pp. 73 ss. Ver também CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000), *op. cit.*, cap. 19, pp. 612-15.

*entrada* são os principais instrumentos de inferência da existência e análise da extensão do poder de mercado naquele mercado relevante concreto - e de seu eventual reforço, no caso de atos de concentração – utilizados pela análise econômica antitruste.

A *concentração de mercado* (medida pelo índice Hirschman-Herfindahl, HHI, entre outros) é a mais utilizada como primeira aproximação para determinar a viabilidade *estrutural* de existência de poder de mercado<sup>141</sup>. Seu significado conceitual é o de uma combinação entre *desigualdade* e *pequeno número*, procurando justamente denotar o grau de facilidade de “colusão” (conluio) entre empresas naquele mercado. Admite-se que o poder de mercado é *função crescente* da concentração do mercado, já que pequeno número de concorrentes e sua desigualdade favorecem conluios tácitos ou explícitos, pelo menos entre os líderes. Cabe entretanto enfatizar que a concentração é apenas uma condição *necessária, mas não suficiente*, para o surgimento de poder de mercado.

Uma condição adicional *decisiva* para a avaliação de poder de mercado é o nível das *barreiras à entrada*, apesar de não ser mensurável diretamente. Sabe-se que na ausência de barreiras à entrada - por exemplo, se não houver “*sunk costs*” numa indústria - não é possível fixar preços acima dos custos de forma persistente e significativa<sup>142</sup>. Por isso as barreiras à entrada são um elemento fundamental de análise antitruste, não só para atos de concentração (fusões e aquisições), horizontais e verticais, como também para *condutas*, já que a sua presença constitui um segundo fator necessário, ainda que não suficiente, para o exercício de poder de mercado.

A análise das condições de entrada envolve duas definições básicas:

(i) *entrada* requer *instalação de capacidade* e *nova empresa*. Importações, por exemplo, *não são entrada* - ou *committed entry*, no jargão dos *Guidelines* -, embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado; são no máximo *uncommitted entry*; e

(ii) entrada requer ainda capacidade de *vender* o produto, e portanto dispor dos *ativos* necessários para tal. Instalar capacidade é necessário para *produzir*, mas nem sempre basta para *vender*, o que pode requerer uma forte marca e uma importante estrutura de distribuição e de serviços pós-venda (p. ex. produtos *diferenciados*, em que a concorrência se dá na comercialização).

---

<sup>141</sup> Ver SCHERER, F. & ROSS, D. (1990), *op. cit.*, , pp. 72-3. Ver também VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON Jr., J. (1995), *op. cit.*, cap. 6, pp.145-152.

<sup>142</sup> SCHERER, F. & ROSS, D. (1990), *op. cit.*, pp. 360 ss; também VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON Jr., J. (1995), *op. cit.*, cap. 6, pp. 152-187.

## II.4. A identificação de possíveis “eficiências” compensatórias

Na presença de efeitos anticompetitivos reais ou potenciais - *também* de *condutas* tidas como anticompetitivas, e não apenas de atos de concentração como às vezes se supõe erroneamente -, a análise econômica anti-truste e a jurisprudência têm, nas últimas décadas, se apoiado cada vez mais na convicção de que somente a presença significativa de *ganhos de eficiência* - as chamadas “*eficiências*”, no jargão -, e como *decorrência necessária da-quele ato ou conduta*, pode justificar sua autorização por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

A lógica econômica, e por extensão jurídica, dessa condição é que, em qualquer caso, o que importa são os *efeitos líquidos* sobre a *eficiência econômica* (em geral identificada com o conceito econômico de *eficiência alocativa* ou *de Pareto*) - entendida como expressão do *bem-estar da sociedade*.<sup>143</sup> Os efeitos anticompetitivos reais ou potenciais são apenas o lado *negativo* desse balanço, que em princípio poderia ter um saldo positivo.

Em consequência, a autorização desses atos ou condutas, mesmo que possivelmente mitigados por restrições ou compromissos de desempenho impostos pelas autoridades de defesa da concorrência, deve apoiar-se *necessariamente* – embora não exclusivamente, pois outros aspectos (distributivos, p. ex.) podem ser levados em conta - na *avaliação* dos correspondentes *efeitos líquidos* sobre a *eficiência econômica*; vale dizer, na comparação entre os efeitos anticompetitivos, de um lado, e as “*eficiências*” compensatórias decorrentes do ato ou conduta, de outro lado.<sup>144</sup>

Suponhamos que as autoridades e/ou a legislação (inclusive jurisprudência) considerem *exclusivamente* o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a escola de Chicago.<sup>145</sup> Nesse caso, um dado ato ou conduta *deve ser autorizado(a)*, com ou sem restrições, *se e só se* tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superi-

<sup>143</sup> SCHERER, F. & ROSS, D. (1990), *op. cit.*, pp. 19 ss; também VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON Jr., J. (1995), *op. cit.*, pp. 73-82.

<sup>144</sup> Veja-se por exemplo CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000), *op. cit.*, cap. 19, pp. 604-06. Para uma visão crítica desse critério, ver LANDE, R. (1982). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”. *Hastings Law Journal*, reimpresso em GAVIL, A. (ed.), *op. cit.*, cap. III B, pp. 50-54.

<sup>145</sup> Sobre este debate, veja-se GAVIL, A. (ed.) (1996). *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publ., Parte I

or às perdas de eficiência por ele(a) ocasionadas. Caso restrições sejam aplicadas, deverão ser encaradas apenas como *garantias à consecução das eficiências alegadas*, e não como *compensatórias em si mesmas* dos efeitos anticompetitivos.

Por outro lado, suponhamos que as autoridades *não* considerem *exclusivamente* o critério de eficiência alocativa, mas levem em conta *também* o grau de dano à concorrência resultante e/ou os efeitos distributivos prejudiciais aos consumidores. Nesse caso, a presença de eficiências compensatórias *continua sendo* uma *condição necessária*, só que *não mais suficiente*, para autorizar o ato ou conduta. Caso o prejuízo estimado à concorrência e/ou ao consumidor seja considerado muito elevado, outras condições ou restrições podem ser impostas. Nesse caso, tais restrições e/ou compromissos de desempenho não deverão ser encarados apenas como salvaguardas ao cumprimento das eficiências alegadas, mas farão parte, *ao lado* das eficiências, dos *efeitos compensatórios* eventualmente considerados suficientes pelas autoridades para aprovar o ato ou conduta anticompetitiva.

Em suma, de um ponto de vista conceitual, *toda e qualquer* análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de provocar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo *conclusivo*, a avaliação dos *efeitos líquidos em termos de eficiência* do ato ou conduta examinado. É óbvio que, caso se avalie que sequer existe um efeito anticompetitivo, a análise será interrompida neste ponto, e a identificação e avaliação de eficiências será desnecessária. Essa afirmação é válida *tanto* para critérios de avaliação e julgamento baseados na *rule of reason* (“regra da razão” ou “da razoabilidade”) *quanto* para o critério *per se*, como se verá adiante.

### **III - As principais práticas restritivas verticais: sua caracterização; efeitos anticompetitivos e possíveis “eficiências”**

#### **III.1. As principais práticas anticompetitivas verticais**

As *práticas restritivas*, ou *anticompetitivas*, *verticais* são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores à sua na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam *impor*, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente

ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência.

Dentre as numerosas práticas verticais destacam-se as seguintes, na literatura e na jurisprudência internacionais:

(i) *Fixação de preços de revenda* (“*resale price maintenance*”, ou RPM), pela qual um produtor estabelece os preços – máximos, mínimos ou rígidos - a serem praticados na venda final pelos distribuidores ou revendedores de seus produtos;

(ii) *Acordos de exclusividade* (“*exclusionary practices*”), pelos quais duas empresas relacionadas verticalmente acordam realizar suas transações de forma exclusiva – tipicamente, um produtor ou distribuidor/revendedor se compromete a comprar ou negociar com exclusividade produtos de um dado fornecedor;

(iii) *Venda casada* (“*tying*” ou “*tie-in*”), em que uma empresa vende a outra ou ao usuário final um conjunto de produtos e/ou serviços apenas de forma conjunta, recusando-se a comercializá-los separadamente;

(iv) *Recusa de negociação* (“*refusal to deal*”), quando uma empresa (que tanto pode ser o fornecedor/produtor de determinado bem ou serviço como o seu comprador/distribuidor) se recusa a vendê-lo ou comprá-lo a outra empresa em condições consideradas normais no mercado;

(v) *Discriminação de preços*, que consiste na prática por uma empresa de preços diferentes para clientes diferentes;

(vi) *Restrições territoriais e de base de clientes*, em que tipicamente um produtor/fornecedor limita contratualmente a área de atuação dos seus revendedores ou distribuidores, seja em termos geográficos ou quanto a certas características dos clientes.

Em qualquer caso, uma premissa logicamente essencial para que possa ocorrer qualquer efeito prejudicial à concorrência em um ou mais dos mercados relevantes envolvidos na prática em questão é que, em pelo menos um dos mercados considerados, haja *poder de mercado* (“posição dominante”, no jargão às vezes utilizado, e presente na lei brasileira) por parte da(s) empresa(s) que adota(m) a referida prática.

### **III.2. Características comuns às práticas verticais: o balanço entre efeitos potenciais anticompetitivos e “eficiências”**

A possível presença de efeitos anticompetitivos *líquidos* – ou seja, não totalmente compensados por eventuais ganhos de eficiência - oriundos de práticas verticais é um dos temas mais polêmicos tanto na literatura como na jurisprudência antitruste. Por um lado (como se verá mais adiante), a jurisprudência internacional, notadamente a dos E.U.A. - de longe a mais relevante nesse tema - historicamente vinha considerando muitas dessas práticas suficientemente anticompetitivas a ponto de tratá-las como ilegais *per se*; por outro lado, a extensa literatura antitruste de comentário legal e de orientação mais econômica, ao contrário, tem pendido cada vez mais fortemente na direção oposta, admitindo não apenas que tais práticas na maioria dos casos não produzem efeitos anticompetitivos relevantes, como ainda podem proporcionar importantes *ganhos de eficiência* – as chamadas “*eficiências*” - , geralmente associados à redução de *custos de transação*, que devem ser considerados e avaliados em cada caso. Seja como for, as principais conseqüências dessa segunda tendência mais recente têm sido:

(i) a crescente incorporação na análise antitruste – principal mas não exclusivamente no caso das práticas verticais - de critérios de avaliação mais amplos e tecnicamente mais precisos, não apenas quanto a seus possíveis efeitos anticompetitivos, como em particular quanto aos possíveis *ganhos de eficiência*, associados quase sempre a *relações contratuais* estabelecidas de forma a reduzir *custos de transação*, e com isso a viabilizar relações e transações econômicas que de outro modo não seriam realizadas, aumentando em conseqüência o nível de bem-estar da sociedade; e

(ii) em grande parte devido a tais aperfeiçoamentos, o progressivo abandono, por parte dos tribunais e especialmente da Suprema Corte nos E.U.A., da aplicação a práticas verticais do critério de ilegalidade *per se*, em benefício da aplicação legal da *regra da razoabilidade* (“*rule of reason*”), que determina o exame, caso a caso, do balanço dos efeitos anticoncorrenciais *vis-à-vis* os prováveis ganhos de eficiência de cada conduta vertical específica.

Esses aspectos serão examinados mais detidamente, nas seções seguintes.

### **III.3. Práticas verticais como relações contratuais sujeitas a custos de transação: as “eficiências” típicas**

A chamada teoria dos custos de transação e sua aplicação, hoje amplamente difundida, tanto em Economia Industrial quanto crescentemente na

área antitruste, foi desenvolvida por O. Williamson e outros autores desde os anos 70<sup>146</sup>. Trata-se basicamente da percepção de que *todas* as transações econômicas numa economia de mercado são em essência relações contratuais, desde o mercado “puro” até as hierarquias (firmas e outras organizações orientadas ao mercado), passando pelas mais variadas formas intermediárias de relações contratuais (contratos temporários entre agentes econômicos), e que portanto requerem, mesmo no âmbito da análise econômica, um enfoque levando em consideração as propriedades econômicas desses contratos.

Especificamente, supõe que os agentes econômicos, ao buscarem lucros, não se limitam a decisões de âmbito tecnológico e financeiro, mas também, e de forma não menos importante, visam à redução dos custos de transação, para tanto criando mecanismos contratuais (de comprometimento – “*commitment*” – ou de incentivo) ou extra-contratuais (de “*governance*”) que, ao facilitar a coordenação entre agentes e reduzir tais custos, podem permitir viabilizar transações que de outra forma não ocorreriam.

O processo contratual é caracterizado pela teoria como consistindo essencialmente em contratos de *longa duração* isto é, com interação freqüente e prolongada entre partes (“*farsighted*”), envolvendo tanto a presença de *ativos específicos* quanto a *limitação* na capacidade preditiva das contingências contratuais pela presença de incerteza (“*contratos incompletos*”), o que requer uma combinação de (i) especificação detalhada *ex ante* de salvaguardas e alinhamento de incentivos para minimizar esses riscos, com (ii) mecanismos de *governance* preventivos de falhas contratuais *ex post*, associados a comportamentos oportunistas diante de assimetrias de poder econômico criadas ao longo do processo.

A análise da *interação estratégica* entre os agentes envolvidos no processo contratual torna-se essencial por se tratar, por hipótese, de relações contratuais duradouras, e que freqüentemente envolvem *ativos específicos*, isto é, que não são conversíveis em utilização alternativa, ou só o são com custo elevado. Nesses casos tende a ocorrer uma transformação da relação contratual ao longo do tempo, desde uma situação de *concorrência* no fornecimento de bens e serviços, ao início do contrato, até um eventual *monopólio bilateral* após decorrida uma série de interações, o que gera custos crescentes de saída do contrato. Nessas condições, a presença potencial de *oportunismo* só pode ser mitigada com uma combinação de “ameaças críveis” com “comprometimentos (“*commitments*”) críveis” – em geral envolvendo investimen-

---

<sup>146</sup> Veja-se principalmente WILLIAMSON, O. (1975). *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press; e do mesmo autor (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.

tos com custos irrecuperáveis – *sunk costs*. Estes são salvaguardas que implicam custos, mas podem viabilizar transações (investimentos conjuntos, *joint ventures*, etc.) que de outra forma não seriam realizadas. Daí o ganho de eficiência alocativa (entre outros) que pode resultar desses mecanismos de *governance* e de salvaguardas com credibilidade estratégica.

Os *trade offs* mais relevantes na criação de arranjos contratuais de modo geral envolvem *incentivos econômicos vs. adaptabilidade*, tanto “autônoma” quanto “cooperativa”. O mercado é forte no incentivo e na primeira forma de adaptabilidade, enquanto as *hierarquias* (firmas) o são na segunda. A identificação das formas institucionais mais eficientes de organização e de *governance* das transações deve levar em conta em cada caso concreto esse *trade off*, conforme os níveis de *complexidade* e *risco* da transação (que geram custos) *vis-à-vis* os *incentivos e salvaguardas* à mesma (que geram benefícios). Os graus de complexidade e de incidência de especificidade de ativos das transações tende a elevar a necessidade de adaptações de tipo cooperativo, voltados a um esforço de coordenação<sup>147</sup>.

Já a principal conclusão *normativa* a extrair da teoria é que os mecanismos contratuais estabelecidos com o objetivo de reduzir custos de transação podem proporcionar não só benefícios privados, como também o aumento da *eficiência (bem-estar) social*, via aumento de eficiência alocativa do sistema econômico. Em outros termos, a teoria mostra que os *ganhos de eficiência* numa economia de mercado não derivam somente de inovações tecnológicas, produtivas e organizacionais, mas também – e de forma não insignificante – de novos arranjos *contratuais*, em busca de maior eficiência na gestão da coordenação das partes envolvidas em transações duradouras, que não se esgotam numa operação de compra e venda como num mercado *spot*.

As conseqüências da aplicação dessa teoria na área antitruste, especialmente quanto às práticas verticais, têm sido marcantes e crescentes<sup>148</sup>. Sob o princípio geral de que, na presença não desprezível de *ativos específicos*, *incerteza* e risco de comportamento *oportunist*a – isto é, na *grande maioria* das situações em que ocorrem *transações continuadas* (não *spot*) entre agentes numa economia de mercado –, a implementação de relações contratuais duradouras impõe a adoção de cláusulas restritivas e salvaguardas potencialmente pró-eficiência, tanto privada quanto *pública*, tem levado analistas e

<sup>147</sup> Ver a respeito WILLIAMSON, O. (1993). “Transaction Cost Economics and Organization Theory”, *Industrial and Corporate Change*, vol. 2 n<sup>o</sup> 2, pp. 128-131.

<sup>148</sup> Para uma síntese das implicações da teoria na área de defesa da concorrência, veja-se PONDÉ, J., FAGUNDES, J., POSSAS, M. (1997). “Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência”. *Revista de Economia Contemporânea*, 1 (2), jul./dez.

juízes da área antitruste a reavaliar seus conceitos negativos acerca das práticas contratuais verticais.

A opinião de que tais práticas seriam apenas “restritivas”, às vezes reforçadas pelo fato de que quase sempre existem fortes assimetrias de poder de mercado entre empresas contratantes a montante e a jusante na cadeia produtiva – tipicamente, por exemplo, entre produtores e distribuidores -, cede lugar a uma avaliação mais ponderada, em que elas passam a ser vistas como podendo ter algum efeito positivo em termos de eficiência, ainda que potenciais e em graus variados, que portanto devem necessariamente, para uma análise antitruste consistente, ser contrabalançados – tal como se faz universalmente no caso de atos de concentração econômica – com os potenciais efeitos anticompetitivos.

Nessa comparação, para que ela faça sentido, é preciso obviamente que os termos comparados sejam homogêneos; o que exige recorrer à noção usual de eficiência econômica ou alocativa – que, apesar de suas limitações, ainda é a única disponível na análise econômica com esse fim - para avaliar tanto os efeitos anticompetitivos prováveis de uma dada conduta (vertical, no caso) quanto seus benefícios esperados. É o que justifica a adoção generalizada, para a análise de tais práticas, do critério baseado no *princípio da razoabilidade*, como se verá adiante.

#### **IV - O balanço entre efeitos anticompetitivos e possíveis “eficiências” em práticas anticompetitivas verticais: a aplicação da “regra da razão”**

##### **IV.1. A adoção da “regra da razão” como um princípio geral na análise de práticas verticais**

Foi mencionado que a “regra da razão” ou “da razoabilidade” (“*rule of reason*”) vem substituindo progressivamente o critério de ilegalidade “*per se*” na jurisprudência internacional, notadamente nos E.U.A., no tratamento das práticas verticais. Na verdade, esse movimento responde à mesma lógica de aperfeiçoamento dos métodos e conceitos empregados na análise antitruste que vem presidindo a evolução da jurisprudência, em face do reconhecimento crescente da presença dos efeitos pró-eficiência antes discutidos, via redução de custos de transação, nos contratos de natureza vertical, que a comunidade antitruste vem aos poucos incorporando ao seu acervo.

Isso porque a referida regra de julgamento impõe, por definição, que cada caso seja examinado precisamente quanto ao *balanço* entre seus possí-

veis efeitos anticompetitivos e pró-eficiência, de forma a se avaliar os *efeitos líquidos*, e só então se concluir acerca da sua ilegalidade ou não (alguns elementos técnicos básicos para esse balanço serão introduzidos na seção seguinte).

Diferentemente do critério *per se*, portanto, a ilegalidade não é presumida *a priori* pela “regra da razão”, exatamente por se considerar que o *efeito líquido* anticompetitivo, por razões econômicas antes que legais, não pode ser presumido sem um exame minucioso da ponderação entre os dois tipos de efeito. Em outras palavras, ela deve ser adotada sempre que *ambos* os efeitos são presumidos, permanecendo *a priori* indeterminado o seu peso relativo, o que requer então análise específica. Nesse sentido, a rigor, é possível sustentar que a “regra da razão” é o *único* critério que atende satisfatoriamente os requisitos de análise econômica necessários e suficientes para qualquer julgamento na área antitruste.

No caso das práticas verticais, a natureza *a priori* ambígua, e não preponderantemente anticompetitiva, das relações contratuais que lhes dão base, à luz dos avanços teóricos expostos anteriormente, torna não só desejável como inexorável que os critérios de julgamento baseados em “atalhos” radicais como o da ilegalidade “*per se*” – que, embora sob formas específicas variadas, não requer muito mais que a mera caracterização da ocorrência da conduta em questão – cedam lugar pouco a pouco à avaliação completa dos *efeitos líquidos* em termos de eficiência econômica, que constitui a substância da “regra da razão”.

Na verdade, seria correto afirmar, e esse é crescentemente o entendimento atual, que esses critérios da jurisprudência norte-americana não são a rigor antagonísticos, mas complementares; um *não é* “o contrário” do outro, mas sua continuação por outros meios. Assim, o critério de avaliação pela “*rule of reason*” é, na verdade, o critério *geral* por excelência, já que consiste em ponderar os reais ou potenciais efeitos anticompetitivos, e portanto anti-eficiência, de um ato ou conduta, com seus possíveis efeitos pró-eficiência – que em princípio *sempre* podem existir -, tendo em vista determinar seus efeitos líquidos em termos de eficiência. Por sua vez, o critério *per se* a rigor não elimina a análise de efeitos pró-eficiência compensatórios, apenas a considera *desnecessária* em face da evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas situações de mercado – certas condutas restritivas, como o cartel em particular – não geram normalmente benefícios relevantes, de forma que sua condenação *per se* não ocasionará injustiças senão excepcionalmente, permitindo em contrapartida uma substancial economia de meios materiais, intelectuais e processuais de levar a análise e o julgamento desses casos até o fim.

Em outras palavras, o critério de ilegalidade *per se* constitui um dispositivo jurisprudencial de economia de meios judiciais e prestação processual válido apenas em circunstâncias tais que o peso da presunção de que os efeitos *líquidos* são claramente anticompetitivos seja *a priori* esmagador, de forma tal que eventuais erros judiciais decorrentes deste viés apriorístico venham a ser tão improváveis que se deixem amplamente compensar pelos referidos ganhos em economia processual. Ou ainda, em síntese, é possível afirmar que não existem propriamente infrações *per se* da lei antitruste, mas simplesmente argumentos de defesa que não são *per se* admissíveis, em decorrência da natureza da racionalidade econômica da conduta e/ou da experiência jurisprudencial, sem que para tanto seja necessária uma investigação específica de seus efeitos em cada circunstância<sup>149</sup>.

No caso brasileiro, prevalece ademais a convicção generalizada na comunidade de defesa da concorrência, que se expressa na literatura e na jurisprudência, de que a lei brasileira, n<sup>o</sup> 8.884/94, Art. 20, não contempla a possibilidade de aplicação do critério de ilegalidade *per se* na avaliação de condutas, e por conseguinte impõe a análise dos efeitos líquidos com base na “regra da razão”. Concordando de modo geral com essa posição consensual, e não havendo interesse aqui em entrar no seu mérito, basta assinalar como o CADE, em sua Resolução n<sup>o</sup> 20, de 09/06/1999, que trata precisamente de complementar a regulamentação dos Processos Administrativos referentes a condutas tidas como anticompetitivas, sintetiza em seu Anexo I o que se deve entender como aplicação deste critério à análise de tais condutas:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais presumem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados *vis-à-vis* os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão frequentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja

---

<sup>149</sup> Veja-se para uma análise aprofundada COHEN, W. (1998). “Per Se Illegality and Truncated Rule of Reason: the Search for a Foreshortened Antitrust Analysis”, Staff Discussion Draft, F.T.C./E.U.A., novembro. Para um breve resumo do ponto de vista econômico, ver CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000), *op. cit.*, cap. 19, pp. 645-46.

assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços”.<sup>150</sup>

Adiante, na definição dos passos básicos para análise (Anexo II), acrescenta na mesma direção:

“Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos [posição dominante em um mercado relevante] 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”<sup>151</sup>.

#### **IV.2. O balanço dos efeitos líquidos em termos de eficiência: elementos básicos**

Como visto, a análise econômica predominante na área antitruste – sob influência, em grande parte, da escola de Chicago – assume que um ato de concentração, assim como uma conduta anticompetitiva, pode ser aceitável, apesar do seu efeito anti-competitivo, se o efeito pró-eficiência derivado da redução de custos (ou equivalente benefício à eficiência alocativa) *não for menor* que o efeito de perda de bem-estar (de eficiência) de “peso morto” decorrente seja do aumento do poder de mercado associado ao ato de concentração, seja de uma prática anticompetitiva. Em outras palavras, se não houver redução no nível de *eficiência alocativa* do mercado, tal como medido pela *magnitude* do *excedente* total gerado nesse mercado, *independentemente* de quem se apropria do mesmo.

O conhecido gráfico de Williamson<sup>152</sup>, com base na análise das perdas de bem-estar de “peso morto” associadas ao exercício de poder de mercado em preços, descreve claramente os ingredientes desta análise; conforme Figura 1 abaixo.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> Resolução nº 20 do CADE/MJ, reproduzida na *Revista do IBRAC*, vol. 6 nº 4, 1999; p. 52.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>152</sup> O artigo clássico é WILLIAMSON, O. (1968). “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”. *American Economic Review*, 58, março.

<sup>153</sup> Para uma apresentação didática, veja-se CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000), *op. cit.*, cap. 19, pp. 604-06. Uma discussão mais extensa encontra-se em FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. (1989). “Price Effects of Horizontal Mergers”. *California Law Review*, 77 (4), julho, pp. 785 ss.

*Figura 1 : O trade off entre perda de eficiência de “peso morto” e ganho de eficiência por redução de custos de uma fusão*

## P

O gráfico assume que um mercado competitivo, com preço no nível dos custos unitários (supostos constantes para simplificar),  $p_0 = c$ , sofre um processo de concentração que resulta num monopólio (ou num cartel que fixa preço de monopólio), com preço  $p_m$  e quantidade  $q_m$  que maximizam lucros a curto prazo, isto é, tal que a receita marginal iguale o custo marginal ( $RMg = c$ ). Assume também que a referida concentração (por exemplo uma fusão) permite, via ganhos de escala, de racionalização ou por outro meio, uma redução dos custos unitários de  $c$  para  $c'$ .

A comparação das duas situações em termos de eficiência alocativa, representada pelo excedente gerado e apropriado no mercado em cada uma, mostra que enquanto os consumidores perdem com a monopolização o equivalente às áreas **A** e **B**, o(s) produtor(es) ganha(m) o equivalente às áreas **A** e **C**. Ou seja, enquanto a área **A** representa uma *transferência* de excedente (renda) dos consumidores para o(s) produtor(es), a área **B** representa uma perda líquida, por isso conhecida como a perda de bem-estar de “peso morto” do monopólio, e a área **C** representa um ganho líquido do(s) produtor(es). Logo, o *ganho líquido* em termos de eficiência será dado pela diferença  $C - B$ . Se o único critério adotado para julgar esta fusão for o baseado nos efeitos líquidos em termos de eficiência, então ela deverá ser aprovada se e só se o resultado for  $C - B \geq 0$ .

Um dos problemas metodológicos (não o único) deste critério de *trade off* de eficiência é sua pretensa exclusividade, isto é, a exclusão *a priori* de todo e qualquer outro critério que não a eficiência alocativa por princípio objetivo. Embora seja discutível, por anacronismo, a pretensão de que os legisladores responsáveis pela aprovação da lei Sherman (1890) estivessem preocupados preferencialmente seja com os efeitos distributivos da monopolização sobre os consumidores, seja (menos ainda) com a eficiência alocativa dos mercados – conceito desconhecido à época -, é inegável que a jurisprudência veio pouco a pouco incorporando essas questões em nível cada vez menos superficial, embora ainda esteja longe do desejável.

Em especial a questão *distributiva*, sob a forma de argumentos que visam a preservar os consumidores dos efeitos redistributivos perversos da prática de preços não-competitivos - que expressam exercício de poder de mercado -, vem-se tornando ao longo das últimas décadas um forte contrapon-

to, e de inegável apelo ao interesse público e político, à pretendida exclusividade da análise em termos de eficiência.

Retornando à Figura 1, a postura dos defensores da ótica distributiva é a de rejeitar o *trade off* entre a perda de bem-estar de peso morto (área **B**) que se supõe decorrente, via preço de monopólio, da monopolização de um mercado, e o ganho de eficiência produtiva (área **C**) que se supõe resultar da mesma monopolização, já que este último estará sendo apropriado exclusivamente pelos produtores (monopolistas ou cartel), sem que os consumidores tenham qualquer ressarcimento por sua perda líquida, por hipótese transferida via preços monopolísticos para os produtores (área **A**). Nesse *trade off* há claramente ganhadores líquidos - os produtores, e perdedores líquidos - os consumidores, ainda que eufemisticamente (somando utilidades, por exemplo) se considere que a “sociedade como um todo” não tenha perdido, desde que  $B \leq C$ .

A posição centrada na importância do efeito distributivo, que tem em R. Lande um de seus expoentes, apóia-se tanto no questionamento direto da exclusividade do critério baseado na eficiência alocativa quanto na (menos convincente) referência histórica às origens da lei Sherman. O questionamento direto da eficiência alocativa como critério único, em detrimento dos efeitos distributivos, às vezes utiliza um forte argumento *in extremis*: a desconsideração completa dos efeitos distributivos levaria, no limite, a considerar *indiferentes* do ponto de vista da eficiência, e portanto do ponto de vista antitruste, uma situação de *concorrência perfeita* e um *monopólio com discriminação perfeita de preços* – já que em ambos o excedente total é máximo, embora inteiramente apropriado pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo!<sup>154</sup>

De fato, na mesma Figura 1, caso o hipotético monopolista pós-fusão conseguisse realizar uma perfeita discriminação de preços, isto é, cobrando de cada consumidor o seu preço “de reserva” (máximo que este se dispõe a pagar), seria capaz de apropriar-se de *todo* o excedente do consumidor correspondente à situação de concorrência perfeita, equivalente à área total situada entre as curvas de demanda e de custo marginal, *c* (abstraindo agora a redução de custos, desnecessária para este argumento). Vale dizer, desapareceria a perda de bem-estar de “peso morto”. Logo, não só essas duas situações de mercado são equivalentes em termos de eficiência, como são *ambas* superiores ao monopólio puro, cuja eficiência é mais baixa na magnitude da perda de peso morto (área **B**).

---

<sup>154</sup> Ver a respeito, por exemplo, os comentários de HOVENKAMP, H. (1994), *op. cit.*, pp. 74-76 e 519.

Esse raciocínio de levar-se “ao limite” as implicações da premissa é útil por revelar mais claramente a natureza da opção que se faz ao se adotar o critério exclusivo da eficiência alocativa, especialmente quanto às suas implicações sociais. Entretanto, é importante não perder de vista dois aspectos essenciais:

(i) o problema não é a adoção em si do critério de eficiência alocativa, mas sua *exclusividade*;

(ii) não se trata de apoiar toda e qualquer redistribuição de excedente para o consumidor – o que pode ser prejudicial, por exemplo, à capacidade de investimento e ao estímulo à inovação por parte das empresas -, mas apenas de reconhecer que os efeitos distributivos *não* devem ser negligenciados *a priori*.

A lei brasileira, nº 8.884/94, contempla expressamente em seu Art. 54, §1º, como requisitos indispensáveis à aprovação de atos de concentração e outros que possam prejudicar a concorrência, *tanto* a obtenção de “eficiências” (inciso I) *quanto* a geração de efeitos distributivos sobre o mercado e os consumidores (inciso II), e mesmo assim *desde que* não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante. Dado o paralelismo de propósito e conteúdo entre este e o Art. 20 da lei, é natural estender-se às *condutas anticompetitivas* esta mesma interpretação de que o critério de eficiência alocativa não deve ser tomado isoladamente na avaliação dos efeitos líquidos das condutas, sem consideração não só de eventuais efeitos distributivos, como em particular da extensão em que a concorrência está sendo prejudicada ou eliminada do mercado.

## V - Conclusões

A análise dos impactos das práticas restritivas verticais sobre os mercados é significativamente complexa, seja porque tais condutas se caracterizam por se manifestarem sob uma ampla variedade de formas e instrumentos contratuais, seja porque os efeitos concretos de cada prática dependem fundamentalmente, em sua natureza e magnitude, do contexto em que a mesma é implementada. Assim, uma correta avaliação da ilegalidade de uma prática concreta, em um mercado específico, não pode ser realizada sem levar em conta um conjunto amplo de informações – tecnológicas, mercadológicas e contratuais – acerca das condições específicas do caso em foco.

Contudo, como a discussão realizada ao longo do artigo demonstra, isso não significa que a análise das práticas restritivas verticais deva se limitar a uma investigação empírica pouco estruturada, uma avaliação caso-a-caso relativamente frouxa. Dado o instrumental analítico disponível, é possível – e recomendável – organizar a avaliação dos efeitos destas práticas a partir de parâmetros relativamente bem definidos, introduzindo critérios que relacionam sistematicamente as propriedades dos contextos em que cada prática é implementada com os efeitos mais prováveis por esta gerados.

## Bibliografia

- CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000). *Modern Industrial Organization*. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 3<sup>a</sup>. ed.
- COHEN, W. (1997). “Per se Illegality and Truncated Rule of Reason: the Search for a Foreshortened Antitrust Analysis”. Staff Discussion Draft, F.T.C./E.U.A., novembro.
- FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. (1989). “Price Effects of Horizontal Meggers”. *California Law Review*, 77 (4), julho.
- GAVIL, A. (ed.) (1996). *An Antitrust Anthology*. Cincinnati: Anderson Publ.
- HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. S. Paul: West Publishing.
- HORIZONTAL MERGER GUIDELINES* (1992), Department of Justice/Federal Trade Commission, E.U.A.
- KLEIN, B., MURPHY, K. (1988). “Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms”. *Journal of Law & Economics*, XXXI (2).
- LANDE, R. (1982). “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”. *Hastings Law Journal*, reimpresso em GAVIL, A. (ed.) (1996), *op. cit.*
- MARVEL, H. (1982). “Exclusive Dealing”, *Journal of Law & Economics*, XXV(1).
- MEEHAN Jr., J., LARNER, R. (1981). “A proposed rule of reason for vertical restraints on competition”. *The Antitrust Bulletin*, 27 (Summer).
- MELAMED, E. (1998). “Exclusionary Vertical Agreements”. Principal Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Jus-

tice, Before The American Bar Association, Antitrust Section, Washington, D.C.; April, 2.

ORDOVER, J., SALONER, G., SALOP, S. (1990). "Equilibrium Vertical Foreclosure". *American Economic Review*, 80, março.

ORNSTEIN, S. (1989). "Exclusive Dealing and Antitrust". *The Antitrust Bulletin*, 34 (Spring).

PONDÉ, J., FAGUNDES, J., POSSAS, M. (1997). "Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência". *Revista de Economia Contemporânea*, 1(2), jul./dez.

POSSAS, M. (1996). "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência". *Revista do IBRAC*, 3 (5), maio.

RESOLUÇÃO n<sup>o</sup> 20/99 do CADE/MJ, reproduzida na *Revista do IBRAC*, vol. 6 n<sup>o</sup> 4, 1999.

SCHERER, F. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 3<sup>a</sup> ed.

SULLIVAN, E., HARRISON, J. (1988). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. N. York: Matthew Bender.

VISCUSI, W.; VERNON, J. & HARRINGTON, J. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Mass: MIT Press, 2<sup>a</sup> ed..

WILLIAMSON, O. (1968). "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs". *American Economic Review*, 58, março.

\_\_\_\_\_ (1975). *Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press.

\_\_\_\_\_ (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.

\_\_\_\_\_ (1993). "Transaction Cost Economics and Organization Theory", *Industrial and Corporate Change*, vol. 2 n<sup>o</sup> 2

**Ministério da Justiça**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08000.020.471/97-70.

REQUERENTES: Kellogg do Brasil & Cia. e Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda.

RELATOR: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo

**ACÓRDÃO**

Ementa: Ato de concentração. Aquisição do negócio de cereais matinais da Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda. pela Kellogg do Brasil & Cia. Obrigatoriedade de apreciação da operação pelo CADE, tendo em vista que o ato é alcançado pelos parâmetros previstos no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Apresentação tempestiva. Mercado relevante nacional de cereais matinais para consumo. Estrutura de mercado concentrada. Geração de eficiências e benefícios compartilhados com o consumidor. Atendimento a condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação da Operação sem restrições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por maioria, aprovar o presente ato, sem restrições. Vencido o Conselheiro Celso Campilongo, que votou pela desconstituição da operação, nos termos do seu voto. Participaram do julgamento o Presidente do Conselho, Substituto, Mércio Felsky, e os Conselheiros João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Ausente, justificadamente, o Presidente João Grandino Rodas. Presente o Procurador-Geral Amauri Serravallo.

