

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 8 número 4 - 2001

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 8 número 4 - 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

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Editor: : 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, 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: 10 números em 1999

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 26 DA LEI Nº 8.884, DE 1994, PELA SEAE	
LUÍS CARLOS CAZETTA	3
PANORAMA GERAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	
CARLA C. MARSHALL	9
FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA (RESALE-PRICE MAINTENANCE-FPR): ELEMENTOS PARA UM ROTEIRO DE INVESTIGAÇÃO	
CÉSAR MATTOS	27
O MONOPÓLIO, A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	
MARCOS VINÍCIO CHEIN FERES	67
UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E COMPETIÇÃO: O CASO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL	
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	95
ANTIDUMPING NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O CASO NORTE-AMERICANO	
PRISCILA AKEMI BELTRAME, EDUARDO MODENA LACERDA	123
LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES E O DIREITO ANTITRUSTE	
JOSÉ CARLOS VAZ E DIAS	135
PROLEGÔMENOS DA ECONOMIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	
PAULO C. COUTINHO	151
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	185

A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 26 DA LEI Nº 8.884, DE 1994, PELA SEAE

Luís Carlos Cazetta

A Administração, no exercício estrito das atribuições próprias à função executiva, ostenta, como se sabe, prerrogativas que decorrem da prevalência do interesse público sobre o particular.

Goza, por isto mesmo, nos limites da lei, de poderes e faculdades excepcionais em face dos administrados, sobretudo para assegurar a ordem jurídica e a aplicação do seu regime.

Em seu procedimento, contudo, a Administração sujeita-se, no estado de direito, ao princípio da legalidade, o que submete suas condutas à exata correspondência com as regras estabelecidas em lei, que ordinariamente descrevem e limitam o alcance da ação estatal.

Analisando este fenômeno jurídico no âmbito do direito brasileiro, a doutrina é unânime em afirmar que o Executivo não tem competência para instituir *direito novo* e, por conseqüência, as regras que expede pressupõem um comando normativo preexistente (a respeito, confirmam-se, entre outros, **Pontes de Miranda**, em "*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*", tomo III, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 314; **Carlos Mário da Silva Velloso**, "*Do Poder Regulamentar*", em Revista do Direito Público, vol. 65/46; **Michel Temer**, em "*Elementos de Direito Constitucional*", Malheiros Editores, 12ª ed., pág. 158, e **Luciano Ferreira Leite**, em "*O Regulamento no Direito Brasileiro*", Ed. Revista dos Tribunais, p. 85).

Nesta medida é que se rejeita a existência do denominado regulamento autônomo, ato normativo que inovaria a ordem

jurídica, impondo aos administrados condutas não disciplinadas em lei.

Todos os atos normativos derivados, portanto, no direito brasileiro, devem encerrar conteúdo subordinado à prescrição legal a que se submetem (*secundum legem* e *intra legem*), expressando os critérios e regras a que a Administração está sujeita nos procedimentos de subsunção dos fatos às hipóteses legais.

Por este aspecto, juridicamente, representam os atos normativos derivados (de que os regulamentos configuram simples espécie, na lição de **Miguel Reale**, em "*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*", Forense, 1980, 2ª ed., 1980, n. 6, p. 14), normas de autocontenção, seja para 1) estabelecer regime ordinatório de execução dos preceitos legais (fixação de datas e formas para práticas de atos e procedimentos de órgãos etc.); 2) exprimir os critérios do exercício da discricionariedade administrativa; ou 3) tornar públicos os conceitos extraídos pelo Poder Executivo da dicção legal (**Celso Antônio Bandeira de Mello**, "*Regulamento e Princípio da Legalidade*", em *Revista do Direito Público*, 96/47-48).

Em qualquer das modalidades por que se apresentem, é certo, portanto, que configuram, no direito brasileiro, estatutos de conduta administrativa editados por autoridade competente para assegurar o cumprimento das normas a que se subordina.

Embora de ordinário dispensáveis, porque, em regra, encerram as leis conteúdo jurídico bastante, os atos normativos derivados têm, contudo, a virtude de outorgar ao administrado o conhecimento do regime que a Administração observará ao conferir efetividade à lei.

Este propósito é que estimula muitas vezes a Administração a regular, em instrumento próprio, os conceitos, critérios e regras que considera necessários para conferir às suas condutas a uniformidade indispensável à aplicação isonômica do sistema legal.

Desta forma é que devem ser havidas juridicamente as portarias que, à míngua de decreto ou previsão normativa superior, disciplinam, sem desbordar dos limites legais, a aplicação de regras estabelecidas em lei, sobretudo quando o legislador esgota a tipificação do evento jurídico e as suas conseqüências.

É exatamente o que ocorre no caso da requisição de informações e documentos de que trata o art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994, que exprime exhaustivamente as ocorrências que ensejam a multa estabelecida com a finalidade de assegurar o exercício das atribuições dos órgãos que indica, entre eles a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Com efeito, ao dispor no artigo que *"a recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator"* (redação conferida pela Lei nº 9.021, de 1995), a Lei exaure a conduta, a sanção e os agentes ativo e passivo da relação jurídica: o fornecimento regular de informações e documentos aos órgãos e entidades que executam procedimentos no âmbito da Lei nº 8.884, de 1994.

Tem a regra, portanto, conteúdo instrumental aos objetivos finais da Lei nº 8.884, de 1994: destina-se a estabelecer sanção àqueles que buscam furtar-se à regular instrução dos processos a serem eventualmente julgados pelo plenário do CADE, órgão ao qual compete *"decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei"* (art. 7º, II).

A incidência da multa do art. 26, pelas características apontadas, independe, contudo, do juízo e participação direta do CADE, sujeitando-se tão-só à demonstração, em cada caso, pelo órgão prejudicado, da ocorrência lesiva ao exercício das atribuições públicas envolvidas.

Esta circunstância outorga a todos os órgãos que ostentem o dever-poder de aplicar o regime da Lei a faculdade de regular suas condutas em procedimentos da espécie, assegurando, a um tempo, a uniformidade de comportamento e a propriedade da caracterização fática da hipótese de incidência.

Não bastasse este aspecto legal, que expõe indiscutivelmente a autonomia, em situações da espécie, da atuação da SEAE a regras ou atos do CADE, é certo que ostenta o órgão do Ministério da Fazenda atribuições que superam as de simples auxiliar técnico nos processos de que trata a Lei nº 8.884, de 1994.

É que, normativamente, à Secretaria de Acompanhamento Econômico compete, entre outras atribuições, *"coordenar, compatibilizar e executar as ações do Ministério da Fazenda na área do direito econômico, no tocante à defesa da concorrência, defesa do consumidor, direito anti-dumping e concentração econômica, bem assim na de direitos compensatórios e outros"* (art. 11, VIII, do Decreto nº 1.745, de 13 de dezembro de 1995).

A ela incumbe, também, *"adotar medidas normativas sobre as condições e oportunidades para assegurar a livre distribuição de bens e serviços à população"*; e *"suplementar a ação executiva e fiscalizadora de outros órgãos ou instituições, na área de abastecimento e preços de bens e serviços"* (incisos VI e VII do mesmo art. 11).

Reúne, portanto, a SEAE atribuições próprias ao exercício da polícia administrativa em matérias afetas ao Ministério da Fazenda, fato que não encerra qualquer antinomia com as competências do CADE, autarquia especial com vocação intrinsecamente judicante, à qual não transferiu a Lei, com toda certeza, as prerrogativas e atribuições inerentes à Administração.

É o que se verifica, por exemplo, no art. 10 da Lei nº 9.021, de 1995, ao dispor que *"a Secretaria de Acompanhamento Econômico*

do Ministério da Fazenda (Seae), quando verificar a existência da ocorrência de infração prevista nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, convocará os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificarem a respectiva conduta".

E, de igual forma, no art. 2º da Lei nº 9.618, de 1998, que, transfere da SUNAB para o Ministério da Fazenda, "*com a finalidade de instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, as competências para: I - estabelecer sistema de informações sobre produção, distribuição e consumo de bens e serviços, requisitando o fornecimento de quaisquer dados, periódicos ou especiais, em poder de pessoas de direito público ou privado; II - proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas que se dediquem às atividades previstas no inciso anterior".*

Portanto, conquanto detenha com exclusividade a elevada atribuição de "*decidir sobre a existência de infração à ordem econômica*", não tem o CADE o monopólio da aplicação de todas as penalidades previstas em lei, sobretudo as destinadas a conferir efetividade às regras que atribuem competências aos demais órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como é o caso do art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994.

Justamente por isto é que ostentam juridicidade plenas as recentes Portarias SEAE nºs 39, de 29 de junho de 1999, que adota o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, e 45, de 11 de agosto de 1999, destinada a disciplinar a requisição pela SEAE de informações e documentos para o desempenho de suas atribuições e a conseqüente aplicação da multa de que trata o art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994, nos casos que regula.

São, por tudo quanto referido, atos normativos idôneos editados por autoridade competente, a definir conceitos e procedimentos que serão observados no exercício das atribuições e prerrogativas cometidas em lei à SEAE.

Brasília, 20 de setembro de 1999.

Luís Carlos Cazetta

Assessor da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

PANORAMA GERAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL*Carla C. Marshall* (*)**I - A CONCORRÊNCIA****1.1. Introdução geral**

A história da indústria brasileira está marcada pelo alto nível de proteção comercial, tendo em vista o enorme paternalismo por parte das políticas de governo, baseadas em incentivos fiscais, políticas cambiais, que favoreceram os exportadores, e a intervenção do Estado na economia.

A política intervencionista baseada no controle de preços e na repressão às práticas consideradas indesejáveis ao mercado, incentivava a concentração empresarial. Na verdade, tal concentração deveu-se, em grande parte, ao processo desenvolvimentista "a qualquer preço" idealizado pelo governo, no qual adotava-se a política de substituição das importações, proliferando, deste modo, novos agentes econômicos. Todavia, estes mesmos agentes econômicos muitas vezes não tinham vocação e nem condições de se manter no mercado, mas buscavam os incentivos do governo para o seu estabelecimento.

A Lei das S.A. – Lei 6.404/76, veio corroborar este quadro que começou a dar sinais de esgotamento em meados dos anos 80, tendo seu termo final no Governo Collor.

O fim do intervencionismo estatal na economia brasileira inicia-se com o princípio da livre concorrência, previsto textualmente no art. 170, inciso IV, da Carta Constitucional, no título nomeado: Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo Dos Princípios Gerais da

(*) Doutoranda em Direito Econômico na UGF, Procuradora Federal, Profa. Adjunta e Membro do Núcleo de Direito Econômico, Empresarial e da Integração Internacional da Universidade Candido Mendes Ipanema, Coordenadora e Profa. do Curso de Pós-graduação em Direito Econômico da Fundação Getúlio Vargas.

Atividade Econômica, posteriormente regulamentado por intermédio de legislação específica.

Com o acirramento do processo concorrencial no país houve uma verdadeira revolução nas estratégias de conduta das empresas nacionais, muito embora a alta inflação tivesse retardado o avanço empresarial.

Diante desse quadro tornou-se evidente a necessidade de efetiva implementação de uma legislação de defesa da concorrência, uma vez que o intervencionismo já havia sido devidamente enterrado, fazendo-se fundamental a determinação das regras do jogo de mercado.

Na verdade, a política antitruste, ou de defesa da concorrência, não consiste em um instrumento de controle de preços; sua atuação dá-se sobre as condutas empresariais consideradas anticompetitivas - ação repressiva, e sobre o controle das estruturas dos mercados - ação preventiva.

A atuação sobre práticas anticompetitivas é tarefa bastante complicada, uma vez que para combatê-las é necessária a identificação das formas concorrenciais desejáveis ou lícitas e, tal apreciação é de cunho subjetivo e específico o que dificulta sobremaneira sua interpretação.

Com efeito, há conduta anticompetitiva quando existe o poder de mercado impondo suas condições e preços ao cliente, pois se existem muitas empresas no mercado, o consumidor tem sempre outras opções, não se consolidando o aludido poder. Casos típicos de condutas anticompetitivas são o monopólio ou a formação de cartel. No primeiro, uma única empresa domina o mercado, sem outras alternativas para o consumidor, e no segundo dá-se a associação de empresas que acordam operar de um determinado modo, praticando preços idênticos no mercado, apesar de terem custos variáveis.

1.2. Histórico da concorrência no Direito Comparado

A primeira regulamentação sobre defesa da concorrência deu-se nos Estados Unidos, em 1890, com o Sherman Act, que é considerado a primeira legislação antitruste conhecida, embora de natureza bastante vaga.

Em 1914, surge o Clayton Act e o Federal Trade Commission Act. Este último criou o aparato institucional responsável pela execução da política antitruste americana, o Federal Trade Commission – FTC, órgão ligado ao Poder Legislativo, para acompanhar e intervir - juntamente com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, ligado ao Poder Executivo – em condutas consideradas anticompetitivas e análises de atos de concentração econômica.

Em 1950, surgiu o Celler Act, em 1976 o Hart-Scott –Rodino Act, e logo após o Robinson- Partman Act. Em 1982 veio o Export Trading Company Act. Em 1984, foi a vez do National Cooperative Research Act. Cada um deles tinha uma determinação específica, em função das experiências e necessidades observadas no contexto do mercado americano.

A primeira legislação europeia, que tratava de concorrência, foi elaborada na Alemanha em 1923. Esta lei dizia respeito ao abuso do poder econômico caracterizado por ações empresariais que conflitavam com o interesse público.

Na Comunidade Europeia, o Tratado de Roma, de 1957, trata da questão concorrencial em seus arts. 85 a 94; no art. 85 prevê abuso de poder econômico, notadamente os cometidos por empresas, independentemente do seu tamanho; e no art. 86 visa o comportamento abusivo por parte de firmas com posição dominante.

Em 1989, foi aprovado o Regulamento CEE 4.064/89, que veio a estabelecer políticas antitruste comunitárias, permitindo o controle preventivo das estruturas do mercado, e que diz respeito tanto às empresas intra-comunidade, quanto às de fora da CE, que buscavam participar do novo mercado. A publicidade é elemento imprescindível na Comunidade e se faz por intermédio do Jornal Oficial da mesma, daí a Notificação Prévia das operações de concentração que tenham dimensão comunitária estar prevista pelo ato legal.

1.3. A política brasileira de Defesa da Concorrência

O poder de mercado, quando alcançado por agentes econômicos, não é por si só, considerado pernicioso, nem mesmo pela legislação nacional, pois existem formas e formas de se chegar até ele. Há ações que podem ser consideradas lícitas, sob o aspecto concorrencial, tais como: redução de custos e preços, aumento da qualidade do produto, diferenciação de produto e inovações tecnológicas e outras tantas. Não se pode, portanto, apenar a eficiência, pois esse é o objetivo do empresariado, ou seja, produzir mais e melhor e, em consequência, derrubar a concorrência, alcançando, quem sabe, o monopólio. Desta forma, combatê-lo quando atingido desta maneira, seria reprimir o desenvolvimento e os novos processos econômicos.

O art. 20 da Lei 8.884/94, protege tal situação ao determinar que: “A conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito ...”. Pode-se perceber, portanto, que o objeto da legislação não é atingir o poder de mercado, mas sim o uso abusivo desse poder.

A lei adota a política de combate ao uso abusivo do poder de mercado, tendo em vista práticas anticoncorrenciais, ou seja, geradoras de desequilíbrios e ineficiências contrárias ao desenvolvimento econômico. Claro está que, se não há poder de mercado, não há prática anticompetitiva. Não foi essa a preocupação da primeira lei antitruste – Sherman Act, de 1890, nos EUA. As linhas de ação desta lei tinham por escopo o poder dos grandes trustes, independentemente da forma como foram alcançados ou utilizados, e o controle das estruturas de mercado na forma de integração vertical, conglomeração ou concentração horizontal.

O combate à elevação do poder de mercado como objeto da política antitruste sobre a estrutura dos mercados é executado em todas as modernas legislações em uso no mundo. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da atuação preventiva, pois, para que se verifique, é imprescindível partir-se de uma suposição de que o reforço do poder de mercado gerado pelo ato de concentração econômica será fator de desequilíbrio no futuro. Este é um verdadeiro trabalho de futurólogo: ver o presente e prever o futuro, e considerar que, neste

futuro, o poder de mercado, ou o seu reforço presente, será necessariamente utilizado de maneira abusiva. Verifica-se, portanto, a importância da diferenciação da obtenção do poder de mercado alcançado por estratégias empresariais consideradas competitivas, e aquele atingido por atos concentradores de mercado, por definição prejudiciais ao bem estar econômico e social.

As práticas anticoncorrenciais, de modo geral, podem ser consideradas, dentre outras, como cartéis, que consistem em acordos comerciais entre empresas. Tais agentes econômicos mantêm sua individualidade, mas estabelecem entre si cotas do mercado, determinando preços com o intuito de suprimir a concorrência; trustes, que consistem na associação financeira que realiza a fusão de várias empresas em uma só, com o intuito de derrubar a concorrência. Pode se dar de forma horizontal, qual seja, todo um setor (por exemplo, de distribuição de um produto, ou mesmo de industrialização ou fabricação do mesmo), ou sob a forma vertical, que atinge todos os segmentos de um ou vários produtos.

Na verdade, o que se pretende, tanto no caso do cartel como no do truste, é dominar, impondo seus preços, sem deixar alternativas ao consumidor. Desta forma, estar-se-á exercendo o abuso do poder de mercado.

II - Os Princípios

Breve introdução

A questão principiológica encontra-se à volta do nosso texto constitucional, permeando as diversas relações do Estado, inclusive na área privada. O art. 170 da Carta, que inicia a chamada Constituição Econômica, identifica como princípios da ordem econômica, dentre outros: o da propriedade privada, que consiste em fenômeno próprio do capitalismo vigorante; a função social da propriedade, que possui forte conotação com o anterior, pois tal função social só será obtida e justificável, na medida em que o aspecto econômico não se justifique por si só; o da livre concorrência, que será abaixo esmiuçado; e o da defesa do

consumidor, contido no art. 5º XXXII, e cuja promoção cabe ao Estado.

Na verdade, existe clara interface entre todos estes princípios, inclusive no que diz respeito àqueles que não foram citados no momento.

2.1. O princípio da liberdade e o aspecto econômico da livre concorrência

Este princípio da ordem econômica demonstra, inarredavelmente, a opção pela economia de mercado, própria do sistema capitalista. Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*“Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”*¹.

Com tal expressão ficou evidenciada a íntima correlação, e mesmo dependência, do princípio da liberdade de concorrência à questão do mercado e, em decorrência, da inserção e manutenção dos agentes econômicos de qualquer porte.

2.1.1. Os princípios decorrentes

Antes de adentrarmos em cada um especificamente, é importante destacar-se que a liberdade identificada não é absoluta, mas relativa, na medida em que existe um certo controle do mercado, exatamente em função da manutenção do equilíbrio.

Na verdade, muitos dos princípios decorrentes surgiram em época na qual vigorava o Liberalismo Econômico, em que o Estado não intervinha nas relações, deixando ao arbítrio do próprio mercado o estabelecimento de suas regras. Tal modelo mostrou-se ineficiente, culminando em uma crise, na qual o Estado foi chamado a intervir, ou seja, regulando e fiscalizando as diversas relações econômicas dos agentes. Com efeito, a atuação estatal dá-se indiretamente, na medida em que não age na qualidade de agente econômico, e sim de regulador do mercado.

1. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 84.

Há diversos princípios que decorrem do princípio maior da liberdade de concorrência, dos quais os de maior relevância para o presente tema são:

2.2.1.1. Liberdade de comércio

Este princípio é advindo do princípio da liberdade de comércio e indústria da Lei Le Chapelier (1791). Foi alterado pelo novo enfoque da liberdade de iniciativa, devido ao direito de propriedade individual.

Segundo André de Laubadère, é o princípio que garante aos particulares a faculdade de exercer as atividades correspondentes ao comércio e à indústria, mas deixa à autoridade pública o poder de impor limitações².

2.2.1.2. Liberdade contratual

Nascido da autonomia da vontade, foi alterado pela ocorrência do primado do interesse social sobre o individual. Exemplo disso é a legislação do consumidor e da concorrência, que vêm impor limites à autonomia preordenada da vontade, com base no interesse coletivo.

Atualmente a nomenclatura utilizada não é mais autonomia da vontade, mas sim, autonomia privada, pois segundo Radbruch:

*“Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula.”*³

Com a colocação supra, pode-se perceber o desequilíbrio de forças vigorante na época, e a necessidade de imposição de algum tipo de controle à liberdade contratual absoluta.

2.2.1.3. Igualdade

2. LAUBADÈRE, André de. Droit Public Économique. Paris: Dalloz, 1979. p. 240.

3. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armenio Amado Editores, 1979. p. 288.

Este princípio, obviamente introduzido no ordenamento constitucional de todos os países do mundo, é verdadeira aquisição da igualdade humana decorrente da Revolução Francesa.

No contexto em apreço, significa a igualdade de todos ingressarem, estarem e permanecerem no mercado.

Não há qualquer privilégio na legislação específica de Defesa da Concorrência, quanto ao porte da empresa - até mesmo pelo fato de que a Lei 8.884/94, não tem por escopo a defesa da empresa, mas do mercado como um todo -, e o local onde atuarão as empresas, independentemente de tratar-se de um grande, médio, pequeno ou micro agente econômico. Desta forma, pouco importa sua categorização, pois o que se pretende é uma atuação saudável, num mercado competitivo.

2.2.1.4. Não-discriminação

A discriminação aqui tem conteúdo de tratamento desigual, na proporção das desigualdades.

A apreciação deste princípio só é possível ocorrer em concreto, ou seja, na ocorrência de determinado fato.

2.2.1.5. Transparência do mercado

Galgado na lealdade, tem por base a regra da publicidade obrigatória, permitindo aos consumidores conhecimento exato dos preços, bem como às empresas identificarem os preços praticados por seus concorrentes.

A importância deste princípio consiste, especialmente, no fato de que o mercado está aberto e, em função disso, todos os agentes econômicos devem estar aptos à competitividade. Para que tal concorrência se estabeleça, é indispensável que haja lisura na prática de preços, identificada pelo conhecimento geral dos mesmos.

2.2.1.6. Análise econômica

É preciso que se dê a verificação da realidade econômica e não somente dos dados legais, para que se possa concluir se há ou não abuso do poder econômico.

Obviamente, esta análise econômica só será possível no caso concreto, ou seja, sua execução não é considerada viável no plano do abstrato. É, portanto, indispensável à sua execução, o submetimento deste ou daquele agente econômico relativamente ao mercado.

2.2.1.7. Regra da razão

Há imensas controvérsias acerca desse princípio, pois há quem o considere como abertura/flexibilidade, que dá margem a distorções e arbitrariedades; em contrapartida, há os que o consideram como sendo elemento que vem reforçar a proibição de ações que acarretem algum prejuízo às forças naturais do mercado, na medida em que permite verdadeira apreciação das práticas desenvolvidas e seus efeitos.

Este princípio foi desenvolvido pela Jurisprudência americana, na análise de um caso em concreto, no sentido de aferir a licitude de uma conduta. É também chamado de *rule of reason* e vem sendo mais aplicado, na atualidade, no que tange a acordos entre concorrentes.

Bastante interessante é o ensinamento de Sergio Varella Bruna, ao afirmar que:

“Em relação às práticas sujeitas à regra da razão, o acusado é admitido a demonstrar que tais práticas geram ganhos de eficiência e que os danos à concorrência são mínimos. Sob esse prisma, a prática somente é considerada ilícita na medida em que configura uma restrição não razoável (ou desarrazoada) à concorrência.”⁴

Desta forma, é possível que um acordo entre concorrentes, embora pareça à primeira vista uma conduta anticoncorrencial, não seja punido, face aos benéficos efeitos econômicos dele decorrentes. III – A concentração de empresas

3.1. Introdução

4. BRUNA, Sergio Varella. O Poder Econômico. São Paulo: RT, 1997. p. 154-155.

No regime capitalista que se evidencia, e que se encontra indiscutivelmente previsto em nosso texto constitucional, a economia de mercado tem lugar preponderante. Diante disso, o mercado em si deve ser preservado, sem contudo olvidar os princípios norteadores e contextuais contidos de forma principiológica no texto da Carta Magna.