Brasília, 21 de março de 2001 (data do julgamento).

**AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO**

Conselheiro Redator do Acórdão

**JOÃO GRANDINO RODAS**

Presidente do Conselho



## VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR<sup>155</sup> CELSO FERNANDOCAMPILONGO

### I – INTRODUÇÃO

No direito, de modo geral, as fórmulas prontas são de pouca utilidade para a resolução dos litígios. Com o direito da concorrência não é diverso. Decidir significa escolher entre alternativas. Onde não há possibilidade de escolha não há o que decidir. Na grande maioria das vezes, no exame dos atos de concentração, as decisões emergem de modo cristalino, evidente e irretorquível. Em outras ocasiões – poucas, é verdade – o dilema das decisões, para usar a expressão de GUIDO CALABRESI, nos coloca diante de “escolhas trágicas”. Paradoxos surgem por todas as partes e as soluções se apresentam, simultaneamente, como pró-concorrenciais e anticompetitivas. A indeterminação dos conceitos jurídicos e as controvertidas relações causais construídas pela análise econômica agravam as perplexidades de quem deve, obrigatoriamente, decidir (a proibição do “*non liquet*”, no processo administrativo, está inserida no artigo 93 da Lei 9.784/99). Talvez por isso, sem justificar a demora no julgamento do presente ato de concentração, a decisão tenha sido tão retardada. Não bastasse a complexidade do caso, fatores alheios à vontade do CADE, como a mudança legal da composição do Conselho, a interrupção da votação anteriormente iniciada e os desdobramentos procedimentais daí advindos atrasaram, ainda mais, a resposta. Em resumo, estamos diante de um “*caso difícil*”.

Uma palavra inicial deve ser dita sobre a desconsideração, aprovada em plenário, quer dos três primeiros votos prolatados quer do segundo parecer elaborado pela Procuradoria do CADE. Quanto aos votos, basta lembrar que o Regimento Interno do CADE, em seu artigo 17, § 4º, prevê a possibilidade de que, cada Conselheiro promova as diligências que entenda necessárias para seu convencimento, inclusive com o pedido de vista dos autos, e modifique seu voto até o final da votação. Ora, no caso em exame, após o voto da antiga Relatora e de dois outros ex-Conselheiros, um dos julgadores pediu vista do processo e promoveu diligências. Nesse período, suspensa a votação, concluíram-se os mandatos legais dos três ex-Conselheiros que haviam votado. Nessas condições, não poderiam eles, sem mandatos, exercer o direito de voto na

---

<sup>155</sup> Além dos agradecimentos de praxe ao pessoal do meu gabinete – Fernanda Baeta e Fernando Gomes de Oliveira – contei, na preparação do voto, com a valiosa pesquisa de Roberto Teixeira Alves e Alexandre Gheventer, economistas do CADE, a quem, igualmente, fico grato.

sua plenitude, quer por desconhecerem o teor dos demais votos quer por ignorarem o resultado das diligências promovidas. Assim, sem qualquer juízo de valor sobre os votos anteriormente lançados, o cômputo daqueles votos macularia a decisão, às escâncaras, de nulidade absoluta. O mesmo se diga sobre o segundo parecer da Procuradoria: em primeiro lugar, por não haver previsão legal para a nova manifestação; em segundo lugar, por estar expressamente amparado, inclusive com transcrições, em voto que deveria ser desconsiderado. Por tudo isso, em rigorosa observância a princípios elementares do processo administrativo – e não por qualquer outra razão – aquelas posições serão deixadas de lado.

Se é verdade, de um lado, que o controle das concentrações não pode estar adstrito a parâmetros dogmáticos formalistas, à moda da “Jurisprudência dos conceitos”, também é correto dizer que os atos de concentração não comportam exame orientado apenas por referências a valores econômicos, à moda da “Jurisprudência dos interesses”, para citar um debate clássico na Teoria do Direito. No direito da concorrência é particularmente clara a abertura do sistema jurídico para os influxos do sistema econômico – sopesando não apenas pressupostos econômico-matemáticos, mas também valorativos e distributivos – e o fechamento do sistema jurídico, que só é capaz de processar essas informações em termos normativos, vale dizer, identificando a esfera jurídica como importante em si mesma<sup>156</sup>. A decisão aqui prolatada tentará atingir esse equilíbrio: traduzir a análise econômica para a linguagem normativa do artigo 54 da lei antitruste.

O controle das concentrações não resiste à aplicação de modelos pré-fabricados. A singularidade dos casos e dos mercados em questão expõe as decisões, inevitavelmente, a elevada variabilidade. Soluções encontradas para um mercado específico dificilmente são transportadas para outros mercados. Mas isso não significa, de nenhum modo, ausência de parâmetros legais, absoluta liberdade do aplicador da norma ou sujeição incondicional a esquemas econômicos causais. As relações de causalidade – no campo jurídico mas também em outras áreas do conhecimento -, geralmente só podem ser identificadas, com precisão, “a posteriori”. Por isso, o direito da concorrência trabalha com as noções de **possibilidade** de dano ao mercado, **potencialidade** de ofensa à competição, benefícios **visados** pela operação. Entretanto, como não é dado ao direito predizer o futuro, suprimir riscos ou eliminar antecipadamente conseqüências inesperadas da decisão, é impossível aprovar ou desaprovar atos de concentração com a suposta certeza de que serão pró-competitivas ou anticoncorrenciais. De modo singular, a decisão do CADE,

---

<sup>156</sup> Ver, em sentido análogo, Calixto Salomão Filho, Direito concorrencial, São Paulo, Malheiros, 1998, especialmente pp.24-28.

nos atos de concentração, não pode encontrar supedâneo seguro em relações de causalidade infinitas. Daí o socorro – no campo do sistema jurídico e, particularmente, no controle das concentrações econômicas –, a padrões normativos que viabilizem a decisão. No direito brasileiro, essas referências estão, basicamente, no artigo 54, parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 8.884.

## **II – TEMPESTIVIDADE**

A operação foi realizada em 30 de julho de 1997. O ato foi notificado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 20 de agosto de 1997. Conseqüentemente, a notificação da concentração foi tempestiva.

## **III – MERCADO RELEVANTE**

### **III.A. Dimensão do Produto**

Defino o mercado relevante, na dimensão do produto, seguindo a mesma linha dos pareceres da SEAE e da SDE, como sendo o de “cereais matinais prontos para o consumo”. Incorreto incluir, nessa definição, todo e qualquer produto consumido no café da manhã. Pão com manteiga, sucos, aveia e “maizena”, por exemplo, quer pela forma de preparo quer pelas características de paladar, não são substitutos dos cereais matinais prontos para o consumo. Acrescente-se a isso o fato de que alguns desses produtos – como a aveia em flocos e outros – apesar de constarem da lista de produtos fabricados pela Superbom, não foram objeto do negócio realizado com a Kellogg. A suposta elevada elasticidade-preço da demanda, apesar de importante para a caracterização de mercado relevante, não é suficiente para na definição sejam incluídos todos os substitutos imperfeitos apontados pelas Requerentes. Por fim, vale mencionar que a jurisprudência e a doutrina internacionais, em casos análogos aos destes autos, delimitam como mercado relevante o de cereais materiais prontos para o consumo.

O mercado de “cereais prontos para o consumo” é do tipo “produto diferenciado”: multiplicação de marcas, apresentações, sabores, quantidade de açúcar, faixas de consumidores, etc. Mas isso não significa, de modo algum, que entre esses “produtos diferenciados” não exista concorrência. Também não se pode segmentar o mercado de “cereais prontos para o consumo” nas categorias “premium” e “popular”, como se os cereais Kellogg concorressem

exclusivamente com os produtos Nestlé, na primeira categoria, e os cereais Superbom disputassem o mercado apenas com concorrentes “populares”, como, por exemplo, a Nutrifoods.

As múltiplas estratégias mercadológicas de diferenciação do produto visam atingir o maior número de clientes, nunca estabelecer limites de competição entre produtos do mesmo tipo. Tudo isso confirma, “*venia concessa*”, o acerto da definição de mercado aqui adotada: “cereais matinais prontos para o consumo”.

### III.B. Dimensão Geográfica

O mercado relevante, do prisma geográfico, é o nacional. Importações e exportações, quando ocorrem, são circunstanciais e irrelevantes para a determinação dos limites espaciais do mercado.

## IV – BARREIRAS À ENTRADA

Antes de mais nada, é preciso ressaltar que a própria evolução recente dos dados de mercado, em si, já demonstra a existência de elevadas barreiras à entrada. Um mercado com um índice de HHI que tem se estabilizado em um patamar de 4.000 pontos ou mais<sup>157</sup> desde 1997 (isto é, desde a aquisição), no qual todas as entradas, com exceção da Nestlé, tem sido residuais ou efêmeras, muito embora as margens de lucro da empresa líder tenham se elevado nos últimos anos, demonstram que as condições para uma entrada efetiva não são fáceis. Certamente, o que interessa não é o número total de empresas, mas o número de concorrentes importantes. A própria Nestlé, como se verá mais adiante, é tipicamente uma exceção que confirma a própria regra.

### IV.A. Tamanho do Mercado

Em primeiro lugar, como se depreende das investigações realizadas, trata-se de um mercado pequeno. Portanto, com uma importante barreira natural à entrada associada a problemas de economias de escala. Tal fato agrava-se quando há a informação de que o mercado tem apresentado redução de de-

---

<sup>157</sup> Lembrando que nos *Guidelines* norte-americano, mercados com HHI superiores a 1.800 já são considerados altamente concentrados.

manda total desde 1998. Há que se observar que, a despeito desta redução de demanda, a empresa líder tem elevado suas margens brutas de lucro.

Mais uma vez, não interessa se existem condições fáceis para a entrada residual de empresas na franja do mercado. O importante é que apenas um número finito de empresas competitivamente relevantes é viável, e que estas empresas podem obter lucros supranormais sem a ameaça de entrada<sup>158</sup>.

Evidentemente, um número pequeno de empresas não significa ausência de competição quando a concorrência potencial (a ameaça de entrada) serve para disciplinar as empresas já estabelecidas. Esta argumentação, desenvolvida por Baumol, Panzar e Willig<sup>159</sup>, baseia-se na idéia de que, na ausência de sunk costs (custos irrecuperáveis), a mera ameaça de entrada seria suficiente para a eliminação do poder de mercado. Pelas informações recolhidas durante a fase investigatória, não parece ser este o caso. Por exemplo, a Bauducoco explica que não ficou no mercado por tratar-se de “um mercado pequeno, com baixa lucratividade, uma vez que a importação não permitia uma rentabilidade adequada”. Outras empresas, como Parmalat e Mococa, também foram obrigadas a sair do mercado por não terem obtido a rentabilidade que esperavam por outras razões, algumas associadas a custos “irrecuperáveis” em algum grau, como gastos e propaganda e marketing e investimentos em linhas de produção próprias. Portanto, o mercado de cereais prontos para consumo parece possuir baixo grau de contestabilidade. A evolução crescente das margens de lucro após a operação confirma esta hipótese.

#### IV.B. Diferenciação do Produto

Há duas formas de diferenciação do produto: real e informacional. A primeira é menos importante para a determinação de barreiras à entrada, ainda mais no presente caso, em que não existem segredos industriais, patentes ou propriedade de ativos exclusivos. Assim, em princípio, as empresas entrantes podem produzir produtos idênticos aos da firma estabelecida. Ainda assim, as diferenças de qualidade entre produtos neste segmento sugerem que a concorrência direta com a Kellogg exige vultosos investimentos. Como as próprias requerentes afirmam em memorial datado de 02 de maio de 2.000, “para atuação no segmento denominado “Premium”, os custos de entrada podem ser

---

<sup>158</sup> O argumento, clássico em economia industrial, foi desenvolvido por J. Bain em *Barriers to New Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1956.

<sup>159</sup> Baumol, W., J. Panzar e R. Willig. 1982. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

mais altos, dependendo do tamanho da fábrica e do volume de produção que se quer atingir, estimando-se que os investimentos realizados pela Nestlé, para a construção de sua fábrica em Caçapava, embora não divulgados, tenham se situado entre R\$ 30 milhões e R\$ 40 milhões”. Há a possibilidade de entrada a custos menores, porém desde que o produto seja qualitativamente inferior, o que tem claras implicações reputacionais negativas.

Outra fonte de diferenciação do produto tem caráter informacional, por exemplo, pelo acúmulo de esforços de propaganda e marketing para tornar uma marca conhecida. Há informações suficientes nos autos para se concluir que estes esforços não são irrelevantes. Por exemplo, uma das razões citadas pela empresa Mococa para sua saída do mercado deveu-se à “desconfiança, por parte dos varejistas, sobre o poder de nossa marca dentro da categoria”. Por sua vez, a Nestlé, principal concorrente da Kellogg, estima que as despesas com marketing e propaganda para uma nova marca seriam de aproximadamente R\$ 15 milhões e para extensão de novos produtos seriam necessários de R\$ 3 milhões a R\$ 5 milhões. Não se deve esquecer também que o consumo continuado de produtos já estabelecidos de marca Nestlé reduz seus esforços em propaganda e marketing, devido à sua reputação pré-existente.

Barreiras à entrada de natureza informacional não estão relacionadas somente aos gastos pecuniários em propaganda e marketing. Bain (1956), por exemplo, argumenta que consumidores tendem a ser fiéis a marcas pioneiras, o que também corresponderia a uma barreira à entrada. O consumidor tem informação imperfeita sobre a qualidade dos produtos e o ganho informacional derivado da experiência tende a ser custoso. Mesmo que sejam idênticos, o consumidor irá preferir o produto do qual ele tem mais informações, no caso, da Kellogg, que é uma marca pioneira cuja qualidade é suficientemente visível em razão do consumo continuado do produto, ou da Nestlé, devido à reputação construída em anos em segmentos alimentícios fronteiriços, mas que ainda assim, foi obrigada a assumir os custos supra-referidos.

Não se nega a existência de outras estratégias comerciais neste mercado. Porém, a baixa qualidade do produto ou o baixo grau de reputação ou de informação sobre o produto implica, necessariamente, restrição da empresa à franja ou em nichos específicos. A dificuldade de acesso aos espaços nos canais de distribuição é, antes, conseqüência destas assimetrias de qualidade, reputação e informação, mas que, evidentemente, acabam por reforçar as dificuldades das empresas localizadas na franja de crescerem e contestarem o poder de mercado da empresa líder.

Muito significativo notar, a partir do exame das informações sobre o mercado de cereais prontos para o consumo elaboradas pela ACNielsen Brasil, trazidas aos autos com o memorial juntado pelas requerentes em 9 de ja-

neiro de 2001, que, na realidade, desde a operação, praticamente apenas duas frentes de concorrentes cresceram de modo significativo: a Nestlé, que saltou de 12%, em 1997, para aproximadamente 20%, em 2000; e os “marcas próprias” dos grandes supermercados, que pularam de 1.2%, no início de 2000, para expressivos 4,9%, em novembro de 2000. Perfeitamente possível, a partir desses dados, concluir que as barreiras à entrada de novos competidores são elevadas. Cresceram no mercado apenas um gigante do setor alimentício – a Nestlé – e marcas próprias que contam com um acesso facilitado aos canais de distribuição. Registre-se que nenhum concorrente ampliou sua participação de modo expressivo após a operação. Alguns deles, como são os casos das próprias Kellogg e Superbom, estagnaram ou diminuíram as respectivas participações de mercado (ver o quadro abaixo).

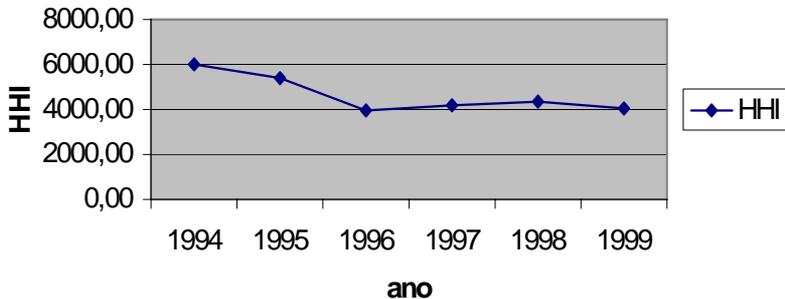
	Kellogg	Superbom	Nestlé	Nutri-foods	Grain-mills	Oetkes	Xereta	São Braz
1997	55%	8%	12%	10%	0%	1%	4%	1%
2000	46,9%	8,1%	18,2%	9,9%	2,2%	1,1%	1,7%	0,6%

## V – SOBRE O PODER DE MERCADO APÓS A OPERAÇÃO

Do ponto de vista da análise dos dados de *market-share*, claramente, a operação elevou o grau de concentração, em um primeiro momento, em um mercado que já caracterizava-se por ser altamente concentrado, conforme tabela abaixo<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Não foi considerada a participação de mercado de “outros”. Entretanto, como as participações das empresas neste item são inferiores a 1%, há pouca alteração nos resultados do cálculo do HHI.

## Evolução do HHI - 1994 a 1999



Poder-se-ia argumentar que o HHI, em 1999, estava em um patamar próximo a 1996, em razão de diversas entradas que ocorreram a partir deste ano, bem como do crescimento da concorrente Nestlé. Desta forma, tais acontecimentos acabariam por implicar a neutralização da elevação de poder de mercado decorrente da operação. Entretanto, esta interpretação sobre o comportamento do mercado é claramente equivocada quando acompanhada de considerações de natureza qualitativa.

Em primeiro lugar, a operação claramente foi motivada pela preocupação da Kellogg, de natureza estratégica, em fortalecer sua posição de mercado, que até 1996 era de franco declínio, ainda que sua condição de líder do mercado, pelo menos em termos de *market-share*, estivesse longe de ser contestada. Sem dúvida, a operação implicou a eliminação de um importante concorrente direto no mercado de cereais prontos para consumo: exatamente a eliminação daquele concorrente que mais contribuía para a erosão do poder de mercado da Kellogg. O fato é que o mercado seria hoje superior, em termos concorrenciais não houvesse sido realizada a operação.

Em segundo lugar, o argumento relativo às entradas ocorridas desde 1996 não resiste a uma avaliação mais cuidadosa. O que se observa, desde 1996, é que 1) empresas, algumas com marcas fortes em outros segmentos alimentícios, não obtiveram sucesso e saíram do mercado de cereais para pronto consumo após breve período (Parmalat, Bauducco e Mococa); 2) outras empresas tem reduzido sua participação ou se mantido na franja do mercado, sem qualquer capacidade de estabelecer concorrência direta com a empresa líder (São Braz, Xereta, Oetker e Grain Mills); e 3) tendência de redução da participação de mercado da Nutrifoods. De fato, as principais razões para a pequena redução do grau de concentração após 1997 devem-se ao rápido au-

mento da participação de mercado da Nestlé, tendendo o mercado a configurar-se como duopólio, ainda sob larga liderança da Kellogg, e ao crescimento das marcas próprias.

Como orienta a boa técnica antitruste, não basta verificar a existência da entrada, é preciso avaliar se a mesma é “suficiente”. Não ficou demonstrado que estes pequenos concorrentes tivessem saído – ou que poderão sair em algum momento - de sua condição periférica e, assim, contestar a empresa líder. A existência efêmera de grandes empresas neste mercado reforça a percepção de que estas entradas não podem ser usadas como argumento de mecanismo disciplinador do poder de mercado da Kellogg.

Em terceiro lugar, não me parece que a maior participação da Nestlé tenha compensado os prejuízos decorrentes da saída da Superbom. Na verdade, a eliminação da Superbom, associada à elevação da participação da Nestlé modificou radicalmente a dinâmica da concorrência porque Nestlé e Kellogg concorrem via marca e não preço, conforme demonstram a convergência dos preços médios entre Kellogg e Nestlé e o aumento das margens brutas de lucro após a operação, em nenhum momento contestado pelas requerentes. Assim, a operação gera sérias preocupações do ponto de vista concorrencial por ter eliminado o efeito preço resultante da presença da Superbom no mercado, e ter facilitado a consecução de comportamentos colusivos.

A operação resultou na eliminação de uma empresa que concorria via preços, que obrigava a líder a também reduzir seus preços, por sinal bem mais elevados que a média internacional. Desta forma, a Superbom aproximava-se do conceito de competidor *maverick*, por ter atuado como elemento disciplinador do poder de mercado da empresa Kellogg. Por conseguinte, o resultado da aquisição da Superbom foi 1) o aumento da possibilidade de coordenação implícita entre Kellogg e Nestlé, pelo menos em termos de política de preços; e 2) a geração de condições propícias para condutas predatórias, por exemplo, mediante subsídios cruzados, financiando preços reduzidos contra concorrentes que competem mais via preços (como a Nutrifoods) e elevando preços em situações em que a Nestlé tenha maior presença de mercado.

Esta última possibilidade não é uma hipótese inverossímil. Recentemente, o Plenário do CADE arquivou um processo administrativo de denúncia de preços predatórios da Nutrifoods contra a própria Kellogg<sup>161</sup>. A decisão do Plenário pelo arquivamento deveu-se à demonstração, pela Conselheira-Relatora, da tendência de alta dos preços médios no mercado de cereais prontos para consumo. Entretanto, naturalmente, a *média* esconde comportamentos mais complexos, como, por exemplo, a prática de subsídios cruzados. Portan-

---

<sup>161</sup> PA 08012.000349/98-10, julgado em 10.05.00.

to, em princípio, não vejo paradoxo entre preços médios tendencialmente crescentes e comportamentos predatórios específicos visando a eliminação de determinado concorrente.

## VI – EFEITOS OBSERVADOS

Em 30 de julho de 1997 foi realizada a operação. Passados 3 anos e meio já é possível avaliar os efeitos da aquisição da Superbom sobre o mercado de cereais matinais. A tabela abaixo mostra a evolução percentual dos preços médios reais praticados pela Kellogg do bimestre de junho/julho de 1997 a fevereiro/ março de 2000. Os preços correntes da Kellogg foram deflacionados pelo Índice Nacional de Preços do Consumidor-INPC do IBGE.

### **Kellogg - Evolução dos preços de cereais prontos para consumo – deflacionados pelo INPC do IBGE**

<b>Período</b>	<b>Evolução</b>	<b>Evolução Após a Operação</b>
Ago-Set/95	100	-
Out-Nov/95	94	-
Dez-Jan/96	98	-
Fev-Mar/96	92	-
Abr-Mai/96	88	-
Jun-Jul/96	83	-
Ago-Set/96	74	-
Out-Nov/96	68	-
Dez-Jan/97	69	-
Fev-Mar/97	67	-
Abr-Mai/97	65	-
Jun-Jul/97	65	100
Ago-Set/97	60	94
Out-Nov/97	59	91
Dez-Jan/98	61	95
Fev-Mar/98	64	99
Abr-Mai/98	65	101

Jun-Jul/98	64	99
Ago-Set/98	65	100
Out-Nov/98	67	103
Dez-Jan/99	70	109
Fev-Mar/99	70	109
Abr-Mai/99	71	110
Jun-Jul/99	70	108
Ago-Set/99	71	110
Out-Nov/99	71	110
Dez-Jan/00	71	109
Fev-Mar/00	70	109

Fonte: AC Nielsen, INPC-IBGE. Elaboração CADE

Conforme pode-se observar na tabela I, os preços reais praticados pela Kellogg mantiveram-se estabilizados nos primeiros 12 meses após a operação. Assim, a Kellogg conseguiu, após a operação, deter o movimento de queda dos preços observado deste o início da série (setembro/agosto-95). A partir do final de 1998, os preços passaram a experimentar aumentos reais em torno de 9 a 10%, que foram mantidos até março de 2000.

O próximo gráfico mostra a evolução dos preços médios reais (preços correntes deflacionados pelo INPC do IBGE), de agosto-setembro de 1995 a fevereiro-março de 2000, dos principais ofertantes de cereais matinais prontos para o consumo.

Fonte: AC Nielsen/INPC-IBGE. Elaboração CADE.

Conforme se verifica no gráfico acima, após a data da operação (indicada através da linha vertical no gráfico) os preços experimentaram uma leve redução até o final de 1997, passando, então, a seguir uma trajetória ascendente até o último período disponível, fevereiro e março de 2000, sustentando um aumento real de preço em torno de 10%, após a operação.

Deve-se concluir, após o exame destes dados, que:

1.a operação permitiu à Kellogg praticar aumentos reais de preços, de forma regular e permanente, alcançando o percentual de 10% de incremento real após a operação, mesmo diante de uma conjuntura de retração da demanda verificada a partir de 1998<sup>162</sup>;

2.A Nestlé, que ingressou no mercado 1 ano antes da operação, acompanhou a tendência dos preços da Kellogg, observando-se uma correlação entre os preços das duas empresas, o que revela que a Nestlé não concorre em preços com a Kellogg, o que facilitou o processo de acomodação a nova concorrente, sem acarretar reduções de preços no mercado;

3.Os preços dos demais ofertantes apresentaram evolução semelhante à da Kellogg, mostrando que, apesar da redução da participação de mercado da Kellogg em 1999 (menos 6%) e 2000 (menos 4%), esta conseguiu praticar preços reais crescentes, assegurando, a partir da operação, a preservação da sua posição de líder de preços do mercado nacional de cereais prontos para o consumo.

A evolução dos preços pelo INPC, devidamente deflacionados, como demonstra o quadro acima, revela que o declínio – bastante acentuado até a data da operação – foi estancado, coincidentemente, após o negócio. Ainda mais: a operação não só auxiliou na reversão da tendência de queda dos preços como criou condições para a discreta recuperação de margens. Vale ressaltar que a Kellogg, depois da operação, mesmo perdendo participação no mercado – e tendo que enfrentar (i) concorrentes eventuais (vários entrantes à época do negócio, com produtos importados), (ii) a expansão das “marcas próprias” e, principalmente, (iii) um grande competidor como a Nestlé –, manteve seus preços e acompanhou, em sintomática convergência com a Nestlé, a alta.

Duas conclusões parciais podem ser extraídas desse contexto: (i) que o mercado, inclusive quanto à determinação de sua dinâmica de preços, está suficientemente marcado por um duopólio (Kellogg - Nestlé); (ii) que os entrantes periféricos (importados, marcas próprias, pequenos fabricantes) ou as “franjas” do mercado não têm condições de atuar como concorrentes contestadores da marca líder. A conclusão geral, obviamente, só pode ser a de que,

---

<sup>162</sup> Em 1997, as vendas nacionais de cereais prontos para consumo atingiram 17.578 toneladas, contra 15.765, em 1998 e 12.989 toneladas em 1999.

neste caso específico, a aquisição da Superbom pela Kellogg eliminou o concorrente fundamental e deteriorou o ambiente concorrencial.

Em memorial datado de 09.01.01, a requerente argumenta que as linhas Kellogg e Superbom têm sofrido quedas constantes de *market-share*, o que demonstraria ausência de poder de mercado. Entretanto, observa-se que a queda do volume comercializado da Kellogg entre 1997 e 1999 não se deveu ao crescimento das concorrentes. Na verdade, os volumes comercializados pela Nestlé se mantiveram relativamente estáveis durante este período. No caso da Nutrifoods e de outros, os volumes comercializados chegaram a cair. Portanto, pelos dados do período, é fácil concluir que a redução do volume comercializado pela Kellogg não decorreu de eventual perda de seus clientes para concorrentes, mas se tratou de uma opção de política comercial da própria Kellogg. Neste sentido, é interessante perceber que, no período pós-operação, os preços reais, deflacionados pelo IGP-DI, tiveram aumento de cerca de 10%. Sabe-se que a capacidade de manipulação da oferta com o objetivo de regular preços é típica de empresas com poder de mercado.

É importante frisar este ponto: a queda de *market-share* da Kellogg não se deveu ao aumento da pressão concorrencial da Nestlé e de outros concorrentes. Em termos de volumes comercializados, estas empresas não têm crescido desde 1997. A redução das quantidades comercializadas pela Kellogg, antes, deriva de uma tentativa, por sinal bem sucedida, de recuperar preços, que estavam em franco declínio até a operação.

Os dados parciais de 2000 indicam nova queda de *market-share*, desta vez em um aparente contexto de crescimento. Novamente, quero argumentar que esta queda de *market-share* não implicou a redução do espaço de atuação da Kellogg para as suas principais concorrentes uma vez que, em termos de volumes comercializados, praticamente não houve alteração em relação a 1999.

A redução da participação percentual de mercado da Kellogg em 2000 deveu-se quase que exclusivamente à introdução de marcas próprias. Entretanto, não parece ser razoável considerar marca própria como uma concorrente efetiva da Kellogg. Não quero negar a importância da marca própria, mas em termos concorrenciais, sua influência é necessariamente localizada. Isto porque 1) a grande maioria dos canais de varejo existentes não têm, e provavelmente jamais terão, marca própria, e 2) é improvável a expansão da marca própria para além de sua rede de varejo específica. Portanto, por razões intrínsecas, a marca própria não tem potencial de crescimento, a não ser aquele vinculado ao crescimento da rede de varejo a que pertence, e sua participação, embora importante em situações localizadas, sempre será periférica.

## VII – EFICIÊNCIAS

O §1º do artigo 54 da Lei 9.8884/94 autoriza ao CADE a aprovar Atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços,” desde que atendam às seguintes exigências:

*I- tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:*

*a) aumentar a produtividade;*

*b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou*

*c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*

*II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;*

*III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;*

*IV- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.*

Segundo interpretação dada pela Resolução CADE nº 15/98, no item 1.9 do seu anexo V, “entende-se por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno”. Note-se que o disposto no inciso I do § 1º do artigo 54 refere-se a eficiências suficientes para compensar o dano à concorrência.

Ademais, o inciso III do §1º do artigo 54 estabelece como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências, que estes não acarretem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.

Deve-se ressaltar que a experiência internacional igualmente não autoriza operações que provoquem reduções substanciais da concorrência. Consta nas Merger Guidelines das agências norte-americanas de defesa da concorrência que “o exame das eficiências tiveram alguma relevância somente nos casos em que os efeitos anticompetitivos da operações não foram muito elevados. Isto porque, do ponto de vista destas agências, eficiências quase nunca

*justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio”*<sup>163</sup>.

A Comissão Européia, da mesma forma, somente aceita compensar os danos à concorrência com as eficiências quando a operação não tenha eliminado a concorrência efetiva nem acarretado dominação de mercado, esta presumida quando se alcança participações de mercado superiores a 50%<sup>164</sup>. Assim, em operações que provoquem graus de concentração superiores a 50% não cabe mais o exame das supostas eficiências compensatórias.

No caso em tela, as eficiências apresentadas pela Kellogg foram as seguintes:

a) Adoção dos padrões técnicos e de qualidade da Kellogg às linhas de produção dos produtos Superbom (elevação do nível de higiene, eliminação de contaminação e controle de qualidade das matérias primas e dos produtos finais);

b) Melhoria da rede de distribuição dos produtos Superbom; e

c) Redução de custos unitários médios. Segundo tabela apresentada pelas Requerentes<sup>165</sup>, houve uma redução o custo unitário total dos produtos Superbom de R\$ 2,71, em 1997, para R\$ 1,95%, em 1999. Considerando que o INPC evoluiu 2,06%, em 1998, e 7,63, em 1999, a redução de custos obtida pela Superbom, de 1998 a 1999, foi de, aproximadamente, 33%. Quanto aos produtos Kellogg, a redução do custo médio total foi substancialmente menor, cerca de 13% no mesmo período;

Quanto aos itens a e b, tratam-se de eficiências não quantificadas pelas Requerentes, sendo ainda questionável se a melhoria de qualidade do produto e a ampliação da rede de distribuição sejam eficiências estritamente decorrentes da operação.

Quanto à redução de custos unitários de produção, parece claro que a Superbom obteve ganhos apreciáveis de produtividade após a operação. No entanto, estes ganhos deveriam ter sido repassados aos consumidores, con-

---

<sup>163</sup> Seção 4 das *Horizontal Merger Guidelines* ( revisada e atualizada pelo DOJ e FTC em 04/08/1997). “In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly”. Nos EUA, tem sido presumida a existência de poder de monopólio quando empresas possuem participações de mercado a partir de 50%.

<sup>164</sup> Caso C-62/86, Akzo/Chemie B.V., 1991.

<sup>165</sup> Memorial protocolizado em 25 de julho de 2000. fl. 51.

forme comando do inciso II do §1º do artigo 54. A tabela abaixo mostra que os preços dos produtos Superbom experimentaram redução de preços em torno de 10 a 15% após a operação. Assim, para os produtos Superbom pode-se dizer que houve compartilhamento dos ganhos entre os consumidores.

Superbom - Evolução dos preços de cereais prontos para consumo – deflacionados pelo INPC do IBGE (em reais)

<b>Período</b>	<b>Superbom (preços constantes)</b>	<b>Evolução (preços constantes)</b>	<b>Evolução (após a operação)</b>
Ago-Set/95	10,10	100	
Out-Nov/95	8,79	87	
Dez-Jan/96	8,62	85	
Fev-Mar/96	8,22	81	
Abr-Mai/96	8,13	80	
Jun-Jul/96	7,84	78	
Ago-Set/96	7,16	71	
Out-Nov/96	6,86	68	
Dez-Jan/97	7,11	70	
Fev-Mar/97	7,10	70	
Abr-Mai/97	6,67	66	
Jun-Jul/97	6,35	63	100
Ago-Set/97	6,09	60	96
Out-Nov/97	6,37	63	100
Dez-Jan/98	5,82	58	92
Fev-Mar/98	5,80	57	91
Abr-Mai/98	5,58	55	88
Jun-Jul/98	5,11	51	81
Ago-Set/98	5,04	50	79
Out-Nov/98	5,02	50	79
Dez-Jan/99	5,28	52	83
Fev-Mar/99	5,33	53	84
Abr-Mai/99	5,40	53	85
Jun-Jul/99	5,40	54	85
Ago-Set/99	5,56	55	88

Out-Nov/99	5,49	54	87
Dez-Jan/00	5,33	53	84
Fev-Mar/00	5,50	54	87

Fonte: AC Nielsen/INPC-IBGE. Elaboração CADE.

Entretanto, quando se observa a evolução dos preços dos produtos Kellogg, para uma redução do custo unitário total de mais ou menos 13% após a operação, os consumidores se defrontaram com um aumento real de preços de aproximadamente 10%. Estes dados indicam que a Kellogg, que estava sofrendo os efeitos da concorrência da Superbom (em preços) e da Nestlé, encontrando dificuldades para manter suas margens e preços de monopólio, utilizou a marca Superbom para neutralizar a concorrência em preços encetada por Nutrifoods, Xereta e pelas marcas próprias (basicamente redes de supermercados), conseguindo, desse modo, manter e até ampliar sua margem, persistindo na política de preços elevados, em detrimento dos consumidores e da concorrência.

Sendo assim, considero que as eficiências obtidas não compensaram o dano acarretado pela operação. De um lado, a quantificação das eficiências não foi realizada, e, mesmo que o fosse, dificilmente poderia compensar a redução da intensidade competitiva provocada pela operação, já que, conforme demonstrado, os ganhos obtidos em termos de aumento de produtividade não foram repassados aos consumidores. Por outro lado, o inciso III do §1º do artigo 54 estabelece – como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências –, que estes não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Assim, como a presente operação acarretou substanciais prejuízos ao mercado, entendo que a concentração em tela não preenche as condições para ser aprovada.

Não há nos autos justificativas plausíveis que permitam afastar o perigo de abuso de poder de mercado da nova estrutura. Em casos de elevada concentração, as eficiências devem ser examinadas sempre “cum grano salis”. Nessas situações, o poder de mercado é pressuposto. Não basta, assim, associar eficiência à habilidade de produzir com custos menores. O ganho de eficiência só autoriza a concentração na hipótese de estudar suas vantagens também ao bem-estar do consumidor. E, aqui, a existência de efetiva concorrência serve como baliza, inclusive constitucional, para a avaliação da dominação de mercado. A livre concorrência não é nem um valor em si nem em valor absoluto. Porém, a efetiva pluralidade, real ou potencial, de alternativas de escolha entre produtos – ou, de outro modo, a manutenção de elevada taxa de complexidade (de opções de seleção) no mercado relevante –, para todos os atores do

mercado, é uma referência fundamental para o direito antitruste. Se a concentração suprime incentivos à redução de preço, facilita comportamentos anti-competitivos unilaterais, elimina competidor agressivo e diminui as alternativas dos demais concorrentes e dos consumidores – e é este o caso dos autos – o remédio antitruste deve ser utilizado com o objetivo de restaurar o sistema concorrencial e a liberdade de escolha do consumidor. Confira-se, nesta linha, o escólio de Calixto Salomão Filho:

“ Não é possível saber se a maximização da eficiência atende a seus interesses. É impossível garantir que não haja qualquer perda social, isto é, não se pode dizer que todas as perdas sociais ocasionadas por uma concentração que exclui concorrentes do mercado encontrarão suficiente compensação no benefício para os consumidores consistente na diminuição de preço decorrente de algum ganho de escala. A diminuição da possibilidade de escolha do consumidor (talvez não por preço, mas por qualidade do produto) e a concessão de poder sobre o mercado a um produtos que pode vir a utiliza-lo no futuro para aumentar os preços de forma a suplantarem o benefício decorrente de sua própria redução de custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados.”

## VII – SOLUÇÃO ESTRUTURAL “versus” COMPORTAMENTAL

Embora a experiência brasileira referente a medidas estruturais ainda seja escassa, há a percepção crescente de que soluções desta natureza tendem a ser mais eficazes para o afastamento dos danos à concorrência do que soluções comportamentais. Tal percepção está explícita no voto da Ilustre Conselheira Hebe Romano, relatora do AC nº 08012.005846/99-12 (AMBEV), ao propor o chamado “conjunto integrado de medidas”:

“Soluções institucionais, de natureza comportamental, visando o estabelecimento de compromisso da empresa em compartilhar

as eficiências alegadas na forma de menores preços, na prática, não são eficazes. Em primeiro lugar, porque seu efeito é limitado no tempo. Após o término do compromisso, e cumpridas as obrigações da compromissária junto ao órgão antitruste em repassar benefícios aos consumidores, não há mais restrições legais, do ponto de vista da legislação concorrencial, em voltar a exercer seu poder de mercado, elevando os preços finais”.

Em segundo lugar, porque há o problema da assimetria informacional entre a compromissária e o órgão antitruste. Ainda que as informações sobre preços efetivamente praticados normalmente sejam auditados por alguma empresa de auditoria, o que assegura maior veracidade às informações prestadas, podem ser fornecidas diversas razões plausíveis para o descumprimento de metas de redução de preços, tais como, redução da produtividade, elevação de determinados custos, etc.

Em terceiro lugar, porque muitas das eficiências levam em consideração determinada expectativa sobre o comportamento futuro do mercado e da economia em geral, que muitas vezes pode não efetivar-se. Esta tem sido uma justificativa comum em diversos termos de compromissos, principalmente daqueles efetivados após a implementação do real, entre 1995 e 1996.

Em quarto lugar, a imposição governamental de metas de preços trata-se de uma intervenção direta sobre decisões típicas de mercado, e que, portanto, desconsidera variáveis de natureza estratégica e comercial. Estas variáveis são dinâmicas no tempo e o compromisso caracteriza-se, até para a maior segurança legal, pelas rigidez. Desta forma, compromissos comportamentais podem ter efeitos perversos sobre o processo concorrencial, o

que seria um típico caso de uma consequência imprevista da política antitruste.

Por fim, a obrigatoriedade de reduzir preços pode corroborar para comportamentos de abuso de posição dominante, excluindo concorrentes do mercado em razão do desempenho competitivo superior da empresa dominante. O problema não é a saída de empresas menos eficientes, que faz parte do processo concorrencial. O problema é que a empresa dominante obteve ganhos de eficiência de forma não natural, mediante uma operação de concentração, resultando em amplo desequilíbrio de forças em um curto espaço de tempo. Neste caso, obrigar que a empresa mantenha metas de redução de preços pode ter efeitos negativos no bem-estar do consumidor no longo prazo, uma vez que, ao final do compromisso, possivelmente a compromissária teria reforçado seu poder de mercado.”

Na mesma linha, de acordo com o ex-Conselheiro Ruy Santacruz:

“Os compromissos de desempenho impostos pelo CADE para aprovar algumas das operações examinadas foram, na sua ampla maioria, comportamentais (isto é, relativos a níveis de preços, emprego, investimento, exportação, etc.) e dessa forma, exigem uma estrutura de acompanhamento por parte do aparelho burocrático razoavelmente sofisticada, criando uma forma de intervenção incompatível com a regulamentação moderna dos mercados. Por outro lado, a assinatura de compromissos comportamentais por prazos de 5 ou 10 anos, ao colocar rédeas no planejamento estratégico da empresa e na execução da sua política comercial (fixando volumes de exportação, níveis de emprego, etc.) reduz a liqui-

dez dos ativos transacionados dificultando sua venda posterior; o que certamente tem efeito inibidor sobre o investimento ao modificar preços de mercado desses ativos comprometidos com metas. Além de enrijecer a decisão empresarial, retirando eficiência da firma e, portanto, do mercado”<sup>166</sup>.

Em países onde a jurisprudência é mais sólida, esta tendência é muito nítida. Deve-se destacar recente estudo do FTC sobre a eficácia das ordens de venda de ativos (divestiture)<sup>167</sup> entre 1990 e 1994. A utilização de soluções estruturais nos EUA não é nova e é anterior à implementação do Hart-Scott-Rodino Act (1976)<sup>168</sup>. No caso DuPont (1961), considerou-se que “divestiture has been called the most important of antitrust remedies. It is simple, relatively easy to administer, and sure”. Várias cortes e agências norte-americanas têm acompanhado esta orientação nas últimas décadas. O que o estudo procura destacar é que 1) ordens de venda tendem a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados; e 2) ordens de venda envolvendo um negócio inteiro, que seja organicamente independente e sustentável, tendem a ter mais sucesso de que ordens de venda de determinados ativos selecionados. O estudo ainda faz uma série de recomendações, tais como, a necessidade da aprovação do comprador pela Comissão, reduzir ao máximo os períodos de ordem de venda, o uso do trustee (equivalente a um auditor independente) para monitorar transferência de tecnologia, dentre outras recomendações.

Apenas em determinadas situações, principalmente quando envolvem relações verticais, soluções comportamentais podem ser eficazes. Como argumentam Parker e Balto, “behavioral relief is typically a less satisfactory solution than structural relief, since it often involves some sort of ongoing regulation. But that does not mean that it is never used. In appropriate cases, the Commission has used behavioral relief such as firewalls and nondiscrimination provisions, particularly to remedy vertical concerns. For example, in the Time Warner/Turner Transaction, the Commission approved the merger based

---

<sup>166</sup> Santacruz, R. (1998). “Prevenção Antitruste no Brasil: 1994/1996”. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, in Relatório Anual 1998/99; CADE; p. 77.

<sup>167</sup> FTC, Bureau of Competition, “A Study of the Commission’s Divestiture Process” (1999) [www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6](http://www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6)

<sup>168</sup> Que, como se sabe, passou a determinar que a notificação fosse prévia à fusão.

on a wide variety of behavioral rules. In other cases, a behavioral approach may be inadequate”<sup>169</sup>.

Sabe-se que o atual quadro institucional-legal compromete a função preventiva da análise antitruste, tendo em vista que, dada a não obrigatoriedade de notificação prévia, o órgão antitruste tipicamente depara-se com uma situação em que precisa encontrar uma solução adequada para o restabelecimento da situação concorrencial prévia anos depois da operação ter sido consumada. Assim, o mero desfazimento do negócio, hoje, é impensável: alguns ativos da empresa adquirida podem não existir mais, empregados-chave talvez tenham sido demitidos por duplicidade de funções, etc. Desta forma, deve-se ressaltar que os ativos a serem postos à venda pela Kellogg deverão ser equivalentes (e não, necessariamente, os ativos originais) aos ativos da Superbom adquiridos à época. É importante que este “pacote” de ativos, tangíveis e intangíveis, constitua uma entidade econômica completa, suficientemente rentável e capaz de gerar efeitos concorrenciais importantes e imediatos. A tarefa não é simples e imagino que apenas através de uma empresa de auditoria independente, e com base em algum tipo de pesquisa de mercado, é que se poderá determinar o tamanho e conteúdo minimamente necessário para este “pacote” de ativos.

Portanto, concluo que a forma adequada de afastar o dano concorrencial ocasionado pela operação é a venda de um conjunto de ativos, equivalente a um negócio econômico inteiro, no intuito de recompor a concorrência de forma imediata e auto-sustentável.

## IX - DECISÃO

Conforme o exposto, a transação em exame resultou na concentração do mercado de cereais matinais prontos para o consumo. Não resta dúvida de que a operação significou a incorporação da principal concorrente com o objetivo de manter e ampliar posição dominante e poder de mercado.

Os argumentos desenvolvidos pela Requerente não demonstram nem comprovam a efetivação das eficiências alegadas e não satisfazem os requisitos do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Vale lembrar que as noções de eficiência e de concorrência não devem ser conflitantes, uma vez que é a própria concorrência que deve determinar as eficiências.

Inexistem, portanto, eficiências que justifiquem a eliminação da concorrência no mercado de cereais matinais prontos para o consumo. Os

---

<sup>169</sup> Parker, Richard G. & David A. Balto. “*The Evolving Approach to Merger Remedies*” (2000). [www.ftc.gov](http://www.ftc.gov)

ganhos financeiros para as Requerentes podem ser certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor são duvidosos ou inexistentes.

Diante dos motivos expostos, voto pela desconstituição da operação, que se realizará nos seguintes termos :

A) a Kellogg deverá alienar os ativos da Superbom ou ativos equivalentes àqueles adquiridos quando da realização do ato – de modo a envolver um negócio inteiro, independente e sustentável no mercado relevante de cereais matinais prontos para o consumo –, a um terceiro interessado com participação de mercado, nos últimos seis meses, não superior a 10%, aprovado pelo plenário, e que, simultaneamente, apresente-se como competidor capaz de sustentar a marca;

B) a Kellogg deverá alienar todos os elementos de propriedade intelectual, vale dizer, registros, pedidos e direitos inerentes à marca Superbom no mercado relevante;

C) a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada à época da aquisição, mas deverá, necessariamente, envolver os ativos relacionados na alínea “B”. caso o comprador opte por esta alternativa, a Kellogg deverá alienar tais instrumentos (equipamentos e maquinarias) a outro interessado;

D) a alienação deverá ter preços e condições de pagamento lastreados em avaliação realizada por empresa idônea do ramo, sendo toda a operação de alienação acompanhada por empresa de auditoria de reconhecida reputação, inclusive habilitada para monitorar a eventual transferência de tecnologia e de informações comerciais e industriais, apresentada pela Kellogg ao Plenário do CADE, previamente, no prazo de 15 dias a contar da publicação da decisão;

E) o futuro adquirente dos ativos da Superbom ficará sub-rogado em todos os direitos definidos no “Instrumento Particular de Cessão e Transferências de Ativos e Outras Avenças” bem como em seus anexos e instrumentos complementares, desde que compatíveis com as obrigações, faculdades e limites estabelecidos na presente decisão;

F) no prazo de 30 dias, iniciados a partir da assinatura do termo de responsabilidade, nos termos da Resolução CADE n.º 13/98, o laudo pericial deverá ser encaminhado ao Plenário e, no prazo de 60 dias, a contar da publicação da ata da Sessão Ordinária que aprovou o laudo, conforme disposto no artigo 25 da Lei 8.884/94, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e intervenção judicial para execução da decisão;

G) a Kellogg deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação.

É o voto.

Brasília, 17 de janeiro de 2001.

Celso Fernandes Campilongo

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08000.020.471/97-70.

REQUERENTES: Kellogg do Brasil & Cia. E Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda.

RELATOR: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo.

### **VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA**

1. PRESSUPOSTOS LEGAIS DE EXAME DO ATO DE CONCENTRAÇÃO - O legislador dispõe, no § 6º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que, *"após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias"*.
2. Estamos diante de mandamentos imperativos emitidos pelo Legislador, em que o futuro equivale a um imperativo - será emitido, manifestar-se-á e deliberará -. É verdade também que o dispositivo do § 8º do mesmo artigo permite a suspensão dos prazos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo.
3. Tal elasticidade legal não justifica, entretanto, o alongamento eterno do processo.
4. É verdade também que a lei determina que a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação.
5. Há que salientar-se, entretanto, que se o ato de concentração tem sua eficácia condicionada à sua aprovação, o mesmo não acontece com todos os demais atos praticados pela empresa em suas relações jurídicas com terceiros.
6. Não se há de pensar que todos os contratos supervenientes ao ato de concentração tenham sua eficácia dependente da aprovação do CADE. Seria o absurdo jurídico, congelar-se todo o relacionamento jurídico das Requerentes com outras empresas. Todas as admissões e demissões de empregados estariam também condicionadas? Os contratos de compra-e-venda estariam também com sua eficácia suspensa? Todos os contratos de distribuição estariam também com sua eficácia suspensa?

7. É importante observar que o presente ato de concentração se concretizou em 30 de julho de 1997, foi apresentado em 20 de agosto de 1997, e somente em 23 de janeiro de 2001 está sendo julgado pelo CADE. São três para quatro anos de eficácia suspensa???
8. Saliente-se que o CADE, em 1997, quando o ato foi apresentado, poderia, como lhe faculta o artigo 83 da Lei 8.884/94, ter emanado uma medida cautelar, tal como foi feito no caso AMBEV, para, aí sim, dar efeito suspensivo a todos os atos jurídicos que viessem a ser praticados. E para que terceiros que viessem a contratar com as Requerentes soubessem que todos aqueles atos estariam com sua eficácia suspensa. Seria, no mínimo, o respeito ao princípio fundamental do Direito, que é o princípio da boa fé.

#### A ECONOMIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE E DECISÃO

9. RICHARD POSNER, em obra magistral sobre o relacionamento entre o Direito e a Economia, mostra a necessidade do estudo desta ciência para que as questões antitruste possam ser decididas adequadamente. Mas salienta que a Economia é um INSTRUMENTO. Ora, se assim é, não se pode aceitar a tese de que o instrumento adquira supremacia sobre a ciência que dele se utiliza. O trator, a escavadeira, a enxada são instrumentos nas mãos do homem que os manuseia, mas seria impensável admitir-se que a enxada passasse a guiar o homem.
10. Afirma POSNER que *"o campo antitruste está precisando de um completo repensamento quer de seus aspectos substanciais quer dos administrativos, e o instrumento intelectual essencial para esta reestruturação, eu creio - além da simples lógica e do senso comum, que são materiais escassos neste como na maioria dos campos - é a ciência da Economia. ... O trabalho dos economistas fornece pelo menos um ponto de partida para esta análise"* (<sup>1</sup>).

#### A ORDEM ECONÔMICA COMO PONTO BÁSICO

11. Como já assinaléi alhures *"a Constituição econômica opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica. Tem esta por finalidade estabelecer os princípios e regras, informadores das normas que re-*

---

<sup>1</sup> Antitrust law: An economic perspective. 1976. p. 3.

*gerão as relações econômicas. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta: a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico...." E acrescento também que "a Constituição econômica tem seu quadro contextual no todo da Constituição política, cujos princípios devem traçar os parâmetros para aquela. Não pode haver conflito entre os princípios estabelecidos pela Constituição econômica e os adotados pela Constituição política. A respeito dessa necessidade contextual, faz Manuel Afonso Vaz severo reparo às posições assumidas por Gomes Canotilho e por Vital Moreira. A respeito da imperiosidade dessa adequação contextual, assim se expressa ele:*

*"A Constituição econômica é, pois, uma parte da Constituição Política e o seu objeto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição econômica não se pode separar da Democracia nem das exigências de um Estado de direito. A Constituição econômica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não, propriamente, da Constituição."*

*"Concluindo, diremos que não é a expressão Constituição econômica que de per si, se torna sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queira referir. De resto, a expressão, em si mesma, fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política" (2).*

12. Ora, não se pode aplicar o instrumento econômico sem desconhecer um princípio elementar do Direito, qual seja o instituto do ato jurídico perfeito, garantido no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, e que se constitui no fundamento da segurança jurídica. Ressalte-se o que a este respeito sustenta RECASÉNS SICHES, quando afirma que o princípio fundamental do Direito não é a Justiça (posto que esta seja sempre a estrela-guia de todas as tomadas de decisão e de posição), mas a segurança.

---

<sup>2</sup> Cf. meu Direito Econômico, 4ª ed. 2001, p. 54-55

13. No decurso de três para quatro anos, em que demorou a análise do presente ato, inúmeros contratos e distratos foram realizados. Deverão ser todos eles respeitados, ou deverão ser todos eles desfeitos para se ter a alegria de utilizar o novo instrumento econômico.
14. Creio que exista alguma diferença entre realizar experimentos de explosão nuclear num deserto (posto que questionáveis sob vários aspectos, principalmente o ambiental) e realizar a mesma experiência nuclear sobre Yroshima e Nagasaki.
15. E as relações trabalhistas que se constituíram e se desconstituíram nesse mesmo período em razão, em função e conseqüência do ato de concentração. Deverão elas ser também reconstituídas, ou o que interessa para o instrumento econômico é somente a troca de ações, reconstituição de maquinário velho, imposição de venda de maquinário?

#### ESSENCIALIDADE DO PRODUTO

16. Dizer, como está afirmado no voto do ilustre Relator que *"saber se o produto é essencial ou não, atinge uma larga camada da população ou não, gera felicidade ou não, para exemplificar, significa adentrar terrenos que se divorciam dos principais objetivos do direito antitruste: identificar o poder de mercado e coibir o seu abuso"*.
17. Ora, a essencialidade do bem, sua necessidade para o consumidor tem estreita diferença para o estabelecimento do poder de mercado. Ou os conceitos de elasticidade ou inelasticidade da demanda não existem mais? Ou só existem quando é conveniente invocá-los?
18. A essencialidade de um bem não pode ser vista em abstrato. A realidade social e econômica deve ser sempre levada em conta. Sem a gordura das focas e baleias, os esquimós não sobrevivem. Aquele bem lhes é essencial.
19. Ora, levando em conta a realidade brasileira, em que o salário-mínimo nem chega a 100 (cem) dólares, pensar que cereais matinais prontos para consumo sejam um bem essencial é no mínimo desconhecer o Brasil. O brasileiro mal tem dinheiro suficiente para um café da manhã com café-com-pão-com-margarina. Acreditar que cereais matinais lhe sejam um bem essencial é querer ser muito crédulo.

## MENSURAÇÃO DAS BARREIRAS À ENTRADA

20. Os defensores do índice HHI para mensuração da concentração econômica, talvez não tenham jamais levado em conta a diferença entre a realidade norte-americana e a brasileira. Como assinala o Prof. MODESTO CARVALHOSA este índice não se presta a mensurar a realidade brasileira.
21. O próprio SCHERER, na introdução ao seu livro "*Industrial market structure and economic performance*" afirma que as análises empíricas neste volume serão com o fim de tratamento do livro relacionadas com a economia dos Estados Unidos <sup>(3)</sup>. O próprio SCHERER chama a atenção para as limitações dos índices de concentração <sup>(4)</sup>.
22. O próprio voto revela que a participação da NESTLÉ cresceu no setor de cereais matinais prontos para consumo. Revela também que a participação da KELLOGS caiu, no período de 1997 até 2000, de 55% para 46,9%. Outras empresas entraram nesse mercado, o que demonstra que as barreiras à entrada não são tão significativas. E o próprio voto do Eminent Relator mostra que a evolução de elevação de preços ocorreu com todas as empresas do setor. Qual a razão dessa elevação? Pode ser atribuída exclusivamente ao poder de mercado da KELLOG?

## DESCONSTITUIÇÃO

23. Repito aqui integralmente as razões por mim proferidas no Ato de Concentração nº 08000.000588/97-64, em que rejeito a hipótese de desconstituição de atos de concentração depois de decorridos mais de três ou quatro anos de sua realização.

## DESCONSTITUIÇÃO - DIFERENÇAS

---

<sup>3</sup> Industrial market structure and economic performance, 2<sup>nd</sup> ed.1980, p.2. Repete ele esta restrição no capítulo 3º, ao afirmar: "*we begin our exploration of structure-conduct-performance links by surveying some structural features of modern industrial economies, with emphasis on the United States*". (p. 45).

<sup>4</sup> Ob. Cit., p. 59: **The limitations of concentration ratios.** To see this, we must consider more carefully some of the assumptions and limitations of the concentration index approach. The most widely used concentration ratio tells the percentage of all industry sales made by the leading four firms.

24. As normas jurídicas devem ser aplicadas em consonância com a cultura peculiar a cada país. Não se podem aplicar normas de um país de cultura romano-germânica a um outro de lastro oriental, quer muçulmano, quer confucionista ou taoísta.
25. GIORGIO BERNINI divide os países que aplicam legislação destinada a proteger a lealdade no comércio em três grupos. No primeiro figuram isoladamente os Estados Unidos; no segundo o Canadá, a Inglaterra, a Alemanha, a França, etc. e no terceiro os países em desenvolvimento (<sup>5</sup>). Observe-se, a este respeito, que, ao aplicar as normas relativas à concorrência, não se podem olvidar os dispositivos contextuais estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal. No Título VII da Constituição Federal, em que se insere o artigo 170, está retratada a nossa Constituição Econômica, que, na sua configuração, não se restringe ao Título VII, mas tem raízes em todos os demais títulos, como reflexo legal e normativo da constituição substancial da cultura brasileira. Uma visão de direito comparado nos convence da necessidade de termos diante de nós todas as normas pertinentes à ordem econômica brasileira. É o que vemos no Competition Act do Canadá (L.R.C. 1985) que, no seu artigo primeiro, assim estabelece:

*“A presente lei tem por objetivo preservar e favorecer a concorrência no Canadá, com a finalidade de estimular a adaptabilidade e a eficiência da economia canadense, de melhorar as oportunidades de participação canadense nos mercados mundiais tendo em conta simultaneamente o papel da concorrência estrangeira no Canadá, de assegurar à pequena e média empresa uma oportunidade honesta de participar da economia canadense, assim como com a finalidade de assegurar aos consumidores preços competitivos e uma escolha de produtos”.*

---

<sup>5</sup> La tutela della libera concorrenza e i monopoli: Studi di diritto comparato. Milano, Giuffrè, 1963.

26. Esta exigência de uma visão contextual está consignada também na Lei brasileira de proteção da concorrência – Lei n 8.884/94 -, que, no seu artigo primeiro, repete todos os parâmetros fixados nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal. O artigo 54 da Lei 8.884/94 deve ser analisado dentro da moldura do artigo primeiro, que é um importante lembrete da exigência constitucional de uma Constituição econômica brasileira.
27. Não se há de querer aplicar a países em desenvolvimento conceitos, técnicas e instrumentos a que os Estados Unidos somente chegaram depois de quase cem anos da promulgação da Lei Sherman, sem contar os casos julgados anteriormente a ela, como herança do Common Law inglês, como por exemplo *The Case of Monopolies*, julgado em 1602, e *Mitchel v. Reynolds*, julgado em 1711.
28. À aplicação do HART SCOT RODINO IMPROVEMENT ACT, de 1976, os Estados Unidos somente chegaram depois de larga experiência. E mesmo hoje, depois de quase trinta anos de vigência dessa lei alteradora do CLAYTON ACT, algumas considerações críticas são levantadas, como o fez recentemente ROBERT PITOFSKY, presidente da FTC, em palestra realizada no Law Seminars International, em 17 de fevereiro de 2000.
29. Basta uma leitura atenta dos comentários feitos por WILLIAM BAER ao Horizontal Merger Guidelines, para saber-se que os órgãos antitruste dos Estados Unidos somente vieram a conseguir uma aplicação mais eficiente das ordens de desconstituição - *divestiture* - depois da promulgação do HSR. É importante salientar que as apresentações dos atos são prévias. Assim sendo, as exigências de desconstituição são também prévias.
30. As considerações de PITOFSKY foram feitas com relação ao “Study of the Commission’s Divestiture Process”, publicado pela Federal Trade Commission em 1999.
31. As diferenças entre o Direito americano e o Direito europeu (principalmente após o Regulamento 4064/89 do Conselho) e o Direito brasileiro surgem a partir da exigência do momento da notificação, que, naqueles direitos é prévia e no brasileiro pode ser prévia (o que raramente acontece, até porque não interessa às empresas) ou pode ocorrer no prazo máximo de 15 dias úteis após a realização do ato.

32. Acentue-se que a finalidade da reestruturação (através de uma possível desconstituição) é de restaurar a concorrência. O direito alienígena é claro em exigir que as medidas de reestruturação não deverão ser adotadas se não houver probabilidade de restaurar-se plenamente a concorrência perdida em razão da fusão.
33. A aplicação do Hart Scott Rodino Act e do Regulamento 4064/89 exige que as empresas, ao notificar a proposta de fusão ao órgão de controle, apresentem também o provável comprador (ou compradores) de um negócio em funcionamento (*an on-going business*), de um pacote de ativos (*divestiture of assets selected to facilitate entry*), ou as medidas de licenças (*licensing remedies*).
34. Com relação ao comprador ou compradores, assinala PITOFISKY que “a questão chave inclui saber se obterão ativos suficientes para operar um negócio efetivamente competitivo, e se terão suficientes incentivos, competência, recursos e experiência para restaurar a concorrência”<sup>6</sup>.
35. Tal exigência, no Direito americano, é possível, com as restrições que apontam tanto o STUDY acima mencionado, quanto a análise crítica de PITOFISKY, a partir da exigência legal de notificação prévia. Finalizando suas considerações, afirma o Presidente da Federal Trade Commission:

*“Espero ter deixado claro que a FTC tem estado e permanece propensa a analisar as propostas de reestruturação, mesmo aquelas que sejam abertamente extensas e complicadas, se for provável que a reestruturação irá preservar a concorrência. Em anos recentes, contudo, temos visto*

---

<sup>6</sup> “How effective is the proposed solution? - The law is clear that divestiture and other restructuring remedies should not be adopted unless they are likely to restore fully the competition lost as a result of the merger. But what factors should an agency like the FTC look to in assessing the effectiveness of the proposed solution? - With respect to the buyer or buyers, key questions include whether they will obtain assets sufficient to operate an effective competitive business, and whether they have sufficient incentives, competence, resources and experience to restore competition” (PITOFISKY, R. The nature and limits of restructuring in merger review, Cutting Edge antitrust Conference – Law Seminars International – February 17, 2000 – Empire Hotel, New York, N.Y.).

*propostas mais freqüentes que são tão extensas e complexas, que é impossível predizer com alguma confiança que a concorrência será restaurada e o bem estar do consumidor protegido.*

*Uma derradeira questão. Deve ficar claro que o ônus de apresentar uma proposta adequada de reestruturação deve ser dos patrocinadores da fusão. Eles têm maior probabilidade de possuir mais extensa informação sobre a sua empresa e o efeito da proposta do que quaisquer funcionários do órgão de execução. A tarefa da FTC é a de tornar claras quais as suas restrições sobre a transação proposta e tornar disponível para um diálogo construtivo sobre como os problemas poderão ser adequadamente resolvidos. Não é tarefa da FTC propor soluções - na verdade até faço reservas sobre se a FTC seria qualificada para desempenhar esse papel” (7).*

36. Trago, assim, uma justificativa para não determinar, neste caso, qualquer medida desconstitutiva. Não com base no fato de o processo ter tido seu início no começo de 1997 e de não ser razoável aplicar às requerentes alguma determinação que poderia parecer injustificada dado o lapso de

---

<sup>7</sup> *“I hope I have been clear that the FTC has been and remains willing to consider restructuring proposals, even those that are fairly extensive and complicated, if it is likely that the restructuring will preserve competition. In recent years, however, we have seen more frequent proposals that are so extensive and complex that it is impossible to predict with any confidence that competition will be restored and consumer welfare protected. - One final point. It should be clear that the burden of coming forward with adequate restructure proposals should be on the sponsors of the merger. They are likely to have more extensive information about their industry and the effect of the proposal than any set of enforcement officials. The FTC’s job is to make clear what its reservations are about the proposed transactions and to be available for a constructive dialogue on how any problem can be adequately addressed. It is not the FTC’s job to propose solutions – indeed I have reservations about whether the FTC is always qualified to play that role” (PITOFSKY, R., Ibid.).*

tempo decorrido na tramitação do processo: três anos de instrução e de julgamento.

37. A minha justificativa para não impor qualquer restrição à operação comunicada aos órgãos de defesa da concorrência, em começos de 1997, depois de já realizada a aquisição de que trazem notícia os autos, não se funda na morosidade processual, mas sim na impossibilidade de fazê-lo, com base nas considerações agora expendidas e em decorrência da própria falha legislativa que merece ser corrigida. Assinalo mais uma vez que tal falha existiu também no Direito norte-americano e no Direito europeu, corrigida, no primeiro caso, em 1976, e, no segundo, em 1989.
38. O Projeto de Lei nº 834, de 1999, que tramita no Congresso Nacional, propõe a alteração do dispositivo constante do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 para determinar que os atos previstos no *caput* daquele artigo sejam apresentados previamente.
39. Assim será possível analisar propostas de reestruturação, com a finalidade de preservar a concorrência e de assegurar o bem estar do consumidor.

#### PENSAMENTO NORTE-AMERICANO

40. Não é possível invocar a jurisprudência nem imitar o pensamento norte-americanos, sem analisar as diferenças substanciais entre as realidades sociais, econômicas e jurídicas. Vamos invocar mais uma vez o pensamento de POSNER sobre a desconstituição.
41. Observa este autor que a maioria dos estudiosos de antitruste insistem em que os mercados altamente concentrados deveriam ser forçosamente desconcentrados. Ele discorda dessa premissa, porque os custos de uma política de desconcentração seriam desproporcionados com os prováveis ganhos. Afirma que suas objeções se aplicam igualmente ao caso de fracionar uma empresa julgada culpada de monopolização. Os remédios estruturais como a desconcentração (*divestiture*) deveriam ficar confinados à desconcentração de **ativos recentemente adquiridos por uma fusão ilegal.** <sup>(8)</sup>.
42. Analisando 11 (onze) dentre 14 (quatorze) casos de **desconcentração**, conclui que o resultado não foi construtivo.

---

<sup>8</sup> Antitrust law: An economic perspective. 1976. p. 78

## CONCLUSÕES

43. Uma leitura, até mesmo superficial, da decisão, revela desde logo que o custo de realização da desconstituição ultrapassará em muito os ganhos com a operação. Nem será preciso analisar item por item para se chegar a essa conclusão.
44. Poder-se-á dizer que vai ser um exercício intelectual, de caráter absolutamente teórico, de como se possa processar uma operação de desconstituição de uma operação que já se consolidou com o tempo. Será uma forma violenta de intervenção no mercado, em lugar de dedicar tempo precioso para a fiscalização de condutas anticoncorrenciais no mercado.

Brasília-DF., 21 de março de 2001.  
João Bosco Leopoldino da Fonseca  
Conselheiro do CADE



## **VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO**

### **Motivação do Pedido de Vista**

A minha principal intenção com o pedido de Vista deste processo, foi de examinar se a perspectiva da distinção entre os mercados diferenciados, definidos pelas diferentes variedades de produtos fabricados pelos participantes, poderia oferecer novas conclusões de mérito. Mais especificamente, pretendo verificar, a partir dos dados contidos nos autos e de outros que foram solicitados através de diligências do meu gabinete, se os comportamentos de quantidades e preços desagregados por produto da Kellog e da Superbom, podem trazer algum significado não indicado pelos dados agregados que foram empregados no Relatório e no Voto do I. Conselheiro Celso Campilongo.

### **Mercado Relevante de Produto**

O mercado relevante do produto foi considerado pelos pareceres da SEAE e da SDE como sendo o de cereais prontos para o consumo de uma forma agregada, isto é, considerando-se todos os diferentes produtos de cada fabricante como um único bem, cujo preço seria a média ponderada pelas quantidades vendidas (em toneladas).

O mercado de cereais prontos para o consumo é, na realidade, composto por muitas variedades de produtos. Aos olhos dos consumidores, a diferenciação entre as variedades pode ser definida em função das diferentes composições do alimento e também das marcas dos fabricantes. Os cereais podem diferir na dimensão da sua composição, quanto ao tipo de grãos usados como base (milho, arroz, etc), grau de açúcar, forma das unidades (flocos, grãos, etc), textura, presença de outros ingredientes, etc. A diferenciação dos produtos também pode se dar dentro de cada composição, entre as marcas dos fabricantes, que adquirem significado importante para o consumidor em função da reputação construída pelos investimentos em propaganda e marketing.

As múltiplas possibilidades de diferenciação dos produtos significam que é arriscado comparar as condições de comercialização, preços praticados e quantidades vendidas, dos produtos de cada fabricante de forma agregada. A agregação de todas as variedades de uma marca em um único “produto” pode estar tratando como perfeitos substitutos produtos diferenciados aos olhos dos consumidores. Enquanto pode ser natural a hipótese de que as variedades de

cereais produzidas por um fabricante sejam boas substitutas pelo lado da oferta, a mesma hipótese pode não valer pelo lado da demanda.

Devido à diferenciação das variedades, o mercado de cereais prontos para o consumo não pode ser considerado como um mercado tradicional em que interagem firmas anônimas produzindo bens homogêneos.

Em primeiro lugar é possível que uma determinada variedade produzida pelo fabricante de uma determinada marca, seja um substituto imperfeito de todas as outras variedades e marcas. Essa característica conferiria ao fabricante um certo nível de poder de mercado naquela variedade que seria incontestável por qualquer outro fabricante. As características intrínsecas da combinação exclusiva de variedade e marca podem conferir a um fabricante um certo poder de monopólio natural naquela variedade.

Também é possível que uma variedade de uma determinada marca seja um concorrente de diferente significado para cada uma de duas outras variedades quaisquer. Duas marcas diferentes podem ser concorrentes fracas em variedades de composição diferente, mas podem ser concorrentes fortes no mercado de uma variedade de composição equivalente.

O poder de mercado de cada marca em cada variedade produzida, e as características de substituíbilidade entre as diferentes variedades produzidas com diferentes marcas, são elementos importantes para se examinar o mercado de cereais prontos para o consumo.

O exercício do poder de mercado criado por uma concentração exige que a demanda pelo produto da firma seja ou se torne relativamente inelástico ao preço com a operação. Somente com uma demanda inelástica é possível para a firma (ou grupo de firmas) aumentar o seu lucro com um aumento do preço e a conseqüente redução da quantidade vendida. O valor da elasticidade da demanda ao preço do próprio produto significa a variação percentual da quantidade de produto que será desviada para outros produtos depois de uma elevação de 1% no preço do produto. A elasticidade da demanda ao preço próprio é então a variável principal para se definir o mercado relevante em termos do produto, já que seu valor indica quanto os consumidores substituirão o consumo de um bem cujo preço aumenta.

Enquanto a elasticidade da demanda ao preço próprio indica quanto da demanda será perdida com um aumento do preço, uma outra questão de natureza diferente é saber qual produto ficará com quanto da demanda substituída do

primeiro. A avaliação destas quantidades é fornecida pelas elasticidades cruzadas da demanda. Esses números significam a variação percentual da demanda por um produto quando o preço de um outro produto se eleva em 1%. As elasticidades cruzadas da demanda são importantes para indicar quais os produtos que são mais substituíveis entre si, e portanto, para se avaliar os efeitos de concentrações entre as diferentes firmas participantes do mercado.

Pretendo examinar aqui alguns aspectos do comportamento dos preços praticados e das quantidades vendidas dos produtos fabricados por Kellog e Superbom desde a operação, com o intuito de avaliar o grau de poder de mercado e de substituíbilidade entre produtos revelados por aquele comportamento. Assim, com respeito à definição de mercado relevante de produto adotada pelo i Conselheiro Relator, que seguiu os pareceres da SEAE e da SDE, incluo a observação de que devem ser consideradas as possibilidades de substituíbilidade tanto entre as diferentes variedades de uma mesma marca, quanto entre variedades similares entre marcas diferentes.

### **Os Riscos da Operação levantados pelo Relator**

De acordo com o Voto, as possibilidades de efeitos anticoncorrenciais levantadas pelo Conselheiro-Relator estão centradas em torno dos seguintes temas, segundo suas próprias palavras:

"Passados mais de três anos da realização da operação, poder-se-ia argumentar que seus efeitos estão demonstrados. Os números falariam por si: quando da operação, em 1997, as requerentes, somadas, logravam uma participação de mercado de 63% (55% pertencentes à Kellog); ao final de 2000, esse "market share" teria encolhido para 53% (46,9% da Kellog); Como conciliar esse encurtamento com a tese de que a operação deteria **potencial** anticoncorrencial? Convenhamos: a tarefa não é simples. A análise não pode descurar de dois aspectos. Em primeiro lugar, estando o caso "sub-judice" - após o revés representado pelos votos anteriormente lançados -, parte das possibilidades e dos objetivos visados pela concentração talvez tenham tido eficácia contida, no aguardo da aprovação da operação, para só então liberar totalmente suas potencialidades. Em segundo lugar, mesmo que o "market share" seja um indicador importante, é necessário examiná-lo à luz de outros elementos: o comportamento dos preços, as barreiras à entrada e a dinâmica do mercado em questão. Muito mais do que participação no mercado, são esses elementos que permitem aferir os danos à concorrência e ao consumidor."