Com efeito, na economia de mercado, a empresa desenvolve papel determinante, pois é ela um dos agentes econômicos que concretizarão a política econômica adotada.

A planificação da economia fornece os elementos indispensáveis à compreensão daquilo que se almeja como objetivos, metas a serem alcançadas no campo econômico. Esta planificação permeará as atividades econômicas e permitirá ao Estado observar a sua concretização.

Diante desse contexto é importante constatar-se a importância, e mesmo a posição de destaque, a ser dada ao fenômeno empresarial.

O atual texto constitucional adota expressamente o princípio, dentre outros tantos, da liberdade de concorrência. Todavia, há freios a serem impostos, tanto de um lado como de outro, ou seja, nem o Estado se abstém, como foi a prática no Estado Liberal, como também não pode impor de forma arbitrária e desordenada a sua vontade exclusiva, sob pena de, em o fazendo, causar um desequilíbrio indesejável.

A função precípua do Estado nesta ambiência é exatamente o de garantidor do equilíbrio entre as forças do mercado, norteando suas relações internas, tratando desigualmente os desiguais, e desta forma, dando oportunidade às pequenas e médias empresas, desautorizando e punindo práticas que vão de encontro à preservação 'sadia' do mercado.

O impedimento legal relativo à concentração de empresas, fato que inegavelmente desalinha o mercado interno, quando realizado de maneira desordenada e monopolizante, faz com que a função do Estado de preservação do equilíbrio, possa se concretizar. Todavia, esta função não se dá mais exclusivamente na medida da repressão, mas sim a partir da própria prevenção às infrações contra a ordem econômica.

3.2. Concentração de empresas propriamente dita

No sistema primitivo da sociedade por ações já se podia encontrar o controle do capital e a tendência à concentração empresarial, característicos do sistema capitalista.

Na década de 20 o processo empresarial chegou com inevitável necessidade de produção industrial e capitalização das empresas, fazendo crescer ainda mais a tendência à concentração.

Preferiu-se regulamentar a grande empresa, ao invés de reprimir seu desenvolvimento. Estabelecer-se-ia sua responsabilidade conforme os benefícios, viabilizando assim empreendimentos que não poderiam ser realizados de outra forma.

O *New Deal* não alterou a doutrina sobre concentração empresarial. Nos EUA foi adotado um sistema econômico de concentração empresarial pelo Estado, em que ocorre a pulverização do capital das empresas, ao mesmo tempo em que há concentração do controle.

A regulamentação sobre o controle do capital das empresas tem, portanto, tanta importância quanto o controle das empresas sobre o mercado e, entre os instrumentos de maior importância do sistema econômico, destacam-se as leis das sociedades anônimas.

3.3. Fusão, incorporação, cisão e transformação empresarial

Ressalte-se a importância da diferenciação de tais fenômenos empresariais face à relevância dos mesmos para o mercado.

O momento econômico vivenciado por todos os mercados do mundo é de profundas alterações; a mundialização do mercado se faz sentir mais especificamente quando se percebe a dimensão dos processos de fusão empresarial. Os reflexos de tais processos podem ser interiorizados pelos mercados onde os produtos ou serviços sejam disponibilizados pelos agentes econômicos. Desta forma, evidencia-se o destaque a ser dado na identificação de cada uma das modalidades de concentração empresarial.

A questão da concentração de empresas difere do instituto da transformação da empresa. Todavia, ambas possibilitam a mudança

da empresa sem os inconvenientes de ter que extinguir uma e criar outra.

No caso da concentração há a transmissão do patrimônio, e do próprio corpo associativo, para outra empresa já existente, ou para uma nova empresa.

Quanto à transformação, passa-se de um determinado tipo societário a outro, sem contudo passar-se pela extinção do primeiro.

Federico Pepe⁵ define concentração como sendo “aquela que permite a combinação de duas ou mais empresas numa única entidade econômica, ou a sua coordenação, sob a direção de uma delas.”

No Brasil, a concentração das sociedades foi de primeiro tratada, de modo imperfeito, no Decreto n. 434, de 1891. Mais tarde, com o advento da antiga Lei das SA, Decreto-lei n. 2.627, de 1940, houve a regulamentação da incorporação. A Lei 6.404, de 1976, atual disciplina das Sociedades Anônimas, veio aperfeiçoar esse instituto e introduzir a cisão.

A concentração empresarial tomou vulto especialmente após os anos 60, quando se verificou um maior número de fusões e incorporações, bem como outras alternativas de associação empresarial.

Importante destacar-se que o instituto da concentração acirrou-se, ainda mais, com as leis de incentivos a essas práticas, em especial as de cunho fiscal.

A concentração empresarial excessiva, todavia, tem efeitos bastante danosos à economia. Naquela ocasião, contudo, não se vislumbrava no Brasil a preocupação por sua existência desordenada, posteriormente constatado na prática.

Os PNDs I e II, sendo o primeiro para o período de 1972/74, por meio da Lei n. 5.727, de 1971, e o segundo para o período de 1975/79, por meio da Lei 6.616, de 1974, impulsionaram a

5. Studio sulle fusioni di impresi di società per azioni. 2a. ed., Milão, 1967.

concentração em função do modelo econômico de mercado. O II PND, inclusive, ressalta:

"Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais - e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica - significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, em vez de enfraquecê-la."

A partir desta política concentracionista, foram promulgadas inúmeras espécies normativas relativas ao incentivo de sua prática, com o intuito de seguir à risca a política econômica adotada.

O COFIE - Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, órgão criado para ordenar a concessão dos estímulos supra mencionados, aprovou um roteiro básico para o processamento das fusões e incorporações e outras alternativas de associação empresarial.

A fusão, incorporação e cisão de empresas, portanto, são modalidades de reorganização empresarial, sendo que a última é fenômeno típico não de concentração de empresas, mas de desconcentração societária, uma vez que uma é desmembrada em outra (s). O texto legal da Lei das SA trata de cada uma destas categorias.

Na incorporação, uma sociedade absorve outra ou outras que, para tanto, desaparecem. Na fusão, no mínimo duas empresas somam seus patrimônios para a formação de uma única. Na cisão há a divisão da empresa.

O processo de concentração ou desconcentração da empresa tem início a partir do protocolo previsto no art. 224, da Lei 6.404/76. O protocolo é o termo firmado pelos órgãos de administração ou pelos sócios-gerentes das sociedades interessadas, e se aperfeiçoa com a aprovação do órgão deliberativo. No protocolo estarão previstas todas as condições atinentes à operação a ser efetuada.

À assembléia geral deverão ser fornecidos todos os subsídios necessários à tomada de decisão, bem como os esclarecimentos necessários e relativos às causas de eventuais modificações nos

direitos dos acionistas preferenciais, e o valor do reembolso a ser atribuído às ações dos dissidentes.

Ressalte-se o fato de que o protocolo não tem efeito vinculante, uma vez que trata-se de mero acordo preparatório, ou mesmo negociação preliminar. O órgão deliberativo é quem vai julgar a conveniência ou não da operação.

Na fusão, na incorporação e na cisão, é necessário que a assembléia, ao aprovar o protocolo, o faça por maioria qualificada. No caso da incorporadora, é suficiente a maioria simples.

IV - A Política Nacional de Controle

4.1. A criação dos órgãos nacionais de controle

A Lei 4.137, de 10/09/62, teve como base o art. 148 da Constituição de 1946, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico, impedindo a formação de monopólios, geradores de aumento de preços. Para tanto, instituiu a política de natureza penal contra as pessoas físicas e jurídicas que viessem a praticar atos de abuso do poder econômico.

Com tal fim, foi criado o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos e definir procedimentos, como cominação de multas e determinação de cessação de práticas identificadas como abusivas.

Posteriormente, e dentro de uma outra filosofia, ou seja, com fulcro no art. 170, da Carta Constitucional vigente, foi promulgada a Lei 8.158, de 08/01/91, que modificou a Lei 4.137/62, mantendo as normas definidoras dos atos ilícitos e das sanções.

A Lei 8.158/91, teve por objetivo a modernização das políticas de defesa da ordem econômica; criando a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico - no âmbito do Ministério da Justiça, que atua de forma preventiva e na fiscalização, execução e cumprimento dos princípios adotados pelo texto constitucional relativamente à ordem econômica.

A crítica passível a esta lei deve-se à superposição dos órgãos SNDE, CADE e Ministério da Justiça, gerando desconforto e dificuldade no andamento dos processos. Torna-se portanto, necessária uma nova lei, que bem defina as competências de cada órgão de per si, bem como identificando o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público.

Em 11 de junho de 1994 foi promulgada a Lei 8.884, que expressamente revogou as Leis 4.137/62, 8.002/90 e 8.158/91. Esta lei veio redefinir os parâmetros gerais da política brasileira de prevenção e repressão a atos contra a ordem econômica, dando ao CADE estrutura autárquica, para o exercício mais efetivo de sua função judicante e jurisprudencial, e mantendo a SNDE na estrutura do Ministério da Justiça, como órgão destinado à apreciação das questões que envolvam defesa econômica. Com tais providências, buscou o alinhamento das atividades desempenhadas pela Administração Pública direta e as da autarquia, estabelecendo funções específicas para o Ministério Público. Redefiniu o titular dos bens jurídicos por ela protegidos - a ordem econômica -, anteriormente o indivíduo, agora a coletividade.

Apenas à título exemplificativo, criou mecanismos, tais como: as Averiguações Preliminares e do Processo Administrativo pela SNDE. Incentivou, como forma de harmonizar o mercado, o Compromisso de Cessação de práticas abusivas, instituído pela Lei 4.137/62.

A Lei 8.884/94, ao ampliar o espectro de atuação do CADE, conferiu-lhe maior poder, pois centralizou em suas mãos uma série de competências, antes dispersas entre ele e a SNDE.

Da Lei 4.137/62 para a atualmente vigente houve, também, o alargamento da verificação das condutas, que primeiramente eram analisadas com vistas à repressão, de cunho eminentemente punitivo à prática desleal no mercado e que, hodiernamente possui, além desse, cunho preventivo. O que equivale a dizer que age em dois momentos: proibindo determinadas negociações empresariais, intervindo em seus futuros efeitos danosos no mercado e, ainda, exercendo a fiscalização e aplicando sanções aos responsáveis pelas práticas desleais na ordem econômica.

O CADE exerce o controle administrativo e desta forma está sujeito à revisão de suas decisões em instância judiciária, muito embora possua função de órgão judicante, porém de instância administrativa. A natureza da competência do CADE, demonstra sua vinculação ao enquadramento das infrações à ordem econômica, a partir das penas previstas em lei (art. 20 e 21, da Lei 8.884/94).

Não cabe ao CADE, na qualidade de órgão administrativo, a opção de enquadrar ou não uma empresa na conduta típica descrita pela lei, muito embora os artigos supracitados sejam exemplificativos, englobando um número restrito de hipóteses, apesar de não descritas na lei, mas que se encaixam na finalidade da norma estipulada pelo legislador.

Por outro lado, é possível identificar-se certa discricionariedade na aplicação de sanção, por exemplo, quando uma determinada prática, ao invés de trazer malefícios para o mercado, o beneficia, ou quando aplica multa inferior à prevista na lei, sempre à consideração de sua compatibilidade com a política econômica adotada pelo governo (Aplicação da Regra da Razão).

A proporcionalidade da pena a ser aplicada pelo CADE foi uma preocupação do legislador, pois não pode ser tão baixa que não sirva como padrão de punição, do mesmo modo, não pode ser tão alta que inviabilize a sobrevivência da empresa ou grupo de empresas.

Uma decisão do CADE, de cunho repressivo, pode gerar um grande prejuízo às empresas envolvidas. Desta forma, o aconselhável é a verificação prévia de determinadas negociações que têm aspecto potencialmente nocivo ao mercado. Com efeito, ao submeter-se um ato ou contrato de concentração ao CADE estar-se-á minorando os efeitos de uma consulta que desaconselhe as bases da negociação, ou mesmo, imponha futura desconstituição do negócio.

À guisa de conclusão

Diante do quadro traçado no presente artigo, e após um exame do panorama geral da defesa da concorrência no Brasil, pode-se dizer que a atual norma legal que trata da Defesa da Concorrência, em

consonância com as políticas públicas adotadas pelo texto constitucional, tem por escopo a verificação da adequação das condutas econômicas do mercado, cuidando também das estruturas deste mesmo mercado. Tal verificação irá possibilitar um real controle nos atos e contratos de concentração empresarial que, como já demonstrado, têm sido uma prática habitual do mercado globalizado.

O processo de mundialização do mercado tem gerado profundas alterações na ordem internacional da concorrência. Os reflexos internos de tais mudanças fizeram com que houvesse, por parte dos Estados, a criação de legislação, no sentido de prevenir e punir certas condutas tipificadas como anômalas. Neste contexto, as anomalias ocorridas no mercado precisam ser evitadas, com o intuito de manter o equilíbrio do poder de mercado.

Obviamente, o respaldo teórico que fundamenta a nova ordem mercadológica é baseado em princípios, que servem de norte às empresas que atuam no mercado.

A fusão desordenada de empresas, as formas de controle empresarial e a criação de grupos monopolistas, podem conduzir ao rompimento do equilíbrio estrutural do mercado, impedindo o surgimento de outros agentes mercantilistas. Neste momento dá-se a necessidade de intervenção do Estado, com vistas a impedir eventuais “prejuízos sociais”.

Na verdade, as práticas anticoncorrenciais atingem a sociedade como um todo, e em última análise a proteção ao mercado tem como titular o consumidor, que é quem diretamente sofrerá as consequências da eliminação da concorrência. Deste modo, foi sendo elaborado na maioria dos países a disciplina antitruste, com o intuito de reprimir a concorrência desleal.

Com efeito, com o disciplinamento do antitruste torna-se imprescindível, às empresas, procederem a ajustes de diversas ordens, com vistas à sua manutenção no mercado, em grau competitivo com os demais agentes econômicos.

FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA (RESALE-PRICE MAINTENANCE-FPR): ELEMENTOS PARA UM ROTEIRO DE INVESTIGAÇÃO

César Mattos

**Economista, Mestre pela
PUC/RJ**

I) Introdução

A chamada *fixação de preços de revenda (FPR)*¹ é uma restrição vertical definida pela fixação de um preço de revenda pelo vendedor no mercado *upstream* (à monante) para o comprador no mercado *downstream* (à jusante) que irá revender o produto ao consumidor. Pode-se subdividir os tipos de FPR da seguinte forma:

- i) fixação de preço mínimo de revenda;
- ii) fixação de preço máximo de revenda;
- iii) fixação de preço de revenda fixo.

Cada um desses possui suas peculiaridades e deve ser analisado de forma diferenciada. O objetivo dessa nota é embasar a construção de um roteiro de investigação dessa conduta anticompetitiva para aplicação direta da agência de defesa da concorrência aos casos concretos de FPR.

Esse texto está subdividido da seguinte forma. A seção II fará uma breve síntese sobre o debate antigo e atual sobre FPR baseado na jurisprudência americana. As seções III, IV e V tratarão

¹ A abreviação de FPR também foram introduzidas nas citações em inglês as quais são originalmente RPM-Retail Price Maintenance.

do FPR mínimo, máximo e fixo, respectivamente, avaliando suas motivações e, relacionados a essas, os seus impactos sobre bem-estar. A seção VI trata da diferenciação entre o FPR e a sugestão de preços de revenda (chamado SPR) e suas implicações. A seção VII descreve os principais indícios econômicos a serem verificados na investigação de FPR e a seção VIII fica reservada para as conclusões.

II) O FPR na Jurisprudência Americana

A intensa controvérsia que cerca a discussão sobre os efeitos anticompetitivos do FPR é comum à de outras práticas de restrições verticais não-preço. De acordo com Hovenkamp (1993):

“few areas of antitrust law have provoked more controversy than resale price maintenance and vertical nonprice restraints. In fact, in the last decade courts and commentators have made serious arguments for every possible liability rule for these two practices: per se illegality, rule of reason analysis, and per se legality. The reason for this great difference of opinion is twofold. First, historically neither Congress nor the Courts have done a very good job of explaining exactly what is bad about these two practices—that is, whether they can result in monopoly pricing to consumers, or perhaps whether they should be condemned merely because they deprive dealers and retailers to make individual decisions about how much to charge for a product and how and where to sell it. Secondly, economic analysis of vertical restrictions has been both fairly controversial. In fact, it seems safe to say that we still do not know all we should about the reasons that business engage in these two practices, and what their effects on competition might be.”

Mais do que isso, é contraditória a forma com que os tribunais americanos tratam as restrições verticais de preço (ou o FPR) e não preço entre si. Isso porque, do ponto de vista econômico, o FPR gera o mesmo efeito que as chamadas “restrições territoriais”, que constituem uma modalidade importante de restrição vertical não-preço. Conforme Viscusi (1995):

“FPR has been held to be illegal per se under the Sherman act. It is viewed by the courts as simply a (vertical) form of price fixing. This view is not shared by many economists, however. The reason is that many economists view the economics of FPR as being similar to territorial restraints, and the courts apply a rule of reason to judging the legality of territorial restraints. The similarity follows from the fact that both practices can offer some market power to retailers—in one case the supplier can provide the dealer with a non-competitive margin by fixing both the dealer’s costs and its resale prices, and in other case the dealer has an exclusive market and can set its own noncompetitive price”².

Essa contradição tem sido duramente criticada pelos especialistas na matéria. Conforme Bhoultou (1996, p. 426):

“ The uncertainty and arbitrariness of such a legalistic distinction between price and non price forms of vertical control have imposed large transaction costs on society, including the legal costs of the many manufacturer-dealer contracts disputes transformed into RPM cases. But the Major cost must be the cost of acts committed and foregone benefits of acts not undertaken by those threatened by such sanctions.”

Ademais, conforme Hovenkamp (1993, p. 177), em muitas circunstâncias do mundo real a diferenciação entre as dois tipos de restrições (preço e não-preço) não é direta.

A controvérsia acerca da adequação do tratamento conferido ao FPR nas cortes americanas remonta ao primeiro caso de FPR, Dr Miles Medical Comunidade, v. John D. Park & Sons Co., julgado em 1911. De acordo com Gellhorn e Kovacic (1994, p.292/3):

“The court ruled that a manufacturer who sells goods to a wholesaler may not restrict their resale by constraining the buyer’s pricing decision. Relying on the common law’s hostility

² A intensa utilização da regra da razão em restrições verticais não-preço pode ser constatada pelo baixo índice de condenações nesse tipo de processo nos EUA, atingindo menos de 10%, segundo Hovenkamp (1993, p. 177).

towards equitable servitudes on chattels, the court noted that “a general restraint upon alienation is ordinarily invalid””.

Segundo os autores, o tratamento jurídico dado pelo tribunal americano seria inadequado:

“The Court’s views of common law doctrines governing the alienability of property rights and the legal status of FPR were questionable . FPR is not a “general restraint upon alienation, “, for it does not bar the transfer of the retailer’s property interest; it only limits pricing opportunities, not resale.....

The antitrust significance of Dr. Miles lies in its formalistic reliance on property law doctrines to decide whether a vertical restraint violates the Sherman act”.

Essa avaliação equivocada permanece mesmo hoje no Congresso e na Suprema Corte americana, a despeito do Departamento de Justiça Americano ter, em vão, tentado convencê-los do contrário. Mais que isso, o Congresso ainda caminhou no sentido inverso, procurando assegurar o caráter *per se* da ilicitude do RPM, mesmo aceitando que podem haver argumentos de eficiência na prática. Como cita Tom (1994):

“Indeed, the Division had filed, early in the 1980’s, an amicus brief urging the Supreme Court to overturn the long-established per se rule against resale price maintenance, and only desisted from such efforts after Congress passed a law forbidding it from expending any funds for any activity “the purpose of which is to overturn or alter the per se prohibition of resale price maintenance.....

Right now, the settled law is that the procompetitive possibilities can be achieved less restrictively than by vertical price restraints, or are outweighed by the anticompetitive effects, or the likelihood of both these statements being false is not sufficiently great to outweigh the cost of determining whether they are true or not....

the supreme court has implicitly determined that these arguments are not sufficiently important overturning the per se rule.”

O principal ponto que desejamos destacar, no entanto, para elaborar um roteiro de investigação é que, à luz dos elementos mais modernos da teoria econômica, os efeitos do FPR sobre o bem-estar, bem como das restrições verticais não-preço, são ambíguos. Assim, uma premissa básica para um roteiro de investigação de FPR no Brasil é de que o mesmo não pode ser tratado, na prática, de forma “per se” como nos EUA³.

Como veremos adiante, os efeitos sobre bem-estar do FPR dependerão primordialmente das motivações subjacentes dos agentes na prática de FPR. Esse entendimento é esboçado por Gellhorn e Kovacic (1994) como um grande consenso dentre os estudiosos da matéria:

“Nonetheless, modern empirical studies and theoretical research have raised grave doubts about the wisdom of a rule that categorically forbids FPR.....Indeed, most (though hardly all) commentators agree that an unconditional rule of per se illegality is inappropriate. Even observers who view FPR suspiciously and endorse a strict standard to prohibit it would recognize exceptions from per se condemnation for new entrants, new products or failing companies”.

Enfim, a jurisprudência americana nesse tipo de conduta deve ser utilizada com muito cuidado para balizar um roteiro de investigação brasileiro, tendo em vista a forte crítica pela qual ela tem sido submetida pelos especialistas na matéria e pelas nítidas contradições existentes com o tratamento conferido a outras

³ No Brasil nenhuma prática é tratada de forma “per se” . No entanto, algumas práticas como a de cartelização tendem, na prática, a ter um tratamento mais próximo de uma regra “per se” do que outras. No caso do RPM, a premissa desse trabalho é de que a mesma deve ser tratada o menos próximo possível da regra “per se” . Esse ponto da racionalidade da regra “per se” para certas práticas é tratado por Pittman.

restrições verticais não-preço. Mesmo o recente movimento do Congresso e das Cortes americanas no sentido de reafirmar a ilegalidade per se do FPR não implica que a comunidade dos maiores especialistas da matéria estejam concordando com essa tendência.

De qualquer forma, não contemplando a nossa legislação, a regra per se, não cabe uma discussão mais aprofundada sobre essa questão. Cabe, no entanto, desde já, evitar na jurisprudência vindoura do CADE, uma metodologia de análise que, na prática, seja muito próxima a uma aplicação per se dessa conduta seguindo a tendência americana.

III) FPR Preço Mínimo

IIIA) FPR de Preço Mínimo Anti-Concorrencial

A primeira questão a ser formulada em uma análise de FPR preço mínimo é qual a racionalidade do vendedor no mercado upstream para proceder a esse comportamento⁴.

Suponha um monopolista no mercado upstream com vários revendedores (ou clientes de insumos no mercado downstream). Qual o possível interesse anti-concorrencial desse monopolista em forçar os seus revendedores em vender o produto por um preço mínimo?

A resposta é nenhum. Isso porque o vendedor no mercado *upstream* que possua poder de mercado em relação a seus revendedores sempre preferirá exercer o seu preço de monopólio. E, para isso, não há qualquer necessidade de fazer um FPR com preço mínimo. Na verdade, ao forçar um FPR de preço mínimo, o seu lucro cairá, enquanto o de seus revendedores aumentará. Isso ocorre, segundo Tirole (1988, pp 174/176) porque:

⁴ Uma hipótese fundamental é de que a restrição não seja redundante. Ou seja, o RPM mínimo é maior que o preço de mercado sem RPM.

“the retailer does not take the manufacturer’s marginal profit ...into account when choosing a retail price”

Para melhor entender esse ponto, desenvolvemos um modelo matemático no anexo I dessa nota seguindo de perto os passos de Tirole em seu capítulo 4.

Ora, mas nesse caso, como explicar a existência de FPR de preço mínimo com interesse anticoncorrencial no mundo real ? A explicação reside no fato de que o FPR de preço mínimo pode ser um instrumento de facilitação de cartéis tanto no mercado *upstream* como no mercado *downstream*. Ou seja, a única forma do FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. Conforme Boulton (1995 p. 401):

“How might FPR be anticompetitive? Two possible explanations hinge on FPR’s being a cover or facilitating device for horizontal price-fixing or a horizontal cartel. One possibility is a cartel among manufacturers that cannot observe each others’ wholesale prices but that can observe retail prices. They may collectively fear that “price wars“ among their retailers may tempt individual manufacturers among them to cut wholesale prices surreptitiously, thereby undermining the cartel. Resale price maintenance would prevent these price wars.