"Sem dúvida, a operação provocou a eliminação de um importante concorrente direto no mercado de cereais prontos para o consumo: exatamente a eliminação daquele concorrente que mais contribuía para a erosão do poder de mercado da Kellog. O fato é que o mercado seria hoje superior, em termos concorrenciais, se a operação não tivesse sido realizada."

"A existência efêmera de grandes empresas neste mercado reforça a percepção de que essas entradas não podem ser usadas como argumento de mecanismo disciplinador do poder de mercado da Kellog."

"Nestlé e Kellog concorrem via marca e não preço, conforme demonstram a convergência dos preços médios e o aumento das margens brutas de lucro após a operação, em nenhum momento contestados pelas requerentes. Assim a operação gera sérias preocupações do ponto de vista concorrencial por ter eliminado o efeito preço resultante da presença da Superbom no mercado, e ter facilitado a consecussão de comportamentos colusivos."

"Como explicar que a Kellog, perdendo mercado e volume de vendas, não reduza preços e acompanhe o movimento de elevação de sua principal concorrente? Kellog e Nestlé, como se disse, praticam preços convergentes, não preços competitivos."

"O que fica claro, independentemente de prova de acordo, é a facilitação de ações coordenadas, típicas de mercados oligopolizados, entre Kellog e Nestlé. No caso, ambas são beneficiárias, por estranho que possa parecer, da eliminação da Superbom como verdadeira concorrente."

"O decréscimo na participação de mercado e a diminuição dos preços da Kellog - ambos em acentuada queda até a data da operação - foram detidos com a concentração. Mais ainda: a Kellog viu-se liberada da pressão que sofria daquele concorrente e voltou a aumentar seus preços após a aquisição."

"Qual a justificativa para a operação a não ser o intuito deliberado de eliminar concorrente?"

"..estes dados confirmam a idéia de utilização da Superbom como marca de combate no segmento de concumidores em que a variável preço é relativamente mais importante. A hipótese de prática de subsídios cruzados, a se observar pela evolução dos preços da Kellog e da Superbom, não parece ser irrazoável."

“Duas conclusões parciais podem ser extraídas desse contexto: (i) que o mercado, inclusive quanto à determinação da sua dinâmica de preços, está suficientemente marcado por um duopólio (Kellog-Nestlé); (ii) que os entrantes periféricos (importados, marcas próprias, pequenos fabricantes) ou as “franjas” do mercado não têm condições de atuar como concorrentes contestadores da marca líder. A conclusão geral, obviamente, só pode ser a de que, neste caso específico, a aquisição da Superbom pela Kellog eliminou o concorrente fundamental e deteriorou o ambiente concorrencial.”

### **Análise das Questões Levantadas pelo Voto do Relator**

A primeira questão que pretendemos abordar, que parece ser de fundamental importância para a conclusão do Relator é: a operação teria sido motivada pela razão anticoncorrencial de eliminação de um concorrente, que efetivamente impunha uma limitação ao exercício de poder de mercado pela Kellog?

À época da operação, a participação da Superbom no mercado de cereais prontos para o consumo era de apenas 5,4% em faturamento e de 7,1% em quantidade vendida (toneladas). As participações da Kellog eram de 59,2% em faturamento e 55,3% em quantidade vendida (toneladas). Segundo o Conselheiro Relator "...há dados de que a capacidade ociosa da Kellog seria superior à capacidade instalada da Superbom". Dada esta desproporção de participação no mercado e capacidade de produção, qual seria a chance de que a Superbom pudesse disciplinar o preço praticado pela Kellog? A Superbom não poderia disciplinar a política de preços da Kellog sem também disciplinar simultaneamente a dos outros participantes do mercado, incluindo outras grandes como Nestlé e Nutrifoods. Com 5,4% das vendas de onde nasceria tal capacidade?

Algumas indicações claras de que a Superbom efetivamente não era um concorrente da Kellog que efetivamente ameaçasse seu poder de mercado, podem ser retirados do comportamento observado dos dados desagregados de preços e quantidades vendidas dos seus produtos.

Em resposta a Ofícios, as requerentes juntaram aos autos as seguintes informações:

1. Evolução mensal (a partir de 1995 até hoje) e individualizada para cada um dos produtos do preço e quantidade de venda a varejistas de todos os produtos Kellogg e Superbom antes e após a operação, indi-

cando quais produtos tiveram a sua produção descontinuada após a operação e quando tal interrupção ocorreu.

2. Quadro comparativo entre as linhas não apenas dos produtos das linhas “Superbom 2000” e “Kelloggs 2000”, mas que menciona também os produtos descontinuados da Superbom com relação aos produtos atuais da linha “Kelloggs”.

Assim foram realizadas comparações gráficas das trajetórias dos preços reais, deflacionados pelo INPC - Alimentos e Bebidas/IBGE, e das quantidades vendidas dos produtos em cada grupo ou categoria de produtos definida pelos requerentes como Especificação/Descrição das linhas de produtos. Esta divisão em categorias é baseada na composição dos produtos e é a que usamos para definir grupos de produtos com uma presumível alta substituíbilidade da demanda. Apesar de natural, esta categorização carrega certa dose de arbitrariedade da qual, no entanto, é difícil de escapar sem o apoio de técnicas estatísticas e econométricas sofisticadas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Quanto a este ponto, ver "Market Definition with differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger", Daniel L Rubinfeld. *Antitrust Law Journal*, vol. 68 Issue1, 2000.

Comparativo entre as linhas		
Linha Superbom 2.000	Especificação/Descrição	Produtos semelhantes na Linha Kellogg's 2000
SB Corn Flakes 200g SB Corn Flakes 400g  <b>Corn Flakes Superbom 1kg</b> <b>Corn Flakes Superbom 5kg</b> <b>Corn Flakes Natural Fruti-gran 200g</b>	Cereal natural a base de milho	Corn Flakes 200g Corn Flakes 500g
SB Skarchitos 300g SB Skarchitos 500g  <b>Kruska Açucarado 1kg</b> <b>Kruska Açucarado 5kg</b> <b>Corn Flakes Açucarado Frutigran 300g</b>	Cereal açucarado a base de milho	Sucrilhos 300g Sucrilhos 730g
<b>SB Choco Croc 300g</b> <b>SB Choco Croc 500g</b>  <b>Choco Croc 1kg</b> <b>Choco Croc 5kg</b> <b>Corn Flakes Chocolate Fruti-gran 300g</b>	Cereal sabor chocolate a base de milho	Sucrilhos Chocolate 320g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal sabor banana a base de milho	Sucrilhos Banana 300g
<b>Kruska Mel 300g</b> <b>Kruska Mel 1kg</b> <b>Kruska Mel 5kg</b> <b>Corn Flakes Mel Frutigran 300g</b> <b>Corn Flakes Mel Frutigran 500g</b>	Cereal natural a base de milho com mel	<i>Não existe produto semelhante</i>
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal sabor chocolate a base de farinha de trigo (em formato de bolinhas)	Chokos.com.br 200g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal sabor chocolate a base de arroz	Choco Krispis 320g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal sabor mel a base de farinha de aveia	Honey Nuto's 240g Honey Nuto's 300g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal sabor frutas a base de milho, farinha de trigo	Froot Loop's 230g

	e aveia	
<i>Não existia produto semelhante</i>	Cereal a base de farelo de trigo rico em fibras alimentares	All Bran 250g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Mistura de vários cereais com frutas desidratadas e mel	Musli 350g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Mistura de vários cereais com frutas desidratadas e gotas de chocolate ao leite	Musli Chocolate 300g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Mistura de vários cereais com coco e cobertura de açúcar	Granola 300g
<i>Não existia produto semelhante</i>	Mistura de vários cereais com coco, amêndoas, canela e cobertura de açúcar	Granola Canela 280g

Obs. As apresentações da Linha Superbom que foram descontinuadas estão em negrito

O exame do gráfico dos Preços/Kg deflacionados pelo INPC – Alimentos e Bebidas do IBGE, para todos os produtos da Kellog e da Superbom, desde jan/95 até dez/200, indica que o patamar de preços praticados depois da operação já era o mesmo desde o final de 1996, seis meses antes da operação. Também se pode notar que o período de mais forte redução dos preços reais coincide com o ano de 1996, quando se verificou a maior concentração de ingressos de novas empresas no mercado. Esses dados levam a crer que pode ser falsa a conclusão de que foi a compra da Superbom que permitiu a estabilização dos preços e estancou um processo de queda constante até aquela data. Com efeito, os preços reais praticados por Kellog e Superbom já se encontravam nos patamares atuais desde o final do ano de 1996.

Segundo mostra o gráfico dos Produtos Kellog sem Semelhantes da Superbom, durante o ano de 1996, quando ocorreu a maioria das entradas de novos participantes no mercado, os preços reais da Kellog sofreram uma redução considerável, e de lá para cá vêm mantendo uma relativa estabilidade de níveis. Note-se que, como não havia concorrência direta de produtos similares da Superbom para este grupo de produtos da Kellog, é razoável de se supor que a razão para a queda dos preços não haveria de ter sido a concorrência da Superbom, facilitando a conclusão de que os preços caíram por efeito do aumento da concorrência de outros participantes do mercado em 96. Observan-

do-se o gráfico de Quantidades Vendidas para esses produtos, verifica-se uma queda gradual das vendas desde a operação, o que pode ser evidência de que a concorrência dos outros participantes do mercado não necessariamente cessou com a operação. Ao contrário do que conclui o Relator, a queda gradual das quantidades vendidas dos produtos da Kellog sem semelhantes da Superbom, a preços reais aproximadamente estáveis, pode significar uma continuidade da pressão concorrencial após a operação.

O exame nos gráficos, do comportamento de preços reais e quantidades vendidas nos mercados de Produtos da Superbom sem Semelhantes da Kellog, também é informativo. É natural se supor que esses produtos sofressem pouca concorrência dos produtos da Kellog, que não oferecia similares à época. Por isso se permite supor também, que a política de preço praticada pela Superbom para esses produtos fosse uma resposta aos preços de outros concorrentes que não a Kellog. Note-se que desde o início de 1996 até a véspera da operação os preços reais de todos esses produtos da Superbom caíram consistentemente, enquanto a quantidade vendida de cada um deles também caiu. Esse comportamento revela que, se a Superbom estava reduzindo seus preços, o estaria fazendo por razões defensivas e não como resultado de uma política deliberadamente agressiva de um competidor “maverick”, conforme interpretado pelo Relator. Com a redução dos seus preços para esses produtos, a Superbom poderia estar simplesmente tentando manter, e sem sucesso, as suas vendas, num mercado cada vez mais acirradamente disputado pelos novos concorrentes que ingressavam.

Nos mercados de Cereal Natural à base de Milho e de Cereal Açucarado à Base de Milho, conforme pode ser observado nos respectivos gráficos, a política de preços praticada pela Kellog foi semelhante. Houve uma queda marcante durante o período de entrada de novos concorrentes em 1996/1997, até a operação. Depois da operação, a Kellog procura manter os preços reais dos seus produtos em um patamar aproximadamente constante até o fim de 2000. Enquanto isso promove uma redução brusca, de aproximadamente 50%, nos preços dos produtos semelhantes da Superbom logo depois da operação, mantendo-os em um nível aproximadamente constante até o final de 2000. Quando se examina o efeito dessas políticas de preços nos gráficos das Quantidades Vendidas desses produtos da Kellog e da Superbom, constata-se o seguinte. As quantidades vendidas dos produtos Superbom geralmente aumentam com a queda dos seus preços, enquanto as quantidades vendidas dos produtos da Kellog ou declinam lentamente, ou se mantêm aproximadamente estáveis.

Ora, a reação da demanda pelos produtos Kellog e Superbom nesses grupos revela características importantes sobre a substituíbilidade entre os produtos das duas marcas. Em primeiro lugar, fica aparente que uma queda significativa dos preços dos produtos da Superbom com relação aos preços dos produtos similares da Kellog, não foi capaz de influenciar decisivamente a demanda pelos produtos da Kellog. Ou seja, os produtos da marca Kellog nestas categorias, Cereal Natural à base de Milho e de Cereal Açucarado à Base de Milho, têm uma demanda relativamente insensível aos preços dos produtos semelhantes da Superbom.

Dado que esses produtos são responsáveis pela maior parte das vendas, tanto de Kellog quanto de Superbom, este fato implica que possivelmente não há racionalidade na conclusão de que a intenção da Kellog quando comprou a marca Superbom, seria simplesmente uma de eliminação de concorrente. A eliminação do concorrente só seria interessante para a Kellog no caso dos produtos da Superbom serem altamente substitutos dos produtos da Kellog. Nesse caso, a estratégia ótima para a Kellog deveria ser a retirada dos produtos similares da Superbom que concorressem diretamente com os seus próprios da marca Kellog, com o subsequente aumento dos preços desses últimos. No entanto não foi isso que se verificou posteriormente à operação. Ao contrário, a Kellog reduziu os preços dos produtos da Superbom enquanto procurava manter os preços dos seus produtos em um patamar estável. A política de preços praticada pela Kellog para os produtos semelhantes da Superbom depois da operação indica que os produtos similares de ambas eram fracos concorrentes em preço.

Qual poderia ter sido então a intenção da Kellog quando adquiriu a Superbom, se não fosse a eliminação de um concorrente importante? O exame dos gráficos do comportamento dos preços dos Cereais Sabor Chocolate é revelador, e também confirma aqueles verificados nos mercados de Cereais Naturais e Açucarados. Depois da operação, a Kellog, que não tinha produto semelhante da sua marca nesse grupo, reduziu drasticamente os preços dos produtos Superbom e lançou um produto similar com marca Kellog (Choco Sucrilhos 320g) a um preço aproximadamente 50% mais alto. O reflexo sobre as quantidades vendidas foi diferente do observado nos mercados dos outros dois grupos de produtos. A demanda pelo novo produto da Kellog caiu gradativamente enquanto a demanda pelos produtos da Superbom cresceu, até que se iguallassem em fins de 2000.

Os indícios, em todos os grupos de produtos, são de que a Kellog pretendia pôr em prática uma política de discriminação de preços entre seus produtos e

os semelhantes da Superbom, aproveitando uma provável e pressentida inelasticidade da demanda pelos produtos da marca Kellog às variações dos preços dos produtos semelhantes da Superbom. A racionalidade para tal política de preços poderia ser encontrada na possível intenção deliberada de promover uma segmentação de mercados que permitisse à Kellog cobrar preços altos de uma camada da demanda que fosse mais inelástica a preços e simultaneamente vender mais a preços mais baixos para a fração da demanda elástica a preços. A estratégia de segmentação de mercados é reconhecida pela teoria econômica como vantajosa para firmas com poder de mercado nos seus produtos, e que enfrentam demandas diferenciadas na população. Note-se que a Kellog não poderia praticar este tipo de discriminação de preços usando uma única marca para vender produtos semelhantes!

Uma política de discriminação de preços com vistas à segmentação de mercados, que poderia estar sendo praticado pela Kellog, contudo, geraria dados de preços consistentes também com a interpretação de que a Kellog poderia estar usando a Superbom como “marca de combate” contra as concorrentes, praticando nos produtos da Superbom preços artificialmente baixos, subsidiados por preços altos dos produtos Kellog. Esta segunda interpretação, no entanto, fica prejudicada por pelo menos duas razões. A primeira é que tal conduta não poderia ser rentável se praticada por um período de tempo tão longo quando o que se observou aqui, principalmente levando-se em consideração as altas taxas de desconto (juros) brasileiras, fundamentais para se definir a rentabilidade de uma operação que visa benefícios futuros à custa de prejuízos presentes. A segunda é que, conforme foi verificado nos autos, as margens brutas de ambas empresas, Kellog e Superbom, foram positivas e relativamente altas durante a maior parte do período pós-operação, o que reduz a plausibilidade de que as receitas da Kellog pudessem estar sendo utilizadas para financiar os prejuízos decorrentes dos preços baixos da Superbom durante o período.

Finalmente, as condições de entrada e contestabilidade do mercado não parecem tão limitadas quanto acredita o Relator, à luz dos eventos do período 1996/1997. Segundo as requerentes, é necessário um investimento inicial de cerca de R\$5 milhões para a construção de uma planta com capacidade de produção de aproximadamente 1200 toneladas por mês, quatro vezes a capacidade instalada da Superbom, que era de 300 toneladas por mês.

Em termos tecnológicos, não há barreira relevante à entrada de novos concorrentes no mercado. Trata-se de uma tecnologia de fabricação madura, sem inovações recentes ou proteção de patentes. O método tradicional, usado por Kellog e Superbom, consiste em cozinhar os grãos descascados e desgermina-

dos para depois aplastar-los (transformar em flocos) e torr -los. O método de extrusão, mais moderno (datado dos anos 50), na essência não difere muito, mas   mais barato. Como se viu, o custo de implanta o de uma unidade produtiva   relativamente baixo, havendo muitas op es de fornecedores nacionais para os equipamentos.

Previamente   opera o, houve muitas entradas de novos fornecedores e algumas saídas. O quadro em 1997, depois da opera o, era o seguinte:

Empresa	Ingresso	Saída
Superbom	1986	1997
Nutrifoods	1 sem 97	-
Bauducco	1 sem 95	2 sem 96
Mococa	2 sem 95	2 sem 96
Xereta	1 sem 95	-
Parmalat	1 sem 96	-
Nestlé	2 sem 96	-
Grain Mills	1 sem 97	-

A entrada e a subsequente saída de empresas no mercado, em curtos períodos de tempo, indicam que os custos irrecuperáveis envolvidos são baixos, no que concerne ao estabelecimento de uma estrutura produtiva e sua posterior desmobiliza o. Este padrão de comportamento revelado, assim como os depoimentos de vários fornecedores nos autos, indicam que essas entradas e posteriores saídas significam tentativas de aferi o do mercado, cujo potencial seria desconhecido ex-ante devido às incertezas relacionadas com a receptividade do público e dos revendedores com a nova marca. Note-se, ademais, que não há nos autos indica es de que as frustra es das tentativas de entrada no mercado, tenham sido resultado de conduta anticoncorrencial unilateral ou concertada contra os entrantes. Fica assim configurado que as barreiras   entrada são, por natureza, indissociáveis do apelo da marca e, portanto, relacionadas com investimentos em marketing e esforços de vendas junto aos distribuidores. Isto quer dizer que as barreiras   entrada são altas para fabricantes que não possuem uma marca forte e que, portanto, teriam ainda que incorrer nos investimentos necessários para alcançar uma escala comercial alta. Por outro lado, significa que empresas que já tenham uma marca associável com os produtos no mercado de cereais prontos para o consumo, enfrentam um custo relativamente baixo de entrada. Também significa que empresas que já tenham canais de comercializa o   sua disposi o são contestadores naturais do mercado, como   o caso das marcas próprias vendidas por cadeias de supermercados.

Concluindo, mesmo que a associação com uma marca célebre pareça ser uma barreira à entrada relevante no mercado, não foram poucas as tentativas realizadas em 96/97, o que demonstra pelo menos que as firmas que tentaram ingressar no mercado não estavam convencidas das dificuldades. O grau de contestabilidade no mercado também foi suficiente para permitir a entrada da Nestlé (18,2% em 2000) e a penetração das marcas próprias dos grandes supermercados (5% em 2000).

Em resumo, considero que, o exame dos dados desagregados disponíveis sobre a operação, permitem concluir que não houve motivação ou efeito anti-concorrencial relacionado com a operação. Levando-se em conta também, que os maiores custos à entrada se restringem à identificação da marca com o produto, considero que a operação não restringiu as condições concorrenciais do mercado, e portanto, voto pela sua aprovação sem restrições.

É o voto.

Brasília, 20 de março de 2001.

**Afonso Arinos de Mello Franco Neto**



**Ministério da Justiça****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Processo Administrativo nº 08012.006207/98-48

Representantes: Companhia Nacional de Álcalis, Companhia Siderúrgica Nacional, Valesul Alumínio S/A, Proscint Produtos Sintéticos S/A, Cia Salinas Perynas, Refinaria Nacional de Sal.

Representadas: Companhia Estadual de Gás (CEG) e Riogás S/A.

Conselheiro-Relator: Afonso Arinos de Mello Franco Neto

**ACÓRDÃO**

Processo administrativo instaurado para apurar uma suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94. Competência do regime regulatório. Condições para atuação do CADE em mercado objetos de regulação econômica. Atuação do CADE em relação a atos de agências reguladoras. Preliminar de mérito, com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo, pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE. A ASEP-RJ por não desempenhar atividade econômica direta, dá a compreensão de que só poderia figurar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro. Adequação da *state action* DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO *trine* pelo direito brasileiro. O CADE pode agir em lugar da política regulatória quando está não for especificamente delineada na legislação, ou quando o órgão regulador age positiva ou negativamente de modo a inutilizar ou ultrapassar sua política regulatória, abrindo margem ao mercado para condutas infrativas da ordem econômica. O CADE pode atuar em mercado regulados cuja estipulação reguladora de seu órgão responsável permita a atividade livre no mercado. Detectado que os atos da agência reguladora estão razoavelmente dentro de suas perspectivas regulatórias. O sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social. O sistema de *by-pass* comercial está adequado, mas, foi verificada a necessidade de estado preventivo de seu funcionamento pela agência reguladora. As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representadas, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na

obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro. No tocante às alegações referentes às possíveis restrições nos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público. Conhecido o recurso de ofício, Sendo, porem, improvido no mérito, determinando-se O arquivamento do processo e a extinção da medida preventiva aplicada ao caso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por unanimidade, conhecer o recurso de ofício, e, no mérito, negar provimento, determinando o arquivamento do processo, com a conseqüente extinção da medida preventiva aplicada ao caso. Participaram do julgamento o Conselheiro Mércio Felsky, respondendo pela presidência e os Conselheiros João Bosco Leopoldino da Fonseca, Hebe Teixeira Romano, Thompson Almeida Andrade, Celso Fernandes Campilongo, Afonso A de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Ausente, justificadamente, o Presidente João Grandino Rodas.

**Brasília, 31 de janeiro de 2001 (data do julgamento).**

AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO  
Conselheiro-Relator

MÉRCIO FELSKY  
Presidente do Conselho Substituto

## RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

### **1. Das Representantes**

#### **1.1. Companhia Nacional de Álcalis**

Trata-se de uma sociedade anônima que tem por objeto a pesquisa, a lavra, o beneficiamento, o transporte, a industrialização, a distribuição, o comércio, a importação, a exportação e qualquer outra atividade referente a substâncias minerais e produtos químicos, especialmente os que tenham ligação com as indústrias dos Álcalis, Operador portuário, prestador de serviços, bem como a participação em outras sociedades.

A Companhia Nacional de Álcalis é a única produtora nacional de barrilha. Enfrenta a concorrência dos seguintes produtos similares estrangeiros: barrilha sintética (de origem européia) e barrilha natural (dos Estados Unidos). Localiza-se em Arraial do Cabo, Estado do Rio de Janeiro.

Os seus principais produtos são: carbonato de sódio, barrilha, cloreto de sódio, salmora e sal moído. As principais matérias primas utilizadas pela Álcalis são: sal grosso, calcário, amônia e gás carbônico. Segundo a empresa, o gás natural "é o principal insumo da barrilha fabricada pela Álcalis, representando quase 50% do custo marginal do produto."

#### **1.2. Companhia Siderúrgica Nacional (CSN)**

Trata-se de uma empresa de capital aberto privatizada em abril de 1993. Responde por mais de 17% da produção nacional de aço bruto. Atua na fabricação, transformação e comercialização, inclusive importação e exportação de produtos siderúrgicos, bem como no estabelecimento e na exploração de quaisquer outras atividades correlatas e afins, que possam direta ou indiretamente interessar às finalidades da companhia, tais como: indústrias de mineração e de transporte ferroviário, atividades de operação portuária, de navegação e de construção, fabricação e montagem de estruturas metálicas. A CSN possui estrutura verticalizada, onde se inclui uma divisão de mineração, a Mineração Casa de Pedra, em Congonhas (MC). Segundo o *Panorama Setorial - Mineração*, do Jornal Gazeta Mercantil, a mina da CSN tem capacidade para produzir 12 milhões de toneladas anuais e, além de fornecer minério de

ferro para consumo próprio, comercializa minério com a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a Ferteco e a Açominas. A receita obtida na venda para terceiros em 1997 é estimada em US\$ 13 milhões.

No setor de transporte ferroviário de cargas, a CSN possui participação no capital votante de três Malhas privatizadas da RFFSA: 20% na Manor (antiga Malha Nordeste), 12,5% na FCA (ex-Malha Centro-Leste) e 20% na MRS Logística (ex-Malha Sudeste). A CSN arrendou por meio de leilão, em 1998, um terminal de contêineres no Porto de Sepetiba (RJ), o qual é servido pela ferrovia MRS. Cabe registrar que a CSN é a principal acionista do Consórcio VALEPAR (que controla a CVRD) juntamente com o Grupo Vicunha (o qual, por sua vez, controla a CSN).

### **1.3 Valesul Alumínio S.A.**

A Valesul é uma empresa do Grupo Vale do Rio Doce. Trata-se de empresa privada que atua no setor de *indústria metalúrgica*, no qual encontra-se na 42ª posição dentre as empresas localizadas no país. Dedicar-se à área de alumínio primário e possui um ativo Total de R\$1 87 milhões e Receita Operacional Líquida anual de R\$65 milhões.

### **1.4. Prosint Produtos Sintéticos S.A.**

Trata-se de empresa pertencente ao Grupo Peixoto de Castro. Desde 1984 utiliza o gás natural como matéria-prima na produção de metanol, em substituição à nafta (a qual era utilizada até então). Utiliza o gás também como calorífico.

A produção de metanol da Prosint é de cerca de 130 mil t/ano. Embora seja a maior fábrica do país, sua escala de produção é pequena em termos internacionais. O Brasil importou no ano de 1997 mais de 600 mil toneladas de metanol, o que representou um valor de cerca de US\$100 milhões. A empresa se diz capaz de se expandir e suprir toda a demanda nacional, desde que possa comprar gás natural a preços viáveis.

## **2.Das Representadas**

### **2.1. Riogás**

A Constituição Federal, em seu art. 25, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 5, de 15.08.95, atribuiu aos Estados a exclusividade na exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado, diretamente ou mediante concessão. A partir daí, os Estados brasileiros passaram a organizar suas próprias companhias para assumir esse serviço, o qual até então era efetuado diretamente pela Petrobrás. Regra geral, cada Estado montou apenas uma companhia para exercer o serviço de distribuição. Mas o Rio de Janeiro, além da CEG que já existia, criou uma segunda concessionária, a Riogás S.A.

A divisão da exclusividade do serviço em duas áreas de concessão veio em consequência da atuação da Petrobrás na venda direta do gás natural produzido na Bacia de Campos a 11 indústrias situadas em diversos municípios do Estado. Em 1996, a Petrobrás fornecia em média 2,2 milhões de m<sup>3</sup>/dia, o que foi motivo de conflito entre o governo estadual e a empresa. A questão foi resolvida com a Riogás, cuja criação, embora tenha sido autorizada ainda em 1994, pela Lei n.º 2.367, de 09.12.94, só se efetivou em 1997. Como parte do acordo para a Riogás assumir a distribuição de gás natural para as indústrias atendidas pela Petrobrás, a BR Distribuidora (subsidiária da Petrobrás) obteve 25% de participação no capital social da Riogás S.A., ficando o Estado do Rio de Janeiro com os restantes 75%. Ainda conforme o acordo, a CEG passou a deter a concessão para distribuição de gás canalizado apenas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, enquanto fora dessa região a distribuição ficou a cargo da Riogás S.A.

Assim, conforme o contrato de concessão, a Riogás S.A. tem exclusividade para a distribuição de gás canalizado para qualquer utilização, em qualquer quantidade, nas Regiões Norte Fluminense, Noroeste Fluminense, nas Baixadas Litorânea, Serrana, no Médio Paraíba, Centro-Sul e na Baía da Ilha Grande, todas do Estado do Rio de Janeiro.

A empresa não possui capacidade instalada para processamento de nafta e obtenção do gás manufacturado. Apenas atua na distribuição de gás natural, tal como recebe da Petrobrás, diretamente às indústrias consumidoras. Conforme informações da empresa, a rede de distribuição da Riogás é composta por cerca de 220 km de tubos, em bom estado de conservação, adquiridos da CEG e da Petrobrás, localizados nos municípios de Resende, Porto Real, Barra Mansa, Volta Redonda, Campos, Macaé, Rio das Ostras, Casemiro de Abreu, Cabo Frio e Arraial do Cabo.

## 2.2.CEG

Embora sua história remonte ao século passado, a CEG com suas características atuais foi constituída em 30.05.69. Nessa época, fornecia gás manufacturado a partir da nafta, tendo iniciado a distribuição de gás natural apenas a partir de 1982. A empresa possui cinco unidades cíclicas de craqueamento de nafta leve ou gás natural para produção do gás manufacturado, com capacidade total de produção de 126.000 m<sup>3</sup> por hora. Segundo informações da companhia, não há previsão de aumento de unidades ou de aumento de capacidade das mesmas, já que existe a obrigatoriedade contratual de substituir o fornecimento de gás manufacturado pelo de gás natural.

A CEG possui cerca de 2 180 Km de tubos de ferro fundido, aço carbono e polietileno, nos mais variados diâmetros, cujo estado de conservação é considerado bom. Essa malha de distribuição atende a cerca de 575.000 consumidores, nos diversos segmentos. As vendas da CEG no ano de 1996, em termos de volume e receitas, apresentaram a seguinte composição.

Tabela 1		
<b>Vendas da CEG em 1996 por segmento de consumo</b>		
	Segmento	VolumeReceitas
	Industrial	50% 28,1 %
	Matéria- prima Petroquímica	21 % 4,3%
	Residencial	15% 47,8%
	Comercial	5% 17,0%
	Cogeração	4% 1,4%
	Veicular	3% 1,0%
	Geração de Energia Elétrica	2 % 0,4 %
Fonte: CEG.		

O desempenho da Companhia Estadual de Gás nos exercícios anteriores à privatização pode ser visualizado a partir de suas demonstrações financeiras. A tabela seguinte mostra contas representativas desse desempenho nos exercícios de 1992 a 1996.

Como se pode observar, a CEG, com exceção de 1993, somente obteve resultados operacionais negativos durante o período. Antes da privatização, a companhia passou por um programa de reestruturação<sup>1</sup>, buscando o saneamento das finanças e o enxugamento da empresa, especialmente nos níveis gerenciais. O quadro de pessoal foi reduzido de 1.953 funcionários, no início

de 1995, para 1.157, em meados de 1996, sendo que o número de cargos comissionados passou de 431 para 103. A empresa foi privatizada com menos de 1.100 funcionários.

**Tabela 2**  
**Desempenho Patrimonial de CEG no período anterior à privatização**

	1992 (Cr\$ mil)	1993 (Cr\$)	1994 (R\$)	1995 (R\$)	1996 (R\$)
Patrimônio líquido	1.401.254.037	33.422.791.199	101.546.036	154.595.525	149.392.488
Vendas de gás	545.474.988	11.761.739.660	92.500.813	142.873.424	168.516.550
Resultado Operacional	(264.757.469)	569.563.663	(1.069.679)	(32.139.086)	(9.837.609)
Lucro líquido	(91.792.855)	(1.203.480.753)	(14.081.149)	(9.379.697)	(5.044.818)

Fonte: Demonstrações contábeis da CEG

### 3. Da Conduta

O Processo é motivado por Representação apresentada pela Companhia Nacional de Álcalis em 26 de agosto de 1998. A Álcalis requereu que fosse "instaurado Processo Administrativo para apuração da prática de infrações à ordem econômica e aplicação das sanções previstas em lei." Requereu, ainda, que fosse cessada a prática anunciada pela Riogás - a majoração dos preços do gás natural - até que fosse julgado o caso, em virtude dos danos irreparáveis que poderia causar.

Em Ofício dirigido à SDE em 26 de agosto de 1998, a Companhia Nacional de Álcalis afirma que:

i) O gás natural representa quase 50% do custo marginal da barrilha fabricada pela Álcalis.

ii) A Portaria DNC n.º 24, de 07.06.94, estabeleceu que o preço máximo do gás natural vendido pela Petrobrás às distribuidoras deveria corresponder a 75% do preço do Óleo Combustível ATE 1 A, considerando-se a equivalência energética entre os dois produtos.

iii) Antes da criação da Riogás, a Petrobrás distribuía o produto

com uma margem de distribuição de 21,1%. No entanto, desde que surgiu a Riogás, o preço é cobrado da Álcalis elevou-se duas vezes: subiu 0,33% após sua cnação, quando ainda era estatal (passando a margem para 21,5%) e 0,32% após a privatização (com a margem chegando a 21,9%). Em 26 de janeiro de 1998, a Riogás comunicou à Álcalis que haveria novo aumento do preço do gás, a partir do qual a margem da Riogás chegaria a 48,1%. A Riogás alegou que segue uma estrutura tarifária fixada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro e que poderia ainda, caso quisesse, reajustar seus preços conforme a variação do IOP-M. Após negociações, a Riogás adiou o aumento para 01.10.98.

*iv)* Caso se concretizasse tal aumento, a Álcalis teria que paralisar suas atividades.

*v)* A jurisprudência brasileira sobre tarifas de concessões aponta que deve haver perfeito equilíbrio entre os interesses da empresa (para que a mesma tenha assegurado um "lucro razoável") e os do consumidor (de forma que o preço "esteja economicamente a seu alcance ou compatível com o mercado").

*VI)* De acordo com a Lei nº 8.987/95, as concessões de serviços públicos devem respeitar o princípio da modicidade das tarifas. Além do que, essa mesma Lei, em seu art. 13, prevê a diversidade de tarifas conforme as diferentes categorias de consumidores, em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos segmentos de usuários.

*vii)* A Lei do Petróleo determina, no que tange ao "aproveitamento racional das fontes de energia", que se deve "proteger os interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos (...) e incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural",

*viii)* Ainda de acordo com a Lei do Petróleo: "Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte" de petróleo, seus derivados e gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral. "A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado".

*IX)* A Riogás ameaça com a suspensão do fornecimento caso não se chegue a um acordo quanto ao preço a ser cobrado.

*x)* A Álcalis deseja comprar direto da Petrobrás, usando o duto construído em 1984 para tal uso.

Em 22/09/98, a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) manifestou-se sobre o processo, afirmando que:

i) A Riogás detém monopólio e essa estrutura "está gerando abuso de poder de mercado por meio de aumento de preços e demais práticas nocivas à concorrência no setor, como, por exemplo, ameaça de cone de fornecimento" (*grifos no original*). A Representada está "exercendo de forma abusiva sua posição dominante ao determinar arbitrariamente reajustes de preço e ameaçar seus consumidores com cortes de fornecimento." A cláusula de *by pass* comercial, prevista no Contrato de Concessão "reforça, em última instância, esta exclusividade" no fornecimento que a Riogás possui.

ii) A Riogás ameaça com "preços excessivos, o que causará, certamente, aumento de custos e conseqüentes prejuízos à competitividade da CSN, tanto no mercado interno quanto no mercado externo".

iii) Em janeiro de 1996, a Petrobrás já aumentara o preço cobrado da CSN em 11,7% em relação a 02/95. Três meses depois, aumentou em mais 0,4%. Em janeiro de 1997, foi criada a Riogás, a partir do que a empresa propôs 17,6% de aumento. Como a CSN não suportaria tal elevação de custos, a Riogás apresentou outra proposta: 5,1% em out/98, 3,8% em abr/99 e 3,6% em jan/2000; o que representa um acréscimo 13,1% nos preços então vigentes.

iv) Em apoio à Representação em epígrafe, seja adotada a medida preventiva com ordem de cessação solicitada, para que não ocorra o aumento nem o corte de fornecimento.

Também, baseando-se na Representação da Álcalis, a empresa Valesul Alumínio S.A. solicitou, em 23 de setembro de 1998, *adesão ao Processo* tendo em vista que é cliente da Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro (CEG), cujo controle acionário pertence ao mesmo *Grupo* que controla a Riogás. A Valesul afirmou que:

i) Consome mais de 500 milhões de m<sup>3</sup>/ano de gás natural, o qual era fornecido pela Petrobrás desde 1983.

ii) Em 23/01/97, a Valesul foi informada pela CEG de que esta passara a ser a fornecedora desde 17/01/97.

iii) Houve várias negociações sobre o Contrato de Fornecimento a ser assinado pelas partes. Dada a existência de discordâncias, "a Valesul aceitou proposta de condições provisórias formulada pela CEG enquanto se prosseguia a negociação, [assim, foi estabelecida:] alteração do faturamento de mensal para quinzenal e a cobrança da tarifa de R\$0,1312/m<sup>3</sup> com acréscimo de taxa ASEP, encargos financeiros de 2% e aluguel de medidor, a partir de 01.07.98. Dado que até essa data a VALESUL pagava uma tarifa de R\$0,11811m<sup>3</sup>, a nova tarifa resultou em aumento de 11,09%, o que é inadmissível dentro do contexto de uma economia estável." (*grifos no original*)

iv) Em setembro de 1998, a CEG apresentou urna nova proposta de escalonamento do aumento de seus preços: 2,89% em abril de 99 e 6,19% em janeiro do ano 2000.

v) A privatização da CEG "criou um monopólio particular (...) [com um] poder absoluto de ditar as regras", inclusive fazendo-se valer da ameaça de suspensão do fornecimento.

vi) Todas as alterações propostas pela CEO foram apresentadas sem ter havido qualquer aumento nos preços do gás fornecido pela Petrobrás, **"além da CEG não ter feito qualquer investimento (...) pois o gasoduto e o medidor já estavam instalados e funcionando há muitos anos e A CEG está auferindo enriquecimento sem causa, em detrimento da Valesul, (...) o que caracteriza abuso de poder econômico"** (*grifos do original*).

Em 28/09/98, em referência ao Ofício 486/98 MF/SEAE/COGSI, a Gerdau reclama de que recebeu "carta, emitida pela CEO, informando alterações profundas, a partir de 01/10/98, nos preços e nas demais condições técnicas e comerciais vigentes" á época em que a Petrobrás em a distribuidora do gás natural.

A empresa Prosint Produtos Sintéticos S.A., cliente da Riogás, ofereceu, em 28 de setembro de 1998, *peça de adesão à Representação* feita pela Álcalis. A Prosint alirrnou, então, que a Petrobrás era sua fornecedora de gás natural desde 1984~ e que, no início de 1997, foi informada que a CEO passaria a lhe distribuir o produto. Segundo a Prosint, o "preço do gás natural petroquímico foi majorado em 5,5% e o combustível em 37,1% após a privatização da Companhia." Esse cliente afirma ainda que a Cláusula de *by pass* constante no Contrato de Concessão inibiu qualquer iniciativa sua de construção de um gasoduto próprio. Ademais, argumenta que o preço do gás natural para a indústria petroquímica no RI está 6,56% superior ao da Bahia e que, quando utilizado para esse fim, é menor o preço do que quando usado para combustão (daí porque as distribuidoras não têm interesse de realizar contratos de fornecimento de prazo maior. A Prosint diz "que não tem alternativas de suprimento de sua matéria-prima e mesmo com a liberação de importação do gás natural não será beneficiada, seja pelos elevados custos de sua liquefação para seu transporte, seja pela existência do monopólio da distribuição de gás canalizado da CEG, que impede a compra sem a intermediação da empresa distribuidora." Por fim, destaca a importância de manter inflacionando suas instalações, mostrando que poderia suprir toda a demanda nacional (que inclui importações de US\$100 milhões anuais) caso tivesse solucionada sua questão com a CEG.

Em 01/10/98 a Riogás informou à CSN que em 30 dias passaria a ser cobrada a tarifa máxima permitida pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Rio de Janeiro (ASEP-RJ) posto que as partes não haviam chegado a um acordo até então.

#### **4. Da Defesa**

Em carta endereçada à Valesul, datada de 14 de setembro de 1998, a CEG argumenta que:

i) O Contrato de Concessão estabelece limites máximos para as tarifas e "tanto a CEG quanto a Riogás praticam uma série de tarifas aos distintos segmentos de consumidores, em função dos volumes, modalidade do fornecimento e das características técnicas de utilização pelo cliente."

ii) Visando "alcançar um tratamento uniforme em matéria tarifária entre as indústrias supridas pela CEO, propomos a modificação da tarifa atualmente praticada por outra, que é o resultado da aplicação de descontos nas tarifas máximas autorizadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro".

Segundo o jornal *Gazeta Mercantil*, 01/04/99, p. A-10, a "CEG nega que tenha aumentado os preços após a privatização. A empresa diz que pratica tarifas em níveis bem inferiores aos limites estabelecidos pelo governo estadual, que definiu uma política de preços na época da privatização. A CEO informa que sua prática de preços foi autorizada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Rio de Janeiro (ASEP-RJ)."

#### **5. Dos Contratos de Concessão**

A CEG e a Riogás foram adquiridas através de leilão público de ações de propriedade do Estado do Rio de Janeiro realizado em 14 de julho de 1997 na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro. O grupo formado pelas empresas *GEC Participações Ltda*, *Iberdrola Investimentos Sociedade Unipessoal Ltda*, *Gas Natural SDG SA* e *Pluspetrol Energy Sociedad Anonima* sagrou-se vencedor, passando a controlar tanto a Riogás S.A. (concessionária de distribuição de gás canalizado no interior do Estado do Rio de Janeiro) quanto a CEO (concessionária da região metropolitana do RJ)<sup>7</sup> A seguir, são brevemente descritos aspectos do Contrato de Concessão considerados relevantes na presente análise.

### ***Obrigações da concessionária***

Na prestação dos serviços a concessionária procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas (Cláusula Primeira, § 3º).

Além disso, segundo a cláusula quarta do contrato de concessão, a concessionária obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.

### ***Relações contratuais com clientes e fornecedores:***

Com relação aos fornecedores e clientes da concessionária, o § 1.0 da cláusula quarta obriga esta a celebrar contratos com os seguintes objetivos, entre outros: assegurar o suprimento de matéria-prima (item 15); instituir 'Condições Gerais de Fornecimento' que regulem o fornecimento do gás e os preços dos serviços prestados, para cada classe de consumidores, estabelecendo as regras, obrigações e deveres mútuos entre a concessionária e seus consumidores (item 16); e recolher a taxa de regulação a que se refere a Lei estadual n.º 2.686, de 13.02.97 (item 19).

Já o § 3º, ainda da cláusula quarta, estabelece que a concessionária poderá suspender ou interromper o serviço pelas seguintes razões, entre outras: não cumprimento por parte do consumidor de condições constantes de contratos específicos de fornecimento (inciso VI); negativa de o consumidor celebrar ou renovar contrato de distribuição de gás ou de prestação de serviços (inciso VIII); negativa, por parte do consumidor que recebe serviço interruptível, de descontinuar o uso do gás após receber a notificação devida (inciso XIII); motivo relevante decorrente de falha do suprimento de matéria-prima, podendo a concessionária, nesta hipótese, atender a alguns consumidores, deixando de atender outros, com base em critérios objetivos, comunicando o fato de imediato à ASEP-RJ (inciso XV).

### **Regime Tarifário:**

Os contratos de concessão determinam que as tarifas para distribuição de gás canalizado terão como limites máximos, já considerada a alíquota de 12% do ICMS, valores indicados em tabelas anexadas aos contratos. A seguir, é reproduzida parte das tabelas constantes em ambos os contratos de concessão, que trata do segmento industrial. Observados os limites indicados, a concessionária poderá cobrar tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de consumidores.

Tabela 3

Limites tarifários para consumidores industriais - CEG e Riogás

Faixa de Consumo m <sup>3</sup> /mês	Tarifa Limite R\$ m <sup>3</sup>
0 -200	0,7676
201 -2.000	0,4013
2.001 -10.000	0,3436
10.001 -50.000	0,2642
50.001 -100.000	0,2330
100.001 -300.000	0,2001
300.001 - 600.000	0,1605
600.001 -1.500.000	0,1596
1.500.001 -3.000.000	0,1566
acima de 3.000.000	0,1469

Fonte: Anexo I dos contratos de concessão.

Os limites tarifários indicados sofrerão modificações nas seguintes circunstâncias:

a) **Atualização monetária anual, ou no menor prazo que a lei venha a permitir, com base no IGP-M**, publicado pela Fundação Getúlio Vargas. Deverá dar-se ciência prévia à ASEP-RJ e aos consumidores no prazo mínimo de trinta dias (Cláusula Sétima, § 17).

b) **Sempre que ocorrer variação nos custos de aquisição do gás, para mais ou para menos**. Também nesse caso, a concessionária deverá apresentar a estrutura tarifária ajustada à ASEP-RJ, podendo aplicá-la imediatamente, desde que dê prévia ciência também aos consumidores com antecedência de no mínimo trinta dias. Verificando a ocorrência de erro no cálculo e/ou no procedimento utilizado pela concessionária, a ASEP-RJ determinará as

correções, no prazo máximo de 15 dias (Cláusula Sétima, § 14).

c) ***Sempre que ocorrer acréscimo, ou redução de tributos, salvo impostos incidentes sobre a renda.*** Nessa hipótese, a ASEP-RJ terá no máximo trinta dias para homologar os novos limites, sendo admissíveis apenas ressalvas sobre os novos limites tarifários que sejam relacionadas com erros de cálculo e/ou com os procedimentos utilizados (Cláusula Sétima, § 16).

Além das atualizações ou correções acima citadas, os limites tarifários serão revistos a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital, considerando-se, ainda, a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da redução de custos e a evolução efetiva desses custos e da produtividade da concessionária e do setor de gás (Cláusula sétima, § 2,0). Para fins dessa revisão quinquenal, a concessionária apresentará à ASEP-RJ, no penúltimo semestre de cada quinquênio, urna proposta de revisão do valor limite das tarifas e da estrutura tarifária, para vigorar para o quinquênio subsequente, instruída com as informações que venham a ser exigidas pela referida agência (Cláusula sétima, § 3°).

Serão considerados custos todos aqueles referentes a: (i) aquisição de gás; (ii) demais despesas e custos operacionais, excetuadas as despesas financeiras; (iii) depreciação dos ativos operacionais; (iv) tributos, inclusive os incidentes sobre o faturamento, mas não os incidentes sobre a renda; e (v) remuneração, líquida de imposto de renda, a incidir sobre o ativo operacional imobilizado, a título de remuneração do capital (§ 5°).

### ***By-pass comercial:***

De acordo com o § 18 da cláusula sétima, consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m<sup>3</sup>/dia de gás canalizado poderão fazê-lo diretamente do produtor, mas tal aquisição dependerá, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da concessionária. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à concessionária o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite para o tipo de consumidor em questão, e o preço que a concessionária paga na aquisição de gás, da mesma supridora.

### ***Fiscalização dos Serviços:***

Os serviços prestados pela concessionária, sem prejuízo da responsabilidade desta, serão permanentemente fiscalizados pela ASEP-RJ, por de-

legação do Estado, tendo a ASEP-RJ poderes normativos para assegurar a manutenção de serviço adequado com tarifas razoáveis, observando-se o disposto no contrato de concessão e mantendo-se sempre o seu equilíbrio econômico-financeiro.

A fiscalização abrangerá o acompanhamento e o controle das ações da concessionária nas áreas técnica, contábil, comercial e econômico-financeira, podendo estabelecer diretrizes de procedimento ou sustar procedimentos considerados incompatíveis por parte da concessionária em relação aos requisitos da prestação de serviços aludidos no § 3º da Cláusula Primeira (eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas).

## 6. Do Mercado Relevante

Como afirmado acima, tanto a CEG quanto a Riogás são controladas pelo mesmo consórcio econômico. Enquanto a primeira detém a concessão referente à região metropolitana do RJ, a segunda explora o restante do Estado. Dessa forma, na presente análise, a dimensão geográfica do mercado relevante a ser considerada é o Estado do Rio de Janeiro.

O mercado relevante do produto a ser considerado, por sua vez, será o gás natural para uso industrial. O produto não possui substituto para esse tipo de uso devido a questões relativas a custos de adaptação e de operação.

A SEAE encaminhou ofícios aos principais clientes da Riogás e da CEG solicitando o posicionamento dessas empresas sobre a possibilidade de se substituir o gás natural por óleo combustível. As respostas recebidas em atenção a essa solicitação apontaram diversos entraves e dificuldades para tal substituição. Senão vejamos.

### Clientes da Riogás

EMPRESAS	POSICIONAMENTO
Cia. Metalúrgica Barbarense	Considera "um retrocesso industrial o retorno ao uso do óleo combustível porque este já não é mais usado devido ao fato de o gás natural apresentar grandes vantagens (maior confiabilidade do sistema, menos poluente e de custo competitivo). Um retorno ao uso do óleo combustível demandaria investimentos de cerca de R\$ 3 milhões

Cia, Nacional de Álcalis	Afirma não ser interessante o retorno ao uso do óleo combustível e expõe como motivos: (i) foram desativadas as instalações que possibilitavam tal uso; (ii) foram feitos enormes investimentos para a empresa se adaptar ao gás natural, inclusive com incentivos governamentais; (iii) por uma questão de logística, seria tecnicamente inviável suprir a empresa com a quantidade de óleo combustível necessária para seu funcionamento; (iv) um eventual vazamento de óleo seria mais danoso para o meio ambiente local (dada a localização da Álcalis a beira-mar) do que um de gás; (v) seriam necessários "investimentos pesados" para a empresa se readaptar ao gás; (vi) o óleo combustível contamina o produto final com fuligem, diminuindo sua qualidade.
CSN	A CSN diz que o não fornecimento do gás natural levaria a paralisação da produção de aço. Afirma ser inviável a volta ao uso do óleo combustível, pois isso demandaria grandes gastos em reconversão bem como longo tempo. Além disso, a CSN destaca que a queima do óleo combustível é bem mais poluente que a de gás natural, o que traria perdas para comunidade e para a empresa (tanto pelo desgaste de sua imagem - como, por exemplo, a perda do certificado ISO 14.000, 'principal instrumento que possibilita a exportação' de seus produtos - quanto pelos custos de aquisição de novos equipamentos anti-poluente. Esse cliente afirma ainda que sua linha de produtos revestidos não poderia funcionar a óleo, pois o enxofre contido em sua composição suja o produto final.
PURAC	Afirma haver desvantagens em se usar o óleo combustível ao invés do gás natural: (i) dificuldades dada à própria natureza do óleo, o qual suja os equipamentos; (ii) descontinuidade da produção e dificuldade de manutenção de pressão constante do sistema de destilação a alto vácuo como consequência do item anterior; (iii) emissão de partículas contendo alto teor de CO <sub>2</sub> , como o consequente dano ambiental. Optou pelo gás natural por ser bem menos poluente. Esse cliente diz ainda que espera que a ASEP-RJ consiga controlar os preços do gás natural para que não se elevem as tarifas a partir de decisões unilaterais das Concessionárias.
Cia, Ind. de Papéis Pirahy	Informa que "devido a restrições constantes da Licença de Operação emitida pelo órgão regulador das condições ambientais no Estado do Rio de Janeiro, FEEMA, não pode realizar este tipo de conversão de combustíveis.
Cia. Salinas Perynas	Considera inaplicável o retorno ao uso do óleo combustível, o que afirma ser um "retrocesso que, na prática, obrigaria a se construir uma nova fábrica, a custos elevadíssimos". A Cia.

	Salinas diz que “foi instada pela Petrobrás a substituir o óleo combustível que vinha consumindo desde 1955 pelo gás natural da Bacia de campos, o que efetivou em 1987 com base no argumento de substituição de importação de petróleo e a oferta crescente de gás natural da Bacia de Campos”. Dessa forma, o cliente afirma que desativou todo o sistema que possibilitava o uso do óleo combustível em sua planta, inclusive cumprindo determinação do órgão estadual protetor do meio-ambiente (FEEMA).
Refinaria Nacional de Sal	A “Refinaria Nacional de Sal S/A é, na atualidade, dependente do uso do gás natural, seu principal combustível”. No passado, essa empresa “utilizava-se de óleo combustível em suas caldeiras, para o que mantinha o necessário equipamento. No entanto, devido a incentivos do governo federal (por meio da Petrobrás) essa empresa desativou grande parte das instalações que permitiam o uso do óleo na produção de vapor ( o qual é usado na secagem do sal). Dessa forma, atualmente, apenas 15% de sua necessidade de vapor poderiam ser obtidas por meio do uso do óleo combustível. “ Não é viável, hoje, técnica e economicamente, efetuar a substituição do gás natural pelo uso do óleo combustível, nem do gás pobre de carvão (...) posto que implicaria em custos altíssimos. Destaque-se o custo de transporte e, especialmente, o prejuízo ao meio ambiente que tal medida acarretaria devido à grande potencialidade poluidora do óleo combustível.

### Clientes da CEG

EMPRESAS	POSICIONAMENTO
PROSCINT Produtos Sintéticos S/A	Afirma "não ser passível para essa empresa a substituição do gás natural por óleo combustíveis devido às características tecnológicas do processo de produção”.
Fábrica Carioca de Catalisadores	Informa "não ser possível, por questões relacionadas ao (...) processo de fabricação, a substituição de gás natural por óleo combustível”.
GERDAU S.A.	Acrescentou que a substituição do gás natural por óleo combustível requereria investimentos tempo para sua realização. Seria preciso implantar "toda uma logística de transportes para garantir o abastecimento da empresa com o óleo, além da necessidade de se manter tanques para sua estocagem. Afirmou que, no Brasil, as margens de lucro dos fornecedores de gás natural são muito elevadas e que seus preços estão acima do patamar internacional, de forma que o uso desse energético não é estimulado.

Vidraria Rio Minas S/A - RIMISA	Afirma ser tecnicamente possível a troca do gás natural por óleo combustível (o qual era, no passado, utilizado pela empresa). Entretanto, a instalação que permitiria esta substituição foi desmontada quando da conversão para o gás. Assim, seria necessário investir-se em um novo projeto e em instalações adequadas de alimentação dos fornos de fusão. Afirma também que, em seu processo produtivo, o gás natural é de melhor aplicação que o óleo combustível.
Vitronac Ind. Com. Ltda.	Segundo esse cliente, "é possível a substituição do gás por óleo combustível no que concerne à operacionalização"
VITROFARMA	Afirma que os níveis de preços praticados atualmente "j"ó favorecem a substituição" do gás natural pelo óleo combustível. A Vitrofarmajá utiliza os dois energéticos e diz que não passa a usar somente o óleo devido a "questões próprias do processo produtivo e por razões estratégicas e ambientais"
VALESUL Alumínio S.A.	Considera possível a troca do gás natural por óleo combustível. No entanto, destaca que este tipo de energético é mais poluente que aquele (o qual contém enxofre), o que contraria seus princípios de proteção ambiental. Afirma que, em 1984, adaptou-se ao uso do gás devido à grande disponibilidade do produto e à facilidade de sua obtenção pelo meio dutoviário. Afirma ainda que o retorno ao uso do óleo seria inevitável quando o preço do gás ultrapassasse R\$ 0,1319/m <sup>3</sup> , o que deverá ocorrer em abril de 1998 (dado o plano de aumento escalonado de preços já anunciado pela CEG, que deverá levar a um aumento do preço do gás de 21,42% em relação ao praticado pela Petrobrás em 1997).

O Sindicato das Indústrias de Vidros, Cristais e Espelhos do Estado do Rio de Janeiro, após pedir para manifestar-se em nome de todas as empresas do setor, informou:

*i)"o uso do gás natural, (...) nas indústrias de vidro, há alguns anos, passou a representar um fator de custo superior ao usual, quando seu preço foi alterado para equivaler, calorificamente, ao óleo combustível";*

*ii)"no decorrer dos anos, o preço do gás natural sofreu aumentos em proporções superiores aos dos óleos combustíveis, passando a ser, portanto, mais oneroso às empresas*

*iii)a reconversão para o óleo demandaria "investi-*

*mentos na área de controle ambiental, em virtude de os óleos apresentarem maior volume de emissão de partículas poluidoras na atmosfera";*

*iv) face ao aumento das concorrências interna e externa, aliadas à situação econômica do mercado, as empresas se vêem forçadas a reavaliar suas posições, na busca de reduções de custos, o que pode ocasionar, no caso em análise, o retorno dos óleos combustíveis aos seus processos produtivos."*

### **Aspectos estruturais do mercado de gás**

Conforme os dados obtidos pela SEAE e SDE, assim como no caso do petróleo, todas as etapas envolvidas na cadeia do gás natural, desde a sua extração até o consumo, exigem grandes investimentos. Com relação aos custos envolvidos nas diversas fases, o gás natural, no entanto, possui algumas particularidades, conforme descrito a seguir:

**A) Exploração e Desenvolvimento:** Inclui todos os dispêndios feitos durante a *pesquisa*, a descoberta, os testes de avaliação, a construção dos equipamentos que permitem a extração. Quando se trata de gás natural, em flinção dos elevados custos a jusante - transporte, distribuição -, o peso relativo da exploração/produção é, em média, cerca de 30% do total dos custos. Como no caso do petróleo, a exploração de gás se beneficia de significativas economias de escala: quanto maiores são os volumes produzidos e transportados, menores proporcionalmente são os custos por metro cúbico produzido.

No Brasil, a exploração do gás natural ainda é feita exclusivamente pela Petrobrás. Com a flexibilização do monopólio e abertura do setor de exploração a outras empresas (Emenda Constitucional n.<sup>o</sup> 09/95 e Lei n.<sup>o</sup> 9.478/97) essa situação deve mudar dentro de poucos anos.

**B) Transporte:** Após extraídos os compostos mais pesados e líquidos, o gás natural é enviado às refinarias ou diretamente aos grandes consumidores ou, ainda, aos centros de estocagem das companhias distribuidoras. O custo de transporte do poço até esses pontos é particularmente alto em razão da menor densidade do gás e de dificuldades técnicas relativas à construção de gasodutos, o que faz do transporte, ainda hoje, o maior ponto de estrangulamento da cadeia de produção do gás natural.

No Brasil, o transporte do gás natural produzido em território nacional, desde o poço até os city-gates é feito, exclusivamente, até o momento, pela Petrobrás.

**C) Distribuição:** Transportado até as proximidades das aglomerações urbanas e centros industriais, o gás natural ainda deve ser distribuído. Por ser formado por moléculas muito leves, possui uma baixa temperatura crítica e não se liquefaz à temperatura ambiente, **não sendo possível seu acondicionamento em botijões, como no caso do GLP**. Para distribuí-lo às residências, é necessária a construção de uma rede de dutos urbanos que chegue a cada cliente individualmente. Como o volume de consumo de cada família é bastante reduzido, o retorno dos investimentos só pode ser assegurado se essa rede de dutos for suficientemente extensa de forma a atingir um grande número de residências. Compreende-se assim o interesse das companhias de distribuição em atrair o segmento industrial, cuja demanda é por grandes volumes de gás e mais constante ao longo do tempo.

**D) Comercialização:** Este é o último estágio da cadeia de fornecimento de gás natural. É formado pelos agentes que compram e vendem o produto. A separação entre distribuição e comercialização rompe o monopólio da venda de gás natural das distribuidoras locais junto aos consumidores localizados na área de concessão. No caso da Companhia de Gás do Estado de São Paulo (COMGÁS), recentemente privatizada, o Contrato de Concessão explicita essa diferença entre ambas as etapas do processo de fornecimento do produto aos consumidores finais.

## 7. Dos Pareceres

O parecer da SEAE conclui pela que, não obstante estarem amparadas pelo Contrato de Concessão, as decisões de reajuste de tarifas da CEG e da Riogás aparentam não atender à condição de "modicidade das tarifas" Como a empresa detém poder de monopólio na prestação do serviço em questão e o regime tarifário a ela aplicável não é o adequado a um operador monopolista, pode-se considerar que há indícios de abusividade do poder de monopólio, que poderá ser corrigido por meio de mudanças nas condições impostas à concessão do serviço.

A análise da SDE apontou inúmeros problemas presentes no Contrato de Concessão adotado pelo Estado do Rio de Janeiro para o serviço de dis-

tribuição de gás canalizado. Esses problemas foram analisados de forma mais extensiva nos pareceres técnicos desta Secretaria sobre as privatizações da CEG e Riogás

Entretanto, interessa ao SBDC a alegação da representante e das demais empresas que aderiram à representação de que as representadas estariam abusando de sua posição dominante nas tarifas praticadas. Pelo que se verificou, não ser verdade, vez que as tarifas que as representadas pretendem adotar estão abaixo dos limites tarifários previstos no Contrato de Concessão.

Diante do exposto, concluiu pela não-procedência da representação em tela, vez que não é possível responsabilizar as representadas pelo estipulado no Contrato de Concessão. Dessa forma, recomenda-se o arquivamento do presente feito, com a revogação da Medida Preventiva adotada, e o seu encaminhamento ao CADE para as providências de sua competência.

Por fim, o Parecer da Procuradoria Geral do CADE, segue o mesmo entendimento da SDE, se posicionando pelo arquivamento do presente feito, uma vez que não há qualquer infração à ordem econômica na conduta de preços praticada pelas Representadas.

É o Relatório.

### **VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR**

Conforme visto em relatório, o presente processo administrativo foi instaurado a fim de apurar basicamente uma suposta prática anticoncorrencial de fixação de preços abusivos pelas representadas, cuja previsão como infração está descrita no art. 21, inciso XXIV, da Lei nº 8884/94.

Para proceder à análise dos fatos alegados no presente Processo Administrativo, é preciso, com base nos dados fornecidos nos autos, dividi-la sob os dois enfoques em que foram instruídos e analisados os autos pela SEAE e SDE.

Em primeiro lugar, como preliminar de mérito com relação à inclusão da ASEP-RJ (Agência Reguladora de Serviços Público do Estado do Rio de Janeiro) no pólo passivo, pela imputação a esta de possíveis práticas anticoncorrenciais apontadas por SEAE e SDE.

No caso em tela, dado que a ASEP-RJ não desempenha atividade econômica direta, depreende-se que só poderia figur

ar no pólo passivo do processo administrativo pela sua atuação como agente fiscalizador e regulamentador dos serviços de fornecimento de gás natural dentro do Estado do Rio de Janeiro.

Nos Estados Unidos, a relação entre regulação estatal (no caso, estadual) e direito antitruste foi pacificada com a *State Action Doctrine*, cuja melhor e mais recente formulação, segundo o Prof. Calixto Salomão Filho<sup>2</sup>, foi dada pela Suprema Corte em *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*, julgado em 1980.

A Suprema Corte definiu, nessa ocasião, dois critérios para determinar quando as diretrizes da regulamentação estadual seriam acatadas. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão de regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Em segundo lugar, deve haver supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (*active supervision requirement*). Ausentes quaisquer desses dois requisitos, a ação estadual é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial.

A *State Action Doctrine* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo CADE em diversos julgados. Apenas a título de exemplo, podemos citar o PA 08000.021660/96-05, no qual o CADE se declarou competente para conhecer da alegação de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do Poder Municipal. Nesse caso, o CADE afirmou ser a "*Doutrina americana da state action ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado*".

Na Representação 07/93, movida por CEBRACAN contra RODO-NAL, o CADE entendeu, por unanimidade, que, embora se tratasse de setor regulamentado, quando o regulamento fosse deficiente ou a autoridade fiscalizadora inerte, haveria competência residual para a aplicação do Direito da Concorrência. Do voto vogal do Conselheiro Antônio Fonseca, cabe extrair o seguinte trecho:

*"Entendo que institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Depar-*

---

2 "Direito Concorrencial: as estruturas", Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 200.

*tamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era marcadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência.*

*Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação".*

Na apreciação da Averiguação Preliminar nº 08000.025952/96-54, em que a Inspeção Regional da SDE em São Paulo representou "ex officio" contra o Departamento de Aviação Civil – DAC, a Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva entendeu configurada a competência do CADE para a apuração de infração à ordem econômica e manifestou-se nos seguintes termos:

*"No caso dos autos, trata-se de autoridade no exercício constitucional e legal de seu poder regulamentar, podendo o CADE, em situações como esta, e em concordância com o que vem sendo entendido e decidido por este Plenário, expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do CADE*

*identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão".*

Cumpra então verificar se, no caso em tela, a regulamentação do serviço de fornecimento de gás natural para o Estado do Rio de Janeiro segue política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispõe de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações por ela impostas.

Não há dúvida de que o Estado do Rio de Janeiro, ao regulamentar o fornecimento de gás, faz uso de competência constitucional e infraconstitucional claras. Da Constituição Federal de 1988 se depreende que "Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação" (art. 25, § 2º).

Examinando a questão quanto ao mérito de aplicação do sistema regulatório. A competência constitucional foi exercitada na Constituição do Estado do Rio de Janeiro e na Lei Estadual nº 2.686/97 e Portaria/ASEP-RJ n.º 003/98, que tratam, respectivamente, da criação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro Estadual - a quem cabe "*estabelecer as diretrizes da política tarifária dos serviços públicos estaduais*" - e da regulamentação procedimental da apuração de denúncias por consumidores.

O serviço de distribuição de gás natural emprega uma rede de dutos que carregam o gás em estado gasoso, sob pressão. A rede se espalha em ramais que conectam o fornecedor de gás, que no caso é a Petrobrás, com os consumidores industriais, comerciais ou residenciais. A rede atinge grande capilaridade em áreas urbanas de alta densidade populacional com pequenos consumidores individuais. Ramais de maior capacidade carregam o gás destinado a muitos consumidores ou a consumidores individuais de grandes quantidades. Devido a esta capacidade de atender a muitos consumidores com ramais comuns, o fornecimento de gás tem a propriedade de economias de escala.

Economias de escala existem se o custo médio de produção declina quando aumenta a quantidade produzida. Na distribuição de gás, a conexão de um novo cliente na rede provoca a queda do custo de fornecimento de cada um dos consumidores já ligados. Como tipicamente ocorre nos serviços públicos, existem custos fixos importantes ligados à instalação e manutenção da infraestrutura e pequenos custos marginais do serviço ao consumidor individual.

A presença de economias de escala na tecnologia de uma firma significa que quanto mais a firma produzir menor será o dispêndio de recursos com cada unidade produzida. Por outro lado, se toda a demanda por um determinado bem pode ser suprida ao menor custo possível por uma única firma, então temos uma configuração espontânea de mercado como um monopólio natural. Nessa situação, do ponto de vista da minimização dos custos de produção na economia, a melhor estrutura de mercado admite uma única firma operando. Em contrapartida, surge a possibilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma que o domina completamente, se deixada livre para escolher o padrão de produção que lhe proporciona o maior lucro.

Como se sabe, o padrão de operação do monopolista envolve a fixação de preço para o produto acima do custo marginal de produção, o que representa uma perda de eficiência alocativa para a economia: os consumidores estariam dispostos a pagar, por uma unidade adicional do bem, mais do que custaria sua produção. Cria-se assim uma incompatibilidade de objetivos: por um lado a produção por uma única firma minimiza os custos de produção, por outro a ausência de concorrentes diretos propicia o exercício de poder de mercado e a ineficiência alocativa.

Como aqui, por definição, a solução concorrencial não cabe, já que não se pretende mitigar o poder de mercado do monopolista natural pelo aumento da concorrência, a solução para se obter um comportamento socialmente desejável da firma no mercado é a regulação. A regulação pretende acrescentar restrições de atuação para a firma, com a intenção de alterar o seu próprio objetivo como empresa e com isso fazê-la se comportar espontaneamente no interesse público.

No caso do monopólio natural, as restrições regulatórias idealmente pretenderão manter uma única firma fornecendo a demanda ao custo mais baixo possível, e ao mesmo tempo cerceando a sua capacidade de explorar o poder de mercado ao seu alcance. É preciso assim incentivar a firma a operar produzindo uma quantidade igual a que venderia se o mercado fosse perfeitamente competitivo, o que levaria o seu preço a igualar o seu custo marginal de produção.

Claro está, então, que, a partir da Constituição Federal, seguiu-se a competência para a definição e implantação de política de regulamentação. Fica também provida a racionalidade econômica da concessão de exclusividade e imposição de limites regulatórios a um monopólio natural de distribuição de gás natural canalizado. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

A solução regulatória clássica do monopólio natural consiste em se fixar diretamente o preço do serviço ao mesmo nível do custo marginal de produção da firma. Tanto a preços acima quanto abaixo do custo marginal a quantidade produzida cai abaixo da competitiva. Se o preço for acima, incorre-se em maior ineficiência pelo aumento de margem. Se for abaixo, a ineficiência decorre do excesso de demanda criado, cujo resultado será a geração de filas para ser atendido.

O problema com esta estratégia é a possibilidade de que o custo marginal do monopólio natural esteja abaixo do custo médio, o que é bastante provável já que os monopólios naturais são comumente marcados com custos médios decrescentes em todos os níveis de produto, devido aos grandes custos fixos. Nesse caso, a prática de preço igual ao custo marginal provocaria o acúmulo de prejuízos para a firma, que deixaria assim de operar, desvirtuando a intenção original de promover a eficiência. Por isso, caso a firma fosse obrigada a vender ao custo marginal no interesse público, seria necessário lhe conceder um subsídio suficiente para que ela pudesse operar com lucro pelo menos igual a zero.

Quando o subsídio do governo é impraticável, ainda assim se pode proporcionar os recursos para viabilizar o equilíbrio operacional da firma através da instituição de uma estrutura de tarifas na o lineares. Uma estrutura tarifária gera preços não lineares quando o preço de cada unidade do serviço vai depender da quantidade total do serviço comprada. A tarifa não linear mais simples é construída pela fixação de dois elementos na composição do valor a ser paga na compra de uma quantidade qualquer (two-part tariff): determina-se o pagamento de um valor fixo (ou preço de acesso) qualquer que seja a quantidade comprada e adicionalmente de um preço fixo por unidade.

O emprego de tarifas em duas partes permitiria a determinação de um valor para o componente fixo da tarifa que fosse suficiente para cobrir um eventual prejuízo operacional da monopolista que fosse obrigada a praticar um preço unitário máximo igual ao custo marginal pela autoridade reguladora. Desse modo se preservaria a possibilidade de obter um padrão de operação eficiente da firma e ao mesmo tempo proporcionar o seu equilíbrio financeiro, isto é, a possibilidade que opere com lucro positivo ou zero.

As tarifas em duas partes apresentam no entanto um inconveniente, que é a possibilidade que o valor do seu componente fixo (preço de acesso) calculado para cobrir os prejuízos do monopólio regulado seja tão alto que o preço médio resultante para o serviço fique alto demais para aqueles consumidores que compram pequenas quantidades. Como o preço final por unidade pago pelo consumidor declina com a quantidade comprada, a tarifa em duas partes pode implicar um preço médio final alto para os pequenos consumido-

res e afastá-los do mercado, o que ainda caracteriza ineficiência da solução. Haveria em tese a possibilidade de se diferenciar as tarifas caso a caso, individualmente, no intuito de atrair os consumidores mais sensíveis ao componente fixo da tarifa. No entanto a legislação coíbe a discriminação de preços entre consumidores identificados pessoalmente, de modo que qualquer que seja a solução, ela deve ser imbuída de impessoalidade, isto é, deve oferecer condições de livre escolha para os consumidores.

Uma estratégia comumente usada na regulação de tarifas de serviços públicos, que tem boas propriedades econômicas como solução do problema exposto, e é caracterizada por impessoalidade de oportunidades é o emprego de tarifas diferenciadas por blocos de consumo. Esse é o sistema de tarifas usado por CEG e RioGás, de acordo com as diretivas do Contrato de Concessão nos anexos I e II. O sistema de tarifas diferenciadas por blocos estabelece um preço por unidade comprada do serviço diferente para cada intervalo de quantidades compradas. Assim as primeiras unidades só podem ser compradas por um preço alto, as correspondentes ao próximo bloco a um preço unitário menor e assim por diante até o último bloco, que fixa o preço unitário para qualquer quantidade comprada acima de um dado limite.

O sistema de tarifas diferenciadas por blocos também estabelece preços não lineares para o serviço, isto é, o preço final por unidade comprada varia com a quantidade comprada. Ele pode ser interpretado como um menu de várias tarifas em duas partes (two-part tariffs) encadeadas, cada uma oferecendo uma combinação diferente de valores para os componentes fixo (de acesso) e variável (preço unitário). Assim, tipicamente, a primeira tarifa em duas partes do menu terá um valor do componente fixo bastante baixo e um custo por unidade alto; a segunda terá um componente fixo um pouco mais caro, e em contrapartida um preço unitário um pouco mais baixo; e assim por diante até a última, que teria o componente fixo mais caro de todas e um preço por unidade comprada aproximadamente igual ao custo marginal do monopolista.