Alternatively, FPR might be motivated by a dealer cartel (among a group of dealers that collectively have market power, if they could succeed in colluding) that find they cannot collude without external help.”

São basicamente duas, as razões para a utilização do FPR de preço mínimo como um facilitador de cartel no mercado *upstream*:

i) os vendedores podem não conseguir ou ter dificuldade em observar os preços recíprocos, mas podem conseguir ou ter mais

facilidade de observar os preços dos seus revendedores como meio de coordenação entre si;

ii) os vendedores podem temer que guerras de preços entre seus revendedores encorajem cada vendedor individualmente a reduzir seus preços, sem que o outro perceba, destruindo o cartel. O FPR preveniria essas guerras de preços.

Há uma razão principal para que o FPR de preço mínimo seja motivado para promover um cartel de revendedores: Quando os mesmos, agindo coletivamente, possuem poder de mercado, mas acreditam não conseguir o grau de coordenação suficiente sozinhos, sem uma ajuda externa. Assim, o monopolista vendedor ou o cartel de vendedores se constituiriam na “ajuda externa” mais óbvia dado:

- i) a sua própria posição de monopolista do empresário ou do cartel frente aos revendedores;
- ii) que o vendedor monopolista ou cartelizado detém muito mais informação sobre cada um dos seus revendedores, tendo em vista que está, frequentemente, transacionando com eles (o que não ocorre normalmente entre os revendedores).

Dessa forma, os revendedores no mercado *downstream* pressionariam o monopolista no mercado *upstream* para servir de “maestro” do cartel. O único problema desse raciocínio, no entanto, é a falta de interesse do monopolista no mercado *upstream* de viabilizar um cartel no mercado *downstream*, dado que o seu lucro cairá, conforme demonstrado no anexo I⁵.

Assim, é preciso supor que o conjunto de revendedores tenha um poder de barganha razoável sobre o vendedor. A variável mais importante para definir esse poder de barganha deve ser provavelmente o custo de saída da relação do vendedor e o(s)

⁵ À exceção de razões pró-eficiência que serão melhor desenvolvidas a seguir.

revendedor (es). E esse custo de saída deve ser diretamente proporcional ao volume de ativos específicos empregados por cada agente como proporção de seu capital total.

Por exemplo, os ativos específicos de uma concessionária de uma determinada montadora são muito mais significativos como proporção de seu capital total do que os da própria montadora em relação à concessionária. Ou seja, o custo de saída da relação por parte da concessionária que opera em escala local deve ser bem maior que o da montadora que opera em escala global. Resta saber como opera essa relação da montadora frente ao conjunto de suas concessionárias reunidas e organizadas.

De qualquer forma, o importante é que sem haver razoável poder de barganha, não há como os revendedores obrigarem o vendedor a aplicar o FPR de preço mínimo para viabilizar o seu próprio cartel de revenda.

Na prática, a falta de poder de barganha do revendedor compreende a grande maioria dos casos de relações entre vendedor e revendedor, onde poderia haver uma acusação de FPR. Note-se que a única justificativa para os revendedores forçarem os vendedores a lhes impor um FPR para que se cartelizem é a falta de capacidade de coordenação entre si. Mas se os revendedores não são coordenados, normalmente, têm pouco poder de barganha conjunto. De outro lado, se houver essa capacidade de coordenação para pressionar o monopolista ou o cartel no mercado upstream, deve ser presumivelmente mais fácil organizar diretamente o cartel do que fazê-lo via FPR com o monopolista upstream como intermediário.

Assim, o caso em que o FPR de preço mínimo serve como facilitador de cartel nos mercados downstream não deve ser usual. Mesmo no caso do FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream, é importante avaliar se não há outros meios mais diretos e ágeis do que o FPR para atingir tal objetivo. Hovenkamp (1993, p. 181) confirma essa presunção:

“ It seems unlikely that either FPR or vertical nonprice restraints are used very often in order to facilitate retailer cartels”.

IIIB) FPR de Preço Mínimo Não Anti-Concorrencial

No entanto, não é apenas visando uma ação anticoncorrencial que o vendedor (ou os vendedores) no mercado upstream está (ão) realizando o FPR de preço mínimo. Esse(s) vendedor(es) pode(m) estar visando incrementar a concorrência entre revendedores em outra dimensão que não a de preços.

Um exemplo da racionalidade pró-concorrencial é a seguinte: Suponha que o vendedor entenda que sua reputação tende a ser muito mais deteriorada por uma qualidade de atendimento ruim do revendedor do que a do próprio revendedor. Nesse contexto, cada revendedor isoladamente teria o incentivo a empreender um comportamento “*free-rider*” e envidar um atendimento ruim (e, portanto, menos custoso) frente ao público, o qual deve ser pouco fiscalizável por parte do vendedor⁶. Hovenkamp (1993, p. 181) apresenta um excelente exemplo a esse respeito no segmento de revenda de computadores pessoais:

“Personal computers ...come in many varieties and are very complex. As a result, most consumers need instruction about what to buy for their own particular needs before they make their purchase decisions. Servicestore is a full service computer outlet. It employs a large number of highly trained salespersons who know a great deal about computers. On the other hand, Bare Bones Computers Inc. is a computer dicounter... At most times the store is staffed by a single salesperson, who knows nothing about computers except the names and the numbers on the boxes.

You are in the market for a personnal computer. You begin your search by goingo to Servicestore and you talk for two hours to a trained employee. The employee shows you a half dozen com-

⁶ Warren-Boulton (1995 p. 401) acentua que apenas em um artigo de 1960 escrito por Telser, se introduz a primeira explicação do RPM relacionado a uma eficiência no sentido de eliminar o possível comportamento free-rider dos revendedores.

puters and printers, describe their capabilities and analyzes your needs. You and the salesperson finally decide which model is optimal for you, and you record the name and the number on a piece of paper. The price for this package is US\$ 1995. Then you tell the salesperson at the Servicestore you will go home and “think about it”. You immediately drive to Bare Bones Computers, show the salesperson the scrap of paper, and she sells you the same package for US\$ 1650.

Both you and Bare Bones took a “free-ride” on the services provided by Servicestore, but for which Servicestore was not able to collect any fees”

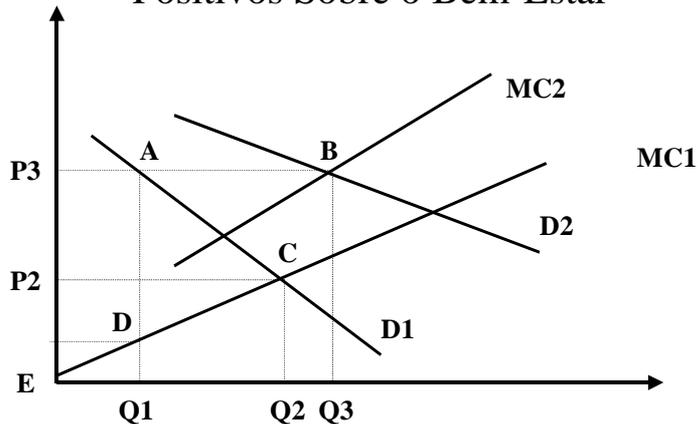
Se o vendedor acredita que o consumidor valoriza relativamente mais a qualidade do atendimento do que preços menores, aos preços e qualidade de atendimento vigentes, pode ser eficiente para ele estimular uma maior concorrência de seus revendedores através de melhor atendimento do que através de preços menores. Ou seja, a concorrência por diferenciação de serviços pode ser melhor do ponto de vista de bem-estar do consumidor (e do lucro do vendedor no mercado upstream) do que de preços em um determinado segmento da curva de demanda, tornando racional a imposição do FPR de preço mínimo⁷.

⁷ Aqui podemos realçar a importância da hipótese de que a reputação é mais importante para o fabricante do que para o revendedor, o que é plausível no exemplo da loja de computadores. Caso contrário, o próprio revendedor, naturalmente, procurará melhorar o seu atendimento. No entanto, essa é uma hipótese normalmente não realçada nos estudos sobre o RPM pró-competitivo, o que lança dúvidas sobre alguns casos encontrados na literatura. Boulton (1996,p. 421), por exemplo, descreve o caso Monsanto-SprayRite de 1984 como típico de livro-texto para ilustrar essa questão: um produto complexo, no qual sua provisão exige um nível mínimo de informações pré-venda. Ora, mas esse caso é bem diferente daquele relacionado com a loja de computadores, em que se consegue as informações em uma loja e se compra na outra. Em se tratando de revenda de herbicidas, estamos frente a um mercado de transações com grande frequência e não “once for all” como naquele exemplo. A hipótese de que a queda na reputação de atendimento do distribuidor é pouco importante parece menos plausível e, nesse caso, a hipótese de comportamento free-rider do distribuidor também, invalidando a própria justificativa do RPM pró-competitivo.

No entanto, como um FPR mínimo pode estimular os revendedores individualmente a aumentarem seu padrão de atendimento?

Gellhorn e Kovacic (1994) apresentam um modelo interessante de concorrência extra-preço proporcionada pelo FPR de preço mínimo. Faremos um versão modificada do mesmo para incorporar o importante suposto de que o ganho com reputação mais do que compensa o mecanismo demonstrado no anexo I de redução do lucro do vendedor no mercado upstream. Ademais, incorporamos a hipótese de que a credibilidade do vendedor é mais afetada pelo atendimento ruim do revendedor do que a do próprio revendedor⁸. Suponha o gráfico 1 abaixo que apresenta as condições de equilíbrio no mercado de revenda (suposto de concorrência perfeita):

Quadro I: RPM com Efeitos Positivos Sobre o Bem-Estar



⁸ Como no resto da literatura pesquisada, os autores não se preocuparam em estabelecer essa hipótese de “deterioração diferenciada de reputações” que, afinal, justifica porque os vendedores apresentam mais interesse em uma boa qualidade de atendimento do que os revendedores e porque esses apresentam um comportamento free-rider.

Antes da introdução do FPR, o equilíbrio concorrencial se dava em “C” com quantidade q_2 e preço p_2 . Agora, suponha que o empresário do mercado upstream fixa o preço de revenda em $P_3 = \text{FPR}$. A demanda total dos revendedores cai para q_1 , mas gerando um lucro positivo do conjunto dos revendedores dado pela área AP3BE. Mas nesse caso, se torna ótimo para cada revendedor individualmente introduzir um elemento diferenciador no atendimento dispensado ao cliente. Ou seja, agora cada revendedor, ao procurar melhorar marginalmente o seu atendimento (o que implica aumento de seus custos), se tornará free-rider em relação aos outros revendedores e não em relação à lógica do vendedor como antes. Uma suposição fundamental desse modelo é que há informação perfeita dos consumidores em relação à qualidade de atendimento de cada revendedor. Ou seja, para preços iguais, o consumidor da loja de computadores do exemplo de Hovenkamp acima preferirá sempre comprar no revendedor com o melhor atendimento, ou seja, na Servicestore.

Ao fazer isso, o revendedor estará deslocando sua curva de demanda particular para cima e para fora e também a sua curva de custo marginal para cima e para a esquerda. Com todos os revendedores fazendo isso, a curva de demanda total na revenda se desloca para cima. Enquanto houver um lucro positivo, no entanto, mantém-se o incentivo ao comportamento “free-rider” dos revendedores entre si no sentido de incrementos marginais na melhoria de atendimento.

Esse incentivo apenas cessará quando os lucros dos revendedores em concorrência se igualarem a zero. Nesse ponto, a curva de demanda terá se deslocado de d_1 até d_2 e sua curva de custo marginal de MC_1 para MC_2 . Observe que esse equilíbrio deve gerar uma quantidade, no mínimo, igual àquela que se observaria sem FPR, para que a mesma faça sentido para o empresário no mercado upstream. Assim, o novo equilíbrio q_3 será maior que q_2 . Como o empresário upstream vende mais e o seu custo marginal é constante (o custo que aumentou foi só o do revendedor) e o seu preço para o revendedor também, o seu lucro aumentou.

Por construção, o bem-estar do consumidor aumentou. Essa conclusão é direta tendo em vista a preferência revelada: Dado que o consumidor comprou q_3 (na combinação de preço $p_3 = \text{FPR}$ e qualidade de atendimento σ_3) maior que q_2 (na combinação $p_2 < p_1$ e qualidade de atendimento $\sigma_2 < \sigma_3$), pode-se dizer que o mesmo está em uma curva de indiferença superior, ou seja, o consumidor mediano “i” apresenta $U_i(q_3, p_3, \sigma_3) > U_i(q_2, p_2, \sigma_2)$.

Gellhorn e Kovacic (1994) sumarizam as três justificativas pró-concorrenciais do FPR preço mínimo mais utilizadas na literatura antitruste:

“1) It may be to a manufacturer’s advantage that the retailers provide effective service to their costumers (e.g. personnal computers) or that the product be better promoted throughout a sales area in order to attract buyers (e.g., comestics and other drug store items). Creating an effective minimum retail price induces dealers to compete more aggressively on non-price criteria such as service (repairs, returns, credit) and promotion (advertising)”.

.....

2) The second beneficial purpose of FPR is to protect the signall of high quality created by a retailer’s approach to doing business

3) A third procompetitive goal of FPR is to facilitate entry by new firms and the introduction of new products. New, unknown firms may face difficulty in persuading store owners to allocate scarce shelf space and investory capacity to stock their goods. New or existing companies seeking to introduce new products may believe that detailed explanations and demonstrations at the point of sale will be essential to attract costumers. Ensuring generous resale margins with FPR can induce retailers to carry a new entrant’s goods or to stock a product early in its life cycle”.

Tom (1994) aduz ainda dois outros argumentos de eficiência normalmente levantados na análise de FPR que apresentam similaridades em relação aos três anteriores:

- primeiro, o argumento da “certificação de qualidade”. Quando um varejista apresenta grande reputação, todo o produto que o mesmo vende se beneficiará dessa reputação. Ou seja, aquele varejista vendendo o produto emite um sinal ao mercado de que aquele produto é de qualidade. Nesse contexto, outros varejistas que costumam dar descontos se beneficiam dessa certificação gratuita, sem incorrer no mesmo custo de construção de imagem pretérita daquele varejista. Com o FPR, os consumidores escolherão entre um varejista que apresenta reputação e outro que não ao mesmo preço;
- segundo, o FPR permitiria ao vendedor desenvolver um amplo e estável sistema de distribuição o que poderia ampliar e/ou reduzir oscilações indesejáveis.

Tendo em vista esses argumentos, Gelhorno e Kovacic (1994) citam uma interessante “regra de bolso” de Blair e Kaserman acerca das possibilidades de identificação de que tipo de FPR de preço mínimo se trata, pró ou anti-concorrencial. Conforme os autores, a análise do FPR preço mínimo por razões de eficiência apresenta um claro viés no sentido do incremento da produção, o que pode ser observado no gráfico 1 do exemplo dado acima. Por outro lado, quando se tratar de ação cartelizada, seja no mercado upstream seja no downstream, a tendência natural é de redução da produção⁹.

Dado que há uma série de outras variáveis influenciando nos resultados de produção, basear-se nesse tipo de evidência, de maneira mais robusta, irá requerer exercícios econométricos onde entrem, no mínimo três variáveis: 1) uma variável que capte os movimentos de curto prazo da demanda agregada; 2) uma variável de tendência para captar o movimento de longo prazo da demanda do produto e;

⁹ Esse ponto é destacado também por Boulton (1996, p. 413).

3) uma série de dummies após a introdução do FPR, isolando os efeitos do FPR sobre produto¹⁰.

Enfim, o mais razoável é que a própria característica do produto já ofereça algumas pistas sobre a diferenciação entre FPR pró e anti-competitivo. Segundo Hovenkamp (1993, p. 183), o controle do problema do free-rider pelo vendedor no mercado upstream pode ser feito via controle direto da atividade de revenda no downstream, via FPR ou via restrições territoriais na revenda. A utilização do FPR seria mais eficiente quando o número de pontos de venda do produto é suficientemente grande, tornando mais difícil para o vendedor assumir a atividade de revenda. O controle do comportamento free-rider na revenda em itens de baixo preço deve estar incluído nessa lógica.

A análise procedida acima reforça o ponto que o FPR de preço mínimo deve ser sempre analisado pela regra da razão, buscando avaliar a possibilidade de sua utilização não anti-concorrencial.

IV) FPR Preço Máximo

Antes de tudo, é fundamental esclarecer quais os interesses do empresário monopolista no mercado upstream de fazer um FPR de preço máximo. Para isso, apresentamos no anexo II, a demonstração matemática de que só haverá interesse para o monopolista no mercado upstream fixar um FPR máximo, se os revendedores conjuntamente tiverem algum poder de mercado e exercerem preços acima dos níveis de concorrência na revenda¹¹. Isso porque o preço máximo que o vendedor racionalmente irá fixar para o revendedor será o preço de concorrência perfeita no mercado de revenda.

¹⁰ Observe-se que esse efeito não vale por todo o período de tempo posterior ao RPM, mas apenas para algum curto período quando o produto estará respondendo à introdução do RPM. Se o RPM estiver mudando, as dummies devem ser trabalhadas nesse sentido.

¹¹ O anexo II segue de perto o mesmo modelo de Tirole (1988) que estamos adaptando à análise de RPM do anexo I.

Essa conclusão se deriva do mesmo raciocínio associado ao problema conhecido na literatura de organização industrial de “*double-marginalization*”: pior do que um monopólio, é a existência de dois monopólios sucessivos na cadeia produtiva e/ou de comercialização não integrados. O vendedor no mercado *upstream* fixar um preço máximo para o(s) revendedor(es) equivale a uma integração vertical dos dois monopólios, com aquele aumentando seu lucro em detrimento do lucro de seu revendedor

O aumento de lucro se deriva do fato que a margem do revendedor no mercado *downstream* equivale, do ponto de vista do vendedor no mercado *upstream*, a mais um item do custo total de distribuição do produto. Assim, quanto maior for sua magnitude, menor tende a ser o lucro do vendedor no mercado *upstream*. Assim, estabelecer um FPR máximo equivale a reduzir um custo de distribuição do empresário no mercado *upstream*. Por isso, o FPR máximo irá equivaler aos preços de revenda em concorrência perfeita¹².

O importante a reter desse raciocínio é que o empresário no mercado *upstream* tem interesse de evitar que o eventual cartel no mercado *downstream* ou o monopolista na revenda exerçam seu poder de mercado, forçando o preço máximo de revenda ao preço de concorrência perfeita na revenda. Nesse caso, o bem-estar do consumidor final aumenta com menores preços e maiores quantidades e o lucro do monopolista *upstream* também se eleva em detrimento dos lucros dos revendedores *downstream*.

Há duas hipóteses, no entanto, nas quais o FPR de preço máximo poderia ser considerado anticoncorrencial.

Primeiro, o monopolista no mercado *upstream*, visando dominar também os mercados *downstream*, poderia fixar um preço

¹² Nas palavras de Hovenkamp (1993): “In the vast majority of cases, however, it is very difficult to understand why the supplier would want to do so. The retailer’s mark-up is a distribution cost to the manufacturer: the more profit retailer makes from a particular product, the less profit will remain for the manufacturer” .

de revenda abaixo do custo marginal de seus revendedores. Nesse caso, o vendedor estaria se utilizando de seu monopólio no mercado upstream para também obter um monopólio no mercado downstream. Isso, sem dúvida, poderia ser verdade, denotando uma mudança na orientação de trabalhar com revendedores e vender diretamente ao consumidor o seu próprio produto. O empresário upstream então faria uma prática equivalente à “recusa de negociação” (*refusal to deal*).

Nesse caso, o efeito da extensão do monopólio upstream para o downstream pode ter dois efeitos, um positivo e outro negativo. O primeiro efeito se deriva do fato que o aumento dos lucros do empresário upstream resulta de uma redução de preço no mercado downstream após a integração, conforme o raciocínio do modelo de “double-marginalization”. Esses lucros serão, inclusive, superiores à soma dos lucros dos dois monopólios sucessivos anteriores agindo isoladamente. Além disso, sempre é possível haver outras eficiências derivadas da integração vertical em termos de qualidade, investimento etc...

O segundo efeito diz respeito ao aumento das barreiras à entrada no próprio mercado upstream. Agora, um eventual novo entrante deverá arcar com os requerimentos de capital tanto no mercado upstream quanto no mercado downstream. Antes da integração vertical, supondo não existirem acordos de exclusividade impostos pelo(s) empresário(s) do mercado upstream, o novo entrante poderia se favorecer da rede de distribuição já montada.

A segunda hipótese¹³ diz respeito às possíveis implicações horizontais da conduta. O vendedor, por intermédio do FPR, pode impor um preço predatório no intuito de eliminar seus concorrentes. Neste caso, o produto é vendido ao revendedor a um preço abaixo de seu custo (marginal ou médio) e assegura que essa redução será repassada ao consumidor, evitando que os revendedores se apropriem da margem de monopólio ao qual o vendedor está abrindo mão no curto prazo através de um FPR

¹³ Essa hipótese foi levantada pelo assessor Alexandre Gheventer.

máximo. Assim, a hipotética empresa predadora vende o produto a preços abaixo de seus custos aos revendedores e usa seu poder de mercado, fixando um preço máximo de revenda, com o objetivo de forçá-los a seguir sua política agressiva de preços. Nessa segunda hipótese, a análise do FPR de preço máximo conterà fortes elementos da análise de preço predatório.

Assim, a dominação do mercado downstream pode apresentar elementos de aumento e de redução do bem-estar conjuntamente, cabendo à agência de concorrência ponderar custos e benefícios.

A despeito da análise acima, a jurisprudência americana também estendeu os regramentos de violações “per se” do FPR preço mínimo para o FPR preço máximo no caso *Albrecht v. Herald Co.* em 1968. Segundo Gellhorn e Kovacic (1994), os tribunais argumentaram que:

“agreements to fix maximum prices, no less than those to fix minimum prices, cripple the freedom of traders and thereby restrain their ability to sell in accordance with their own judgment”

Os autores fazem questão de destacar o equívoco da visão das cortes nesse caso, baseado no exposto acima (especialmente pelo fato do revendedor possuir poder de mercado):

“ The complaining distributor in Albrecht had an exclusive territory in which it alone delivered the defendant’s paper. Unless otherwise constrained, the distributor could exploit its exclusive franchise by charging a monopoly price for newspaper subscriptions within its territory. The supracompetitive price would depress circulation, causing the publisher to loose subscription revenues and, more important, to reduce advertising rates which were pegged to total circulation.... Maximum FPR helped the publisher prevent the distributor from setting prices that reduced the output of the newspaper”.

Ou seja, os autores sugerem que a decisão das cortes ao proibir o FPR preço máximo foi de, inequivocamente, reduzir o bem estar. Ademais, os autores acrescentam ainda mais um efeito negativo da decisão:

“By denying manufacturers the use of maximum FPR to constrain opportunism by dealers with exclusive territories, Albrecht creates an artificial bias favoring the substitution of vertical integration for contractual distribution arrangements. Thus, firms may resort increasingly to vertical integration, even though the cost of doing so exceeds the cost they would incur if such firms could enforce maximum FPR contracts”.

Isso é claramente gerador de ineficiência produtiva. Por outro lado, a jurisprudência americana mais recente já tende a relativizar a aplicação da regra per se na prática de FPR preço máximo. Segundo Gellhorn e Kovacic (1994):

“the practical impact of this rule in private treble damage litigation was attenuated severely in Atlantic Richfield Comunidade. v. USA Petroleum Comunidade de (1990) (Arco). In Arco the Supreme Court ruled that the plaintiff gasoline retailer failed to establish compensable antitrust injury by alleging that a competitor and its refiner/supplier agreed to set a non-predatory maximum resale price for gasoline. In the court’s view, only a predatorily low maximum price could cause the requisite antitrust injury-harm that results from reduced competition and not simply from the diminished profits of individual market participants. If the maximum price were set relatively high, the plaintiff would be better off because it could undercut its rival’s high price and capture more sales. If the maximum prices were set at low but nonpredatory levels, the plaintiff might lose sales or be forced to reduce its margins, but only because the defendant was behaving in ways that benefit consumers by providing low prices”

Assim, a jurisprudência americana, pelo menos no que tange a FPR de preço máximo, considerou uma regra bem mais flexível no início da década de noventa. Em um recente caso da State Oil

Comunidade. -Khan de 1997, a Suprema Corte reafirma o abandono da regra *per se* para FPR de preço máximo do caso Albrecht, contrariamente ao entendimento da *Seventh Court*, consagrando o uso da regra da razão:

“Because Albrecht has been widely criticized since its inception, and the views underlying it have been eroded by this court’s precedent, there is not much of that decision to salvage.... In overruling Albrecht, the court does not hold that all vertical maximum price fixing is per se lawful, but simply that it should be evaluated under the rule of reason”

Essa jurisprudência parece caminhar na linha de apenas contestar a prática quando haja um comportamento eminentemente predatório de fixar margens de lucro muito apertadas (ou até negativas) no mercado downstream e estender o poder de mercado do upstream a esse último. Assim, a rigidez do tratamento do RPM de preço mínimo pelas Cortes americanas descrito na seção II não parece estar sendo, automaticamente, estendido para o RPM de preço máximo.