O conjunto das várias tarifas em duas partes é oferecido aos consumidores para sua livre escolha, e evidentemente será escolhida aquela composição que permite que a quantidade desejada do serviço seja comprada ao preço médio mais baixo. Evidentemente o consumidor comprará as primeiras unidades pela tarifa com menor componente fixo, as próximas pela tarifa com componente fixo de valor imediatamente acima, e assim por diante.

O emprego de tarifas diferenciadas por blocos permite, por um lado, a imposição de um preço enfrentado na margem pelo monopolista igual ao seu custo marginal. Basta para isso fixar os valores dos componentes fixo e variável da última tarifa em duas partes que compõe o sistema em blocos de tal

forma que o preço médio da demanda total seja aproximadamente igual ao custo marginal do monopolista. Por outro lado, se preserva a possibilidade proporcionada pelas tarifas em duas partes de viabilizar a transferência de receita necessária ao equilíbrio financeiro da firma regulada, porém com uma vantagem adicional. Os pequenos consumidores, que pagariam um preço médio final alto sob um sistema de tarifas em duas partes, agora tem a possibilidade de pagar um preço menor, permitindo uma redução da chance de ineficiência alocativa no mercado. Além disso o mecanismo de tarifas diferenciadas em blocos é não discriminador, já que se trata de um cardápio de opções dentro do qual os consumidores se auto-selecionam conforme as suas características individuais próprias.

Para tornar o sistema de tarifas em blocos operacional, no entanto, é necessário estabelecer um procedimento para estimar os custos médios e os custos marginais da firma, de modo a se poder ajustar os valores dos limites tarifários de acordo com os seus objetivos originais. Esta é uma tarefa que exige informações detalhadas da tecnologia de produção e da estrutura de custos da empresa. Tal levantamento é custoso e por isso só pode ser feito em profundidade a intervalos regulares de tempo. A previsão contratual da concessão é de que essas revisões da estrutura de custos da empresa se façam de cinco em cinco anos.

A fixação de período determinado de tempo (cinco anos) entre revisões da avaliação dos custos de produção da empresa tem a função adicional de servir de incentivo ao aumento de produtividade. Se a empresa sabe que tem um período garantido de tempo durante o qual pode auferir como lucro toda a economia de custos que puder realizar então ela estará estimulada a realizar os investimentos em tecnologias e práticas gerenciais que reduzem custos. A revisão periódica da estrutura de custos então é capaz de repassar ao consumidor esses ganhos de produtividade na forma de uma redução do valor real das tarifas.

O procedimento de reajuste imediato dos valores das tarifas em função de variações dos preços de insumos como o gás, também faz parte da metodologia de aferição da estimativa dos custos médios e marginais de produção da empresa. Apenas esses ajustes são feitos a cada momento em que ocorrem devido ao baixo custo de operacionalização, enquanto a aferição de variações de custo por inovações tecnológicas ou gerenciais são feitas periodicamente.

Conclui-se que o sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social.

No tocante ao sistema *by-pass comercial*, de acordo com o § 18 da cláusula sétima, consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m<sup>3</sup>/dia (última categoria tarifária) de gás canalizado podem fazê-lo diretamente do produtor, mas tal aquisição dependerá, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da concessionária. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à concessionária o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite para o tipo de consumidor em questão, e o preço que a concessionária paga na aquisição de gás, da mesma supridora.

Os Pareceres da SEAE e da SDE defendem medidas destinadas a retirar das concessionárias o poder de autorizar ou não *by-pass*, além de medidas que viabilizem o acesso de concorrentes no mercado de suprimento de gás à rede de distribuição.

A própria presença da cláusula de *by-pass* indica um reconhecimento pelo poder concedente de que deve haver previsão para a separação futura dos mercados de distribuição e de comercialização de gás. Hoje todo o gás fornecido à rede de distribuição é produzido pela Petrobrás, e seu preço é tabelado pelo Governo a partir do preço do óleo combustível e em função da correspondência de poder calorífero com este. No futuro, certamente haverá mais produtores em condições de fornecer gás à rede de distribuição a custos competitivos com os da Petrobrás, e a possibilidade de que um usuário consiga diretamente do produtor um preço para o gás mais baixo do que o pago pela distribuidora passará a ser um fator concorrencial importante para a disciplina dos preços. De acordo com David Newberry em “Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities” – The Walras-Pareto Lectures, MIT Press 1999:

“ The local distribution companies raise few regulatory issues that have not already been addressed and resolved. The decisive regulatory innovation is the creation of spot and future markets for gas and gas storage to supplement (and partly substitute for) the less flexible system of long-term contracts. Provided there are a sufficient number of competing producers (which has been assisted by interconnecting and extending the European gas grid) competition can replace the system of regulated access that led to high prices and considerable inefficiency”

Deduz-se que a abertura e o funcionamento pleno do mercado de comercialização de gás depende da presença de vários participantes e da instalação de uma estrutura de produção e logística sofisticada. A adaptação dos termos contratuais da concessão ao funcionamento eficiente de um mercado de comercialização pode ser realizada por imposição do Poder Concedente no nível de detalhamento e na época própria. A atual formulação da possibilida-

de de by-pass não chega a configurar uma restrição relevante do ponto de vista concorrencial à organização espontânea do mercado de comercialização

O requisito de obtenção de autorização das concessionárias para o by-pass pode ser justificado pela necessidade de compatibilização da disponibilidade de capacidade de atendimento dessas com os planos de demanda individuais dos usuários. Em uma situação em que o usuário adquire o gás no mercado de comercialização, há que se coordenar o seu fornecimento com a programação da distribuidora de forma compatível com as limitações e normas de segurança para a operação da rede.

Quanto à obrigação do pagamento à concessionária da tarifa correspondente ao volume distribuído, deduzida do seu custo de aquisição do gás, é uma mera expressão do direito de exclusividade que a concessionária detém para a exploração do serviço.

Passamos então à análise da conduta em si, ou seja, a verificação da possibilidade do exercício de poder de mercado por parte das empresas CEG e Riogás no sentido de praticarem preços em patamares excessivos de acordo com o parágrafo único do art. 21. é taxativo, quanto à forma de avaliação do que seja preço abusivo.

Seguindo os requisitos de análise do referido dispositivo de lei, temos que a conduta das representadas CEG e Riogás, encontra amparo sob uma perspectiva legal.

Verificou-se nos autos que as propostas de reajustes de tarifas feitas aos requerentes por parte da CEG e da Riogás se enquadram nos limites de preços máximos fixados pela ASEP-RJ. Verificou-se também nos autos que a parcela dos reajustes nos preços pretendidos pelas representadas referentes ao aumento do custo de aquisição do gás, corresponde aos aumentos do preço do gás natural fixados pelo Ministério da Fazenda.

Em função disso, corroboro o entendimento da SEAE e da SDE de que o comportamento de preços das representadas encontra-se dentro do quadro regulatório do setor, proposto pela ASEP-RJ, e de tal modo não pode ser considerado como um comportamento de preços abusivos em relação ao marco regulatório.

Como foi demonstrado anteriormente que o marco regulatório aplicado pela ASEP-RIO está perfeitamente adequado às suas competências e também às diretrizes legítimas de aplicação da regulação, verifica-se a impossibilidade da caracterização de conduta anticoncorrencial.

Assim, cabe, resumidamente, destacar:

1- As práticas das empresas concessionárias de fornecimento de gás natural que, alegaram as representantes, seriam anticoncorrenciais, foram realizadas na obediência estrita da regulamentação sobre o assunto, emanada, como visto, de órgãos competentes e decisões políticas legítimas. Não podendo as empresas agirem de outra forma, não se pode acusá-las de infração à ordem econômica por meio da dominação de mercado ou aumento abusivo de lucro.

2- No tocante às alegações referentes às possíveis restrições dos termos contratuais de concessão ao desenvolvimento do mercado de comercialização de gás natural, entendo que cabe ao Poder Concedente estar atento às possíveis medidas a serem tomadas para sua adequação. Ao CADE cumpre alertar para a necessidade de instauração das condições propícias para o desenvolvimento pleno e livre desse mercado, em benefício do interesse público.

Dessa forma, em função dos argumentos acima, e de acordo com os pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria Geral do CADE, concluo que a conduta investigada não configura infração à ordem econômica. Voto, portanto, pelo arquivamento do presente processo administrativo, com a consequente extinção da Medida Preventiva aplicada ao presente feito. Por fim, determino seja feita a solicitação à ASEP – RIO para que tome ciência do caso analisado a fim de que esta venha a agir conforme sua competência.

É o voto.

Brasília, 31 de janeiro de 2001.

**Afonso Arinos de Mello Franco Neto**

Conselheiro Relator



**Ministério da Justiça**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Gabinete do Conselheiro Mércio Felsky

Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Representadas: Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda.

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

**ACÓRDÃO**

Ementa: Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente. Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade da comparação custo/preços de venda. A prática alegada não configura preço predatório. Arquivamento.

I - Preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio visando eliminar concorrentes (Resolução nº 20/99), e a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance;

II - O preço predatório deve ser distinguido do simples underselling e do dumping, visto que o primeiro, por si só, não é ato punível pela norma, enquanto o segundo escapa à competência do CADE;

III - A não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica;

IV - O exame da prática requer avaliação das condições objetivas do mercado quando, não sendo suficiente para uma presunção conclusiva, passa-se à avaliação das condições efetivas de custo e de preços de venda;

V - A comparação custo/preço deve ser feita sobre toda a linha de produtos, e não na base de produto a produto;

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, determinar o arquivamento do processo administrativo. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas, os Conselheiros Mércio Felsky, Hebe Romano, declarando-se impedida, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso A.

de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 30 de maio de 2001 (data do julgamento).

**JOÃO GRANDINO RODAS**

Presidente do Conselho

**MÉRCIO FELSKY**

Conselheiro-Relator

## VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR<sup>3</sup> MÉRCIO FELSKY

EMENTA: Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente. Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade da comparação custo/preços de venda. A prática alegada não configura preço predatório. Arquivamento.

I - Preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio visando eliminar concorrentes (Resolução nº 20/99), e a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance;

II - O preço predatório deve ser distinguido do simples underselling e do dumping, visto que o primeiro, por si só, não é ato punível pela norma, enquanto o segundo escapa à competência do CADE;

III - A não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica;

IV - O exame da prática requer avaliação das condições objetivas do mercado quando, não sendo suficiente para uma presunção conclusiva, passa-se à avaliação das condições efetivas de custo e de preços de venda;

V - A comparação custo/preço deve ser feita sobre toda a linha de produtos, e não na base de produto a produto.

### I. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA

Segundo a representação de autoria da Labnew, a Merck S.A. e sua subsidiária MB Bioquímica Ltda. estavam, desde Setembro de 1994, vendendo tubos para coleta de sangue a vácuo a preços abaixo do custo, criando dificuldades ao seu funcionamento e desenvolvimento, prática que se enquadraria no art. 21, incisos V e XVIII, c/c o disposto no art. 20, inc. I, da Lei nº 8.884/94. Registre-se que a representante entrou também no DECOM/MICT com pedido de abertura de investigação de dumping nas importações originárias.

---

<sup>3</sup> Este voto contou com a assessoria do Assessor Processual do CADE, Valdomiro Almeida

rias dos EUA, desses tubos, pela Merck e MB, tendo sido imposta sobretaxa, constatada a irregularidade.

Cumpra inicialmente distinguir conceitualmente as diversas práticas comerciais relacionadas a preço, visto que, quase sempre, ocorre um equívoco conceitual quando se menciona o termo “dumping”, confundindo esta prática comercial com outras práticas consistentes em vendas a preço inferior ao custo (underselling) e em vendas a baixo preço, destinadas à eliminação de concorrentes (preço predatório).<sup>4</sup>

Fundamentalmente, o dumping se caracteriza pela discriminação de preços entre mercados nacionais distintos. O underselling pode ser identificado a partir da venda de produtos abaixo de seu preço de custo. O preço predatório, a seu turno, será identificável como prática visando à eliminação de concorrentes, através da venda de produtos a preços impraticáveis no mercado interno.

Destas definições, infere-se que: a) as três práticas podem ocorrer concomitantemente, no exemplo do produtor estrangeiro que exporta a preço de dumping, e revende no mercado interno abaixo do preço de custo, visando a eliminar os concorrentes nacionais; mas b) pode também ocorrer que não exista correlação entre essas práticas, se por exemplo: (i) o produtor estrangeiro pratica dumping porque possui domínio de seu mercado nacional, praticando preços maiores ali; (ii) o produtor revende abaixo do preço de custo em razão de um excesso de estoques, inexistindo intuito, ou possibilidade, de dominação de mercado.

Assim, ressalte-se a relevância da distinção entre preço predatório e underselling. Como se pode observar, a prática deste último nem sempre será punível, ao contrário do que ocorre com o preço predatório (que normalmente se subsume nas condutas puníveis pelo direito antitruste de cada país, quando este existe na ordem jurídica interna).<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> As distinções conceituais foram extraídas de Welber Barral, "*Dumping, Underselling e Preço Predatório*", in CADE. Revista de Dir. Econômico nº 29, Jan./Jul. 1999, pp. 129-144.

<sup>5</sup> Barral, W. (ob. cit., p. 132), nota que na doutrina pátria, a advertência sobre esta distinção foi anotada, já em 1990 (Villanova Nogueira, M. R., "Conceito de 'underselling' ('dumping') dentro do Anteprojeto da nova Lei Antitruste", R. de Inf. Legislativa, Brasília, ano 27, nº 107, jul./set. 1990), sem contudo, se refletir imediatamente na prática da autoridade antitruste brasileira que vinha utilizando “dumping” e “underselling” como sinônimos. O autor cita como exemplo votos nos processos administrativos nº 9/74, 20/78, 41/83, 65/87 e 75/87).

Além dessas distinções conceituais, observe-se também que o dumping será investigado pelas autoridades nacionais normalmente vinculadas ao comércio exterior de cada país, que, se membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), se orientarão pelo Acordo Antidumping da Rodada Uruguai. Quanto ao underselling e ao preço predatório, sua repressão dependerá da existência de normas nacionais de defesa da concorrência, a serem aplicadas pelas autoridades indicadas por estas leis nacionais.

A distinção entre os conceitos, frise-se, têm conseqüências práticas, uma vez que, como regra geral, a importação de produtos com dumping escapa à competência do CADE e às normas de defesa da concorrência, com a exceção do caso de país não-membro da OMC, conforme o art. 91 da Lei 8.884/94.

Quanto ao underselling, sua prática, no Brasil, pode se subsumir na Lei Antitruste. Entretanto, o underselling não será, por si só, um ato punível pela norma repressora. Isto somente efetivará se concomitantemente ocorrer a prática do preço predatório, isto é, se o ato tiver por efeito a limitação da concorrência, a dominação do mercado, o aumento arbitrário do lucro ou o exercício abusivo de posição dominante, sendo esta presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante (art. 20, inc. I a IV e § 3º, da Lei 8.884/94).

Assim reza o art. 21 da Lei:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

***XVIII – vender injustificadamente mercadoria a baixo do preço de custo; (grifei)***

A definição legal na combinação do art. 21 com o art. 20, portanto, é a de preço predatório, este sim, sempre será punível pela Lei Antitruste quando ficar provado, ainda que não advenha da prática de dumping.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Segundo o autor citado, pode ocorrer a prática de preço predatório, ainda que não advinda do *underselling* se o produtor vende com *baixíssimos níveis de lucro* visando somente à eliminação dos concorrentes, portanto, neste caso, para a configuração da infração, não seria requerido a venda abaixo do preço de custo. Segundo o autor, a subsunção normativa se efetivará a partir da hipótese na lei que caracteriza como infração da ordem econômica, os atos “sob qualquer forma manifestados”, que prejudiquem a livre concorrência; objetivem à dominação do mercado, ou ainda, possam

Tal como prevista na Seção 2 do Sherman Antitrust Act de 1890 (EUA), do mesmo modo também nos artigos 20 e 21 da Lei antitruste brasileira, predação pode ser considerada como uma espécie de estratégia adotada por qualquer firma numa tentativa de monopolizar o mercado de algum produto. Mas, no caso clássico definido pela doutrina, somente uma firma dominante faria seus preços mais baixos o suficiente para impor perdas a seus rivais. Expulsando-os do mercado, o predador estaria livre para impor preços mais altos depois, com o conseqüente dano ao consumidor devido ao seu poder de mercado não constringido.<sup>7</sup>

O entendimento predominante do predatory pricing é o dos teóricos da Escola de Chicago segundo o qual a prática é irracional e raramente observada no mundo real. Este ceticismo se deve à irracionalidade presumida de uma firma na prática de preços em níveis predatórios para maximizar lucros. Assumindo um ambiente perfeitamente competitivo, uma firma engajada em tal conduta, incorreria em severas perdas de curto prazo na sua tentativa de causar prejuízo aos rivais, que ela racionalmente não consideraria tal estratégia. Ainda que a firma engajassem em tal conduta e fosse bem sucedida na eliminação dos rivais, para ser lucrativo, a firma predadora necessitaria recuperar as perdas por meio de elevação de preços mais tarde a níveis supracompetitivos. Num ambiente de completa informação, preços em tais níveis atrairia novos competidores (na esperança de obter lucros supranormais), reduzindo as chances da firma, de recuperação de suas perdas. Percebendo isso, a firma calcularia a baixa probabilidade de recuperação dos lucros perdidos e evitaria tal conduta.

A concepção acima é atualmente esposada por um grande número de economistas e especialistas antitruste e tornou-se influente entre os organismos reguladores norte-americanos e também no Judiciário. Um exemplo disso, é que as agências federais, nos Estados Unidos, têm deixado de mandar casos de preços predatórios para a Justiça.

Num dos casos mais recentes que chegou à Suprema Corte, esta estabeleceu que "preços abaixo de uma medida apropriada de custos do acusado" era um pré-requisito para a responsabilização pelo preço predatório. De

---

produzir o aumento arbitrário de lucro ou o exercício abusivo de posição dominante (Lei 8.884/94, art. 20).

<sup>7</sup> Boa parte dos argumentos doutrinários expendidos ao longo desse voto foram extraídos de um interessante trabalho recentemente publicado pelo Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho nº 5, "*Antitrust and Predation - Reflections on the State of Art*", Out./2000, de autoria de **Marcelo de Matos Ramos**.

acordo com a Suprema Corte, a regra do preço abaixo do custo é justificada pelas seguintes razões:

Primeiro, preços acima de uma medida relevante de custo pode refletir uma estrutura de custos mais baixos da firma e, então, representa competição baseada no mérito;

Segundo, a Corte concluiu que seria imprudente condenar cortes de preço quando a firma corta seus preços a um nível acima dos custos por propósitos anticoncorrenciais. Os cortes de preço começaria uma cadeia de eventos tendentes a resultar na quebra dos preços de oligopólio e no começo da concorrência. E mesmo se os preços voltarem aos níveis anteriores, condenar os cortes de preços é privar os consumidores dos benefícios de preços mais baixos no intervalo de tempo;

Terceiro, a Corte entendeu que condenar cortes de preço acima do custo, estaria além da capacidade prática de um tribunal judiciário e seria algo difícil de controlar sem que isso gerasse riscos intoleráveis de desestimular cortes de preços legítimos.

A análise feita no caso presente tratou de confirmar, a partir da análise das informações contidas na farta documentação existente nos autos, se são consistentes para a identificação da prática de preços predatórios, os indícios apontados pela Representante. Diga-se desde logo, que todos os pareceres exarados (SEAE/MF, SDE/MJ e Procuradoria do CADE) não endossaram a queixa da representação, com o que não se conformou a petionária, o que está demonstrado pelo intenso contraditório entre esta e os órgãos antitruste durante a instrução. De qualquer maneira, o CADE é a última e definitiva instância decisória sobre a questão, no âmbito do Poder Executivo (arts. 39 e 50, da Lei 8.884/94), cabendo às partes evidentemente a via do Poder Judiciário caso tenham por ameaçados os seus direitos, conforme disposição do texto constitucional (Art. 5º, inc. XXXV, da C.F.).

Em se tratando de atividade de comercialização no mercado interno de produtos importados, dispensável é dizer que, no âmbito da defesa da concorrência, não se questionou se os custos de importação eram altos ou demasiadamente baixos, isto é, se resultavam ou não de dumping. Esta prática foi devidamente investigada pelo órgão competente, o DECOM, e reparada pelo governo brasileiro (Portaria Interministerial MICT/MF nº 22, de 09.10.98, D.O.U., nº 198-E, de 16.10.98, Seção 1). Ao Relator interessou somente verificar se as condições do mercado relevante devidamente delimitado e se as

informações juntadas aos autos pela instrução, ou possíveis de serem coligidas, indicariam com segurança a procedência da denúncia. Assim, as informações de custo quando consideradas, foram aquelas incorridas com, e a partir da internação do produto no mercado interno, ignorando-se as alegações de dumping, por não ser este o foro competente.<sup>8</sup>

Apesar dos insistentes esforços empreendidos pela Representante para prover os órgãos de instrução do processo de "evidências" da conduta predatória das empresas do grupo Merck, chegando a reivindicar da SDE, por diversas vezes, uma ordem de cessação da suposta prática, tais evidências nos autos não são tão visíveis como pretendeu tantas vezes "demonstrar" a reclamante. As dificuldades surgiram já nas petições da própria Representante, pela confusão existente quanto à conduta que se queria denunciar, não se distinguindo uma de outra dentre as diversas condutas comerciais relacionadas a preço. Ora denunciava-se o dumping predatório, ora casos isolados de preços abaixo do custo, e ora, ainda, alegações de preço predatório no mercado interno, tomando essas expressões como sinônimas, e parecendo desconhecer o arranjo institucional existente no País para dar conta dessas questões por meio de diferentes canais competentes.

Além disso, a própria prova de preço predatório e a aplicação da legislação anti-predatória é um dos temas mais difíceis e mais complexos em todo o campo da política antitruste, o que é reconhecido por todos os especialistas na matéria. Não somente porque um dos objetivos da legislação antitruste é o de justamente promover preços baixos, mas também porque a relação entre preços e custos das empresas é frequentemente ambígua e de calculabilidade duvidosa. A redução dos preços de uma empresa pode ser simplesmente o resultado de um salutar processo competitivo, normal nas economias de mercado. Daí que as agências têm procurado estabelecer regras operacionais para discriminar ataques predatórios ilegais da concorrência baseada em méritos, até porque precisam ser constantemente lembradas que o antitrust enforcement deve proteger a concorrência, não os concorrentes. Conforme avisa Gabrielle Marceau,

---

<sup>8</sup> Poder-se-ia argumentar que o preço predatório poderia estar sendo praticado não pelas empresas brasileiras Merck e MB, mas pela fornecedora delas, a exportadora Terumo (USA). Nesse caso, o corte feito pela análise do Relator não identificaria a infração. É falso esse argumento porque, se tal acontecesse, o preço predatório (venda abaixo do custo) praticado pela firma estrangeira seria captado pela investigação de *dumping*, porque, via de regra, considerando-se a atuação de uma firma estrangeira no seu mercado, toda prática de preço predatório nas exportações será também um *dumping*, embora nem todo *dumping* seja também um preço predatório.

"O eventual erro de julgamento por parte das autoridades de defesa da concorrência, nesses casos, implica a geração de maiores preços para os consumidores e a coibição das condutas em relação às quais a lei antitruste de qualquer país deseja justamente estimular e proteger: condutas competitivas, voltadas, ainda que não exclusivamente, para a redução de preços. A dificuldade de distinguir concorrência de predação tem levado economistas e advogados a prover possíveis testes ou regras prontas para reconhecer predação em preço. Tais testes buscam distinguir os competidores não-eficientes dos eficientes. Não há, entretanto, nenhum consenso em como identificar práticas predatórias domésticas *ex ante*. A dificuldade ocorre porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. Não existe uma única definição aceita do que constitui predação. Daí que essa prática é basicamente definida em razão de sua consequência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores".<sup>9</sup>

De todo modo, é preciso deixar claro que a lei antitruste brasileira não inclui entre as condutas infrativas da ordem econômica a simples redução de preços, pelo contrário, a concorrência deve ser preservada justamente para se garantir, dentre outros fatos, preços mais baixos aos consumidores. O que a lei considera anticompetitivo, repita-se, é a adoção injustificada de preços abaixo do custo que tenha por objetivo ou efeito, ainda que não sejam alcançados, limitar ou prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou seja, todos aqueles previstos nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94. A Resolução 20 define o tipo legal contido na norma como sen-

---

<sup>9</sup> "Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas". Clarendon Press. Oxford (NY) 1997, p. 19. Segundo a autora, vários aspectos dessa afirmação simples remanescem não resolvidos. A autora pergunta: O que é um competidor eficiente? O que é eficiência? Que período temporal de referência deve ser tomado para análise? Deve a predação dizer respeito somente com eficiência? Existe alguma circunstância em que um ofertante menos eficiente deveria ser protegido? Devem tentativas de predação serem punidas? A história do Sherman Act identifica "eficiência econômica" com "produção em escala a baixo custo unitário", o que teria a ver com a própria competitividade interna e externa das empresas e com o próprio bem-estar do consumidor.

do a prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando (com o intuito de) eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

A lei também não admite uma condenação per se da prática de preços abaixo do custo, de forma que a Resolução 20/99 do CADE orienta que o exame dessa prática requer avaliação detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, a fim de não permitir que práticas sazonais normais venham a ser consideradas abusivas. Além disso, a Resolução 20 recomenda também a análise do comportamento estratégico da Representada, avaliando-se as condições objetivas do mercado, isto é, se há condições de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. Este segundo passo é o chamado recoupment requirement, condição introduzida na análise pela Suprema Corte americana e definida como a capacidade de uma firma ter uma "perspectiva razoável" ou uma "perigosa probabilidade" de recuperar seu investimento em preços abaixo do custo por meio dos subsequentes lucros de monopólio. Assim fazendo, o CADE segue a prática das cortes americanas — que desde o começo dos anos 80 adotaram, inteiramente, a teoria neoclássica-liberal — teoria essa desenvolvida pela chamada Escola de Chicago.

A rationale por trás do recoupment requirement é que se um predador falha em eliminar seus rivais, então ele não recuperará suas perdas. Nesse caso, não haveria nenhum dano à concorrência, e os consumidores beneficiar-se-iam dos preços abaixo do custo.

A Suprema Corte dos EUA utilizou o teste recoupment requirement no caso *Brooke Group Ltd. v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, onde avaliou muitas situações em que a recuperação das perdas é improvável: (i) quando um mercado é altamente difuso e competitivo; (ii) quando uma nova entrada no mercado é fácil; e (iii) quando o alegado predador não dispõe de excesso de capacidade para absorver os market share's de seus rivais e não pode rapidamente criar ou adquirir nova capacidade.

Nos casos em que a recuperação das perdas não se mostra provável a Corte recomenda uma análise sumária. Nos casos remanescentes, o recoupment requirement seria satisfeito se um reclamante utilizasse um dos seguintes caminhos: (i) usaria informações de preço e produção para provar que preços supra-competitivos efetivamente ocorreram; (ii) alternativamente, poderia trazer evidências sobre o mercado e a conduta do acusado para mostrar que o esquema provavelmente teria resultado em preços de oligopólio e coordenação tácita (cf. MF/SEAE, ob. cit., p. 17).

Fagundes, J. explica que, em geral, a literatura antitruste aponta para as seguintes pré-condições, necessárias, ainda que não suficientes, para que uma ação de preço predatório seja racionalmente viável:

(i) as empresas vítimas devem ser suficientemente pequenas e frágeis ou apresentarem custos suficientemente elevados, de forma a permitir que o predador possa discipliná-las ou retirá-las do mercado;

(ii) a estrutura do mercado deve permitir que o predador possa prever um período durante o qual ele possa cobrar preços monopólicos; e

(iii) o valor presente dos lucros associados ao período durante o qual o preço será de monopólio deve superar os prejuízos presentes ligados à prática do preço predatório.<sup>10</sup>

A Resolução 20 ao definir que preço predatório é o preço abaixo do custo variável médio, optou pelo chamado teste de Areeda e Turner que sugere esse custo como uma proxy razoável do custo marginal (este, difícil de obter) e que assevera que a conduta só é exclusionária se demonstrada a prática de preço abaixo desse custo. Ressalte-se, todavia, que na definição dada pela Resolução 20, está implícito o reconhecimento que um preço inferior ao custo variável médio é, também, uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um preço predatório. É nítida a existência de um elemento subjetivo no conceito que é “... visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista”. Então, está claro, a simples venda por preço abaixo do custo variável não é considerado preço predatório, nos termos da Resolução 20/99 do CADE.

Mas nem mesmo a estimativa do custo variável médio é um trabalho trivial. Terry Calvani observa que o problema com o teste Areeda-Turner baseado no custo é que ele não é fácil de aplicar na realidade, e as tentativas de estimá-lo no caso presente, com todas as informações necessárias disponíveis nos autos, confirmaram as dificuldades no cálculo do custo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> II Curso de Defesa da Concorrência. Análise de Condutas Anticoncorrenciais. Coordenação Mário Possas (CADE - 1999); W. Barral (ob. cit.), p. 136, cita também Forgioni, 1998; e OCDE. *Predatory pricing*. Paris: OCDE, 1989.

<sup>11</sup> Terry Calvani (Comentários sobre a Resolução 20 do CADE, em 12/04/98) observa que a publicação em 1975 do artigo "*Predatory Pricing and Related Practices Under*

Essas dificuldades têm levado vários tribunais nos E.U.A. a analisar as condições estruturais do mercado, antes da etapa de comparação preço/custos. Caso essas condições revelem a impraticabilidade da conduta em questão, o caso encerra-se automaticamente, como já foi mencionado.

O raciocínio que suporta esse método é simples: supondo-se que os gerentes são minimamente racionais quando implementam suas estratégias e conhecem as características básicas dos mercados onde suas empresas atuam, pergunta-se: — determinada ação como o preço predatório, poderia fazer sentido do ponto de vista de racionalidade econômica?

Quais são, então, as condições estruturais que podem viabilizar a prática de preços predatórios? Em outras palavras, quais aquelas características estruturais que, se presentes no mercado, tornariam a decisão de uma firma de praticar preços predatórios minimamente racional e que, na sua ausência, implicariam a irracionalidade da empresa, posto que sua ação estaria fadada ao fracasso? Basicamente são cinco as condições estruturais necessárias, mas não suficientes, para que haja possibilidade de conduta predatória:

(i) o mercado relevante deve ser extremamente concentrado. Preços predatórios são incompatíveis com mercados competitivos;

(ii) o predador deve possuir posição dominante, isto é elevado market share. Caso contrário, não será capaz de elevar seu poder de mercado o suficiente para cobrar, pós-predação, preços de monopólio;

(iii) o nível de barreiras à entrada deve ser alto. Caso contrário, o predador, mesmo que tenha sucesso, não poderá au-

---

*Section 2 of the Sherman Act*", pelos professores de Harvard, Donald F. Turner e Philip Areeda, mudou radicalmente a visão americana desse tema. O artigo de Areeda & Turner sugere que (a) qualquer preço igual ou acima dos custos marginais de curto-prazo "razoavelmente antecipados" é não-predatório; (b) um preço abaixo do custo marginal é predatório, exceto se igual ou acima do custo total médio; e, (c) sendo os dados sobre custos marginais difíceis de obter, os custos médios variáveis, que são muito mais fáceis de calcular, devem ser usados pelas cortes como um substituto para os custos marginais. Como também observa Terry Calvani, o artigo parte de uma análise estática (comparativa) do equilíbrio da firma no curto prazo, usada em todos textos introdutórios de teoria dos preços. O teorema contido nos livros-textos afirma que o preço baseado no custo marginal reflete uma alocação eficiente de recursos (lucro máximo).

mentar os preços pós-predação, posto que tal atitude atrairia novos concorrentes;

(iv) o predador deve possuir excesso de capacidade instalada, ao contrário de seus competidores, para poder absorver as vendas de seus rivais no curto prazo que surgirá com a saída deles;

(v) a prática de preço predatório é lucrativa somente se os ativos dos rivais expulsos forem removidos do mercado, caso contrário um rival remanescente ou qualquer outra empresa poderia comprar os ativos a preços reduzidos, adquirindo uma vantagem competitiva sobre o próprio predador.

O objetivo final do teste de todas essas condições, em especial, as condições de entrada, é avaliar se o 'recoupment' é provável, isto é, se a recuperação das perdas seria uma hipótese racional. Ainda de acordo com Terry Calvani (ob. cit.), o teste do recoupment é uma garantia mais fácil do que a caracterização do custo. Se essas condições estruturais não estiverem presentes no mercado relevante onde atua o predador, não há bases racionais, do ponto de vista econômico, para se sustentar uma acusação de preço predatório. Logo, a análise das condições do mercado relevante é uma etapa imprescindível no julgamento desses casos, antecedendo a fase da comparação entre preços e custos da suposta empresa predadora.

Deve ser mencionado que a lógica da Escola de Chicago têm recebido ataques, com conseqüências diretas no pensamento antitruste. Como procurei deixar claro, os procedimentos atuais de verificação do preço predatório contam primordialmente com as suposições comportamentais da teoria neoclássica de preços. Esse corpo de idéias constrói um modelo de comportamento empresarial em que é assumido que as partes são motivadas exclusivamente pela maximização de lucro, possuem informação perfeita, e agem calculadamente de forma racional em suas decisões. No entanto, a pesquisa moderna parece mostrar que isto pode não ser toda a verdade sobre o comportamento humano.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> O programa de pesquisas nessa direção é conduzido pela chamada Escola de Harvard de onde surgiu o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho do pioneiro Edward Mason, nos anos 30, desenvolvido por Joe Bain e, depois por Scherer. M. Posas (ob. cit.) explica que quase toda a abundante produção acadêmica na área de economia industrial, em particular a pesquisa empírica, segue de forma explícita ou não o modelo de J. Bain (*Industrial Organization, 1959*), incorporando desse autor a sugestão de tomar a concentração econômica como o elemento básico da estrutura e a in-

Afora a observação acima, é preciso ver que a recuperação das perdas nem sempre é um objetivo imediato ou de curto prazo das empresas. Além disso, parece patente que o receituário acima proposto tem como quadro de referência firmas cujas receitas dependem da linha de produção de um só produto. Tenho minhas dúvidas se o recoupment seria uma condição sine qua non para a prática predatória no caso de firmas multiproduto, como é, em geral, o que acontece no mundo real. Nos casos concretos, a prática do subsídio cruzado pode se mostrar necessária como uma estratégia temporária para deslocar um concorrente incômodo. Elizabeth Farina<sup>13</sup> concorda que a prática de preços predatórios está, em geral, amparada pela concessão de subsídio cruzado para financiá-la. Esse subsídio cruzado pode ser implantado através de uma discriminação de preços, quando se trata de um produto único. Se a firma é multiprodutora ou faz parte de um conglomerado, o mesmo subsídio cruzado pode ser financiado pelo lucro de monopólio obtido com outros produtos.

Segundo a Representante esse era o procedimento das Representadas, ponto que abordarei mais adiante. De qualquer maneira, o primeiro passo será, então, a análise das condições estruturais do mercado.

## II - ANÁLISE DAS CONDIÇÕES ESTRUTURAIS DO MERCADO

### II.1 Mercado relevante

A primeira noção de mercado relevante é que este tem de ser definido como um locus (produto/região) em que o poder de mercado possa ser (hipoteticamente) exercido.

O mercado relevante de produto é o de tubos de vidro ou plástico para coleta de sangue a vácuo. Tais tubos foram projetados para substituir as

---

tensidade das barreiras à entrada como um indicador-chave do poder de mercado das empresas oligopolistas e co-determinante do nível dos preços (p. 89). Essa abordagem, também conhecida como "estruturalista", sustenta que a estrutura condiciona a conduta das firmas e o desempenho do mercado, embora seus autores reconheçam que a causalidade não flui em uma só direção. Os trabalhos mais recentes em Organização Industrial exploram muitos dos aspectos tratados pela tradição de Harvard, mas guardam algumas diferenças fundamentais. A Nova Economia Industrial se preocupa em mostrar como a estrutura de preferências dos consumidores, as relações tecnológicas e o comportamento das firmas determinam a estrutura do mercado endogenamente (cf. Marcelo Matos Ramos (MF/SEAE, ob. cit., p. 18, Farina, E.M.M.Q, "Concorrência Perfeita e Política Antitruste, Fev./99).

<sup>13</sup> "Fundamentos da defesa econômica", in Estudos Econômicos da Construção nº 1 (1996), SindusCon/SP, p. 31.

seringas empregadas na coleta de sangue, e são produzidos em vários tipos, formando grupos de famílias de produtos constituídos por tubo de ensaio transparente, incolor, de vidro ou de plástico, vedado com tampa de borracha atóxica ou plástica, contendo ou não substâncias químicas. Afirma-se que não existe diferença substancial entre os tubos disponíveis no mercado, seja entre os importados, seja entre estes e o de fabricação nacional. Segundo consta dos autos, a lista de preços do principal exportador para o Brasil, a Becton Dickinson, indica a existência de, aproximadamente, 180 tipos (tamanhos/aplicações) de tubos, sendo que, aproximadamente, 30 destes são comercializados no Brasil.

Especula-se se o mercado relevante na dimensão produto não deveria ser segmentado por tipo de tubo. Do ponto de vista do usuário do produto (o laboratório de análises clínicas, p. ex.), cada tipo de tubo tem sua aplicação específica, dependendo do exame a ser feito, da quantidade da amostra de sangue a ser coletada etc., de sorte que um tipo de tubo provavelmente não é substituto de outro. Assim, não havendo substituíbilidade entre os diferentes tipos de tubos seria pacífico que cada tipo de tubo constituiria um mercado relevante de produto.

Acontece que assim procedendo, estar-se-ia dando demasiada ênfase na demanda, o que resultaria em mercados relevantes muito restritos. Lembre-se que a definição de mercado relevante está intimamente relacionada com o conceito de poder de mercado. Como observa Gheventer, A., "o mercado relevante não é apenas um espaço onde se relacionam compradores e vendedores, mas um campo de rivalidade entre concorrentes. Assim, as decisões de preços e quantidades da firma dependem não somente dos impulsos psíquicos e da capacidade de reação dos consumidores frente a aumentos de preços, mas também das possíveis respostas dos concorrentes ... . A abrangência destas reações depende do grau de substituíbilidade da demanda e da oferta do produto ...".<sup>14</sup>

Assim, continua o autor, quando a oferta do produto é flexível no curto prazo, havendo um eventual aumento de preços (em um tipo de tubo, p. ex.), outros produtores serão estimulados à rápida conversão de parte de sua produção para este mercado, razão pela qual, não faz sentido, no caso concreto, separar os mercados relevantes. Este é um caso em que não obstante inexistia substituíbilidade no uso de cada um dos produtos, a integração das linhas de produção é tão completa que os fabricantes não produzem este ou aquele tipo de tubo, mas uma linha completa para as principais aplicações. Havendo

---

<sup>14</sup> "A Outra Lâmina da Tesoura - Considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante", in Rev. do IBRAC, V. 5. Nº 6, p. 43-54.

necessidade de produzir este ou aquele tipo de tubo, não há que se falar sequer em switching costs, a não ser que a empresa decida ampliar em definitivo sua capacidade instalada. Esta é uma situação, portanto, em que a ótica da oferta é um auxiliar valioso na delimitação precisa do mercado relevante. "Tubos para coleta de sangue a vácuo", sem distinção do tipo ou tamanho, portanto, é o mercado relevante de produto.

Não se considerou no mercado relevante as seringas utilizadas para a coleta de sangue. Embora os tubos tenham se tornado um substituto mais moderno do sistema de coleta de sangue por seringas, considero improvável que o inverso ocorra. Não se pode dizer que as seringas sejam substitutas dos tubos, caso estes sofram um aumento de preços. Segundo informa a Representante, a seringa descartável não substitui o tubo a vácuo e sim a agulha hipodérmica desenvolvida especialmente para esta finalidade. Na verdade, ainda segundo a Representante, o que os tubos a vácuo substituem são os antigos frascos de penicilina, ou os tubos de ensaio, preparados no próprio laboratório, também conhecidos como tubos receptores. Uma vez feita a substituição do processo de coleta com seringa pelo processo do tubo a vácuo, dificilmente os laboratórios, clínicas e hospitais modificariam suas rotinas de trabalho, segurança e higiene para voltar a usar a seringa descartável. Embora seja possível que o antigo processo de coleta com seringa ainda conviva no mercado com o revolucionário sistema a vácuo, este é mais rápido, seguro e eficiente. O tubo a vácuo já vem pronto para a coleta, com os anticoagulantes necessários, sem necessidade de manipulação de amostras.

O mercado relevante geográfico é o mercado nacional. A elevada participação das importações no consumo aparente nesse mercado (64,9% em 1994 e 70,9%, em 1995)<sup>15</sup>, pode levar à suposição de que a dimensão geográfica do mercado é internacional. Conforme Calixto Salomão<sup>16</sup> a presença de vendas substanciais de produtos de outra região permite a inclusão do total de sua produção, a não ser que alguma barreira econômica seja claramente identificável.

No caso específico entendo que não é aconselhável a inclusão de toda a produção estrangeira, porque há algumas barreiras à importação direta do

---

<sup>15</sup> Parecer DECOM nº 98/13, no processo MICT/SAA/CGSG 52100.000094/97-06, de investigação de dumping nas exportações para o Brasil de tubos originários do EUA e do Reino Unido, p. 47. Para R. Posner (apud **Calixto Salomão**, Direito Concorrencial - As estruturas. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 104), a existência de vendas ainda que em quantidade reduzida é uma evidência de que o agente econômico externo é capaz de transpor quaisquer eventuais barreiras existentes no mercado local.

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 110.

produto, muito embora, superadas quando a importação é feita pelo canal apropriado, ou seja, o representante/importador. As principais barreiras à importação direta seriam: o custo de manter estoques de segurança e o prazo de validade dos tubos. As investigações do DECOM (encerradas em 1998)<sup>17</sup>, de dumping nas exportações de tubos dos EUA para o Brasil (Exportador: Terumo; Importador: Merck) e do Reino Unido para o Brasil (Exportador: Becton Dickinson-UK; Importador: Becton Dickinson-BR), detectaram que apenas três empresas, além das Representadas e da Becton Dickinson-Brasil haviam feito importações no período investigado, Jan./94 a Dez./96. Os fabricantes dos produtos importados por essas três outras empresas eram a norte-americana Sherwood Medical, a Becton Dickinson (USA) e Diesse (Itália). Os resultados da investigação indicaram que, com uma única exceção (caso do Laboratório Fleury), tratava-se de importadores/distribuidores ligados, cada um, a determinado fabricante estrangeiro, o que significa que, em geral, os estabelecimentos consumidores, por alguma razão, não importam diretamente dos fabricantes. As barreiras à importação direta pelo consumidor são confirmadas quando da análise pela SEAE do AC nº 08012.002467/00-11 em que se inquiriu tais estabelecimentos sobre a importação. Uma única resposta, mas que parece representativa da realidade do mercado, foi que a importação direta não dá a garantia de um estoque de segurança, fundamental para a manutenção do funcionamento do estabelecimento. Se se optasse pela importação ter-se-ia que arcar com o custo desse estoque, e ainda estar-se-ia sujeito às variações de demanda e às questões alfandegárias que freqüentemente atrasam a entrega dos materiais.

Essa necessidade de estoques reguladores para atender à demanda é agravada pelo fato de que os tubos a vácuo importados, sobretudo os de plásticos, possuem reduzido prazo de validade, apenas 6 meses. Levando-se em conta o processo de importação, distância percorrida, tempo de desembarço da mercadoria etc., não muito raramente o produto só é disponibilizado para o consumo restando apenas 90 dias para a expiração do seu prazo de validade.<sup>18</sup>

Um fato que confirma que o mercado nacional é um mercado distinto do de outras regiões é o fato de ter o DECOM/MICT identificado a prática de discriminação transnacional de preço, o dumping — situação onde os preços são mais baixos no mercado importador do que no mercado doméstico do exportador. Isso confirma que não há um mercado abrangendo Brasil e EUA,

---

<sup>17</sup> Parecer DECOM nº 98/13, p. 5.

<sup>18</sup> Informação prestada pela Labnew no AC nº 08012.002467/00-11 (Greiner/Graci), fls. 108.

ou Brasil e Europa, ou, um mercado mundial, pelo fato de que a existência de diferentes preços nesses mercados pressupõe que sejam mercados separados.<sup>19</sup>

Outro fator indicado pelos concorrentes consultados, que deve atuar como limitador das importações diretas, é a necessidade de manter registros no Serviço Nacional de Vigilância Sanitária, da marca e do fornecedor do tubo.

Da mesma forma, a SEAE também definiu o mercado relevante como nacional, considerando a impossibilidade de clínicas e laboratórios recorrerem diretamente ao mercado externo.

## II.2 – Estrutura da oferta

Um dos indicadores mais usuais das condições concorrenciais de um mercado relevante é o grau de concentração dado pelo número de participantes nesse mercado. Os participantes incluem, basicamente, as firmas que produzem ou possam vender os produtos considerados no mercado relevante. A literatura indica que também podem ser incluídas firmas que não estejam produzindo ou vendendo os produtos considerados, mas que possam vir a fazê-lo rapidamente (em torno de um ano), sem custos irrecuperáveis de entrada e saída, diante de um aumento significativo e não transitório dos preços.

No caso em análise não há informações nos autos sobre a existência de outras firmas. As principais marcas que existem no mercado brasileiro de tubos para coleta de sangue, são também as principais concorrentes a nível mundial (à exceção da Labnew). Poder-se-ia considerar concorrente potencial nesse mercado, a Greiner, que posteriormente acabou investindo na aquisição do seu distribuidor. Assim, o número de participantes efetivos e potenciais no mercado brasileiro de tubos a vácuo, era, em 1994/95, de apenas cinco empresas, podendo tornar-se quatro, caso a suposta estratégia predatória da Merck fosse bem sucedida: BD, Labnew, Merck/Terumo, Sherwood e Greiner. Verifica-se que os principais players dos maiores mercados, já marcavam, ou marcam presença no mercado relevante por meio de exportações, a partir de fábricas instaladas no exterior (EUA ou Europa). Vê-se que, no caso, não há a necessidade de plantas localizadas no mercado relevante, para dele participar. Mencione-se de passagem, as repetidas referências da Representante ao restrito oligopólio mundial dos tubos para coleta de sangue. Segundo a mesma,

---

<sup>19</sup> Cf. Marceau, G. ob. cit., p. 11.

... o mercado mundial de tubos a vácuo que gera um faturamento anual de US\$ 1,5 bilhão é repartido por tão somente quatro empresas, da seguinte forma: Becton Dickinson, líder mundial, com 70%, Terumo, 2ª maior produtora, com 15%, Sherwood, 8,% e Greiner, 7%. Este cenário permanece estável por 10 anos. É como se nenhum dos integrantes do oligopólio tivesse atentado para o mercado latino-americano, mesmo após a líder ter fechado a sua única fábrica do gênero na América Latina" (Apart. Conf., fls. 27).<sup>20</sup>

Assim, considerou-se como participantes no mercado brasileiro de tubos a vácuo, a Labnew e as seguintes empresas/grupo de empresas que, com exceção da última, aqui ofereciam tubos de própria fabricação, no período sob análise:

- Becton Dickinson International Distribution Service (USA), Becton Dickinson Vacutainer Systems (UK) - Importador: Becton Dickinson Ind. Cir. Ltda. (BR). Grupo de empresas do ramo odonto-médico-hospitalar, é líder mundial na oferta de tubos a vácuo de vidro e de plástico, com fábricas nos EUA, Reino Unido e Brasil (no último caso, para fabricação de seringas, termômetros e cânulas descartáveis), fabricante do tubo à vácuo da marca Vacutainer;

- Terumo Medical Corporation (USA) - Importador: MB Bioquímica e Merck S. A. A Terumo é a segunda colocada no mercado norte-americano de tubos de vidro e de plástico, fabricante da marca Venoject com fábricas nos EUA e Bélgica. Após a imposição de direitos antidumping pelo governo brasileiro aos produtos da Becton Dickinson originários dos EUA, passou a exportar para o mercado brasileiro, por intermédio das empresas MB Bioquímica Ltda., e Merck S. A., ambas do grupo alemão Merck;

- Sherwood Medical - Saint Louis (USA) - Importador: Alamar Tecnocientífica Ltda.

---

<sup>20</sup> Embora não seja uma questão de fundo, esta última afirmação da Representante, me obriga a dela discordar, porque, de fato, os acontecimentos protagonizados no mercado por ela própria, mostram o contrário do que é afirmado: Todos os integrantes desse "oligopólio" (com exceção da Becton Dickinson, que já está no mercado) tentaram entrar, pelo menos no Brasil, por meio do procedimento mais comum - via exportações.

## •Greiner Labortecnick

Como ocorria com as principais empresas citadas, a oferta dos tubos a vácuo aos estabelecimentos consumidores se dava, por meio de firmas representantes estabelecidas no mercado, as quais, por meio de importação, colocavam o produto em extensa rede de distribuição, ou atendiam diretamente os hospitais e laboratórios demandantes do produto. A existência de representante no mercado doméstico, afiliado a um determinado fabricante estrangeiro, mostrou-se ser a regra comum, indispensável para viabilizar a venda, no caso das firmas que não têm fábrica instalada no mercado relevante.

As participações de mercado têm sido consideradas o melhor indicador da capacidade competitiva e do poder de mercado presente e futuro das firmas. Para estimar o market share das participantes do mercado utilizou-se os dados de importação apurados pelo DECOM, nos processos de dumping, para o caso das firmas importadoras, e os dados de venda para a fabricante doméstica, em ambos os casos, em quantidades do produto. Partiu-se do ano de 1993, um ano antes daquele em que a Representante alegou o início da ocorrência da prática, até os anos mais recentes, de forma que se possa verificar a evolução da estrutura do mercado antes, durante e após o período apontado como de ocorrência da prática (Setembro de 1994 a Dezembro de 1995). A seguir, os dados de participação no mercado.

TABELA I - PARTICIPAÇÕES NO MERCADO RELEVANTE DE TUBOS PARA COLETA DE SANGUE A VÁCUO

Produtor/ Importador	1993*		1994		1995		1996	
	Quant. (mil und)	Partic. %	Quant. (mil und)	Partic. %	Quant. (mil unid)	Partic. %	Quant. (mil unid)	Partic. %
Becton Dickinson		75,00	22.023	59,37	23.859	45,97	30.592	47,17
Merck (Terumo)		-	1.036	2,88	8.113	15,63	15.895	24,51
Labnew		19,00	12.281	33,10	14.799	28,51	13.868	21,38
Sherwood Medical		Nd.	1.661	4,47	4.888	9,42	4.067	6,27
Outros		Nd.	92	0,02	245	0,47	434	0,67
TOTAL		100,0	37.093	100,0	51.904	100,00	64.855	100,00

Produtor/	1997	1998**	1999***
-----------	------	--------	---------

Importador	Quant.	Partic. %	Quant.	Partic. %	Quant.	Partic. %
Becton Dickinson	59.505.300	62,06	60.754.912	73,76	62.030.765	73,06
Merck (Terumo)	16.146.400	16,84	4.596.400	5,58	862.800	1,01
Labnew	15.050.250	15,70	13.952.190	16,94	12.341.775	14,54
Sherwood Medical	3.559.000	3,71		Nd		
Graci (Greiner)	1.625.700	1,70	2.644.100	3,21	7.744.030	9,12
Outros					Nd	nd
TOTAL	95.886.650	100,00	82.367.053	100,00	84.898.848	97,73

Fonte: Pareceres DECOM 657/93, 99/8 (Anexo 4) e 2000/8, p. 20 e dados das partes.

\* Out./1993, data em que o governo brasileiro sobretaxou, por 5 anos, os tubos de vidro importados pela BD, dos EUA;

\*\* Out./1998, data em que o governo brasileiro sobretaxou, por 5 anos, os tubos originários dos EUA, fabricados pela Terumo e Sherwood.;

\*\*\* Extinção dos direitos antidumping sobre as importações de tubo da BD, impostos pela Port. MF 556/93.

### II.3 Grau de concentração

Uma análise das participações de mercado apresentadas na tabela I indica que o mercado de tubos a vácuo para coleta de sangue, no Brasil, era um mercado concentrado, com praticamente, apenas quatro empresas atuando (C4:  $\pm 100\%$ ). Uma análise da evolução dessas participações mostra que a situação atual tornou-se ainda mais concentrada, voltando a ser o que era antes de 1993, um duopólio altamente favorável à Becton Dickinson, em função das sanções antidumping decorrentes da ação do DECOM, afastando a concorrência da Terumo e da Sherwood.

Até 1993, esse mercado era basicamente suprido por apenas duas empresas nacionais: Becton Dickinson Ind. Cirúrgicas Ltda. (100% controlada pela BD Company - USA), e Labnew Ind. e Com. Ltda. (empresa 100% brasileira). Em 1990, com a abertura comercial e queda das alíquotas do imposto de importação, a Becton Dickinson desativou sua fábrica de tubos no Brasil,

passando, então, a importar os tubos para coleta de sangue, de sua matriz nos EUA, sendo a Labnew, desde então, a única fabricante nacional.<sup>21</sup>

As importações dos tubos da Sherwood já vinham crescendo lentamente e, com a entrada das importações dos tubos Venoject da Terumo pela Merck e MB, no final de 1994, o mercado começou a experimentar ligeira desconcentração. Em 1995, o mercado já contava com quatro ofertantes, com aparente equilíbrio competitivo entre eles, embora, por causa da retração imposta à Becton Dickinson-BR, pela imposição dos direitos antidumping às suas importações dos tubos de vidro, dos EUA, no final de 1993.

Quando, em 1998, os direitos antidumping foram estendidos também aos concorrentes com menor participação no mercado (Terumo e Sherwood), este voltou ao que era antes de 1994, ou seja, um monopólio compartilhado, porém, agora, com maior assimetria entre a líder (Becton Dickinson) e sua concorrente, a Labnew, estando, esta última, em situação claramente desfavorável, financeiramente, conforme alega (outra concorrente, a Merck, após 1999, não mais atuou no mercado, possivelmente, em decorrência da imposição de direitos antidumping aos produtos por ela importados, o que ocorreu em Outubro de 1998).

Portanto, em 1999, a situação é muito parecida com a de 1993, em termos do reduzido número de participantes do mercado — duas firmas, com elevada assimetria entre elas. Começa, então, a despontar um novo entrante no mercado, que é a austríaca Greiner Labortechnik GmbH, mas, já sob um novo processo de investigação de dumping (desta vez, a investigação envolve além da Greiner, todas as importações da Becton Dickinson, tanto dos EUA, quanto do Reino Unido).

Na época da representação da Labnew sobre a prática de preço predatório, além dela e da suposta predadora (Merck/Terumo), atuavam como concorrentes efetivos no mercado brasileiro, a líder BD (com parte de suas importações submetida a direitos antidumping e acusada de prática predatória, na SDE) e Sherwood, além de outros pequenos participantes marginais. É, portanto, um mercado concentrado, com quatro concorrentes, considerado na literatura um oligopólio.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Parecer DECOM nº 657/93

<sup>22</sup> M. Possas (Estruturas de Mercado em Oligopólio, Hucitec, 1990), ironiza as categorias estruturais de mercado afirmando que nem mesmo as concepções mais elaboradas do conceito de oligopólio se exprimem adequadamente nos coeficientes de concentração. Situações legitimamente consideradas como de oligopólio podem abarcar uma gama extremamente ampla de valores de um coeficiente, sem que se possa estabelecer uma correspondência entre valores mais altos e maior presença(?) de

Essa estrutura de mercado, no entanto, não é, por si só, uma condição suficiente para o exercício do poder de mercado pós-predação. Baumol, Panzar e Willig (1982) (apud Farina (1999)) mostraram que em condições de contestabilidade perfeita, o oligopólio ou mesmo o monopólio é disciplinado pela concorrência potencial. Segundo Farina (1999)<sup>23</sup>, "No mundo da contestabilidade perfeita não existe lugar para a ineficiência produtiva e para o comportamento estratégico. Preços monopólicos, preços predatórios e subsídios cruzados criam oportunidades lucrativas de entrada e, portanto, a configuração da indústria é não sustentável".

#### II-4 Existência de barreiras à entrada

No jargão antitruste, entrada requer instalação de capacidade para produzir e para vender, sendo necessário, portanto, não só plantas, mas também, às vezes, marca e uma importante estrutura de distribuição e de serviços pós-venda. Uma distinção básica, é, p. ex., que importações não são entrada - ou committed entry - embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado.

No caso concreto do mercado nacional de tubos a vácuo para coleta de sangue, a década de 90 não assistiu nenhuma entrada, na forma acima definida, ocorrendo, ao contrário, a desativação, no início da década, do parque fabril na área de tubos da BD, líder absoluta do mercado, que preferiu atendê-lo por meio de importações de produtos das suas matrizes nos EUA e Reino Unido.

Se é que entradas houveram, estas só ocorreram na forma "não-comprometida" (uncommitted entry), representadas pelas importações, aliás, bem-sucedidas, não fossem os problemas na área do DECOM (confira os market share's na Tabela I). Tudo indica que estas são viabilizadas pela combinação da figura do representante comercial situado no mercado consumidor com o fabricante estrangeiro, este dando àquele exclusividade ou tratamento especial no fornecimento dos produtos. Para viabilizar volumes mínimos de importação o representante comercial obviamente deve ter capacidade para se articular na atividade de distribuição para a imensa rede de pequenos e grandes laboratórios, ou poder participar das diversas modalidades de concorrência lançadas pelos estabelecimentos consumidores do setor público. Por im-

---

oligopólio. O autor constata que elementos de oligopólio que possam ser refletidos por um índice de concentração seria o mesmo do senso comum: a *colusão*.

<sup>23</sup> "Concorrência Imperfeita e Política Antitruste: desenvolvimentos recentes. Texto apresentado no Concurso para Professor Titular do Departamento de Economia da FEA/USP. Fevereiro de 1999.

portações entraram, um pouco antes ou durante o período analisado (1994/95), Sherwood Medical e Terumo (2ª do mercado norte-americano), esta última associada à bem-estruturada rede de distribuição da Merck brasileira. Mais recentemente (1996/97), nota-se a presença de novos produtos concorrentes no mercado, provenientes da fabricante austríaca Greiner que, conforme já mencionado, ensaia a entrada definitiva, comprando os ativos do seu representante/distribuidor, com planos futuros de investir em instalações fabris.

Desde então, o mercado relevante, tem, portanto, uma característica peculiar e bastante atípica. É servido basicamente por importações de produtos fabricados por empresas não estabelecidas, com exceção das vendas da indústria doméstica em rota declinante de market share's, no período analisado.<sup>24</sup> Frise-se que a caracterização dessas firmas como "não estabelecidas" deve ser tomada com cautela e, talvez, não seja adequada para explicar o modus operandi do principal agente do mercado, a BD. A presença de sua subsidiária nos limites geográficos do mercado relevante, pode recomendar considerá-la mais como "firma estabelecida", ainda que não tenha mais planta de produção de tubos nesse mercado. Deve ser lembrado também, que nem todas as internações de tubos a vácuo no mercado brasileiro o foram de forma suspeita quanto aos seus custos reais — nem todas as importações do tubo Vacutainer da BD foram caracterizadas pelo DECOM como submetidas ao dumping. E mesmo as não submetidas a dumping, a empresa conseguiu colocá-las no mercado em concorrência com outras marcas, como o Vacuum, da Labnew, o Vacuette da Greiner, e o Venoject da Terumo/Merck. Esse lembrete pode ser necessário, pelo menos até que se prove que a BD também praticava underselling como estratégia alternativa (ou complementar) ao dumping.

O cenário acima descrito sugere a seguinte avaliação das barreiras à entrada no mercado:

Um primeiro ponto é que as barreiras à entrada no mercado relevante são elevadas a ponto de dificultar a entrada "comprometida" das principais concorrentes estabelecidas em outros mercados. É possível que a primeira das barreiras seja a estreiteza do mercado, em relação ao tamanho ótimo da firma, já que os requerimentos de capital e tecnologia não chegam a ser obstáculos, para tais concorrentes. O mercado norte-americano, observa o parecer da SE-AE, está estruturado em uma escala que supera 23 vezes o nacional.<sup>25</sup> Um fato

---

<sup>24</sup> A queda é imputada pela Direção da empresa brasileira às condutas anticoncorrenciais levadas a efeito por suas concorrentes, materializadas no *dumping* (em parte caracterizado pelo DECOM) e no preço predatório.

<sup>25</sup> A demanda americana corresponde a 1,7 bilhão de unidades anuais. A BD é a responsável pelo maior volume comercializado, com 60% do mercado, seguida da Te-

incontestemente que deveria relativizar a importância dessa barreira à entrada é o crescimento do mercado brasileiro, que segundo o DECOM cresceu 39,9%, 26,3% e 40,3%, nos anos de 1995, 1996 e 1997 (fls. 2.589).

O tamanho ótimo da firma tem a ver com a necessidade de economias de escala que viabilizem economicamente a operação de um entrante potencial vis-à-vis o tamanho do mercado. De acordo com a literatura, a existência de barreiras deste tipo exige a presença de custos irre recuperáveis vinculados à efetivação da entrada (sunk costs), sem os quais valeria a pena para o entrante entrar e sair rapidamente do mercado (hit and run) para auferir temporariamente lucros extraordinários. A entrada por meio de exportações, que passou a ser o procedimento mais comum no mercado brasileiro, certamente é uma forma de contornar a existência desses sunk costs que uma entrada normal requereria.

A análise dos efeitos das economias de escala sobre a concorrência potencial é complexa, visto que tais efeitos dependem das expectativas dos entrantes acerca das reações das firmas já estabelecidas caso ocorra uma entrada, bem como das expectativas das firmas estabelecidas acerca do provável comportamento das entrantes.<sup>26</sup> Em outras palavras, como a lucratividade esperada do entrante depende de qual será a reação da empresa já estabelecida, a intensidade da concorrência potencial passa a ser parcialmente determinada pelo processo de formação de expectativas, o que levou alguns autores a analisar as condições nas quais empresas já existentes adotam condutas que desencorajem entrantes potenciais. As análises econômicas recentes têm questionado a abordagem tradicional (segundo a qual, quase sempre a conduta predatória seria irracional), utilizando a teoria dos jogos para demonstrar que,

---

rumo com 27% e outras empresas com 13%. Como observa Mansfield, E., "Se ou não a indústria permanece oligopolística, quando é relativamente fácil a entrada de novas firmas, vai depender do tamanho do mercado relativamente ao tamanho ótimo das firmas. Lucros acima da média atrairão novas firmas. Se o mercado é pequeno para o tamanho ótimo das firmas na indústria, o número delas permanecerá suficientemente pequeno, de forma que a indústria continuará oligopolística (Microeconomia: teoria e aplicações. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 4ª ed., 1985, p. 316).

<sup>26</sup> Essa é a diferença teórica básica entre o oligopólio de um lado, e concorrência e monopólio (e mesmo a concorrência monopolística) de outro lado. Isto é, nos mercados oligopolísticos as decisões de preço e produção são feitas enquanto antecipando as reações de rivais identificados. Nem a empresa concorrencial, nem a monopolista consideram as reações dos outros (cf. Ernest Gellhorn, "Aspectos Econômicos da Defesa da Concorrência", traduzido livremente do original Antitrust Economics (in a Nutshell) in Antitrust Law and Economics, 3<sup>rd</sup> ed., St. Paul, West Publishing Co, 1986, p. 45-90).

sob certas circunstâncias, o membro do oligopólio pode se valer da assimetria de informações para arquitetar estratégias intimidatórias ao entrante, tornando racionais práticas como p. ex., o preço predatório.<sup>27</sup> No entanto, o caso em apreço é também atípico quanto a isso, porque não se trata de prática predatória da firma estabelecida (a Labnew) contra a entrante, mas da entrante (Merck/Terumo) contra a firma estabelecida, esta com aproximadamente 30% do mercado relevante.

Um segundo ponto é que a elevada presença das importações indica que não há barreiras a esse tipo de entrada (tarifárias ou não-tarifárias), quando feita pelo canal apropriado (representante/distribuidor) e que o custo do frete no valor final do produto não é um empecilho à oferta do produto importado. Isto é válido mesmo nos casos em que se supõe que o custo de importação do produto é mais elevado como ocorre com as importações sem dumping, da BD, ressalvando-se, no entanto, que esta não é um modelo adequado, dada a qualidade da relação matriz-subsidiária que pode caracterizar as importações dessa empresa apenas como uma operação de transferência de produtos.

### III. AS CONDIÇÕES PARA A CONDUTA PREDATÓRIA

#### a) mercado relevante concentrado e barreiras à entrada

O mercado relevante de tubos para coleta de sangue, no Brasil, é concentrado e as barreiras à entrada, no conceito tradicional, são elevadas. Apesar disto, a entrada não comprometida, isto é, sem sunk costs, via exportações, associada a estrutura de distribuição local, mostrou-se factível e praticável por todos os principais concorrentes mundiais que dessa forma se fazem presentes no mercado.

Mas a possibilidade de entrada facilitada, no caso das exportações, não autoriza, de imediato, descartar-se a possibilidade de tentativa de predação por parte da Representada Merck, como estratégia de entrada oportunista no mercado. Raciocinando em termos de jogo estratégico, e sempre tomando a

---

<sup>27</sup> Cf. p. ex., Caves e Porter (1977) e Dixit, A. (1980) "The Role of Investment in Entry-Deterrence", *Economic Journal*, 90, e (1982) "Recent Developments in Oligopoly Theory", *American Economic Review*, 72 - todos citados por Possas, II curso de defesa da concorrência, CADE, 1999. V. também, D. Baird, R. Gertner, R. Pickner, *Game theory and the law* (1994) citado por Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial, as estruturas*, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81, e MF/SEAE, ob. cit., p. 21/22.

conduta de predação como justificável internamente para a Direção da Merck, em tese, pode se deduzir que caso o consórcio Merck/Terumo fosse bem sucedido na expulsão de Labnew, e não houvesse o "acidente de percurso" das medidas antidumping do DECOM contra elas, restar-lhes-ia, a chance de dividir com a Sherwood, a disputa pela outra metade do mercado que a portentosa BD, estava deixando a descoberto em função das suas derrotas na arena comercial. Resta avaliar se esse "oportunismo" do consórcio seria uma estratégia crível à luz das condições do mercado.

O histórico do mercado é por demais sugestivo, insinuando que a "guerra de preços" que se estabeleceu no início da década de 90, foi o desfecho inevitável no seio do duopólio inicialmente constituído apenas por BD e Labnew. A ousadia desta pequena empresa ao desafiar o anterior monopólio local da BD, foi, provavelmente menosprezado por esta até que o market share da entrante superou o patamar de 30%. O sucesso inicial dessa entrada da Labnew no mercado de tubos só pode ser explicado pelos preços de monopólio praticados no mercado local, de forma que lhe permitia, certamente, cobrir os altos custos da pequena escala de um firma monoprodutora e do aprendizado tecnológico. A conjunção da súbita abertura da economia brasileira ao mercado internacional no início da década de 90 (e concomitante queda da alíquota de importação, de 40% para 20%) com a elevação do market share da rival, foi o suficiente para a BD redirecionar sua postura em relação ao mercado brasileiro: desativar sua única fábrica de tubos para coleta de sangue na América Latina, passando a importar diretamente das suas matrizes, a baixos preços, o que é confirmado pelo DECOM quando caracterizou a prática do dumping predatório. O alvo não poderia ser outro senão sua única concorrente no crescente mercado brasileiro de tubos para coleta de sangue, a Labnew. À Merck competia aproveitar-se da situação para inserir-se no mercado, o que foi feito com os produtos da Terumo.

A dinâmica concorrencial há pouco delineada não é estranha à teoria de organização industrial. Esta busca formular uma explicação completa do processo de fixação de preços por parte de uma indústria oligopolista que trata de evitar a entrada de novos concorrentes. Segundo os principais expoentes dessa vertente teórica, uma política passiva de preço pode terminar ou através de circunstâncias externas (alterações nos custos, demanda etc), ou através de tensões internas, isto é, tentativas de redistribuir as porções relativas das diversas empresas rivais. Mas, uma política passiva de preços também pode encerrar-se e ser substituída por uma política agressiva, porque alguns oligopolistas procuram melhorar sua posição às custas de seus rivais. Essas batalhas podem desenvolver-se automaticamente, sem que ninguém em particular as deseje, originadas pelas influências perturbadoras dos fatores externos já

mencionados; e podem ser o resultado do plano estratégico bem estudado de uma empresa agressiva.<sup>28</sup>

Como se vê, a pendência objeto do presente processo administrativo não é incompatível com a dinâmica concorrencial de estruturas de mercado em oligopólio. Ao contrário, pode-se dizer até que as condições estruturais desse tipo de estrutura de mercado são propícias à ocorrência de práticas como a denunciada, pelo menos até aonde as informações constantes dos autos permitem avaliar. Embora as barreiras à entrada por exportações não sejam elevadas, não está presente nos autos evidências de uma concorrência potencial vigorosa, capaz de disciplinar o mercado, e a ponto de se poder assegurar que o recoupment não seria plausível, no caso de uma estratégia predatória, por parte de um agente, mesmo na situação anômala como a presente em que a acusada de prática predatória é a entrante e não a firma estabelecida.

#### b) posição dominante

A exigência de que o predador tenha posição dominante para posteriormente cobrar preços de monopólio, não foi atendida. Nos termos da racionalidade da doutrina predominante, a alegada conduta predatória não é crível se o acusado não tem poder de mercado para a necessária recuperação futura das perdas da predação. No caso em questão, a Merck, em 1994, era, tão somente, uma entrante no mercado, e, ainda, na forma de importadora/revendedora dos tubos da Terumo. Não tinha, portanto, nenhuma participação no mercado, inicialmente, de forma que pudesse premeditar seu crescimento e exercer poder de monopólio no futuro. Além do que, o verdadeiro poder de mercado era, e sempre fora, da líder, Becton Dickinson, o concorrente com quem a Merck se defrontaria no segmento de tubos a vácuo. Não partindo, a Merck, de uma posição dominante, não haveriam, segundo a corrente doutrinária aqui discutida, condições lógicas e racionais para pretender, após a expulsão da Labnew, praticar preços mais altos e, assim, obter lucros monopolistas. Acresce-se a isso, a tese de que, nos mercados oligopolistas a firma mais bem posicionada é quem dita os preços e as outras são seguidoras. A Becton Dickinson, já posicionada no mercado, gozava de condições estratégicas mais favoráveis, já que podia importar tubos a vácuo diretamente das suas matrizes, ora dos EUA, ora do Reino Unido, dependendo das circunstâncias do momento. Esses argumentos parecem perfeitos, e essa situação de fato seria, na ótica antitruste ortodoxa, por si só, suficiente para determinar o arquivamento do processo.

---

<sup>28</sup> Rotschild, K.W., *Estratégia e tática de um oligopólio* (Mercados não-competitivos, Nova Cultural, Richard Cívita, Editor, nº 39).

A questão, como já mencionei, é que uma firma multiproduto pode não estar interessada, a médio prazo, em obter lucros supranormais, mas seu objetivo inicial pode ser, pelo menos, concorrer num determinado segmento de mercado que lhe é complementar. Afinal, basta a ela, nesse médio prazo, ter qualquer ganho acima dos custos variáveis médios, de forma a diminuir seus custos fixos, para que o lucro global das suas atividades possa ser maior. Às vezes, nem lhe é necessário fazer o subsídio cruzado.