No Brasil, também no caso do FPR preço máximo, cabe relativizar os efeitos do FPR máximo sobre bem-estar. Mais do que isso, a utilização do FPR preço máximo como redutor de bem-estar parece bem menos plausível que o FPR preço mínimo associado com a cartelização, o que deve ser levado em consideração na análise da agência de defesa da concorrência.

V) FPR de Preço Fixo

O FPR de preço fixo sempre pode ser tratado como uma forma degenerada dos outros dois tipos acima estudados, valendo as mesmas conclusões. Se o preço de equilíbrio dos revendedores sem FPR de preço fixo for menor (maior) que o valor fixado, toda análise do FPR de preço mínimo(máximo) pode ser reproduzida aqui.

Assim:

1.se o preço fixo for menor que o preço de equilíbrio ao consumidor final ou a terceiros sem FPR máximo, o mesmo funciona exatamente na lógica de FPR preço máximo¹⁴.

2.se o preço fixo for maior que o preço de equilíbrio ao consumidor final ou terceiros sem FPR mínimo.

Torna-se fundamental, portanto, definir qual o procedimento da agência antitruste para definir se o preço fixo pode ser analisado como FPR máximo ou mínimo.

O método mais simples é comparar o preço fixo determinado e o *preço praticado no mercado* em um período imediatamente anterior à introdução do FPR. Como preço praticado no mercado, entenda-se o preço médio sobre um período suficientemente longo (pelo menos 1 ano).

VI) Sugestão de Preço de Revenda (SPR) e Consignações

O SPR constitui uma sugestão de preços de revenda sem qualquer tipo de punição dos revendedores no mercado *downstream* frente aos vendedores no mercado *upstream* ou mesmo dos revendedores entre si. Apenas se constata que a prática é de SPR se não houver qualquer indício da existência de mecanismos de punição explícitos ou mais velados para comportamentos desviantes do(s) revendedor(es) no mercado *downstream* daqueles preconizados pela regra imposta pelo vendedor no mercado *upstream*.

Observe-se que a tendência natural da agência é apenas investigar a existência ou não de mecanismos mais explícitos de

¹⁴ Nesse caso, apenas poderá gerar danos ao bem-estar do consumidor, se o valor agregado na produção *downstream* for suficientemente alto.

punição para comportamentos desviantes. No entanto, esse procedimento deixa de lado a avaliação de mecanismos de punições mais velados que, possivelmente, são os mais usuais. Por exemplo, no caso de cartéis, as punições para comportamentos desviantes tendem a ser muito mais relacionadas com ameaças críveis de guerra de preços. Como o FPR de preço mínimo é intrinsecamente ligado à cartelização, é preciso que a investigação não se prenda apenas às punições mais visíveis como recusa de venda ou preços maiores ao revendedor desviante.

Assim, tudo recai em um problema de definição. Se definirmos o FPR de forma suficientemente ampla (o que equivale a definir o SPR de forma suficientemente estrita), o SPR nunca poderá ser anticoncorrencial. Mesmo que não hajam mecanismos de punição explícitos para comportamentos desviantes, podem haver outras formas mais veladas de punição. Alguns exemplos de mecanismos de punições são listados abaixo:

A) recusa de negociação pelo vendedor no mercado *upstream*;

B) elevação discriminatória de preços ou não concessão de descontos habituais pelo vendedor no mercado *upstream*;

C) quaisquer outras práticas discriminatórias pelo vendedor no mercado *upstream*;

D) bloqueio das redes de distribuição do produto pelos outros revendedores no mercado *downstream*;

E) possibilidade de início de uma guerra de preços pelos outros revendedores no mercado *downstream*;

F) Possibilidade de guerra de preços no mercado *upstream*. Essa possibilidade asseguraria o interesse de cada vendedor no FPR de seus revendedores.

É importante ter claro que, em muitos casos, o FPR pode estar simplesmente com uma roupagem de SPR. Nesse caso, mesmo que o mesmo se intitule como “sugestão de preços”, o que importa são os seus efeitos econômicos relacionados com o sistema de “penalidades” existentes, podendo se constatar um FPR disfarçado

de SPR. Insista-se que “penalidades” ou “punições” devem ser termos compreendidos de forma bem ampla, buscando qualquer tipo de comportamento dos concorrentes ou do(s) vendedor(es) que possam trazer prejuízos ao revendedor em razão de comportamentos desviantes.

Assim, ao estabelecer esse procedimento de definir o SPR de forma mais estrita que o usual, chegamos à conclusão que o mesmo nunca poderá ser anticompetitivo.

Vejamos a possibilidade de um cartel viabilizado por um FPR. Suponha que não há qualquer possibilidade de punição identificada. Nesse caso, qual é a racionalidade de cada agente continuar atuando na lógica de preços do cartel?

Em linguagem de teoria dos jogos, sabemos que, por definição, o equilíbrio com cartel não é um equilíbrio de Nash para um jogo simultâneo não repetido. Se no jogo repetido infinitamente um jogador do cartel tem certeza de que nenhum outro jogador jogará uma regra diferente de preços do cartel em razão dele ter desviado do comportamento acordado através de um FPR e não houver qualquer outro tipo de retaliação, torna-se completamente irracional, do ponto de vista individual, manter-se na regra do FPR. Isso porque um pequeno desconto no preço sempre poderá ampliar mais que proporcionalmente suas vendas e gerar um lucro maior. Assim, por definição, o mesmo será um SPR e nunca conseguiria viabilizar um cartel supondo comportamentos racionais dos agentes.

Cabe destacar que avaliar a possibilidade de retaliação muitas vezes implica analisar a credibilidade da ameaça de punição. Uma das variáveis fundamentais para definir a credibilidade da ameaça de punição é a própria capacidade de fiscalização do cumprimento do FPR. Se essa capacidade é reduzida, a possibilidade de retaliação de comportamentos desviantes é baixa e o incentivo a desviar-se é alto. Assim, havendo uma baixa capacidade de fiscalização, maior será possibilidade de se tratar de SPR e não de FPR.

Assim, por exemplo, no caso em que existe uma infinidade de revendedores, deve ser mais difícil haver uma capacidade de fiscalização minimamente satisfatória. No entanto, é importante assinalar que não é apenas o número de revendedores que importa para definir a capacidade de fiscalização dos vendedores no mercado *upstream*. Outras variáveis, como uma elevada distância geográfica entre os revendedores podem também ser fundamentais.

Além disso, a presença de poder de mercado do agente que se propõe a impor a punição sobre o agente a ser “ameaçado” é fundamental. Nesse contexto, são importantes os dados mais convencionais da análise antitruste como o grau de concentração, as barreiras à entrada e o poder de barganha. Quanto a este último, a existência de ativos específicos pode ser uma informação fundamental para definir a credibilidade da punição pela ameaça de saída da relação.

Apenas através de algum mecanismo de punição qualquer, seja do vendedor no mercado *upstream*, seja dos outros revendedores no mercado *downstream*, é que o cartel se torna estável em uma típica lógica de jogo repetido¹⁵.

Mas então qual seria a racionalidade do SPR? Entendemos que duas justificativas são possíveis. Primeiro, quando se tratarem de preços sugeridos estampados na embalagem de um produto, deve haver uma racionalidade próxima à do FPR de preço máximo: O(s) vendedor(es) no mercado *upstream* deseja(m) reduzir a capacidade dos revendedores no mercado *downstream* de exercer seu poder de mercado (se houver), provendo maior grau de informação ao consumidor acerca do preço competitivo do bem. Isso tende a reduzir o preço no mercado *downstream*, aumentar o bem-estar dos

¹⁵ E mesmo assim, as taxas de desconto dos jogadores devem ser suficientemente baixas, ou seja, o futuro deve ser quase tão importante quanto o presente para os jogadores, fechando o espaço para ganhos por comportamentos oportunistas. Para um modelo mais completo sobre as condições que garantem o resultado de cartel em um jogo repetido através de uma ameaça de guerra de preços em oligopólio, ver Mas Collet et alii (1995, p. 400 a 402).

consumidores e aumentar os lucros do vendedor no mercado upstream.

Segundo, o preço sugerido pode simplesmente estar aumentando as informações dos próprios revendedores. Isso é válido especialmente quando há uma infinidade de bens a serem revendidos (por exemplo, autopeças) e é difícil para o revendedor no mercado downstream ter parâmetros de quanto cobrar em cada um.

Assim, o efeito do SPR para efeito de bem-estar será, em geral, ou inócuo ou positivo.

Enfim, o SPR pode ter outros objetivos. Uma razão importante para a existência de SPR no Brasil, por exemplo, está relacionada, em alguns casos, à figura do contribuinte substituto. Nesse caso, a tabela de preço sugerido apresenta uma função importante como parâmetro para que operem os mecanismos de substituição tributária. Os valores presumidos para a cobrança do imposto são baseados na tabela de preços sugeridos, que pode inclusive se tornar obrigatória, a depender da legislação de ICMS de cada Estado. Esses são fatores importantes na diferenciação de SPR e FPR.

Obviamente que a mera existência de outros objetivos não afasta a possibilidade de objetivos também anticoncorrenciais, o que deve ser avaliado. Nesse exemplo do contribuinte substituto, por exemplo, a existência do próprio mecanismo cria incentivo para os revendedores revelarem ao vendedor no mercado upstream quais os seus preços efetivos, de forma a receberem a diferença do valor arrecadado, quando fizerem descontos sobre o preço sugerido. Ou seja, os mecanismos de substituição tributária permitem forte fiscalização do cumprimento do FPR, caso haja interesse por parte do vendedor no mercado upstream em fazê-lo.

É importante nessa seção também mencionar um caso particular de FPR que não deve ser considerado conduta anticompetitiva: o caso de venda em consignação. Nesses casos, o risco da não venda é do vendedor e não do revendedor. Assim, muitas vezes será importante que o próprio vendedor fixe o preço

de revenda, dado que a redução na demanda derivada de um preço muito alto, por exemplo, se faria sentir nele e não no revendedor. Nos EUA, segundo Hovenkamp (1993, p. 185), o primeiro caso de FPR em contratos de consignação foi o da General Electric em 1926, tendo a Suprema corte decidido que o mesmo não poderia ser considerado abusivo.

No entanto, é importante notar que essa exceção não é absoluta. Hovenkamp (1993, p. 186) destaca que podem haver casos onde, claramente, há uma reestruturação do contrato para que o mesmo pareça de consignação justamente para fugir à aplicação da legislação antitruste. A jurisprudência americana se refere ao caso Simpson-Union Oil de 1964, onde a Suprema Corte desaprovou o acordo com base no fato de que no acordo, apesar da propriedade da gasolina permanecer com o refinador, o risco da não venda era dos postos de gasolina. Ou seja, na prática, o contrato não apresentava a característica básica da consignação que é a manutenção do risco de não venda com o vendedor upstream.

VII) Avaliação de Indícios Econômicos de FPR

Os indícios econômicos podem servir a três propósitos: i) avaliar a estrutura de mercado no qual ocorre o FPR, onde utilizaremos as *Vertical Restraints Guidelines* do Departamento de Justiça Americano de 1985; ii) avaliar o efeito altista do FPR de preço mínimo sobre o preço do produto e; iii) a indução à uniformização de preços o que corresponderia a uma ação concertada em decorrência da introdução do FPR.

i) Avaliação da Estrutura do Mercado

A análise é similar à realizada com o HHI nas Diretrizes de concentrações horizontais da FTC-DOJ. As diretrizes para restrições verticais não-preço dos EUA, mesmo já rescindidas em 1994, fornecem parâmetros importantes que podem ser adaptados à análise de FPR. Seguindo a síntese de Hovenkamp (1983, p. 190-191), podemos, inicialmente introduzir as seguintes definições:

i) O Índice de Restrição Vertical (IRV) dado pela soma dos quadrados das participações de mercado dos agentes que impõem o FPR;

ii) O Índice de Cobertura (IC) dado pelo percentual do mercado coberto pela restrição.

Segundo as regras daquelas diretrizes, não seria necessário prosseguir na análise dos efeitos anticoncorrenciais da restrição se qualquer um dos seguintes eventos acontecerem:

a) a firma ou conjunto de firmas que impõe(m) a restrição possuem menos que 10% do mercado que operam;

b) o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1200 e o IC menor que 60%;

c) o IRV e o IC de ambos os mercados upstream e downstream são menores que 1200 e 60% respectivamente;

d) baixas barreiras à entrada no mercado upstream.

Tendo em vista:

- que a principal motivação do FPR para fins anti-concorrenciais está associada ou a cartel nos mercados upstream e/ou downstream (FPR de preço mínimo) ou a uma estratégia de extensão do poder de mercado do upstream para o downstream ou de preços predatórios no mercado upstream (FPR de preço máximo);

- os dispositivos da lei brasileira referentes ao artigo 20 da Lei 8.884/94;

- a distinção apresentada entre as análises de FPR de preço mínimo e preço máximo.

Faria sentido reformatar aquelas condições na seguinte forma:

Não seria necessário prosseguir na análise dos efeitos anticoncorrenciais da restrição se qualquer um dos seguintes eventos, mesmo isoladamente, acontecerem:

a) a firma ou conjunto de firmas que impõem a restrição possuem menos que **20%** do mercado relevante que operam de acordo com o parâmetro de presunção de posição dominante estabelecida no artigo 20 da Lei 8.884/94;

b) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream ou FPR de preço máximo, o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1800 e o IC menor que 60%;

c) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream:

- o IRV do mercado da(s) firma(s) que impõem a restrição é menor que 1800 e o IC menor que 60% ou;
- o IRV do mercado da(s) firma(s) que são restritas é menor que 1800 e o IC menor que 60%.

d) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado upstream ou FPR de preço máximo, baixas barreiras à entrada no mercado upstream;

e) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream, baixas barreiras à entrada no mercado upstream e no mercado downstream;

f) no caso de se tratar de um FPR de preço mínimo como facilitador do cartel no mercado downstream, baixo poder de

barganha do revendedor (ou grupo de revendedores) frente ao(s) vendedor(es) no mercado upstream.

Observe que a não satisfação de qualquer uma dessas hipóteses não implica haver conduta anticoncorrencial. Significa tão somente que a análise da conduta não pode ser, sumariamente, encerrada em uma fase preliminar da avaliação da conduta.

ii) avaliação do efeito altista do FPR de preço mínimo sobre o preço do produto

Cabe observar a evolução média dos preços do bem ou serviço sujeito a FPR comparado com a evolução média de algum índice de preços da economia antes e depois da introdução do FPR. Se possível, um teste de hipótese estatístico de igualdade de médias dos preços do produto antes e depois da introdução do FPR é desejável.

iii) avaliação de indução à uniformização de preços pelo FPR

É importante estudar a evolução da dispersão dos preços do bem ou serviço sujeito a FPR antes e depois da introdução do mesmo. As medidas de dispersão clássicas como variância, desvio padrão e coeficiente de variação podem ser utilizadas. Também poderia caber um teste de hipótese estatístico de igualdade de dispersão dos preços do produto ou serviço antes e depois da introdução do FPR.

É fundamental observar que os testes de ii e iii devem se referir a períodos iguais antes e depois da introdução do FPR de, no mínimo, 1 ano. Ou seja, exige-se nesse caso uma amostra de pelo menos mais de dois anos. Ademais, a conclusão de que as médias ou dispersões podem ser iguais nos dois períodos não invalida a hipótese do mesmo ser anticoncorrencial. Trata-se de uma informação a mais no processo para reforçar ou não as conclusões. O artigo 20 da Lei 8.884/94 deixa claro ser

desnecessário que os efeitos sejam alcançados e, portanto, não torna obrigatório obter um teste estatístico positivo para se provar a conduta de FPR.

VII) Conclusões

Depreende-se do exposto que as condições para que se conclua pela existência de condutas abusivas no caso de FPR, à luz da regra da razão, tendem a ser mais estritas do que sugere o apelo intuitivo inicial da avaliação desse tipo de conduta.

As principais condições necessárias para que o efeito do FPR seja negativo do ponto de vista do bem-estar são as seguintes:

i) seja FPR de preço mínimo ou FPR de preço fixo com efeito de preço mínimo. Nesse caso, é crucial estabelecer uma relação causal direta do FPR com um desejo de coordenação cartelizante ou no mercado *downstream* a ser patrocinado pelo empresário no mercado *upstream* ou no próprio mercado *upstream*;

ii) seja FPR de preço máximo ou o FPR de preço fixo com efeito de preço máximo no caso em que o vendedor esteja pretendendo estender seu poder de mercado ao *downstream* ou realizar preços predatório contra seus concorrentes no mercado *upstream*. Mesmo assim, no primeiro caso, cabe ainda demonstrar que o FPR que vise a dominação dos mercados *downstream* pelo vendedor no mercado *upstream* gera mais custos do que benefícios, segundo a análise procedida acima. No segundo caso, cabe uma análise das condições de existência de preço predatório e que essa conduta gere efeitos negativos sobre bem-estar.

Anexo Matemático

Proposição 1: Nenhum monopolista vendedor individual aufere vantagens de natureza anti-concorrencial, caso envide um FPR de preço mínimo a seus revendedores.

Prova:

Assuma que a curva de demanda final do produto é a seguinte:

$$D(p) = 1 - p \quad (1)$$

Suponha que o monopolista no mercado upstream trabalha com custo marginal contante “c”, tal que $c < 1$

Seja “Lv” o lucro do monopolista upstream e “Lr” a soma dos lucros dos revendedores no mercado downstream. Primeiro, suponha que o vendedor e os revendedores tomam decisões isoladas de preços, ou seja, não há qualquer prática de FPR. Suponha que o único custo variável do revendedor seja o preço cobrado pelo vendedor (pw).

Primeiro, suponha que os revendedores estão agindo em concorrência perfeita entre si. Nesse caso, a condição de equilíbrio é preço igual a custo marginal na revenda:

$$p(\text{preço na revenda}) = p_w (\text{preço do vendedor}) \quad (2)$$

Substituindo em (1)

$$D(p) = 1 - p_w \quad (3)$$

Assim, o lucro de cada revendedor será:

$$Lr = (1-pw)*(p-pw) = 0 \quad (4)$$

O problema do vendedor monopolista será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(D(p))] \quad (6)$$

pw

Substituindo (3) em (6), o problema do vendedor será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c) (1-pw)] \quad (7)$$

pw

$$pw = (1+c)/2 = p \quad (8)$$

Substituindo (8) em (3):

$$D(p) = 1 - (1+c)/2 = (1-c)/2 \quad (9)$$

O lucro do vendedor será o seguinte:

$$Lv = ((1-c)/2)*((1-c)/2) = (1-c)^2/4 \quad (10)$$

Agora suponha que o vendedor monopolista introduza um FPR de preço mínimo p^* de forma que:

$$p^* = pw + e \quad (11)$$

sendo $1-pw > e > 0$.

Substituindo em (1) temos o seguinte:

$$D(p) = 1 - p^* = 1 - p_w - e = 1 - (1+c)/2 - e = (1-c-2e)/2 \quad (3')$$

obs: $D(p) \geq 0$ o que gera, por hipótese, que $0 < e < 1 - p_w$. De outra forma, o FPR geraria uma demanda negativa, o que não faz sentido econômico.

O problema do vendedor monopolista será:

$$\text{Max} [(p_w^* - c)(D(p))] \quad (6)$$

p_w^*

Substituindo (3') em (6):

$$\text{Max} [(p_w^* - c)(1 - p_w^* - e)] \quad (12)$$

p_w^*

$$p_w^* = (1 + c - e)/2 \quad (13)$$

Veja que como $1 + c > 1 - p_w > e$, o que garante não termos um preço negativo. Assim, o novo lucro do monopolista com FPR de preço mínimo será:

$$Lr' = (1 - (1 + c - e)/2 - e) * [(1 + c - e)/2 - c] = (1 - c - e)^2/4 < (1 - c)^2/4 = Lr$$

Ou seja, qualquer iniciativa do monopolista vendedor de impor um FPR de preço mínimo sobre os seus revendedores reduz o seu lucro, o que não é racional ficando provada a proposição.

Anexo 2 -

Proposição 2: Todo Monopolista no mercado upstream terá algum interesse em realizar um FPR de preço máximo no mercado downstream, caso seus revendedores tenham algum

poder de mercado que faça os preços de revenda superiores ao que seria dado ao nível de concorrência perfeita na revenda. (PS: supondo que os consumidores preferem, no trecho relevante da curva de demanda, preços menores a atendimento melhor - Ver seção III.2). Se os revendedores já estiverem se comportando de acordo com concorrência perfeita na revenda, a introdução do FPR máximo será inócua para o monopolista upstream.

Prova:

Suponha o caso em que os revendedores estão agindo coordenadamente ou existe apenas um revendedor monopsonista e monopolista na revenda que escolhe sua regra de preços: Supondo as mesmas hipóteses de custo marginal constante do(s) revendedor(es) igual a p_w e a mesma curva de demanda, o seu problema será o seguinte:

$$\text{Max } [(p-p_w)(D(p)) \quad (2'')$$

p

Substituindo (1) em (2'')

$$\text{Max } [(p-p_w)(1-p)) \quad (2''')$$

p

$$p = (1+p_w)/2 \quad (3'')$$

Substituindo em 1, obtemos:

$$D(p) = q = (1-p_w)/2 \quad (4'')$$

O lucro do revendedor será o seguinte:

$$L_r = [(1-p_w)/2]^2 \quad (5'')$$

O problema do vendedor passa a ser o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(D(p))] \quad (6'')$$

pw

Substituindo (4'') em (6''), o problema do vendedor será o seguinte:

$$\text{Max } [(pw-c)(1-pw)/2] \quad (7'')$$

pw

Assim,

$$pw = (1+c)/2 \quad (8'')$$

Substituindo para “p” em “3'''”, temos o seguinte:

$$p = (((1+c)/2) + 1)/2 = (3+c)/4 \quad (9'')$$

$$q = 1 - (1+2+c)/4 \quad (10'')$$

Agora vamos supor que o vendedor e os revendedores agem integrados através de uma prática de FPR. Nesse caso, a variável de escolha do vendedor não é mais Pw , o preço cobrado do revendedor, mas “P”, o preço do revendedor que agora supõe-se estar sob o seu poder. Assim:

$$\text{Max } [(p-c)(1-p)] \quad (11'')$$

p

Dessa forma:

$$p = (1+c)/2 \quad (12'')$$

Observe que $12''$ é exatamente a mesma expressão de (8) que era a regra de fixação de preços dos revendedores em concorrência perfeita sem FPR. O exercício relevante agora é comparar o preço sem FPR em $9''$ e o preço com FPR em $12''$. É importante estabelecer qual a condição para que o preço com FPR seja maior do que sem FPR, o que implicaria redução de bem estar para o consumidor com a prática:

Seja o preço final sem FPR igual a PSFPR e o preço com FPR igual a PCFPR. Assim:

$$PSFPR = (3+c)/4$$

$$PCFPR = (1+c)/2$$

Para que $PCFPR > PSFPR$

$$(1+c)/2 > (3+c)/4$$

$$2(1+c) > (3+c)$$

$$c - 1 > 0$$

$$c > 1$$

No entanto, nossa hipótese inicial era de que $c < 1$. Ou seja, $PSFPR > PCFPR$ e a prática do FPR ótimo para o monopolista upstream reduz os preços praticados pelo(s) revendedor(es) se estes estiverem acima do preço de concorrência perfeita¹⁶. Observe que o

¹⁶ Observe-se que não poderia ser de outra forma pois a expressão dos lucros são as seguintes:

monopolista upstream pode, nesse modelo, tanto estabelecer o FPR com preço máximo como o FPR preço fixo nesse valor. Isso porque como não faria sentido os empresários no mercado downstream fixarem um preço abaixo do custo marginal, o resultado seria o mesmo.

Assim, sendo $c < 1$, por hipótese, a prática de FPR preço máximo ou fixo gera um preço menor e quantidades maiores, gerando aumento do bem-estar do consumidor.

Bibliografia

Gellhorn, E., Kovacic, W.E.: “Antitrust Law and Economics”. Fourth Edition . West Publishing Co 1994.

Hovenkamp, H.: “Antitrust” . Black Letter Series West Publishing Co 1993.

Mas-Collel A., Whinston, M.D, and Green, J.R: “Microeconomic Theory”. Oxford University Press, 1995.

$$L_{msrpm}(\text{Lucro do vendedor upstream sem RPM}) = (1-c)^2/8$$

$$L_{csrpm}(\text{Lucro do revendedor monopolista sem RPM}) = (1-c)^2/16$$

$$L_{cmccrpm}(\text{Lucro do vendedor mais revendedor com RPM}) = (1-c)^2/4$$

Ou seja, se $c > 1$, que é a condição para que o preço final com RPM seja maior que sem RPM, então os lucros são negativos, o que não é uma hipótese desejável.

Supreme Court of The United States: “State oil Comunidade v. Khan et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit”. November, 1997.

Tirole, J: “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press. 1988.

Tom, W.K.: Vertical Price Restraints. www.usdoj.gov . April, 1994.

Viscusi,W.K., Vernon,J.M., Harrington,J.E.: “Economics of Regulation and Antitrust”. Second Edition The MIT Press. 1995.

Boulton-W.F.R.: Resale Price Maintenance Reexamined: Monsanto v. Spray-Rite(1984). In “The Antitrust Revolution”. Kwoka. 1994.

O MONOPÓLIO, A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*Marcos Vinício Chein Feres**

Sumário

Introdução

1 O mercado e a análise econômica do Direito

2 Concorrência e eficiência econômica

3 O monopólio e a análise econômica do Direito

4 Poder de monopólio na perspectiva da análise econômica do Direito

Conclusão

Bibliografia

Introdução

À primeira vista e, sobretudo, numa visão limitada do horizonte jurídico, o poder econômico privado é sombra que coloca em perigo a liberdade individual e o bem-estar coletivo. No entanto, já não se pode mais recusar a convivência com o agigantamento empresarial que nada mais é do que consectário lógico do sistema econômico capitalista. Por isso, acusar a concentração de pôr fim à liberdade de concorrência significa criar contradição profunda entre dois dos grandes alicerces do capitalismo moderno.

Com intuito de conciliar essas estruturas, urge estudar o monopólio, numa perspectiva econômica, definindo, pois, os lindes para uma efetiva concorrência entre pequenas, médias e grandes empresas. Assim, parte-se para um aprofundamento da relação entre mercado e análise econômica do Direito, destacando-se o

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

papel daquele na estrutura concorrencial e, sobretudo, na concepção dos teóricos da *law and economics*.

Nesse mesmo passo, há de buscar-se uma compreensão da relação entre concorrência e eficiência econômica, porquanto a atividade empresarial fundamenta-se na constante busca pela maximização de seus lucros com a conseqüente diminuição de custos.

O ponto central de todo este trabalho consiste numa breve análise econômica da estrutura do monopólio, a fim de delinear-se o poder de monopólio nefasto ao desenvolvimento da concorrência no mercado. Estabelecendo, pois, as premissas teórico-econômicas que explicam o monopólio em sua forma pura, culmina-se com a caracterização de mercados oligopolísticos em que se torna muito comum o controle monopolístico em sua forma mais rude.

Nessa mesma ordem de idéias, procura-se analisar certas estruturas microeconômicas que evidenciam poder de monopólio. Seja através da definição econômica de mercado relevante seja através da enunciação de reveses imanentes à estipulação de preços predatórios, abre-se espaço para uma exegese econômica da lei antitruste.

Por fim, conclui-se pela efetiva contribuição da escola da *law and economics* no que tange à compreensão mais completa e mais perfeita do ordenamento jurídico concorrencial, não o reduzindo, todavia, ao aspecto econômico, mas sobretudo valorizando a relação explícita entre Direito e Economia sobre a qual repousa o Direito Econômico e, conseqüentemente, o direito da concorrência, ramo especializado deste.

1 O mercado e a análise econômica do direito

A relação entre Direito e mercado, alicerce sobre o qual se ergue a análise econômica do Direito, deve ser compreendida a fim de bem aplicar-se a legislação antitruste. A muitos, a análise econômica, tal qual proposta por Richard Posner, ainda se mostra como algo monstruoso, despida de fundamentos éticos e morais, o que levou o professor de Chicago a rebater tais críticas, em artigo no qual ressalta o aspecto moral da *law and economics*¹.

¹ POSNER, Richard A. Law and economics is moral. Valparaiso University Law Review, vol. 24, pp. 163-173, 1990. Segundo o ilustre juseconomista, "my real

A monstruosidade da teoria reside no fato de atacar vários ramos do Direito (*property rights, family law, criminal law,...*) e interpretá-los, tendo por norte o princípio da eficiência econômica. Em verdade, não importa em qual situação se encontre o indivíduo, este sempre terá em vista maximizar sua riqueza. Para POSNER (1992: 17), as pessoas são “*rational maximizers of their satisfactions*”.

No entanto, tendo por objetivo o estudo da concorrência, é necessário apreender os diversos matizes propostos pela teoria de Posner, desde o estudo da eficiência econômica até o dos mercados explícitos, abstraindo-se, pois, das discrepâncias que possam, porventura, ocorrer quando da aplicação da análise econômica do Direito em outros ramos. Dúvidas já não mais grassam no que concerne à utilização de instrumentos econômicos na interpretação do Direito Antitruste. Nesse sentido, leciona POSNER (1975: 758):

Now the use of economics in antitrust was conventional. The records in antitrust cases provided a rich mine of information about business practices, and economists set about to discover the economic rationales and consequences of such practices. Their discoveries had implications for legal policy, of course, but basically what they were doing was no different from what economists traditionally have done – try to explain the behavior of explicit markets. Consequently, the application of economics to antitrust has never been particularly controversial among economists. Even among academic lawyers, the appropriateness of placing economics in the foreground of antitrust analysis has been generally accepted.

A teoria exposta pelo professor de Chicago, temida por muitos dos defensores de tradicionais estruturas do Direito, não pode ser

name is Doctor Frankenstein. I am very proud of my monster and I hope to say some words in defense of him”(POSNER, 1990: 163).

desconsiderada pelo Direito Econômico que surge da relação explícita entre direito e economia. Se se pretende aplicar o Direito Econômico, como um todo sistemático e orgânico², é mister verificar os fatos econômicos sob a ótica conjunta do economista e do jurista. Enfim, as noções de mercado e de eficiência são verdadeiros eixos em torno dos quais gravitam as instituições jurídico-econômicas.

É imanente à noção de análise econômica do Direito a desregulamentação da economia, entendida esta como a não intervenção do Estado nas relações de mercado. Ronald COASE (1960: 18), precursor dessa nova orientação, é incisivo ao afirmar que “*the direct government regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm*”³. A atuação da máquina administrativa no mercado não serve a corrigir as distorções, assim como não promove eficiência econômica. Ora, a análise econômica, tal qual proposta por Coase, vem justamente defender a idéia de que o Direito deve atuar como um mercado simulado, a fim de promover uma eficiente alocação de recursos (cf. LÓPEZ, 1987: 27). Assim, o Direito deve favorecer o mercado, atuando, apenas, de acordo com a lógica racional e a justiça deste (cf. MERCADO PACHECO, 1994: 145)⁴. É particularmente essa noção de mercado que descortina a análise econômica. Em suma, o mercado é o ambiente em que soluções a todos os casos podem ser viabilizadas.

Não é demais dizer que a análise econômica deita suas raízes na doutrina do realismo jurídico, vez que repele qualquer sentido de

² Nesse sentido, ressalte-se a definição de Direito Econômico como “um corpo orgânico de normas condutoras da interação do poder econômico público e do poder econômico privado e destinado a reger a política econômica”(FONSECA, 1995: 18), o que corrobora a assertiva supra.

³ Segundo o ilustre autor, “the government administrative machine is not itself costless. It can, in fact, on occasion be extremely costly”. (COASE, 1960: 18).

⁴ Assim descreve MERCADO PACHECO (1994: 145): “el sistema juridico no opera con una racionalidad propia en la resolución de los conflictos, no hay una lógica racional, un principio de justicia ajeno a la justicia del mercado”.

autonomia do Direito em relação a outras ciências. Em verdade, a teoria em si é o resultado do declínio do Direito, enquanto disciplina autônoma, conforme defendia a antiga escola de Langdell. É correto, pois, reconhecer, agora, o Direito como instrumento de controle social⁵, comportando vasta interdisciplinaridade. Promovendo, assim, a análise econômica do Direito a interdisciplinaridade específica entre Direito e Economia, é força constatar a necessidade de utilizar-se de parâmetros econômicos a fim de dar soluções objetivas aos conflitos judiciais.

Tendo por fim aplicar à interpretação do Direito as noções econômicas, a teoria posneriana é de indiscutível importância, hoje, no que toca à compreensão do mercado. Ora, sabe-se que o mercado é o lugar onde ocorre a concorrência. Logo, para bem conhecer-se dos fatores concorrenciais, principalmente da eficiência econômica que norteia a luta das empresas no mercado pelo maior lucro possível com menor custo (maximização de riqueza), urge rever o espaço mercadológico, segundo a ótica da análise econômica do Direito.

Para POSNER (1985), a maximização de riqueza é o valor que norteia a *law and economics*⁶. Considere-se que o importante em tese de maximização de riqueza é a preferência que possui substrato monetário, isto é, ligada ao **mercado**, ainda que seja não explícito. Assim o casamento, a educação de um filho, um jogo de *bridge*, tudo isso pode ser avaliado em termos de mercados

⁵ POSNER (1987: 763) esclarece que “the difference from Langdell’s days – a difference that was the legacy of Holmes and the legal realists – was that law now was recognized to be a deliberate instrument of social control, so that one had to know something about society to be able to understand law, criticize it, and improve it”.

⁶ “Qualquer um que esteja inclinado a dizer que riqueza não é um valor no sentido ético deveria perguntar-se se concorda que monopólios e cartéis sejam ruins porque eles conduzem à redução no valor da produção. Se concordar com esta tradicional crítica econômica, então acredita que a riqueza é valor social e ético - saiba ele ou não. Ele também acredita que comparações interpessoais de riqueza sejam possíveis - isto é, que é possível comparar a perda do aumento para o consumidor com o ganho para o monopolista”(POSNER, 1985: 89, tradução minha)

explícitos, isto é, é passível de ser convertido em cálculo monetário (cf. POSNER, 1979a: 120).

Para corroborar tal assertiva, POSNER (1979a) biparte o mercado em real e hipotético. O mercado real é uma evidência de incremento na felicidade, o que já não ocorre com o hipotético, porque involuntário (cf. POSNER, 1979a: 120). O mercado hipotético tem por função substituir o mercado real quando são altos os custos de transação para obter-se uma eficiente alocação de recursos neste. Vislumbre-se que o mercado hipotético ou simulado pode não gerar aumento de felicidade, mas a decisão que dele provier está em compasso com a eficiência econômica, a saber, com a maximização de riqueza.

Tomando-se dessas noções de mercado, é função do Direito antitruste buscar sempre a solução deste a fim de resolver conflitos concorrenciais. O mercado é, indubitavelmente, o meio pelo qual se deve verificar se há ou não infração contra a ordem econômica. Nesse contexto, o Direito deve agir impedindo prevaleçam atitudes que atentem contra o equilíbrio mercadológico. Enfim, partindo-se do modelo de mercado competitivo e da noção de eficiência econômica, deve-se fiscalizar concentrações, verticalizações e horizontalizações, que possam vir a manifestar poder monopolístico ou oligopolístico nefastos ao funcionamento equilibrado do *actual market*.

Diante disso, é precisa a afirmação de Geraldo Vidigal quando se refere ao Direito Econômico como o direito da organização dos mercados. Embora reducionista tal visão nos dias de hoje (o Direito Econômico possui campo muito mais amplo, conforme o magistério do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca⁷), não é de desprezá-la, podendo, pois, adaptá-la às transformações empreendidas no seio das instituições juseconômicas. Assim, é de compreender-se o direito da organização do mercados como “a disciplina jurídica corretora do conjunto das distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuações em direção à crise” (VIDIGAL, 1977: 47). Perceba-se que tal definição parece atender aos reclamos da análise econômica do Direito na

⁷ vide nota supra.

medida em que erige o mercado a categoria de elemento central da análise jurídica. Em verdade, a fim de estudar a concorrência, deve-se partir dessa concepção de direito, a saber, direito da organização dos mercados, já que este é o espaço em que se desenrola a competição.

Com intuito de corroborar a importância do mercado, enquanto solução das lides e infrações concorrenciais, é curial destacar a posição de FONT GALÁN (1987: 180) para quem a concorrência é controlada juridicamente pelo valor normativo de mercado⁸. Ressaltando o caráter eficiente e flexível do mercado, a concepção do ilustre professor espanhol é contundente ao reputar ilícitas as condutas que atentem contra o eficiente funcionamento daquele e suas estruturas organizativas e institucionais (cf. FONT GALÁN: 180).

Diante dessas noções, parece não restar dúvida de que o mercado é o eixo em torno do qual gravita o direito concorrencial. Negar a contribuição da *law and economics* na compreensão desse verdadeiro componente institucional e interpretativo da ordem econômica significa fechar os olhos ao que de mais atual vem ocorrendo quer em nível nacional quer em nível internacional, quando o objetivo não é outro senão a busca de eficiência econômica na disputa pelos mercados regionais e internacionais. A análise econômica do Direito parece se sustentar, cada vez mais, como meio de interpretação da legislação antitruste, nessa era de internacionalização⁹. Assim, da relação entre concorrência e eficiência econômica, surge o bom competidor, o bom concorrente.

⁸ Assim se expressa o ilustre jurista: “en efecto, la competencia resulta controlada jurídicamente – en su dimensión económico-institucional – por el valor normativo de mercado: el juego o funcionamiento de la competencia – tanto sea accionado por la política económica, como por la iniciativa empresarial – há de salvaguardar las estructuras institucionales y organizativas del mercado, e incluso garantizarlas y promoverlas (primando su flexibilidad por exemplo)”(FONT GALÁN, 1987: 180).

⁹ Dentro da concepção de HIRST & THOMPSON (1998), adota-se, no presente estudo, a expressão internacionalização, porque desprovida de toda a carga ideológica e, mesmo, do obscurantismo intelectual que envolvem a utilização do termo globalização. Em verdade, não existe um sistema global de relações quer econômicas quer sociais e culturais, há, sim, um crescente incremento de relações econômicas internacionais. Assim como a empresa global, o sistema global é quimera. Para maiores detalhes, ver CHEIN FERES, Marcos Vinício. Função social

2 Concorrência e eficiência econômica

Partindo-se da concepção de Georges RIPERT (1947: 271) de que “toda intervenção do poder político, que limita a produção, arrisca fazê-lo em proveito de interesses privados”, não se pode negar que o melhor meio de evitarem-se injustiças pode ser através de um livre mercado em que a eficiência econômica, enquanto valor primordial, mas não único, norteie a concorrência. Esta, enquanto valor econômico-institucional, é, sem dúvida, o meio pelo qual oportunidades a todos são garantidas, guardados os desvios inerentes ao sistema econômico capitalista. Em verdade, a concorrência deve ser entendida enquanto liberdade de iniciativa empresarial, liberdade de participar do jogo e manter-se no mercado e liberdade de escolha por parte dos consumidores e usuários (*consumer welfare*).

O princípio da eficiência econômica, eixo em torno do qual gravita a análise econômica do Direito, está intimamente vinculado ao instituto da concorrência. Não pairam dúvidas de que as empresas, quando atuando no mercado, o fazem em busca de lucros seguros. Toda e qualquer concentração de mercado, proveniente de *horizontal mergers*, tem por fim economias de escala (ainda que efetivamente não operem ganhos de eficiência no contexto de mercado). Ora, claro está que estas cujo sentido é aumentar a produtividade, ampliando produção com conseqüente redução de custos são, *ultima ratio*, aplicação da eficiência econômica¹⁰. Logo, não se pode questionar a relação intrínseca entre os objetivos empresariais em terreno concorrencial e a análise econômica do direito, visto que toda empresa busca sempre maximizar seus lucros e minimizar seus custos, o que, em essência, é a maximização de satisfações a que se refere Richard POSNER ao elucidar o princípio da eficiência econômica.

da empresa e internacionalização. Belo Horizonte : UFMG, 1999, dissertação de mestrado.

¹⁰ Parece oportuno destacar o magistério de Neide Malard quanto à horizontalização do processo produtivo: “A integração horizontal se dá entre empresas que concorrem entre si, num mesmo nível ou estágio de produção. Ao integrarem-se horizontalmente, as empresas buscam, em geral, o desenvolvimento de processos produtivos de modo mais razoável, escalas de economia e outras eficiências operacionais.”(MALARD, 1995: 204)

Em vista disso, é oportuno dizer que concorrência e eficiência econômica são xifópagas, na medida em que o sucesso da primeira depende da segunda. É jurídico afirmar, dentro dessa perspectiva, que o funcionamento do mercado concorrencial deve ser ponderado tendo por parâmetro a eficiência econômica, fundamento de produtividade e progresso econômico. Assim, quando o ordenamento jurídico-constitucional erige a liberdade de concorrência em princípio informativo da ordem econômica, tem-se em mente a promoção de eficiência econômica quer no que tange ao funcionamento do mercado como um todo quer no que toca a maior produtividade empresarial. Mais explícita, ao que tudo indica, foi a Constituição Espanhola, segundo aponta FONT GALÁN (1987: 181):

*En breve: la organización y funcionamiento del sistema económico de mercado, y el ejercicio de la actividad de empresa – y por ello de la competencia empresarial – han de adecuarse a la exigencia constitucional de la “productividad”(sic) o eficiencia económica y social[...]el valor normativo de la “productividad” o eficiencia socioeconómica concurrencial forja y legitima la sustantivización de un important índice o criterio ordinamental y enjuiciador inspirado en el principio de competencia de prestaciones empresariales[...], según el cual **todo empresario debe fundar preponderantemente su estrategia o política de competencia en la calidad, precio y demás ventajas reales de las propias prestaciones empresariales ofrecidas al mercado** (grifo meu)*

A eficiência econômica, tal qual aventada pela *law and economics*, é critério definidor de qualquer ordenamento jurídico concorrencial, não se podendo, pois, abrir mão dessa informação que norteia o correto uso do instituto da concorrência. Em função disso, é verdadeiro afirmar que qualquer Direito da Concorrência, a fim de ser bem interpretado, deve apreender o significado da eficiência econômica e, sobretudo, aplicá-la ao julgar casos

concretos de concentração econômica e infrações contra a ordem econômica.

Seguindo essa idéia fundamental da análise econômica do Direito, opera-se uma mudança na teoria jurídica da concorrência. É, pois, incorreto continuar a utilizar o princípio do ilícito *per se* quando do processo e julgamento de atos de concentrações e infrações contra a ordem econômica. É curial recorrer ao princípio da eficiência econômica e a *rule of reason* para que se verifique a existência ou não de ilícito concorrencial. Dentro dessa perspectiva, passa a vigorar a teoria da concorrência-instrumento. Esta teoria consiste em apresentar a concorrência não como um valor em si, “mas um meio normal eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico” (ALVES, 1992: 20-21). Nesse sentido, parece caminhar a doutrina européia, como se pode depreender dos ensinamentos de FARJAT (1982: 473), o qual denomina *bilan économique* o princípio da eficiência econômica.

Effectivement, la législation française – et plus encore la pratique – ne pose pas de condamnation de principe. Non seulement elle distingue bonnes et mauvaise ententes; mais elle généralise la pratique du bilan économique qui entraîne un examen cas par cas des comportements et des structures. On met en balance les atteintes à la concurrence et les avantages économiques qu’elles auraient permis de réaliser.

Pelo exposto, faz-se mister ressaltar que o instituto da concorrência cabe ser compreendido de acordo com os contornos traçados pela análise econômica do Direito. O ilícito concorrencial torna-se condenável a partir de um exame cuidadoso dos atos empresariais. Configura-se prática contrária ao funcionamento do livre mercado aquela que não tenha em foco a eficiência econômica. Por fim, embora concentracionista, o ato pode não ser enquadrado nas penas da lei antitruste, se as empresas envolvidas visarem a um aumento de produção com evidentes benefícios para o mercado (economias de escala e de escopo) e para o bem-estar do consumidor (*consumer’s welfare*).

3 Monopólio e análise econômica do direito

Teme-se, em todas as civilizações modernas, a concentração de poder econômico, principalmente, sob a forma de monopólio. No entanto, é mister compreender o que se pretende significar com essa proibição, constante de diversas legislações antitruste. Ora, o monopólio não pode ser encarado como ilícito por si só, haja vista a própria concepção que hoje se sedimenta da concorrência-instrumento. Assim, não é falso afirmar que uma análise microeconômica é fundamental a fim de verificar se os objetivos do monopolista representam ou não ganho de eficiência dentro do contexto de mercado.

Conceitua-se monopólio pela existência de uma única firma explorando aquela indústria, não estando, pois, disposta a adotar o preço de mercado. Dessa forma, o monopolista tem em vista optar pelo nível de preço e de produção que tenderão a maximizar seus lucros globalmente.

É cediço que o monopólio é uma estrutura mercadológica levada ao extremo, assim como a concorrência pura, por isso, difíceis de ocorrer na realidade, tal qual doutrinariamente formulados. São verdadeiros modelos microeconômicos. No entanto, importa estudar tal estrutura para que se avalie a conduta de empresas no mercado cujo fim seja açambarcá-lo para si próprias. O mercado é, sem dúvida, limite para o monopolista, como se depreende das lições de Hal VARIAN (1996: 405)

Of course, it can't choose price and output independently; for any given price, the monopoly will be able to sell only what the market will bear. If it chooses a high price, it will be able to sell only a small quantity. The demand behavior of the consumers will constrain the monopolist's choice of price and quantity

Num mercado competitivo, a diminuição de preço, operada por uma *firma*¹¹, tem por meta recuperar o mercado explorado pelos

¹¹ Refiro-me aqui ao termo econômico firma que quer significar empresa, em sentido jurídico. Obviamente, juridicamente, a firma conceitua-se, em Direito Comercial, como o nome do comerciante individual, assim como pode significar, em Direito Privado, a assinatura aposta a um documento qualquer. No entanto, em Direito Econômico, há de compreender-se a expressão como sinônima de empresa jurídica,

competidores. Ora, é bem fácil de vislumbrar que, em havendo concorrência, o menor preço atua como forma de atrair consumidores. Entretanto, quando há exploração monopolística, se se abaixa o preço, o monopolista sofrerá essa perda em todas as unidades produzidas, já que ele detém todo o mercado (cf. VARIAN, 1996: 407). Em decorrência disso, observe-se que o monopólio adquire o seu ponto de otimização quando a receita marginal iguala-se ao custo marginal. Dentro dessa ótica, POSNER (1992: 273) postula a maximização gerada pelo monopólio.

Since the profit-maximizing seller will expand output so long as an additional unit sold adds more to his total revenue than to his total cost, and stop when the sale of an additional unit would increase his total cost by more than his total revenue, the profit-maximizing output is the quantity at which marginal revenue and marginal cost are equated.

Seguindo o mesmo raciocínio, é força constatar que o monopolista vai produzir quando o preço foi maior do que o custo marginal, sendo, pois, menor a quantidade produzida nessa condição. Infere-se, pois, que a eficiência do monopólio consiste numa perda de bem-estar por parte do consumidor, porque este é obrigado a pagar mais em razão da pequena quantidade ofertada, enquanto o monopolista maximiza seus lucros ao cobrar o maior preço de acordo com o que foi produzido. Há, além disso, transformação de excedente do consumidor em excedente do produtor, visto que procede-se, por meio do preço de monopólio, a transferência de riqueza do consumidor para o produtor. Microeconomicamente, trata-se do “*deadweight loss*” que serve a medir quanto mais pobres estão as pessoas ao pagar preço de monopólio (cf. VARIAN, 1996: 414).