Uma crítica consistente ao paradigma por trás dos testes de preços predatórios é a constatação de que a maximização de lucros no curto prazo não é um objetivo explícito das firmas nas decisões que tomam quanto a preços e produção. Verifica-se então, a relativização do princípio maximizador de lucros, em benefício do crescimento da empresa, ou mesmo, a recusa desse princípio como norma absoluta de decisão da firma. Nessa linha que contrapõe a incerteza do processo de decisão à racionalidade abstrata neoclássica, a hipótese central de alguns autores é "... em condições de incerteza não é possível aos tomadores de decisões da firma afiançarem com segurança se estão ou não maximizando lucros (ou vendas, ou crescimento), pelo simples fato de que não dispõem ou não têm acesso à informação necessária para avaliá-lo".<sup>29</sup>

E, de fato, o Plenário do CADE, em período recente, já teve oportunidade de se manifestar sobre essa questão e prevaleceu o entendimento de que "... a não detenção de posição dominante por parte do agente não o impossibilita de praticar infrações à ordem econômica ...".<sup>30</sup>

Quanto ao ambiente concorrencial do mercado relevante em questão, no período sob investigação, há algo curioso que não posso deixar de mencionar. Iniciando-se, a Merck, nessa atividade, no último quadrimestre de 1994, a empresa atingiu nesse curto espaço de tempo, 2,88% do mercado, saltando para 15,63%, em 1995 e para 24,51% em 1996. Embora não haja nenhuma explicação da Representada nos autos, a este respeito, é possível que estes saltos de participação de um entrante num mercado com duas firmas estabelecidas (Becton Dickinson e Labnew) sejam explicados por diversos fatores. Um exemplo pode ser a rede de distribuição bem estruturada da Merck e, certamente, cadastros dos potenciais clientes de tubos, cerca de 4.500 laboratórios, já que a empresa era vendedora de equipamentos de análises clínicas utilizados nesses estabelecimentos. Outro fator pode ser o dumping nas exportações dos tubos da Terumo, via Merck, identificado pelo DECOM para o período, que por dedução tornava os tubos vendidos por essa

---

<sup>29</sup> Cf. Mário Possas (1990), p. 61.

<sup>30</sup> Acórdão da Consulta nº 31/99 (Consulte Ministério da Saúde), julgada em 31.03.99 (D.O.U. de 11 de maio de 1999, Seção 1, pág. 1).

empresa mais baratos no mercado nacional. É provável, então, que esses fatores lhe davam alguma vantagem competitiva no mercado, podendo serem admitidos como razões explicativas do meteórico crescimento acima mencionado, sem que a empresa necessitasse fazer uso da tática do preço predatório no mercado interno. Nesse caso, poder-se-ia aventar que o dumping conjugado com uma estratégia de venda calcada em baixas margens de lucro na comercialização do produto no mercado interno, poderia configurar uma prática predatória, mas, tanto essa hipótese quanto a seguinte são meras especulações das quais não se dispõe de provas.

Embora a Becton Dickinson fosse a detentora do maior poder de mercado, na liderança pioneira do mercado relevante, o fato inegável é que esta empresa tinha sofrido uma "formidável" derrota nas escaramuças travadas com a Labnew, nas investigações do DECOM, que culminaram com a imposição de sobretaxas às suas importações de tubos de vidro, oriundas dos EUA. Observe-se que seu market share caiu de 75% em 1993, para 59,37% em 1994 (Tabela I). É possível que candidatos a entrar no mercado, como a Merck, tenham subestimado o poder da BD em contornar as sobretaxas impostas pelo Governo, mudando o tipo do tubo (de vidro para plástico) e/ou a origem (dos EUA para o Reino Unido). Por outro lado, era conhecida a desfavorável situação financeira da outra concorrente, a Labnew, de forma que dela não se poderia esperar nenhuma ação de retaliação contra um novo entrante.

Para a Merck restava então o prenúncio de um mercado promissor, caso ela acabasse de nocautear a Labnew. Com sua bem estruturada equipe de vendas e amplo conhecimento do setor médico-hospitalar brasileiro, esta aguerrida concorrente não perderia a oportunidade de disputar uma fatia desse mercado. Havia oportunidades de negócio numa associação com nada menos que a vice-líder do mercado norte-americano Terumo. Eram claras as economias de escopo propiciadas pela oferta a seus clientes de um item a mais no seu catálogo de vendas.

Portanto, o fato de a Merck não ter posição dominante, para mim, não é suficiente para garantir que não seria do seu interesse fazer uso de práticas agressivas de conquista do mercado.

### c) excesso de capacidade instalada

A exigência da condição de excesso de capacidade instalada do predador não é relevante no caso presente, devendo-se recolocar em seu lugar o questionamento se a Merck tinha ou não um contrato de fornecimento com a Terumo. A existência de um tal contrato (negada pela Merck) poderia dar

lógica a uma eventual estratégia de mais longo prazo, de um projeto da Merck, de inserção definitiva no mercado, em parceria com a concorrente de peso da BD, Terumo.

#### d) destino dos ativos da firma predada

A quinta e última condição não merecerá aqui maiores comentários dada a flagrante inadequação da mesma ao caso presente. É imponderável o destino dos ativos de uma firma predada ou desativada. No caso geral é quase ficção imaginar que após um lento processo falimentar, que normalmente pode ocorrer, os ativos da firma predada sejam readquiridos em conjunto por um novo concorrente, de forma a dar andamento a um novo empreendimento no mercado.

### III.1 Avaliação das condições de mercado

A ótica de análise que acabei de tentar externar, sobre o comportamento estratégico das firmas retiram, a meu ver, parte da "certeza" de que não existe condições dinâmicas no mercado, para a prática do preço predatório.

O parecer da SDE determinou o arquivamento do processo porque, no seu entender, não havia as condições estruturais no mercado para a ocorrência da prática da infração.<sup>31</sup>

A SEAE, após a análise das condições estruturais, concluiu que não haveria condições para a prática predatória, por parte da Merck. Fez, no entanto, o teste do preço abaixo do custo (não o variável) e ratificou o seu entendimento pela não-ocorrência da prática.

Da minha parte, todavia, entendi que, por prudência, e em busca da verdade material, seria necessário repetir todos os testes, cujos resultados

---

<sup>31</sup> Para a SDE, “ ... uma vez excluída a Labnew do mercado, não seria possível às empresas importadoras do grupo Merck assumir posição dominante a fim de cobrar preços monopolísticos ...”, por causa da presença da Becton Dickinson. Para a SDE, para que ocorra o preço predatório, é imprescindível que a predadora possa assumir a posteriori o domínio do mercado sem qualquer contestabilidade. E o mercado de tubos a vácuo para coleta de sangue não possui barreiras à entrada nem sunk costs. Qualquer empresa interessada pode iniciar a exportação, desde que entre em contato com a empresa Terumo, e possua rede de distribuição.

constituem este repertório que trago na forma de voto, para juízo deste r. Plenário.

Como já justifiquei não vejo o problema de forma tão simples, e verifico que, na realidade, uma análise mais abrangente das condições estruturais desse mercado, por si só, não permite uma presunção absoluta e conclusiva, sobre a ocorrência ou não da prática de predação no mercado relevante.

Essa conclusão torna indispensável e necessário aquilo que tentei, a todo o tempo evitar: a verificação dos custos e preços de venda da suposta predadora para apurar se efetivamente houve a margem negativa, e em que medida isso ocorreu. Segue-se da definição de preço predatório — prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio — que é necessário apurar esses custos incidentes nas vendas pelas Representadas, dos tubos para coleta de sangue. Neste novo teste, a prova de fogo é, como dito, distinguir os custos variáveis dos demais custos da empresa.

#### IV. A COMPARAÇÃO CUSTOS/PREÇOS DE VENDA

Os mais diversos testes tem sido propostos para verificar a ocorrência de preços predatórios. Dentre os testes baseados no custo a proposta mais conhecida é aquela de Areeda e Turner que estabelece um piso de preço igual aos custos variáveis médios como uma proxy para os custos marginais de curto-prazo. Outros autores sugerem pisos mais elevados como o custo total médio (ou custo marginal de longo prazo).<sup>32</sup> O fato é que testes baseados no custo combinados com as evidências do mercado tem tido uma grande aplicação nas decisões judiciais dos diversos países que fazem política antitruste. No nosso caso utilizaremos o teste baseado no custo variável médio (ou teste Areeda-Turner), adotado pela Resolução 20 do CADE.

Custos variáveis são aqueles que não ocorrem se a produção é nula e que crescem com o volume desta. Diferem dos custos fixos que têm um mesmo valor, independentemente de aumentos ou diminuições no volume de produção. Mas alguns custos também podem ser diretamente apropriados aos produtos (Custos Diretos) e outros não oferecem nenhuma condição de uma medida objetiva e qualquer tentativa de alocação a um produto tem de ser estimada e muitas vezes arbitrária (Custos Indiretos). Esta última classificação só se aplica a Custos propriamente ditos. Mas a primeira (Fixos ou Variáveis)

---

<sup>32</sup> Joskow & Klevorick (1979); Williamson (1977); e Posner (1976), todos citados por Daniel Spulber (Regulation and Markets. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts. 1989, p. 479).

se aplica também às Despesas.<sup>33</sup> Assim, podemos ter Despesas de Vendas fixas (propaganda, salários da administração de vendas, parte fixa da remuneração dos vendedores etc.) e Variáveis (comissão de vendedores, despesas de entrega etc).

A aplicação do teste Areeda-Turner não é simples, como reconheceu o próprio Areeda.<sup>34</sup> Por isso, segui os princípios e o roteiro sugerido por William Baumol, em seu artigo "Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test" publicado no *The Journal of Law & Economics*, Vol. XXXIX (Abril 1996), p. 49-72. Para o teste, o termo "Custo Variável" é delimitado para incluir todos custos fixos que não sejam sunk costs, ou seja, aqueles que podem ser evitados se a firma sai do mercado.<sup>35</sup> Assim, se a firma pára de produzir, sua receita cairá para zero. Seus custos variáveis de curto prazo também cairão para zero. Mas seus sunk costs (custos afundados) — como o aluguel, p. ex. — permanecerão ocorrendo. Se a firma está perdendo dinheiro, será melhor continuar em operação se as receitas resultantes produzem algum ganho acima dos custos variáveis, o qual faz alguma contribuição para abater o sunk cost. Mas também deve ser óbvio que se as receitas da firma em operação são inferiores aos custos variáveis, a diferença entre a receita e os custos variáveis apenas aumentará as perdas decorrentes de suas obrigações fixas de mais longo prazo (sunk costs).

---

<sup>33</sup> O custo é um gasto reconhecido como tal no momento da utilização dos fatores de produção (bens e serviços) para a fabricação de um produto ou execução de um serviço. A Despesa é um bem ou serviço consumido direta ou indiretamente para a obtenção de receitas. Logo, todos custos se transformam em despesas quando da entrega dos bens ou serviços a que se referem, mas nem toda despesa foi custo.

<sup>34</sup> Segundo **G. Marceau** (ob cit.) a definição de Areeda-Turner de custos variáveis era tão abrangente que tornava a medida de custo mais para o lado dos custos totais. Posteriormente o Professor Areeda admitiu os limites de seu teste baseado numa distinção relativa entre custos fixos e variáveis que reflete escolhas de políticas e depende do prazo considerado. Para a autora as dificuldades de medir custos são notórias e cita o próprio Areeda (*Areeda, P. & Hovenkamp, H., Antitrust Law (1990 suppl)*): "Allocating costs among a firm's several product lines is inevitably arbitrary ... .. estimating the reasonable costs of obtaining capital or the *opportunity cost of using it is often intractable*, although perhaps arbitrary estimates can serve our immediate purpose fairly well. Marginal costs suffer from the uncertainty of computing not only what is marginal (which does not appear in the customary accounting statements) but also which costs are variable and which are fixed ... " (p. 20).

<sup>35</sup> *Sunk costs* ou custos irrecuperáveis são aqueles custos que a firma não pode deles escapar no curto prazo, seja por causa da existência de contratos, seja pela existência de ativos.

A firma eficiente é aquela cuja produção de uma dada quantidade de um produto ou serviço adiciona o menor custo, chamado pelos economistas de custo incremental do produto. O custo incremental médio pode ser igualado ao custo variável médio. Assim, se uma outra firma qualquer cobra um preço que pelo menos iguala seu custo variável médio de produção, então, este preço não pode (por óbvio) expulsar o concorrente mais eficiente do negócio. Daí resulta a primeira regra do teste Areeda-Turner: "Qualquer preço acima do custo variável médio pertinente para a quantidade de produto em questão não pode ser predatório porque ele nunca pode causar a saída (ou restringir a entrada) de um rival eficiente em busca de lucro".

Em outras palavras, o custo variável médio é a medida adequada porque supõe-se que, enquanto produzir e vender uma unidade adicional proporcionar receitas superiores ao custo de obter essa unidade (seu custo marginal, ou incremental), é rentável produzir essa unidade. Portanto, parte-se do pressuposto que para o empresário racional, nem sempre é desaconselhável, no curto prazo, vender com perdas, a um preço inferior ao custo total médio, desde que esse preço seja superior ao custo variável médio. Longe de ser uma invenção teórica dos economistas, o raciocínio acima retrata a própria maneira de agir dos empresários: qualquer preço acima do custo variável médio diminuiria a perda incorrida com os custos fixos que de qualquer maneira ocorreriam caso a produção fosse suspensa. Além disso, um novo pedido seria aceito somente se o preço de venda fosse suficiente para pagar todas as parcelas de custo provocadas por esse pedido e somente elas. Tal raciocínio leva-nos à conclusão de que a curva de oferta da empresa (que indica o preço mínimo a que estará disposta vender cada volume de produção) é a de custo marginal (desde que sejam cobertos, pelo menos, os custos variáveis médios).<sup>36</sup>

O problema porém é estimar objetivamente quais são estes custos variáveis médios, pois, às vezes, o esquema de apropriação de custos adotado pela empresa não permite distinguir esse tipo de custo dos demais gastos incorridos para produzir e vender o produto ou a mercadoria. Na contabilidade da empresa, sempre é preciso decidir até onde serão levados os rateios. O problema de até que tipo de despesa atribuir ao produto ocorre mesmo no sistema do custeio direto (ou custeio variável), no qual somente são consideradas as despesas variáveis. Assim, mesmo nas empresas que adotam um sis-

---

<sup>36</sup> Custo marginal ou custo incremental é o aumento de custo ocasionado pela produção de uma unidade extra do produto. Devido ao fato de o custo fixo não apresentar variação quando ocorrem alterações no nível de produção da empresa, o custo marginal é apenas o aumento do custo variável ocasionado por uma unidade extra de produto (Pindyck, R. & Rubinfeld, D., *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 262).

tema de apuração dos gastos para comporem o custo do produto de forma explícita e racional, pode ocorrer que muitas despesas fiquem de fora, como as de venda, administrativas, estocagem, manuseio, tributárias, financeiras etc.

No caso em tela, as Representadas foram solicitadas a apresentar demonstrativos das quantidades e valores de suas vendas dos produtos da linha Venobject, nos exercícios de 1994 e 1995 comparados com os respectivos custos. Em resposta elas apresentaram os custos de importação englobando todos os gastos atribuíveis a operações desse tipo (excluído o ICMS e o IPI), e os preços de venda praticados, líquidos de ICMS, os quais foram por elas considerados como adequados para a finalidade de demonstrar o lucro obtido em cada venda desses produtos.<sup>37</sup>

No que se refere às demais despesas, as Representadas consideraram inadequada a imputação delas como custo dos produtos dessa linha face à irrelevância dos valores envolvidos nas operações com tais produtos em relação às operações globais da empresa. Como conseqüência, na comparação com os preços praticados, as Representadas apuraram as margens de lucro bruto, em cada operação de venda, ou seja, um percentual que reflete a margem de lucro e os custos de comercialização.

Assim procedendo, significa dizer que, com exceção dos custos de importação, as Representadas não apuram os demais custos variáveis da venda destes produtos, sejam eles diretos ou indiretos, considerando-os despesas do período juntamente com os demais custos fixos da empresa. Optando pela não-apropriação dos custos indiretos, interessa às Representadas somente a Margem de Contribuição por Unidade, que é a diferença entre a Receita e o Custo Variável (direto, identificado) de cada produto; é o valor que cada unidade efetivamente traz à empresa de sobra entre sua receita e o custo que de fato provocou e lhe pode ser imputado sem erro, que conta. Não se pode qualificar tal procedimento de "incorreto" vez que depende dos objetivos gerenciais, além do que, como lembra Sérgio de Iudícibus & J. C. Marion, o rateio dos custos gerais da empresa como um todo é muito discutível, do ponto de vista teórico e de sua eficácia gerencial. Segundo estes autores é preferível alocar tais custos como despesas de período, diretamente na demonstração de resultados.<sup>38</sup>

A questão é: o custo variável da linha de produtos em questão a ser considerado deve incluir as despesas de venda e administrativas incorridas pela empresa na sua atividade como um todo? Se sim, o custo imputado aos

---

<sup>37</sup> O sistema adotado para calcular os custos dos produtos foi o sistema PEPS (Primeiro a Entrar, Primeiro a Sair).

<sup>38</sup> Contabilidade Comercial. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 1991, p. 297).

produtos objeto de investigação, por meio de algum critério de rateio, reflete com segurança os custos variáveis desses produtos?

Para obter as respostas é necessário recorrer ao conceito de custo incremental médio, que não é ambíguo a esse respeito. O custo incremental médio de um dado aumento na produção sempre inclui qualquer gasto específico do produto (isto é, qualquer gasto que não serve a vários produtos em comum) que é causado pelo aumento da produção em questão, ainda que esse gasto tenha o caráter de fixo. Portanto, é neste sentido de custo incremental que é entendido o conceito de custo variável médio.

O conceito de custo variável acima não é muito diferente do mesmo conceito usado na Contabilidade. Como se sabe tanto os custos como as despesas podem ser fixas ou variáveis, mas um se distingue do outro. De acordo com os manuais de Contabilidade são custos de produção os gastos incorridos no processo de obtenção de bens e serviços destinados à venda, e somente eles. Não se incluem nesse grupo as despesas financeiras, as de administração e as de vendas.<sup>39</sup> Portanto, quando se estabelece que o teste comparativo de preço e custo para verificação da ocorrência do preço predatório tem como base o "custo variável", este valor não deve ser acrescido das "despesas variáveis indiretas".

Assim, tenho como apropriado considerar como custos variáveis dos tubos Venoject apenas e tão somente os custos de internação desses produtos, os quais incluem todos os gastos efetuados com a importação, até o momento da entrada das mercadorias nos depósitos das Representadas, e somente esses gastos. A composição desse custo foi demonstrada pelas Representadas nas planilhas constantes dos autos (fls. 18/52 dos Anexos), e constitui-se do preço CIF (convertido para a moeda nacional à taxa de câmbio da entrada da mercadoria no País), do imposto de importação e das demais despesas incorridas até o produto dar entrada nos estabelecimentos das Representadas (desembaraço aduaneiro, frete nacional etc.).<sup>40</sup> O custo utilizado pelas Representadas para o cálculo das margens de cada operação de venda, foi obtido pela divisão do custo de internação de cada lote importado pela quantidade importada, e depois, utilizado o critério da média ponderada móvel para determinação do custo da mercadoria vendida (fls. 2.980/3.012 dos Anexos). O custo variável médio de cada tipo de tubo, no caso, é a própria média ponderada móvel do custo unitário. Serão estes — as médias ponderadas dos custos unitários de

---

<sup>39</sup> Cf. Eliseu Martins. Contabilidade de Custos. São Paulo: Atlas. 1979, p. 49.

<sup>40</sup> CIF, sigla de *Cost, Insurance and Freight*. É o preço da mercadoria importada, incluindo todas as despesas, seguro marítimo e frete, até a chegada da mercadoria ao porto de destino convencionado.

importação — os custos considerados para fins de comparação com os preços de venda dos tubos a vácuo, para verificar, no presente caso, se houveram vendas abaixo do custo.

Pairou incerteza sobre a amplitude com que deveriam ser agrupados os produtos cujos custos e preços seriam comparados. A dúvida era se a comparação preço/custo deveria ser feita com base em cada tipo de tubo individualmente ou se em toda a linha de tubos ofertada pelas Representadas. A jurisprudência das cortes norte-americanas indica que a comparação deve ser feita sobre toda a linha de produtos, no caso, "tubos Venoject", e não na base de produto por produto (por tipo de tubo).<sup>41</sup> Este procedimento também é mais coerente com o produto relevante considerado, ou seja, "tubos para coleta de sangue a vácuo", e não "este ou aquele" tubo dentre os 31 tipos ofertados. A comparação a ser feita, então, seria entre o custo variável médio único do produto "tubo para coleta de sangue a vácuo" e o preço médio (resultante dos preços praticados dos diferentes tubos), em um dado período de tempo (mês, trimestre, ano etc.). Por questão de praticidade, e porque não altera o resultado final da análise, admiti a comparação custo variável médio/preço de venda por cada tipo de tubo, da forma como foi feita pelas Representadas, mas, no cálculo final, considere o resultado encontrado para toda a linha de tubos Venoject, e não os resultados que indicariam underselling neste ou naquele tipo de tubo.

Outro detalhe importante a ser definido antes da comparação custo/preços de venda é o período de tempo pertinente para o cálculo do custo variável médio. O problema surge porque a magnitude do custo variável de um produto (ou combinação de produtos) pode variar com o período de tempo considerado. No caso presente, isso não chega a ser um problema porque as únicas mudanças nos custos variáveis médios são as decorrentes dos diferentes custos de importação do produto, e isso já é resolvido pelo critério da média ponderada móvel utilizado nas planilhas apresentadas.

Superados estes pontos, passei então à análise das planilhas de custos; de preços de vendas praticados; e das margens resultantes da comparação entre custos e preços feita pelas próprias Representadas. Inicialmente, constatei estarem as informações devidamente suportadas pela documentação comprobatória, pelo que mereceram de minha parte, inteira confiança quanto à fidedignidade daquelas informações. Em segundo lugar, verifiquei que as mesmas continham as informações necessárias e suficientes para o atendimento dos objetivos da análise: ou seja, verificar se os preços de venda estavam

---

<sup>41</sup> ABA Antitrust Section, *Antitrust Law Developments* (3d ed. 1992), p. 233.

abaixo dos custos de interinação médios ou custos variáveis médios dos produtos.

Assim, de acordo com as planilhas demonstrativas das margens brutas verificou-se que a empresa MB Bioquímica não praticou, em nenhuma venda no período considerado, preços abaixo dos custos de interinação médios do produto.

No caso da Merck, a comparação custo de interinação médio de cada tipo de tubo e o preço de venda respectivo, mostrou que em alguns tipos de tubos ocorreram vendas por preços abaixo do custo considerado. Mas, quando considerada toda a linha de tubos para coleta de sangue a vácuo, a representatividade de tais vendas no cômputo da receita em cada um dos dois anos investigados, foi pouco acima de 2,0%, como mostra a tabela abaixo:

TABELA II - VENDAS DE TUBOS A VÁCUO PELA MERCK COM MARGENS BRUTAS NEGATIVAS (em % da receita anual com tubos Venoject)

Ano		Quant.	%	Valor (R\$)	%
1994	Vendas totais*	261.900	100,00	39.918,47	100,00
	Com margem negativa	3.900	1,49	301,85	0,76
1995	Vendas totais*	6.739.400	100,00	774.482,49	100,00
	Com margem negativa	135.500	2,01	15.727,93	2,03

\* Vendas líquidas de ICMS. As quantidades são em unidades de tubos.

Fonte: Merck S.A. (fls. 1536).

Para a demonstração de preços predatórios é necessário que (i) os preços praticados estejam de forma evidente, abaixo dos custos de produção, que no caso de atividade exclusivamente comercial como este, considere os custos de interinação, e (ii) a conduta não pode ser esporádica e de pequeno alcance, em razão de fatores conjunturais, tais como, necessidade de escoamento de estoques, mas deve ser relativamente consistente durante um período razoável de tempo e afetar parte significativa do mercado relevante, o que significa dizer que a conduta, de fato, atingiria parte significativa do mercado relevante.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Voto da Conselheira Lucia Helena Salgado no Processo Administrativo nº 08012.000349/98-10 (Nutrifoods/Kellogg), em 10.05.2000.

Além dos percentuais indicados na Tabela II, os indicadores de margem de contribuição proporcionada pela venda de tubos a vácuo das Representadas apontam na direção de que a prática das mesmas não era significativa a ponto de ser exclusionária. As margens de contribuição, tanto da MB quanto da Merck, com os produtos da linha Venoject foram positivas, tanto em 1994 como em 1995, como se pode ver pela tabela III, a seguir. Deve-se mencionar que o fato de a MB Bioquímica ter apresentado resultado líquido negativo em vários exercícios financeiros não tem, evidentemente, nenhuma incompatibilidade com os resultados brutos positivos na venda de tubos a vácuo, visto que as demonstrações financeiras tratam o resultado das receitas com todos os produtos vendidos pela empresa versus todas as despesas incorridas no exercício, ao passo que a comparação preço/custo aqui feita só considerou a atividade com a linha de tubos para coleta de sangue.

TABELA III - MARGENS BRUTAS DO GRUPO MERCK COM A VENDA DE TUBOS VENOJECT

Empresas	Margem Bruta*				Total
	1994		1995		
	R\$	%	R\$	%	
Merck	15.547,67	39,24	221.323,72	35,08	236.871,39
MB	204,93	70,2	38.018,96	26,47	38.223,89
Total					275.095,28

\*Margem Bruta = receita de venda líquida de ICMS - custo de importação.

Diante dos resultados encontrados, decidi fazer ainda outro teste para identificar se havia algum comportamento estratégico específico das Representadas que caracterizasse uma política de preços direcionada a prejudicar a Representante. Dividi, então, os diversos tipos de tubos vendidos pela Merck, em 1995, em dois grupos: um grupo de 10 tubos que concorrem diretamente com os tubos mais importantes para a Labnew, representando cerca de 84,19% do seu faturamento bruto, e outro grupo com o restante dos tubos, que seriam apenas marginalmente importantes para a Labnew. O objetivo era verificar o comportamento das margens brutas médias das Representadas com o grupo de produtos representativos para a Labnew vis-à-vis o comportamento das margens brutas médias com o outro grupo. Note-se que para esta comparação, não importa que tipo de custo se esteja considerando, desde que seja o

mesmo para ambos os grupos, o resultado mostrará se o mark up utilizado teve níveis significativamente diferentes entre um e outro grupo. Assim, utilizei as margens médias dos diferentes tipos de tubos, tal como calculado pelo método da Representante (veja Anexo I do relatório), que considerou o custo total dos produtos e estimou um custo de comercialização de 65,91% do preço de venda (para o caso do ICMS de 18%). Chamo a atenção para o fato de que tais margens calculadas segundo o método acima, teve um nível elevado de margens negativas. O resultado está apresentado nas duas tabelas seguintes:

**Tabela IV. MARGEM BRUTA MÉDIA DA MERCK EM DEZ TIPOS DE TUBOS VENOJECT SELECIONADOS (1995)**

Produto	Produto da Labnew correspondente		Margem média ponderada
	Código	Part. (%) no faturam.	
945016	V20030	27,75	- 42,11%
945200			- 26,82%
945023	V20055	25,55	- 68,38%
945006	V20065	10,53	- 12,07%
945206	V20020	10,40	- 21,25%
945015			- 15,88%
945011	V20075	2,92	- 35,63%
945005			- 28,25%
945024	V20050	2,23	- 19,97%
945001			- 26,00%
Total		84,19	
Média aritmética das margens			-29,64%

**Tabela V. MARGEM BRUTA MÉDIA DAS VENDAS DA MERCK NOS DEMAIS TIPOS DE TUBOS VENOJECT (1995)**

Produto	Margem média ponderada
945002	-17,31%
945003	-4,15%
945004	-26,39%
945007	-17,83%
945008	-43,99%
945009	-48,03%
945010	-30,77%
945012	11,17%
945013	-15,21%
945017	-39,57%
945018	-22,52%
945019	-71,30%
945020	-21,95%
945021	-30,44%
945022	-18,37%
945028	-29,15%
945029	-50,18%
945204	-53,37%
945225	-7,79%
945227	-33,07%
945230	46,47%
945273	-11,75%
Média aritmética das margens	-24,34%

Como se percebe pelas Tabelas IV e V ocorreu uma diferença de  $\pm 5$  pontos percentuais entre a média aritmética das margens médias, indicando que as margens negativas do grupo dos produtos importantes para o faturamento da Labnew eram um pouco maiores do que para os demais produtos. No entanto, se percebe também que todos os dois grupos, segundo o critério adotado, que conforme foi argumentado, não é o critério adequado, nem aceito pelo Relator, apresentavam margens negativas. Isso indica que não havia subsídio cruzado entre os próprios tubos, ou seja entre aqueles tubos importantes para a receita da concorrente e os demais. Do mesmo modo, pode-se afirmar que não havia uma política de preços abaixo do custo diferenciada entre um grupo e outro.

## IV.1 A BASE DA ACUSAÇÃO

O suporte de toda a acusação lançada pela Representante se fundamenta num custo hipotético do tubo Venoject resultante das relações estruturais das demonstrações de resultados das suas concorrentes. A partir desse custo, a Representante estima um suposto preço mínimo de venda, sem margem de lucro. O cálculo utilizado pela Representante foi o mesmo utilizado pelo DPDE, em parecer datado de 08/10/94, no processo 49/92 (da mesma Representante contra a Becton Dickinson), que na verdade, é um cálculo do preço de venda obtido a partir da taxa de marcação sem margem de lucro (Anexo I ao relatório). Encontrando o suposto preço mínimo de venda das Representadas pelo método acima, a Labnew, tendo acesso aos autos, contrapõe esse preço mínimo de venda teórico aos preços de venda efetivamente praticados e, verificando, então, repetidas diferenças negativas, se sente municiada de "evidências" para formular suas acusações, de underselling, de preço predatório, de dumping e de conluio entre suas concorrentes.

O critério utilizado pela Labnew para fundamentar suas acusações contra a concorrente Merck (e a subsidiária MB) é inadequado para fundamentar uma acusação de preços predatórios pela seguinte razão: ao incluir como parte do custo dos tubos Venoject, a título de Custo de Comercialização, as despesas de venda e administrativas extraídas das demonstrações financeiras das Representadas, a Labnew, na verdade está incluindo no custo as despesas indiretas (fixas e variáveis), comuns a todas as atividades de produção da Representada que, como se sabe, além da atividade comercial com produtos importados, é também fabricante de outros produtos na área farmacêutica. Embora tais despesas indiretas possam eventualmente conter componentes de gastos variáveis, o fato de serem rateadas aos produtos por algum critério a escolha da firma, qualquer que seja o critério, desclassifica-as, como já foi discutido, como integrante do custo variável médio, ou custo incremental médio.

O critério de custo utilizado para fazer a acusação se aproxima do custo total médio, que no caso como este, de uma firma multiproduto, viola toda lógica econômica da predação. Todas firmas multiproduto incorrem em custos fixos comuns a dois ou mais de seus produtos. Não há, todavia, nenhum meio economicamente defensável de dividir tais custos entre os vários produtos da firma. É pacífico que todos métodos de alocação de custos fixos comuns (ou indiretos) são arbitrários. Como observa Baumol (ob. cit.), perante as Cortes ou agências regulatórias, o Custo Total Médio, ou custos plenamente alocados, são sempre manipulados para produzir quaisquer respostas desejadas pela parte que os apresenta. Ademais, a gama de valores que tais

custos "maquinados" podem assumir é enorme. Por isso, recomenda-se que qualquer conclusão sobre o caráter predatório de um preço que é baseada num cálculo de custo total médio deve ser desconsiderada, dado que tal custo não pode oferecer absolutamente nenhuma informação econômica substantiva para o caso.

Só para ilustrar, apresento a seguir, uma amostra dos diversos níveis de custo de comercialização que aparecem nos autos e, que poderiam, em tese, integrar os cálculos para compor a medida de custo, segundo o critério reivindicado pela Representante.

TABELA VI - CUSTOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE TUBOS A VÁCUO

(em percentuais do preço de venda do produto)

Custo imputado à Merck conforme petição inicial p/ 1994*	65,91%
Custo imputado à MB Bioquímica p/ 1994*	25,76%
Custo apurado pela Price Waterhouse, a pedido da Labnew (1992)*	43,65%
Margem bruta média (Custo de Comercialização + margem de lucro) da Merck para 1996 apurada pelo DECOM (Parecer 98/13)	34,00%
Custo de comercialização estimado pela Merck p/ 1994	22,09%

Obs.: Os percentuais apresentados pela Representante podem assumir valores diferentes, dependendo da alíquota dos tributos considerados para as despesas tributárias. \*Desp. vendas e administrativas + despesas tributárias.

A Representante aponta a prática de subsídio cruzado pela Representada, citando, a título de exemplo, o caso do tubo Venoject 10 ml – código T-200S ou 945200 (que representa 27,8% do mercado), cujo preço teria caído 58% de Set./94 a Set./95. Segundo a Representante, enquanto isso, os preços dos kits diagnósticos para uso em laboratórios de análises clínicas teriam subido 119% (no caso dos reagentes para determinação da glicose), 68,8% (reagentes diagnósticos das provas de colesterol), e 70,2% (reagentes diagnósticos para a prova de triglicerídeos), num período em que a inflação foi de apenas 28,4%.

Conforme se verificou nos dados de custo da Representada, o que ocorreu com esse produto foi que os gastos de importação foram bastante mais altas no primeiro lote de importações, o que fez com que o preço de venda fosse também mais alto, no início. Os dados de importação mostram que o custo unitário de internação (da caixa c/ 100 tubos) caiu de R\$9,72 em Setembro de 1994, para uma média de R\$7,23, para o ano de 1995, ou seja, uma queda de 25,6%. E a Representante teve conhecimento dessa informação. A margem bruta sobre o preço de venda com esse produto, já descontado o ICMS, ainda foi de 38,03%. Embora não tenha sido determinado às Representadas que apresentassem a documentação dos kits diagnósticos, visto que os mercados destes e dos diversos outros produtos não foram abrangidos pela análise, as mesmas apresentaram informações atestando que o reajuste do reagente diagnóstico para determinação de glicose foi de 38,84% no aludido período. De qualquer forma considero sem fundamento a tese do subsídio cruzado, porque como ficou demonstrado, as Representadas simplesmente não tiveram prejuízo com a linha de tubos para coleta de sangue a vácuo que deveriam ser subsidiados com sobrepreço em outros produtos. Conforme a Tabela III, o lucro bruto com tubos das empresas Merck, no período, foi de R\$ 275.095,28, para uma receita de R\$ 943.858,53.

## V. CONCLUSÃO

Os problemas financeiros da Labnew começaram bem antes do período em que se alegou a ocorrência da prática investigada, em 1989 (fls. 1674).

De acordo com o procedimento recomendado pela Resolução 20 do CADE, não há infração da ordem econômica se os preços de venda são acima do custo variável médio.

Como o custo de internação é o custo direto e variável, considero-o como o referencial apropriado para se chegar ao custo variável médio base para aferição de existência ou não do preço predatório. Assim, considero a comparação custo de internação/preço líquido de venda feita pelas Representadas como um teste adequado para verificar a ocorrência de preço abaixo do custo.

Entendo que ficou demonstrado pela comparação dos custos de internação dos tubos Venoject (considerados como os custos variáveis desses produtos) com os preços praticados pelas empresas MB e Merck, que tais preços tiveram, em geral, margens brutas positivas, e, em muitos casos, suficientes para cobrir, pelo menos, todos os demais custos incorridos na comercialização. Assim, sendo, tais preços praticados não podem ser considerados

predatórios, considerando-se o rigoroso teste Areeda-Turner. As poucas vendas havidas com preços abaixo desses custos não podem ser consideradas infrativas da ordem econômica, visto que a magnitude delas, não poderia, por si só, alijar do mercado uma concorrente que tinha, até maior participação no mercado, como é o caso da Labnew.

Assim sendo, entendo que a prática alegada não configura preço predatório, nos termos dos art. 20 e 21, inc. XVIII, da Lei 8.884/94 e da Resolução 20 do CADE. Isto é, um preço que excede o custo variável médio como aqui definido não pode ser predatório. Como foi demonstrado, nenhum preço praticado por uma firma estabelecida, que pelo menos iguala seu custo variável médio pode forçar a saída ou restringir a entrada de qualquer rival que é pelo menos igualmente eficiente em termos do custo incremental do produto em questão.

Assim, determino o arquivamento do processo administrativo.

É o voto.

Brasília, 30 de Maio de 2001

Mércio Felsky



## ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

### DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º-
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
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
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
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
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do	4-1

	CADE	
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
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro	8-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discricionabilidade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10

Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
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
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
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
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Michel G. Cowie		
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
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
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6

OECD	Suggested Issues for Discussion III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	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
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
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
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEM. INT. DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Rivière Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**

<b>A. C.</b>	<b>Requerentes</b>	<b>Vol./n.º</b>
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf Gmbh (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8

08012.002740/98-02	Sherwin 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. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasial S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçíferos da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemicalce Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequila 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	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2

08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3
PARECER	SDE – AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6

### PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2

30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drograrias.	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 Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e	5-1

	Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6

### REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

### JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

### LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
---	-----

Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	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” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4

LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO Nº 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996	6-4

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.	
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 N.º 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei 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

### TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

### I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC - ESSO

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação	8-2

		com o direito concorrencial	
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

Apoio:



[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)  
e-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)