Dessa forma, o monopólio caracteriza-se pela baixa produção se comparado com o mercado competitivo, provando, assim, ser

sendo esta a exteriorização não só do princípio da economicidade, mas também do princípio da redução de custos de transação. Para maiores detalhes, a propósito de uma nova conceituação de empresa em Direito Econômico, ver CHEIN FERES, Marcos Vinício. Função social da empresa e internacionalização. Belo Horizonte : UFMG, 1999, dissertação de mestrado.

ineficiente, de acordo com as diretrizes de Pareto. A essa conclusão, pode-se chegar por meio de análise econômica. Em verdade, num mercado competitivo, a vontade de pagar por uma unidade a mais produzida iguala-se ao custo para produzir essa unidade a mais. Porém, tal não ocorre num modelo monopolístico, pois que, nesse caso, o produtor pensará no efeito do aumento da produção em relação as unidades inframarginais, estando, pois, pronto a vender essa unidade marginal por preço mais baixo do que o normal, se não chegar ao extremo de baixar o preço de todas as demais unidades (cf. VARIAN, 1996: 413).

Para que se obtivesse eficiência, na situação de aumentar a produção, o monopolista deveria cobrar um preço maior do que o acertado para as unidades inframarginais, porém, este preço seria menor do que aquele que estaria disposto a pagar o consumidor dessa unidade marginal. Assim, constata-se eficiência paretiana, já que nenhum dos dois sofreria prejuízo e tanto produtor quanto consumidor teriam ganho no mercado.

Interessa destacar que o monopolista procura trabalhar a baixa produção, vez que, em produzindo unidades extras, será forçado a baixar o preço que obteria pelo total produzido. A fim de conquistar poder de mercado, o monopolista pode acabar por cobrar preços discriminatórios¹². Ora, economicamente, dividem-se estes em preços discriminatórios de primeiro grau, de segundo grau e de terceiro grau. Os primeiros, também denominados preços discriminatórios perfeitos, consistem em vender o produto pelo maior preço que cada consumidor está disposto a pagar. Já o preço discriminatório de segundo grau cuida de diferenciar o valor cobrado pela mercadoria, de acordo com a quantidade comprada pelo consumidor. No entanto, a discriminação de preço mais comum de acontecer, segundo Hal Varian, é a de terceiro grau, em que o monopolista vende a diferentes pessoas por preços diferentes (cf. VARIAN, 1996: 431)¹³.

¹² “If the monopolist can prevent arbitrage, he is likely to fix different prices to different purchasers depending not on the costs of selling to them, which are the same, but on the elasticity of their demands for his product. This is price discrimination.”(POSNER, 1992: 281).

¹³ As empresas, ao utilizarem-se de preços discriminatórios imperfeitos, o fazem tendo em vista a demanda sensível a preço. Nesse sentido complementa o ilustre autor, “a firm that price discriminates will therefore set a low price for the price-

A análise supra serve a demonstrar a restrição econômica que se faz ao monopólio, conforme atesta POSNER (1992: 282):

Even perfect price discrimination would not eliminate the economic objection to monopoly. The competitive output would be attained; but, with the potential profits of monopoly now greater, more resources would be wasted on trying to get, hold, and prevent monopoly. The social cost of monopoly might therefore be higher.

A relação entre monopólio e a análise econômica do Direito é extremamente elucidativa no que toca à verificação de existência dos pressupostos supracitados como evidência de controle de mercado. Ademais, há determinados fatores que fortalecem a não existência de monopólio, por exemplo, a possibilidade de outros concorrentes ingressarem naquela fatia de mercado, a existência de opções para o consumidor, o grau de substituíbilidade de determinados produtos e, acompanhando o raciocínio de POSNER (1992), a durabilidade de certos bens.

As barreiras à entrada enunciam a existência de monopólio naquele mercado, valendo-se, muitas vezes, o produtor de subterfúgios a fim de evitar que novos concorrentes ingressem no mercado quer aumentando a produção quer abaixando preços. Além disso, se há outras empresas que possam suprir as necessidades do consumidor ou, mesmo, produtos que apresentem semelhanças entre si, ainda que potencialmente, não será capaz o monopolista de estabelecer-se no controle dessa fatia de mercado. Por fim, o caráter perene de certos bens evita a monopolização¹⁴.

sensitive group and a high price for the group that is relatively price insensitive. In this way it maximizes its over all profits" (VARIAN, 1996: 432).

¹⁴ "Diamonds are a durable good too, yet the production of diamonds has long been controlled by an international cartel that limits output and charges monopoly prices. But unlikely land, diamonds are produced continuously. If one year the diamond cartel stepped up production and slashed prices in order to reach a segment of the community that could not ordinarily afford diamonds, the value of every diamond in existence would fall. Having thus demonstrated its unreability, the cartel would never again be able to charge so high price as before it went on its spree"(POSNER, 1992: 283).

Posto isto, de ressaltar que o monopólio, a fim de ser considerado ilícito concorrencial, deve ser analisado do ponto de vista microeconômico. Antes de condenar determinada concentração de empresas, é prudente verificar se, em assumindo o controle do mercado, naquela região, não lograrão obter ganhos de eficiência. Ora, não se pode, em razão das conceituações supracitadas, desintegrar a fusão ou invalidar a aquisição se a própria estrutura de monopólio não é de fácil permanência no mercado, conforme adiante se constatará pela análise mais detida do chamado poder de monopólio. Enfim, já não é tão fácil encontrar uma empresa controlando todo um setor, mas é possível ocorre colusões em que se objetiva açambarcar uma fatia do mercado, quer através de preços discriminatórios quer através de diminuição da oferta do produto ao consumidor.

4 Poder de monopólio na perspectiva da análise econômica do direito

A racionalidade imanente ao processo concorrencial serve a explicar bem as questões que giram em torno das estruturas de mercado. Muitos há que afirmam ser o comportamento racional que leva à existência da concorrência. No entanto, HAYEK (1985: 81) é incisivo quando disserta que “não é a racionalidade que é condição para o funcionamento da concorrência, é antes a concorrência, ou as tradições que a permitem, que produzem o comportamento racional”. Assim, os indivíduos, agindo racionalmente, porque imbuídos do espírito concorrencial, vão ter sempre em mira a maximização de seus lucros.

Essa primeira noção é explicativa do que leva a concentração a assumir formas, cada vez mais, variadas a fim de obter controle de fatias de mercado, evidenciando-se verdadeiro poder de monopólio. Conforme salientado anteriormente, o monopólio, em sua estrutura pura e rígida, não acontece no dia-a-dia. No entanto, a variante do oligopólio torna-se comum, de sorte que empresas que nesta condição atuem passam a controlar o mercado por meio de preços discriminatórios, por meio de fixação de preços de revenda, dentre outros.

Um modelo especial de oligopólio que merece um estudo um pouco mais detido é a concorrência monopolística. Misto de concorrência e monopólio, aponta-se tal estrutura quando é possível a cada

concorrente fixar o seu preço sem estar adstrito ao que dita o mercado, porém concorrem pelos consumidores quer no valor da mercadoria quer no tipo de produto que oferecem. Assim, é fácil constatar que não há impedimento, neste tipo estrutural, para a entrada de novas firmas. Trata-se de várias firmas que vendem um mesmo tipo de produto, o qual não é idêntico, tendo consumidores próprios e, pois, certo poder de mercado (cf. VARIAN, 1996: 440)¹⁵.

Esse modelo concorrencial gera a possibilidade da chamada *product differentiation* na medida em que cada uma das firmas, pretendendo adquirir poder de monopólio, cuida de diferenciar seus produtos em relação aos oferecidos pelas concorrentes. Se tais empresas acabam por convencer os consumidores de que não existem substitutos próximos para suas mercadorias e passam, assim, a cobrar preços maiores por estas, fica claro o exercício de poder de monopólio em determinado mercado. Pode-se afirmar que existe, nesta hipótese, indício de domínio de mercado e incontestabilidade do mesmo¹⁶.

Quanto ao mercado oligopolizado de modo geral, é de se considerá-lo ineficiente quando há aumento do preço acima do estabelecido pela competição e quando se promove redução na quantidade produzida (cf. MALARD, 1994: 166)¹⁷. Assim, quanto mais concentrado o setor de indústrias, mais comum se tornam as práticas colusórias, embora não seja essa uma regra rígida. Por

¹⁵ Segundo o autor, “in this industry, there are a number of firms producing similar, but not identical products. Each product has its following consumers, and so has some degree of market power” (VARIAN, 1996: 440).

¹⁶ Mercado contestável é um termo econômico. A contestabilidade do mercado define-se pela a possibilidade de novas empresas nele ingressarem. Nesse ponto, cabe ressaltar o esclarecimento de SALGADO (1997a: 61): “um mercado é contestável quando as firmas estabelecidas são vulneráveis à entrada do tipo ‘hit and run’, o que supõe que não haja barreiras à entrada nem custos de saída (sunk costs)”

¹⁷ Nesse mesmo sentido, continua a ilustre autora, “os mercados oligopolísticos, não só em razão do reduzido número de vendedores e do alto grau de concentração, mas ainda em virtude das características acima mencionadas, possibilitam a adoção de condutas colusórias por parte de seus participantes” (MALARD, 1994: 166).

isso, mister é averiguar, do ponto de vista econômico, o poder de monopólio a que visam tais empresas agindo em conjunto com o fim de maximizar seus lucros.

O ponto central de todo o Direito Antitruste atual reside na concentração de empresas (*mergers – vertical mergers and horizontal mergers*) e nas possíveis práticas anticoncorrenciais. As fusões e aquisições, assim como as diversas infrações contra a concorrência passam pelo crivo das agências fiscalizadoras da concorrência (CADE , no Brasil, FTC, nos EUA e Comissão Européia de Concorrência, na Europa). Ora, as concentrações nem sempre se formam tendo em vista obter poder de monopólio. Todavia, forçoso é convir que, em havendo controle monopolístico do mercado, tais *mergers* devem ser coibidas. Da mesma forma, devem ser reprimidas as práticas anticoncorrenciais que visem à monopolização de mercado.

Analisando-se tal poder de monopólio pela perspectiva econômica, conclui-se ser ele variável em razão inversa à elasticidade da demanda. Quanto mais elástica a demanda, menor o poder de monopólio. Richard POSNER (1992: 300) pontua que “*so the greater the elasticity of demand, the smaller the ratio of the monopoly to the competitive price, and the less monopoly power the firm will have*”. Outro fator a se salientar na verificação de poder monopolístico é a localização da empresa no contexto do mercado. Ora, se ela possui, para si, todo o mercado, a elasticidade da demanda a ser levada em conta é a do próprio mercado, porém, se tem a empresa apenas uma parte desse mercado, mais alta será a elasticidade da demanda em relação à do mercado (cf. POSNER, 1992: 300).

Microeconomicamente, a caracterização do poder de monopólio é facilmente observável em relação a uma empresa competitiva. Esta é verdadeira *price taker*, isto é, o aumento da produção visa sempre a uma igualização entre o preço e o custo marginal, haja vista que o mercado é que dita o preço final. No entanto, em havendo exercício de posição monopolística, a empresa terá em foco aumentar a produção a fim de igualar o custo marginal à receita marginal.

4.1 O mercado relevante na configuração do monopólio

A questão da determinação do mercado é de suma importância a fim de comprovar-se a existência de monopólio. De fato, a lei

brasileira (Lei 8884/94) incorporou a idéia de análise de mercado relevante aos atos de concentração e às infrações contra a ordem econômica. A definição do mercado, do ponto de vista econômico, deve conter não só o elemento espacial mas também o material e até o temporal, conforme salienta FARIA (1992).

O conceito de Neide MALARD (**apud** FRANCESCHINI, 1996: 33) congrega os elementos territorial e material necessários a evidenciar o mercado relevante. Nesse sentido, leciona a ilustre doutrinadora:

o mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.

Quanto ao elemento espacial, parece não haver dúvidas de que não necessita restringir-se ao território nacional, já que pode englobar maiores ou menores regiões. O exemplo típico é o caso *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, no qual o mercado relevante ficou restrito a quatro grandes cidades. Dentro desse critério definidor do mercado, POSNER (1992: 302) evidencia que “*because of high costs of transportation relative to the value of a product, not all the manufacturers of the product may be able to compete for the same customers; markets may, in other words, be geographically limited*”.

Assim, constata-se que a questão geográfica é determinante na formação do mercado relevante, e, conseqüentemente, na configuração de poder de monopólio. A douta Lúcia Helena Salgado parece compartilhar a concepção posneriana de mercado do ponto de vista geográfico. Por esse prisma, destaca-se o magistério da ilustre professora Lúcia SALGADO (1997b: 44):

a definição geográfica de mercado deve incluir apenas os compradores e vendedores que são importantes para explicar as condições de oferta e demanda em um determinado espaço de transações entre o mercado interno e externo que justifique a ampliação das fronteiras do mercado.

Espacialmente delimitado o mercado relevante, outros fatores não de ser levados em consideração.

No que concerne ao critério da materialidade, tem-se em mira a atitude do consumidor. A expressão substituíbilidade, de cunho eminentemente econômico, refere-se a produtos potencialmente substituíveis entre si. Recorre-se, pois, à questão da alta elasticidade cruzada da demanda, o que serviu a resolver o caso *du Pont*, em que o mercado relevante era constituído de todos os produtos flexíveis para embalagem e não só do celofane (a empresa era responsável por 75% do papel celofane vendido nos EUA, mas a parcela de mercado, em relação ao celofane, por si só, representava menos de 20% de todas as vendas de produtos flexíveis para embalagens).

Nessa ordem de idéias, destaque-se a conceituação de mercado relevante elaborada pelos juízes da Suprema Corte Norte-americana (**apud SHIEBER**, 1966: 47):

o mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos – levando em consideração o preço, a finalidade e qualidade deles.

No que tange à substituíbilidade, é comum que a empresa, a fim de escapar à concorrência e, por isso, ao preço de mercado, promova a já citada *product differentiation*, o que resulta em tornar os produtos tão distantes dos do concorrente, sendo, pois, impossível adotar-se a regra supra. Na indústria de refrigerante, é onde normalmente se constata tal diferenciação, tendo por meta criar verdadeiros mercados independentes com consumidores próprios, cativos. Outro exemplo, citado pela ilustre professora Lúcia SALGADO (1997b), é o da indústria farmacêutica, em que primordialmente não havia competição diferenciada, contudo, hoje, não se pode deixar de apontar o uso da propaganda como meio de acirrar a concorrência¹⁸.

¹⁸ A aquisição do Laboratório Sidney Ross da Sterling pela Smithkline Beecham (AC 22/94), segundo pontua a professora Lúcia Helena Salgado, criou a discussão em torno do mercado ético (venda de produtos sob prescrição médica) e do mercado de venda livre (OTC – over the counter). Neste, as empresas procuram diferenciar os produtos, utilizando-se, inclusive, de publicidade, como por exemplo, o SONRISAL, vendido como “a solução ‘contra azia e má-digestão’”. Por isso, a Bayer, que produz o ALKA SELTZER, e o Dorsay, que fabrica o ESTOMAZIL,

Werter FARIA (1992: 24) acrescenta, em sua festejada obra sobre Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição, o fator temporal na definição de mercado relevante, já que determinadas atividades, quando têm seus preços abusivamente aumentados, podem gerar a longo prazo investimentos no setor e entrada de novos concorrentes¹⁹. Todavia, faz-se importante ressaltar que, se mantidos por curto prazo, tais preços representarão posição de domínio no mercado. Enfim, não é falso afirmar que o fator temporal incidirá, necessariamente, sobre os demais, a saber, espacial, material e seus consectários lógicos (flexibilidade da oferta, condições de entrada no mercado, elasticidade da demanda, competidores potenciais existentes, publicidade,...), como sói acontecer na configuração do mercado relevante.

Pelo exposto, não é demais dizer que o mercado relevante, atualmente, deve ser entendido, não somente do ponto de vista jurídico-econômico, com parâmetros fixos e ideais, mas em cada caso concreto. No contexto teórico do Direito, é verdadeiro conceito jurídico indeterminado, podendo ser discricionariamente restringido ou ampliado de acordo com as circunstâncias econômicas preponderantes. Urge, por isso, seja feita “pesquisa qualitativa, diria até sociológica, aplicada à tentativa de captar a natureza da rivalidade existente em um mercado e apreender a percepção dos agentes no mercado sobre a composição da concorrência”, como adverte Lúcia SALGADO (1997b: 46).

4.2 O monopólio e algumas de suas facetas anticoncorrenciais

Acrescente-se, ainda, à evidência do poder de monopólio a partilha de mercado, com divisões territoriais que podem corroborar a existência de prejuízo a livre concorrência, na medida em que desaparece o preço de mercado para erguer-se a fixação unilateral de preços por cada um dos competidores em suas regiões, previamente estabelecidas.

posicionaram-se contra a operação, demonstrando rivalidade no mercado relevante. (cf. SALGADO, 1997b: 39-40).

¹⁹ Exemplifica o ilustre autor tal questão com o aumento abusivo dos preços nas diárias de hotéis que, a curto prazo, seria irreversível, mas num mais longo espaço de tempo pode levar a construção de novos prédios ou ao deslocamento do turismo noutras direções (cf. FARIA, 1992).

É característico, ainda, de controle monopolístico a existência de potenciais competidores que, no entanto, somente ingressariam no mercado se os preços cobrados fossem um pouco maiores. Limitando preços, as firmas em colusão barram a entrada de novos concorrentes, tendo em vista maximizar seus lucros em detrimento do consumidor. Logo, comprometem-se temporariamente os lucros, dificultando a efetivação da concorrência no mercado. Para se configurar a infração, faz-se necessário efetivo acordo entre os agentes envolvidos. É indispensável entendimento prévio entre os empresários do setor. Esta prova pode ser feita através de indícios, o que, doutrinariamente, denomina-se *conscious parallelism*. Dessa forma, constatou-se o conluio entre os distribuidores de filme no caso *Interstate Circuit, Inc, v. United States, 306 U.S. 208*, por terem assinado contrato com o exibidor aceitando impor preço de ingresso a todos os que operavam exibição na mesma área. Afinal, sabiam os distribuidores que a ação conjunta era imprescindível para que a fixação de preços fosse efetiva.

No que tange à doutrina do paralelismo consciente, SHIEBER (1966: 88-89) aponta os elementos que servem a caracterizá-la.

1. Atos semelhantes feitos por concorrentes cujo efeito é igual ao efeito de ação conjunta em restrição da concorrência; 2. com conhecimento de que estes atos resultarão em uma restrição da concorrência

Em seqüência, é imprescindível aventar a *predation*²⁰, enquanto meio pelo qual determinada firma, com pretensões monopolísticas,

²⁰ PREDATORY PRICE, numa diferente perspectiva jurídico-econômica, consiste no instrumento pelo qual se retira do mercado concorrentes rivais com a venda de produto abaixo do custo, tendo por meta cobrar, posteriormente à eliminação ou neutralização do concorrente, preços monopolísticos (cf. HOVENKAMP, 1994: 298). Afirma, ainda, HOVENKAMP (1994: 307) que “as a general matter, a claim of predatory pricing is implausible unless two things are true: 1) the market must be susceptible of monopolization; and 2) the defendant must be a dominant firm within that market”. Tomando-se por norte essa estrutura dual, apresentada pelo autor americano, é fácil concluir que o preço predatório só há de configurar-se existindo essas duas condições. Por isso, aliam-se outras características à configuração dessa conduta anticoncorrencial, apresentando, pois, forte tendência a criar situações de exclusão, como definida por GELLHORN & KOVACIC (1994: 139), por meio de outros fatores e mesmo outras estratégias no desempenho competitivo.

cuida de eliminar do mercado concorrentes, utilizando-se de preços predatórios. Ora, tendo por norte a *law and economics*, essa prática pode representar custos muito altos para o predador, incorrendo em grandes perdas as quais serão não só diferidas no tempo, mas também apenas, num curto espaço de tempo, recuperáveis, já que, estabelecido preço de monopólio, novos competidores sentirão atraídos a ingressar nesse mercado (cf. POSNER, 1992: 305)²¹.

Por outro lado, é possível, mediante análise microeconômica, comprovar-se o ardil de determinada firma competitiva cujo objetivo seja adquirir poder de monopólio. Em vista disso, força constatar que ela pratica preço predatório à proporção que o custo marginal, embora excedendo o preço, nada significa, pois os custos médios continuam mais baixos que o valor cobrado, criando a falsa impressão de legalidade na diminuição do preço dos produtos (cf. POSNER, 1992: 301)²². Por fim, no que concerne à caracterização de determinado preço como predatório, urge considerar o tempo no cálculo dos custos variáveis e dos custos marginais, visto que um custo fixo pode se tornar num longo espaço de tempo variável, como por exemplo, a locação do imóvel em que se encontra a indústria, os salários de executivos, os impostos prediais, propaganda, etc. (cf. POSNER, 1992: 307).

À custa de uma rápida consideração de alguns elementos que evidenciam poder de monopólio, na perspectiva da análise econômica do Direito, defendida por Richard Posner, sublinhe-se que o escopo central dessas observações não consiste em erigir a *law and economics* como princípio e fim de toda a aplicação da legislação antitruste, mesmo porque não se pretendeu apreender todos os matizes inerentes à teoria em questão. Ora, claro está que, enquanto método de interpretação do Direito Antitruste, a teoria

²¹ Nesse sentido, defende a sua idéia o ilustre professor de Chicago em artigo, publicado pela revista de Direito da Universidade da Pensilvânia: “the predator loses money during the period of predation and, if he tries to recoup it later by raising his price, new entrants will be attracted, the price will be bid down to the competitive level, and the attempt at recoupment will fail”(POSNER, 1979b: 927).

²² O ilustre juseconomista explica que o custo médio, em razão do alto custo da última unidade produzida, acaba sendo calculado tendo em vista os custos mais baixos das unidades inframarginais (cf. POSNER, 1992).

microeconômica é de fundamental importância. Por isso, as facetas do poder de monopólio referidas acima têm por objetivo precípuo alertar os juristas da premente necessidade de conhecer-se essa nova forma de exegese consentânea com a natureza dos fatos econômicos postos sob a vigilância do Direito. Torna-se, pois, crucial empreender a essa análise microeconômica do Direito da Concorrência para averiguar a eficiência econômica, que determina a atuação das empresas, dessa ou daquela forma, no mercado.

Conclusão

Numa economia internacionalizada, o mercado é, sem sombra de dúvida, o lugar em que se realiza o desenvolvimento econômico. Obviamente, entende-se este do ponto de vista não somente quantitativo mas também qualitativo. Em verdade, é, à procura de instrumentos para concorrer nesse mercado internacional, que os países, as empresas aspiram a atingir o máximo de sua capacidade com conseqüente acumulação quer de divisas quer de lucros. A luta pelo desenvolvimento é o que, hoje, justifica o direito concorrencial. A concorrência, valor fundamental do sistema capitalista, deve ser, por isso, interpretada à luz do Direito Econômico numa interação constante entre o jurídico e o econômico.

O mercado, espaço da concorrência, assume a qualidade de valor no contexto da análise econômica do direito. Partindo-se das estruturas mercadológicas reais, os teóricos cuidam de provar a maior eficiência das soluções de conflitos judiciais quando apoiadas na realidade do mercado. Verdadeiramente, a eficiência econômica, a maximização de satisfações pessoais são o parâmetro para a tomada de decisões individuais, como postula a *law and economics*. Dentro dessa visão de mundo, é possível e urgente situar o mercado, enquanto realidade em torno da qual deve gravitar o Direito Econômico da Concorrência, sendo aquele elemento interpretativo de destaque.

Nesse mesmo passo, comprove-se que concorrência e eficiência econômica estão intimamente vinculadas. Em busca de lucros, as empresas agem eficientemente quer se concentrando, visando a economias de escala quer ampliando suas fronteiras, visando a outros mercados. Em vista disso, é imprescindível conciliar a interpretação do ordenamento jurídico da concorrência com o

princípio da eficiência econômica, raiz de toda a análise econômica do Direito.

Dentro dessa perspectiva de mercado e eficiência econômica, apreendida pela *law and economics*, o estudo da teoria microeconômica do monopólio é de capital relevo, visto como esse modelo estrutural de mercado, analisado sob a luz da Economia, permite o controle e a fiscalização sobre atos de concentração, assim como ajuda a caracterizar a materialidade de determinada infração contra a ordem econômica. Ao dissertar sobre a estrutura monopolística, teve-se em mira a apreensão completa do chamado poder de monopólio que deve ser reprimido de acordo com a legislação antitruste. Verificados, pois, os pressupostos do monopólio, abrem-se duas alternativas ou é plenamente lícito, porque eficiente nos moldes da análise econômica do direito, ou está eivado de vício que desemboca na dominação do mercado, na eliminação da concorrência ou no aumento arbitrário dos lucros.

No que concerne ao poder de monopólio, analisado pela perspectiva da *law and economics*, é de ressaltar que a busca pela maximização de lucros leva muitas empresas a se unirem a fim de controlar o mercado, eliminando, pois, qualquer competição. Ademais, importa destacar que, microeconomicamente, o elemento definidor do poder de monopólio reside quer na igualização do custo marginal à receita marginal quer na pequena produção se comparado com o mercado competitivo. Entretanto, outros elementos de microeconomia ajudam na definição do controle monopolístico. Assim, urge definir mercado relevante, segundo diretrizes não somente jurídicas mas também econômicas, tais como, a substituíbilidade ou elasticidade de demanda cruzada. Além disso, muitos outros mecanismos devem ser utilizados na interpretação do direito antitruste, como, a diferenciação do produto, a análise econômica dos preços predatórios e a colusão por meio de indícios (doutrina do paralelismo consciente).

Posto isto, há de salientar-se que não se pode erigir a análise econômica do Direito em valor solitário de toda essa estrutura concorrencial, mesmo porque nem todas as abordagens levantadas pelos teóricos dessa corrente foram levadas em consideração. Perceba-se que o objetivo central do trabalho foi evidenciar a interpenetração entre Direito e Economia, valendo-se da última como importante método de interpretação da legislação antitruste, no que toca ao monopólio. Em suma, urge considerar essa perspectiva da análise econômica do direito que, *ultima ratio*,

propugna pela utilização de mecanismos econômicos na compreensão da legislação antitruste. Negar esse aparato significa inviabilizar a aplicação do próprio Direito Antitruste.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da concorrência nas comunidades europeias. 2^a. ed. Coimbra : Coimbra editora, 1992.

CHEIN FERES, Marcos Vinício. **Função social da empresa e internacionalização**. Belo Horizonte : UFMG, 1999, dissertação de mestrado.

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

FARIA, Werter R. **Direito da concorrência e contrato de distribuição**. 1^a.ed. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1992.

FARJAT, Gérard. *Droit économique*. 2^a. ed. Paris : PUF, 1982.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 1^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitucion económica y derecho de la competencia*. 1^a. ed. Madrid : Tecnos, 1987.

FRANCESCHINI, J.I. Gonzaga. **Introdução ao direito da concorrência**. 1^a. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

GELLHORN, Ernest & KOVACIC, Willam E. **Antitrust law and economics**. Saint Paul : West Publishing Co., 1994.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. 1ª. ed. São Paulo : Visão, 1985, v. III.

HIRST, Paul & THOMPSON, Grahame. **Globalização em questão**. Petrópolis : Vozes, tradução de Wanda Caldeira Brant, 1998.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy**: the law of competition and its practice. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

MALARD, Neide Teresinha. **O cartel**, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 47, nº 184, pp. 159-177, julho-dezembro de 1994.

----- . **Integração de empresas**: concentração, eficiência e controle, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 48, nº 185, pp. 203-231, janeiro-junho de 1995.

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

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

----- . *The decline of law as an autonomous discipline*, *Harvard Law Review*, vol. 100, pp. 761-780, 1987.

----- . *Law and economics is moral*, *Valparaiso University Law Review*, vol. 24, pp. 163-173, 1990.

----- . *Economic approach to law*. *Texas Law Review*, Texas, v. 53, pp. 757-782, 1975.

_____. **Utilitarianism, economics and legal theory**, *Journal of legal studies*, Chicago, v. VIII, p. 103-137, january 1979a.

_____. **Wealth maximization revisited**. *Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 2, p. 85-105, 1985.

_____. **The Chicago School of antitrust analysis**, *University of Pensilvania Law Review*, vol. 127, pp.925-948, 1979b.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. 1ª. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, tradução de Gilda G. de Azevedo, 1947.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo : Editora Singular, 1997a.

_____. **O conceito de mercado relevante**, *Revista de Direito Econômico*, Brasília, nº 26, pp.37-46, agosto-dezembro de 1997b.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. 1ª. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966.

VARIAN, Hal R. **Intermediate microeconomics: a modern approach**. 4th.ed. New York : W.W. Norton & Company, 1996.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

**UNIVERSALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E COMPETIÇÃO:
O CASO DA DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL**

Floriano de Azevedo Marques Neto*

Um dos temas mais relevantes para o direito público atual talvez seja a interface entre a atuação dos órgãos reguladores setoriais (ANATEL, ANEEL, ANP, etc.) e os órgãos de defesa da concorrência (SDE, SAE e CADE), especialmente se evoluir a idéia de criação de uma agência de defesa da concorrência.

Uma manifestação recente desta complexa relação foi vivenciada recentemente na questão dos serviços de distribuição de gás canalizado.

Em análise das operações de privatização no setor, a SDE emitiu parecer, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, em que são formuladas algumas recomendações que, no seu entender, deveriam ser adotadas com vistas a regularizar a operação. A principal delas apontaria para a adoção de providências voltadas a compelir, os atuais controladores das concessionárias, a efetivar a separação jurídica entre as atividades de distribuição e comercialização (com a criação de duas empresas distintas, uma para cada propósito específico).

Ademais, recomenda o sobredito parecer que o contrato de concessão seja alterado de modo a permitir a aquisição, pelos grandes consumidores, de gás canalizado diretamente do *city-gate* ou do produtor, sempre que a configuração de rede assim o permita. Para tanto, recomendam i) a supressão do pagamento do by pass para os grandes consumidores; ii) definição mais racional do conceito de atividade de distribuição.

* Advogado, Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Por fim, entendendo que as medidas adotadas são insuficientes para ensejar a adequada competição no setor, sugere que i) as autorizações de funcionamento de usinas termoeletricas a gás natural sejam submetidas ao sistema de defesa da concorrência; e que ii) seja recomendado à ANEEL um monitoramento constante das “*empresas verticalizadas*” com vistas a evitar práticas discriminatórias. O parecer não esclarece, neste ponto, se tal monitoramento seria diverso daquele já por lei exigido dos órgãos reguladores e se tal recomendação é extensiva também à ANP, haja vista que a verticalização apontada não se cinge apenas ao segmento de energia elétrica.

Preliminar exame da matéria indica tratar-se de discussão que envolve, pelo prisma do direito econômico, tema bastante complexo, em torno do qual muito se tem escrito no direito comparado, mas que não se encontra, ainda, suficientemente estudado no direito brasileiro. É que os processos de desestatização da exploração de utilidades públicas (termo genérico de que nos utilizamos para designar não só a prestação de serviços essenciais, como também a exploração de bens públicos e das assim chamadas *essential facilities*¹) ainda são recentes entre nós, mais até que no direito europeu.

No bojo dos processos de reestruturação do Estado (privatização, nova regulação estatal, etc) surge a necessidade de novos enfoques na exploração de atividades econômicas antes monopolizadas pelo poder público. Exemplo disso é o foco que o direito do consumidor e o direito econômico passam a dar sobre a prestação de serviços públicos. Questões que antes eram analisadas predominantemente sobre o estrito campo do direito administrativo passam agora a ser vistas também sobre o prisma do direito da concorrência. É o que ocorre com o assunto ora em análise.

O fato é que, fora do direito anglo-saxão (no qual não só as categorias do direito econômico encontram-se mais desenvolvidas, como também a exploração de *public utilities* já de há muito envolve a atuação de atores privados), a literatura jurídica acerca

¹ Sobre a assim chamada “essential facilities doctrine” ver o interessante estudo de Sally Van SICLEN “The Essential Facilities Concept”, In OCDE/GD(96)113, Paris, 1996.

das questões trazidas é bastante recente. Mesmo no direito continental europeu não se pode dizer que exista uma doutrina sedimentada acerca de temas como monopólios de redes de serviços públicos, concentração vertical na exploração de atividades essenciais, introdução da competição em setores desestatizados. No caso específico do segmento de gás, a questão assume características ainda mais peculiares.

Digo isto até para justificar, no presente trabalho, uma eventual escassez de citações doutrinárias ou mesmo eventual empréstimo de reflexões desenvolvidas para setores congêneres (elétrico, telecomunicações ou ferrovias) que, pela semelhança, bem podem ser aproveitados nos raciocínios que se impõe desenvolver.

No mais, quando que nos debruçamos sobre temas novos ou no mínimo controvertidos, é sempre bom fazer a ressalva de que se está construindo um arcabouço teórico, para nós novo, a partir de dados da realidade econômica e jurídica pouco consolidados. E quem se dedica a esta tarefa sempre deve se despir de seus preconceitos, resistir à análise que se mostrar mais óbvia e tentar buscar a totalidade dos aspectos envolvidos, tentando, se possível, apreendendo o núcleo do que se discute.

A ressalva não deve ser tomada como crítica, ainda que indireta, ao bem lançado parecer da Secretaria de Direito Econômico que pauta as questões motivadoras deste estudo. Muito ao contrário, aquele trabalho se apresenta como indubitável resultado de uma reflexão detida e séria. Porém, creio haver aspectos outros do enfoque jurídico que merecem ser nuançados de modo a permitir mais ampla e descortinada análise, agora a cargo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. É o que tentarei fazer doravante.

Já pude asseverar, em estudo anterior², algumas notas sobre o monopólio de atividade econômica, em especial no caso de serviços públicos.

² Ver meu “Reestruturação do Setor Postal Brasileiro”, in Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros Editores, Vol. 19, 1997, p. 149 e ss..

A transição de qualquer monopólio de atividade econômica para um regime de competição nunca será desvestida de complexidade. O rompimento do regime de monopólio, exclusividade ou privilégio, traz, necessariamente, duas ordens de desafios. Primeiro, descontaminar a cadeia produtiva da atividade econômica para tornar efetiva a competição. Segundo, dotar o segmento específico de mecanismos regulatórios aptos a permitir que, inobstante o regime de competição, seja assegurada que a atividade siga sendo oferecida aos consumidores ou usuários. Ou seja, a superação do monopólio sempre envolverá uma forte calibração entre medidas pró competição e medidas de preservação da estrutura de produção anterior, de modo a, no mínimo, não comprometer sua existência ou não comprometer sua eficiência econômica, razão em última instância da regulação estatal sobre atividades econômicas³.

Para os economistas, isso se deve ao fato de que, nas hipóteses de “*monopólios naturais*”⁴, muita vez a simples introdução da competição, ao contrário de significar um incremento de eficiência no jogo econômico, serve para reduzi-la. Como ensinam POSSAS, PONDE e FAGUNDES, a introdução da competição nem sempre acarreta o aumento de eficiência: “*Os casos típicos, muito tratados em economia industrial, são os chamados “monopólios (ou oligopólios) naturais”,, qualquer tentativa de ampliar o número de produtores na indústria, de modo a estimular a concorrência, acarreta a presença de uma ou mais plantas de escala subótima, e, portanto, custos médios mais elevados que o mesmo nível de produção realizado pela oferta existente (monopolista ou oligopolista). Para esses casos, incluídos entre as convencionalmente chamadas “falhas de mercado”, aceita-se de forma generalizada, mesmo nas abordagens ortodoxas, a regulação pública do mercado, de forma a impedir a prática de preços monopolísticos, mantendo-os próximos do nível de custos*

³ Cf. Mario Luiz POSSAS; João Luiz PONDE e Jorge FAGUNDES, “Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-Estrutura no Brasil: Elementos para um Quadro Conceitual”, In “Infra-Estrutura – perspectivas e reorganização”, Fernando REZENDE e Tomás Bruginiski de PAULA (coordenadores), Brasília, IPEA, 1997.

⁴ Segundo os economistas, aquele que ocorre quando o número de empresas que minimiza o custo total da indústria for igual a um (Cf. W.W. SHARKEY, “The Theory of Natural Monopoly”, Cambridge University Press, 1989). Na síntese de Janusz A. ORDOVER e Russell W. PITTMAN.“

médios, entre outros objetivos regulatórios. Em outras palavras, abre-se mão, em nome da eficiência econômica – no caso, expressa em custos e preços mais baixos -, de uma estrutura de mercado mais competitiva, isto é, capaz de maior grau de concorrência”⁵.

Mais complexa ainda se torna essa transição quando estamos diante do rompimento de monopólio sobre atividades econômicas dotadas de essencialidade e imprescindibilidade para a coletividade. Ou seja, quando a transição do monopólio à competição envolve utilidades públicas cuja fruição se entende essencial para a sociedade – impondo, pois, que o poder público assuma a obrigação de assegurar sua permanente disponibilização em condições de plena acessibilidade a toda a gente – surgem outros objetivos regulatórios. É que a introdução da competição, se não observar mecanismos de gradação e transição, traz o risco de comprometimento do próprio caráter público da utilidade. É dizer, pode pôr em risco ou a perenidade da disponibilização desta utilidade ou então comprometer aspectos da política pública para o setor específico (por exemplo, ampliação da base de indivíduos com acesso à fruição de tal atividade).

Ana Maria NUSDEO sintetiza os desafios dessa transição de forma tão invulgarmente feliz que faço minhas suas assertivas. Diz a jovem professora que *“detectada a possibilidade de funcionamento de um dado setor em regime de concorrência pelos reguladores é necessária a organização de uma transição da regulação para a concorrência, bem como a definição de quais segmentos dentro de uma cadeia produtiva têm condições de ser desregulamentados.”⁶.*

Logo na seqüência, vai deixar assentado que *“em geral, não se passa diretamente de uma política de regulação à liberalização total das atividades. Ao contrário, a desregulação, por diversas razões, costuma ser parcial. Isso se explica por diferentes razões econômicas ou políticas. As primeiras têm a ver com a incapacidade de certas fases das atividades antes monopolizadas de funcionar em concorrência. As últimas, por sua vez, estão*

⁵ op. cit., p. 86.

⁶ Ver Ana Maria NUSDEO, “Agências Reguladoras e Concorrência”, In Carlos Ari SUNDFELD (coordenador), “Direito Administrativo Econômico”, São Paulo, Malheiros, 2000, ps. 161 e162.

relacionadas à alta relevância social das atividades envolvidas, que são estratégicas para o país e/ou serviços públicos cuja prestação deve seguir objetivos como o da universalização do acesso. Além disso, princípios próprios da prestação dos serviços públicos, como o da continuidade, não permitem oscilações na oferta e no preço ao consumidor, presentes com certa frequência no regime de mercado. A propósito, deve ser lembrado que a implantação da concorrência como política para aumentar a eficiência, o investimento e a modernização não é a única finalidade da nova regulação dos setores envolvidos.”

Para os economistas, a transição da situação de monopólio para uma situação de plena competição determina a permanência de níveis elevados de regulação. Por exemplo, na fixação de preços, remanescendo critérios de limitação tarifária. Assumindo como pressuposto que, num regime de ampla competição os preços, devam ser livremente fixados a partir das condicionantes de mercado, a permanência de forte regulação estatal se justificaria para corrigir as distorções potencialmente geradas pela situação dominante do agente até então monopolista.

Porém, no âmbito jurídico (mais próximo às razões políticas aludidas na transcrição retro) o motivo da permanência da regulação é de outra ordem. Não se destina exclusivamente a corrigir imperfeições do jogo econômico. Alvitra, isto sim, assegurar, a um só tempo, i) que a atividade desmonopolizada siga sendo oferecida à fruição da coletividade; e ii) que sua oferta seja generalizada e ampliada, ensejando que ela seja disponibilizada a uma parcela crescente da sociedade.

Para atingir estes objetivos, a regulação estatal sobre o setor antes monopolizado, no mais das vezes, não vai corresponder apenas à permanência residual de alguma regulação a corrigir imperfeições da concorrência em face do “*monopólio natural*”. Na verdade, diante de atividades econômicas revestidas de caráter de essencialidade (mormente em se tratando de serviços públicos), a introdução da competição enseja um forte aumento da regulação.

Haverá situações em que esse aumento de regulação não visará o aumento de competição e sim a preservação de um plexo mínimo de condições apto a assegurar que o agente antes monopolista tenha condições de implantar metas de ampliação de redes, de

universalização do serviço ou mesmo possa fazer investimentos que, em situações de ampla e franca competição, não se mostrariam viáveis (não só à luz de critérios lastreados em custo de oportunidade, mas também por moderadas taxas de retorno).

É que quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço⁷.

⁷ Anteriormente explicitarei essa dicotomia entre duas categorias de consumidores de uma dada utilidade pública da seguinte forma: "Cabe, aqui, estabelecer uma distinção extremamente relevante (ainda que pouco difundida) entre duas classes de consumidores que, de nossa parte, vislumbramos quando a utilidade de consumo fruível é um serviço essencial. Existe, de um lado, o consumidor efetivo do serviço, ou seja, aquele que tem acesso à utilidade pública e que se equipara à definição tradicional de consumidor. Os direitos deste consumidor são os clássicos direitos inerentes à relação de consumo, tal como a qualidade do serviço, a responsabilidade do fornecedor ou a justeza do preço, traduzida, aqui, em modicidade tarifária. Porém, em sede de serviços essenciais, há uma outra categoria de consumidor que podemos divisar. Trata-se do "consumidor potencial" da utilidade pública, aquele que, por razões econômicas, geográficas ou sociais não tem acesso ao serviço essencial, em que pese este ser, por definição, fruível por todo e qualquer um. No caso do consumidor excluído da fruição do serviço (que sendo essencial deve ser estendido a todos, pois que o caracteriza o traço da universalização) o principal direito a ser pelejado é o acesso ao serviço. Somente após dele dispor é que passarão a integrar sua pauta de interesses a qualidade ou os custos. A distinção entre estas duas categorias coloca-se extremamente relevante na discussão em torno da noção de "preço justo" pelo serviço (modicidade tarifária). Quando a expansão da rede de suporte à prestação de um serviço essencial é financiada internamente pelos próprios recursos gerados com a prestação (sem investimentos externos, sem subsídios estatais) postular uma tarifa módica pode significar impedir a expansão do número de indivíduos com acesso ao serviço, pois que significa a redução da capacidade de investimento do prestador. Neste sentido, pode-se ter uma oposição de interesses entre os consumidores efetivos e os consumidores potenciais. E o risco aqui é que esta oposição seja, desafortunadamente, arbitrada em favor dos

Como ensina Carlos Ari SUNDFELD⁸, “*nos serviços estatais há ainda outra questão vital: a dos usuários e dos excluídos. (...) Daí essa fundamental missão das agências que cuidam dos serviços com milhões de usuários: proteger os consumidores. Todavia, especialmente no Brasil, os “sem serviço” ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor*”.

Se bem é verdade que a propriedade da rede, necessária à prestação de uma dada utilidade pública, coloca seu titular numa posição dominante que, se não for fragmentada por medidas regulatórias, inviabiliza a competição e enseja mesmo a violação da ordem econômica, menos verdadeiro também não é que o caráter essencial de que se reveste a exploração dessa utilidade pode exigir a imposição, a esse agente dominante, de ônus de ampliação, abertura e aperfeiçoamento dessa rede. O que favorecerá não só a competição, mas, digamos, a própria *democratização da fruição da public utility*.

A imposição destes ônus, há que se convir, não poderá, contudo, ser efetivada sem que se reserve, durante um período, algumas prerrogativas para o agente dominante. Nem admitirá a introdução de um sistema competitivo que permita aos entrantes abocanhar a parcela rentável do mercado, legando a parcela dos hiposuficientes para o dominante. Neste contexto, a repartição entre ônus e bônus revela-se como empreitada a demandar engenho e arte do regulador. É o que pretendo abordar no tópico seguinte.

É patente a dificuldade de uma regulação estatal que encontre o ponto arquimediano, que viabilize uma ampla competição numa atividade, sem comprometer o atingimento de metas de universalização e continuidade. A dosimetria da competição ou, se quisermos, a duração do período de transição acima referido é

primeiros, via de regra mais articulados e mobilizados.” (CF. meu “A nova regulação estatal e as agências independentes”, In “Direito Administrativo Econômico”, cit., p. 86).

⁸ Carlos Ari SUNDFELD, “Introdução às Agências Reguladoras”, cit., p. 34.

talvez o maior desafio regulatório para os setores que saem da situação de monopólio.

Constitui pressuposto, quase acaciano, de um serviço essencial que sua fruição por todos é tal que a própria coletividade assume o encargo de assegurar o seu provimento universal e contínuo. É certo que, a partir de alguma base de razoabilidade, a eleição de uma ou outra atividade como essencial sempre dependerá de uma opção política travada no âmbito do núcleo estratégico estatal. Mediante pautas normativas, o Estado seleciona atividades para com as quais, dada a sua relevância social, assume a obrigação de garantir a permanente disponibilização (continuidade) e a ampliação do acesso dos cidadãos à sua fruição (universalização). Para tanto, estas pautas normativas fazem recair sobre esta exploração o regime de direito público, apto a dar conformação jurídica a estes dois vetores⁹.

É certo que a continuidade e a universalização têm custos. Descartando a hipótese (de todo inviável, além de irrita ao Direito) de carregar todos estes ônus sobre um só particular, tais custos devem ser absorvidos pela coletividade.¹⁰

Uma alternativa é a assunção dos ônus deste financiamento pela coletividade como um todo, mediante a transferência de recursos oriundos de fontes tributárias para cobrir o déficit gerado pela parcela não amortizável dos investimentos demandados pela universalização e continuidade.

Outra é carrear, total ou parcialmente, estes ônus para o próprio conjunto de indivíduos que, possuindo capacidade econômica, já usufruem desta utilidade. Em que pese a crítica feita pelos economistas aos mecanismos de subsídio cruzado, esta segunda alternativa se mostra bastante adequada em sede de algumas atividades essenciais, mormente aquelas em que o vulto do

⁹ Para uma visão da mais hodierna formulação em torno do conceito de serviço público ver, por todos, Fernando Herren AGUILLAR, "Controle Social de Serviços Públicos", São Paulo, Max Limonad, 1999.

¹⁰ Nesse sentido: "Hemos dicho también que dicha tasa de transición debe ser soportada por todos los consumidores sin discriminación (non bypassable levy), por los clientes elegibles y por los cautivos" Gaspar Ariño Ortiz y Francisco Velasco "Los Costes de Transición a la Competencia: Perspectiva Jurídica", in Competencia y Setor Elétrico: Un nuevo Regimen Jurídico, Madrid, Ed. Civitas, 1998, cit. p. 191.

investimento necessário torna-se inviável em face da escassez de fontes tributárias a fazer-lhe frente¹¹. Isso, bem entendido, desde que no sentido da atividade competitiva para a atividade regulada, de modo a financiar parte dos ônus regulatórios¹².

Já deixei consignado que o fato de uma dada atividade ser considerada essencial para a coletividade e, portanto, ser prestada em regime público (ou seja, sua eleição como serviço público) não pode mais significar que tal atividade deva ser explorada em regime de monopólio ou de privilégio¹³. Daí concordar que se

¹¹ Pertinente a análise desenvolvida por Luiza Rangel de MORAIS: “Dentro dessa premissa básica, de desenvolvimento auto-sustentado, a estrutura tarifária deve ser concebida com vistas à definição de modelos para cada setor específico, de forma a estabelecer um ritmo para que os programas de investimentos, ampliação e modernização acompanhe, o fluxo das receitas, adotando a fórmula de subsídios apenas excepcionalmente. Para que tal modelagem seja implantada é necessário dimensionar, com boa margem de acerto, o saldo financeiro que o setor pode gerar ao longo dos anos de vigência de contrato de concessão, efeito que poderá ser conseguido através da fixação de parâmetros e prioridades para os investimentos pela concessionária, de acordo com as metas fixadas para o setor.” (Cf. “A Reestruturação dos Setores de Infra-Estrutura e a Definição dos Marcos Regulatórios”, In Fernando REZENDE e Tomás Bruginiski de PAULA (coordenadores); “Infra-Estrutura – perspectivas e reorganização”, cit., p. 41).

¹² Neste sentido calha à perfeição o ensinamento de Willian J. Baumol, segundo quem “contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare normalmente, un tale assetto dei prezzi rende possibile la concorrenza per tutti i beni finali prodotti dal proprietario dell’essential facility, mantendo contemporaneamente i sussidi incrociati ai prezzi di ciascuno di essi. Pertanto, questi prezzi consentono al regolamentatore di ottenere entrambi i risoltati. Da um lato, essi consentono allla concorrenza si sopravvivere e addirittura di propagarsi ad ogni settore del mercato. Dall’altro lato, essi ammettono la presenza di quei sussidi incrociati così tipicamente sostenuti dall’autorità, poiché. Per la ragioni esposte in precedenza, vengono reputati di interesse collettivo o preché direttamente indotti da pressioni politiche, L’autorità di regolazione può infatti a vlote decidere di tutelare, com sussidi inctrociati, agricoltori isolati e in difficoltà oppure altri settori produttivi la cui assistenza risulterebbe troppo dispendiosa. Oppure, il regolamentatore può richieder che i prezzi privilegino le famiglie piuttosto che le utenze commerciali, a causa dei benefici indiretti che alle imprese deriverebbero da um aumento del numero di consumatori finali. Più brevemente, l’autorità può promuovere il servizio universale, tramite l’introduzione di sussidi incrociati senza che questo ordine delel cose venga minacciato dalle tenziona di um regime concorrenziale. Cf. “A Ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale”, In “Mercato, Concorrenza, Regole”, Il Mulino, Anno I, n. 1, aprile 1999, p. 76.

¹³ Em sentido contrário, ver Eros Roberto GRAU, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 151 e ss.

estabeleça a competição mesmo nestes setores. Tal não pode, contudo, ser feito de inopino, com açodamento. A admissão da competição nestas atividades (até mesmo pelo convívio de agentes explorando a dada utilidade concomitantemente em regime público e privado) não pode pôr em risco nem a prestação em regime público, nem o atingimento de metas de universalização.

Para se chegar próximo ao equilíbrio ora buscado, evitando que um vetor (competição) inviabilize os outros (universalização e continuidade) entendo que se deva adotar a pauta de identificação do consumidor beneficiário. Deveras, é a identificação do consumidor (usuário) destinatário do benefício gerado pela maior competição, que, parece-me, melhor auxilia na busca do difícil ponto de equilíbrio acima referido¹⁴.

Se a maior abertura da competição beneficia apenas a parcela mais avantajada dos usuários da *public utility* ou se ela permite ser utilizada pelo entrante apenas para se assenorear da parcela economicamente mais interessante do mercado, sem qualquer benefício para o restante dos consumidores efetivos ou potenciais, tenho cá comigo que ela não se justifica. Afinal, a regulação de uma atividade essencial desmonopolizada deve ser, sempre, enfrentada como um todo, levando-se em conta a completude dos interesses nela enredados. Criar uma competição de cujos benefícios só vão se aproveitar os hipersuficientes em detrimento do aperfeiçoamento de obrigações de universalização de que possam se aproveitar, majoritariamente, os hiposuficientes, se coloca em afronta às premissas estruturantes da ordem constitucional brasileira.

¹⁴ Calha perfeitamente, neste ponto, o que assevera Adolfo CASTILLA: “de la teoría revisada se deduce que la regulación surgió para controlar a los monopolios y para conseguir que éstos trabajen como si existiera competencia. Si se introduce competencia en los sectores monopolísticos, cuál es el papel de la regulación ? La contestación a esta última pregunta parece estar en que no es posible pasar del monopolio a la competencia sin una etapa de transición. Lo normal y aconsejable será pasar a lo que se suele denominar como “competencia regulada”, una situación intermedia en la que se necesita una regulación para aprender a competir y para defender a las nuevas empresas y al cliente final por encima de todo. CF. “Economía y Regulación em las Telecomunicaciones”, In Javier CREMADES (Coord.) “Derecho de las Telecomunicaciones”, Madrid, 1997, La Ley Actualidad S.A., p. 886.

Deveras. Privilegiar o vetor do benefício competitivo quando majoritariamente apropriado pelos consumidores hipersuficientes, em detrimento do aumento da base dos que podem usufruir de uma atividade essencial, viola tanto os princípios e objetivos fundamentais da República (cf. art. 1º, II e III e art. 3º, I, III e IV), quanto os axiomas estruturantes da Ordem Econômica (cf. art. 170, *caput* e incisos III e VIII).

Segue daí que, sem descurar da introdução da competição (em última instância mecanismo para assegurar importantes pautas constitucionais, como a livre iniciativa e a defesa do consumidor), tenho como certo que a atividade regulatória estatal, em qualquer de suas manifestações (quer setorial, quer da concorrência), não poderá desprivilegiar as metas de universalização e continuidade da fruição de um serviço público, sob pena de violar, entre outros, os princípios constitucionais da dignidade humana e a redução de desigualdades sociais e regionais.

Nem se diga que ao privilegiar a competição, mesmo que com benefícios apropriados inicialmente pelos grandes consumidores, os ganhos tendem a ser compartilhados pela sociedade pois a redução nos custos dos insumos concorre para a diminuição dos preços dos produtos de cada indústria que se utilizar da *public utility* como insumo. Embora este raciocínio seja consistente, em termos econômicos, não imputo-lhe força suficiente para justificar o menoscabo das pautas de universalização.

A uma, porque não há qualquer garantia de que os setores que se servem de tal insumo atuem em ambiente suficientemente competitivo para forçar a transferência dos ganhos para o consumidor final.

A duas, porque, em se tratando de interesse do consumidor, mais crível é que os benefícios lhe sejam assegurados no ambiente mais fortemente regulado (com preços tarifados) do que em ambientes em que a atividade econômica é explorada em regime exclusivamente privado e a capacidade regulatória estatal não é suficiente para impedir que a economia ganha pelo adquirente do insumo (*public utility*), seja integralmente transferida para o consumidor dos seus produtos e serviços. Exemplo disso é a dificuldade que o órgão regulador do sistema monetário (Bacen) encontra para ver transferida, ao consumidor final no sistema

financeiro, a redução constante nas taxas de juros básicos. Isso apesar de existir razoável competição no sistema financeiro e deste segmento ser razoavelmente regulado.

O fato é que não se aumenta a competição nem se universaliza o acesso a uma *public utility* sem que haja investimento na ampliação das redes de suporte a essa atividade. Porém, o investimento em rede para suportar a competição depende de garantias de que o cenário competitivo será assegurado e que inexistirão violações à concorrência. Já o investimento na ampliação de redes necessárias ao aumento do número dos que têm acesso exige que o investidor (em geral o incumbente) tenha garantias de que alguma vantagem competitiva equilibrará estes ônus¹⁵.

Doutro bordo, este investimento há que ser articulado, evitando-se assim duplicidades de rede e, por conseqüência, ineficiência econômica. Não é por outra razão que um dos pontos mais sensíveis nos processos de quebra de monopólios é justamente aquele que trata de compartilhamento de redes (interconexão, remuneração por uso de redes ou exploração industrial e compartilhada de infra-estruturas). Aqui também se coloca a questão do equilíbrio entre competição e universalização e continuidade.

A regulamentação do uso das redes do incumbente não deve ser tal que atenda apenas ao interesse do entrante (obrigando o incumbente a investir não para atender o beneficiário potencial da universalização, mas apenas para viabilizar a estratégia empresarial do competidor), comprometendo a universalização (em virtude quer

¹⁵ Em outra oportunidade, escrevi que: “A competição procura a maior oferta do serviço aos consumidores coordenada com uma oportunidade atraente para as empresas que virão disputar este mercado. Busca garantir alguma margem de competição para aquela que já está no mercado. Para assegurar a efetiva universalização há que se estabelecer um regime de preços com limites para a cobrança deste serviço (evitando o expurgo dos usuários que já dispõem do serviço). Porém, tem que se assegurar margens de remuneração que permitam os investimentos necessários a ampliar o conjunto daqueles que disporão dos serviços (por exemplo, inversões em telefones públicos e comunitários para aqueles usuários que não têm mínimas condições de remunerar a assinatura de um serviço).” (Cf. “Direito das Telecomunicações e Anatel”, In “Direito Administrativo Econômico”, cit., p .308.

da inversão nas prioridades de investimento, quer por subtrair drasticamente receitas do incumbente, inviabilizando a geração de receitas) e ou pondo em risco a continuidade (em virtude dos problemas de segurança e confiabilidade gerados por eventual falta de critérios nesse compartilhamento).

Em suma, quando estamos diante da abertura de segmentos antes objeto de monopólios e que envolvem atividades essenciais à coletividade (mormente atividades consideradas serviços públicos), a introdução da competição (e por consequência a utilização do aparato regulatório do direito da concorrência) deve ser condicionada por outras pautas sobremodo relevantes¹⁶. A eficiência econômica perseguida pela competição deve ser posta em cotejo com a eficácia das políticas públicas elegíveis para tal segmento. Nos quadrantes da Constituição vigente, não se põe aceitável privilegiar o ângulo da competição nos serviços públicos sem assegurar meios e condições para atendimento de metas e parâmetros de universalização e continuidade da prestação da utilidade pública. E na identificação do ponto de equilíbrio entre estas duas dimensões deve-se adotar, como chave, a identificação dos beneficiários potenciais, evitando que parcelas hipersuficientes da sociedade se beneficiem em detrimento dos segmentos menos afortunados e excluídos da fruição do serviço público.

Feitas estas longuíssimas considerações gerais, é tempo de abordar as questões específicas para o devido enfoque da matéria.

No seu parecer, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE procedeu a uma análise bastante aprofundada do processo de desestatização da distribuição de gás no Estado de São Paulo. Fê-lo, como é natural, pelo prisma específico do direito da concorrência. Nesta toada, analisando todo o segmento gás, pondera a SDE que na cadeia de produção existem atividades potencialmente competitivas (produção e comercialização) e outras que se caracterizam como monopólios naturais (transporte e distribuição).

¹⁶ Neste sentido pertinente é, mais uma vez, o entendimento de Santiago Muñoz Machado no contexto espanhol: “De modo que la Ley se ha mantenido en una posición más moderada y no ha tratado de llevar la competencia hasta sus últimas consecuencias.” In op. cit., p.142.

Após expor os aspectos positivos da introdução da concorrência, expõe o parecer sua tese central: diante da peculiaridade da cadeia do gás natural, a efetiva separação entre atividades que admitem e inadmitem a competição se colocaria como meta essencial para a adequação do segmento às premissas do direito econômico.

Nesta toada, vem a segunda tese: a assimetria de informações e meios entre órgão regulador e o agente regulado detentor do monopólio natural (no caso ditado pela propriedade da rede de distribuição) faz relativa a capacidade de efetivo exercício da regulação comportamental. Daí porque a solução recomendada de separação jurídica das atividades, impedindo-se que a empresa monopolista participe das atividades em que se mostra viável a competição.

Outro ponto levantado no parecer se refere à fragilidade e à insuficiência da definição do conceito de distribuição adotado no setor, o que, no entender da SDE, dificulta o controle da concentração econômica e desfavorece a competição (pois obrigaria os grandes consumidores a se servirem da etapa de distribuição), reduzindo as opções de fornecimento, para estes grandes compradores, apenas à concessionária.

Destes supedâneos teóricos todos, o parecer conclui por recomendar três medidas, a saber: i) a separação jurídica entre as atividades de distribuição e comercialização; ii) a exclusão da necessidade de pagamento do *by pass* para os grandes consumidores que pretendam adquirir seu gás diretamente do produtor; iii) uma definição “*mais racional*” do que seja a distribuição. As considerações acerca de cada uma destas medidas serão feitas na seqüência. Antes cumpre fazer alguma digressão sobre aspectos gerais aduzidos no sobredito parecer.

São efetivos os ganhos trazidos pela competição. Porém, é mesmo pela peculiaridade do segmento de gás que o enfoque competitivo que pretendeu dar o parecer não se mostra o mais adequado. É que não se pode olvidar que a cadeia de produção e de transporte do segmento é extremamente concentrada nas mãos da Petrobrás.

Daí porque a segregação entre atividade de distribuição e comercialização traz subjacente o risco de concentração vertical ao

invés da pretendida desconcentração. A abertura radical da competição no segmento de comercialização poderia acarretar a entrada forte da Petrobrás na comercialização direta com os grandes consumidores¹⁷. Com isso teríamos a possibilidade de, por vias transversas, chegarmos a uma concentração vertical ainda maior. E, pondo em risco a continuidade e a universalização do serviço público de distribuição, em detrimento do consumidor hiposuficiente (especialmente o residencial).

Neste ponto não é demais lembrar que o modelo de competição em implantação no setor elétrico não deve ser tomado como um paradigma puro para o setor de gás. Com efeito, se naquele segmento a liberação do setor de comercialização (mediante a figura do consumidor livre e a criação do mercado atacadista de energia) serve de eficiente cunha para introdução da competição, aqui a situação não é semelhante. Primeiro, pelo fato de que, diferentemente da geração de energia, a produção de gás natural segue sendo um monopólio de fato nas mãos da Petrobrás. Segundo, porque a rede de transporte (ou transmissão) do gás não é, nem de longe, aproximada em extensão e ramificação da rede de transmissão de energia elétrica. Por fim, e a isso voltaremos, porque as questões de segurança de rede, embora presentes nos dois setores, se mostram muito mais sensíveis no setor de gás.

Insisto que a eficiência perseguida pela linha de raciocínio adotada no parecer não deve ser tomada pelo prisma exclusivamente econômico. Mesmo que faça sentido, ao lume da racionalidade econômica, a incorporação dos benefícios da competição para o sistema econômico geral, quando estamos diante de um serviço público, há outros fatores que se deve considerar. Numa abrangência maior do princípio de eficiência (agora elevado à condição de princípio geral da Administração Pública pela EC nº 19), parece-me irrazoável que o ganho econômico sobrepuje a relevância social de se assegurar a ampliação, o incremento e a democratização do acesso aos seus benefícios.

A questão de fundo, repito, não é o benefício da mais desabrida competição. É sim identificar quem deles se beneficiará. Assim,

¹⁷ Nunca é demais lembrar que a Petrobrás já detém, na distribuição parcela significativa na própria distribuição, haja vista que a BR Distribuidora detém 15% do setor.

quando vemos afirmado que *“a médio e longo prazo a opção pela concorrência é bem mais vantajosa uma vez que leva a serviços de melhor qualidade, por menores preços”* há que se indagar quem se beneficiará deste incremento de qualidade.

Admitida a competição nos termos do cogitado pela SDE, certamente os maiores consumidores industriais conseguiriam obter para si incrementos de qualidade nas redes que ser-lhes-iam disponibilizadas diretamente pelo produtor ou pelo agente transportador. Inobstante, diante da característica extremamente concentrada do consumo no segmento, lídimo imaginar que poderia restar comprometida a meta de expansão da rede, bem como seriam prejudicadas metas de substituição de medidores (Cl. Sétima, III do Contrato de Concessão), ou a meta de renovação da Rede de Ferro Fundido (Cl. Sétima, V do Contrato de Concessão) ou a instalação de unidades de correção de medição (Cl. Sétima, VII do Contrato de Concessão), todas elas relativas ao incremento de qualidade do qual se beneficiaria parcela muito maior da coletividade.

Outro ponto que, parece-me, não foi suficientemente considerado no parecer em apreço foi a amplitude do mercado de gás. Com efeito, o parecer se baseia fortemente na cadeia do gás natural. Porém, como envereda fortemente pela defesa da competição, em especial no tocante aos consumidores industriais, deve-se ter em conta que existem várias alternativas competitivas ao gás natural. Competem neste mercado diversas alternativas ao gás natural. No âmbito dos insumos energéticos há que se considerar a existência do Gás Liquefeito de Petróleo - GLP (a granel e em botijão), Gás Natural Liquefeito - GNL, o Gás Natural Comprimido GNC, óleo combustível ou diesel. Neste sentido, vale referir o parecer emitido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SAE no mesmo processo.

Também parece necessário ressaltar que o entendimento da SDE traz grande ceticismo quanto à capacidade dos órgãos reguladores de impor medidas necessárias, tanto à preservação da competição, como à implantação das políticas públicas preconizadas para um dado setor. Tal ceticismo se revela na relativização das soluções comportamentais e na alegação de assimetria de informações. Não

compartilho de tal resignação quanto à impotência dos órgãos reguladores.

Se bem é verdade que o regulado muita vez detém informações e meios desproporcionais ao regulador, também é fato que, quando estamos diante da exploração de serviço público, o regulado, monopolista ou não, depende do regulador para uma série de aspectos cruciais à exploração da atividade. Primeiro, porque depende da licença (contrato de concessão ou permissão) para poder explorar o serviço. Depois, porque no caso de prestação em regime público a própria rede que lhe confere a condição de monopolista constitui bem reversível, atrelado à vigência da outorga. Também porque o agente permanece submetido ao poder sancionador do regulador, assim como dele depende para reajustamento tarifário ou para preservação das condições econômicas contratadas.

Dito de outro modo, se é verdade que na regulação econômica a cargo dos órgãos de defesa da concorrência, versante sobre atividade econômica em sentido lato, as soluções comportamentais se apresentam como de baixa eficácia (haja vista a reduzida sujeição do agente econômico ao órgão regulador), no caso de regulação setorial de serviços públicos (inobstante presente o risco gerado pela assimetria informacional) é muito mais efetivo o poder do regulador, o que não permite que simplesmente desqualifiquemos as medidas regulatórias comportamentais.

De resto, antes de adentrarmos nos três aspectos específicos do parecer, cumpre-me tecer encômios quanto ao enfoque dado à integração vertical do setor de gás na cadeia de produção de energia elétrica (no aspecto específico das termoeletricas). Efetivamente, é pertinente a preocupação no sentido de que haja um acompanhamento e um controle de toda a cadeia. Neste sentido, parece-me que tal preocupação deveria envolver não apenas a ANEEL, como recomendado pela SDE, mas envolver a ANP (dada sua competência regulatória sobre a produção e o transporte de gás natural), a CSPE (no caso de São Paulo o órgão regulador para a distribuição e a comercialização do gás), além da ANEEL (no tocante à geração de energia elétrica) e o próprio CADE (cuja função regulatória da concorrência permite servir de elemento aglutinador e sistematizador da regulação em toda a cadeia).

Assim postas minhas considerações gerais acerca do parecer da SDE, cumpre enfrentar as três recomendações apresentadas.

A principal recomendação contida no parecer se refere à separação jurídica entre as atividades de distribuição e comercialização. Sustenta a SDE que sem isso haveria uma indesejável comunicação entre a atividade não competitiva (distribuição, no seu entender um monopólio natural) e outra, competitiva (a comercialização). Como visto, parte-se do entendimento de que a simples previsão de soluções comportamentais no contrato de concessão não seria suficiente para atingir a competitividade desejada.

De início, há que se destacar que a separação jurídica não é apanágio para todos os males dos monopólios naturais. Estudando a questão no âmbito do setor elétrico, Santiago Muñoz MACHADO obtempera que: *“la separación jurídica de actividades es un instrumento pero no una fórmula mágica. Quiere decir-se que, por una parte, la separación jurídica no produce competencia por su sola virtud. Y, por otra, que la separación jurídica lo que pretende es alejar al máximo la influencia recíproca de las sociedades que producen y las que distribuyen electricidad (o cualesquiera otras a las que se imponga la misma medida de separación). Sin embargo, si no se adoptan medidas sobre la propiedad, es posible que sociedades distintas sean controladas por el mismo paquete accionarial dominante (...) Cualquier otra medida formal y paliativa seguramente exige al sector un esfuerzo económico y de reorganización inútil porque no se llegará con la separación a ninguna parte o no se extraerán con rigor todas sus consecuencias.”*¹⁸

Afora não ser a solução da separação jurídica o emplastro machadiano (o nosso, de Assis, não o doutrinador da cita supra) imaginado pelo SDE, tenho comigo que ela não se mostra *in casu* nem imprescindível, nem recomendável no presente momento¹⁹.

¹⁸ Cf. “Servicio Publico y Mercado”, Vol IV, El Sistema Electrico, Madrid, Ed. Civitas, 1998, p. 169.

¹⁹ Interessante neste sentido a ponderação formulada por Calixto SALOMÃO acerca das concentrações verticais: “As concentrações verticais, muito ao contrário das horizontais, são motivo de contínuas dúvidas e discussões doutrinárias. No estado atual da doutrina não existe sequer concordância a respeito da necessidade e da utilidade de qualquer tipo de controle das concentrações verticais. Sobre tudo

Não é imprescindível porque, ao meu ver, os mecanismos previstos nos marcos regulatórios estabelecidos pela CSPE são suficientes para evitar que a atividade competitiva de comercialização reste contaminada de modo írrito ao direito econômico pela atividade monopolizada. **Não é conveniente** porque a implementação, agora, dessa solução acarretaria óbices jurídicos e reflexos de custos que, certamente, terão que ser assumidos ou pelo poder concedente ou pelos usuários.

É-me convincente a argumentação contrária à separação jurídica. Afora não compactuar com o ceticismo em face das medidas comportamentais, há razões específicas que devem ser levadas em conta.

De pronto cumpre consignar que a figura da comercialização no segmento de gás foi, no Estado de São Paulo, uma criação regulatória. Deveras, a Constituição Federal (art. 25, § 2º²⁰) alude à competência dos Estados para explorar os serviços locais de gás canalizado. Já a Constituição Estadual (art. 122, Parágrafo Único²¹) alude aos serviços de gás canalizado em seu território. Nenhum destes dois textos (fonte da classificação dos serviços de gás canalizado como serviço público) prevê a atividade de comercialização. É no Decreto nº 43.889/99 do Governador do Estado (que aprovou o Regulamento de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado,

aqueles mais ligados à Escola Neoclássica de Chicago, afirmam que as concentrações verticais não apresentam qualquer problema jurídico autônomo em relação às concentrações horizontais. O raciocínio por eles desenvolvido ataca um dos argumentos centrais daqueles que vêm na concentração vertical uma potencial ameaça ao sistema concorrencial. Segundo essa teoria, a concentração vertical permite ao fabricante do produto final, caso o produtor de insumos ou distribuidor com o qual se está concentrando possua relevante poder no mercado, sufocar seus concorrentes, bloqueando seu acesso às fontes de insumo ou matéria prima.” (Cf. “Direito Concorrencial: as estruturas”, p. 29).

²⁰ Conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 5.

²¹ Conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 6.

principal marco regulatório do setor) é que vamos encontrar a definição do “comercializador” de gás²².

Ora, se assim é, vê-se desnudada a preocupação do regulador em criar a competição, desbastando as atividades potencialmente competitivas daquelas consideradas “*monopólio natural*”. Percebe-se, salvo melhor juízo, que a própria atividade competitiva já foi uma criação jurídica do regulador, apontando claramente para a preocupação deste em introduzir a competição. Ao invés de manter a atividade de venda adstrita à atividade de distribuição, fê-las separadas, apontando justamente para a possibilidade de competição.

Possibilidade esta que se tenta assegurar com mecanismos regulatórios em grande medida consentâneos com o que se tem feito em outros setores. Exemplo disso é a exigência de separação contábil apta a possibilitar a segregação de custos de cada atividade gerando, até mesmo, um cabedal de informações necessário à criação de um padrão de fiscalização²³.

No mais, não é despiciendo lembrar que nos marcos regulatórios, que nos foram submetidos, há medidas fortes para impedir a concentração vertical nos segmentos da cadeia industrial em que esta concentração mostra-se perniciososa para a competição. É o que vemos expressamente previsto no art. 10, Parágrafo único do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 43.889/99²⁴.

²² Assim: “comercializador: pessoa jurídica, constituída por empresa individual ou coletiva, que compra gás de terceiros, de acordo com a legislação vigente, e o revende a usuários finais livres, localizados no Estado de São Paulo.”

²³ É o teor da Cláusula Décima Quarta, Oitava Subcláusula “A CONCESSIONÁRIA deverá separar as informações contábeis relativas às atividades de produção, importação, armazenamento, distribuição e comercialização, bem como às demais atividades não correlatadas, de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado, possibilitando identificar as receitas, os custos e as despesas de operação”.

²⁴ “Parágrafo único – Os contratos de Concessão e a regulamentação pertinente poderão conter limitações de volumes de gás canalizado a serem contratados com empresas vinculadas à concessionária, bem como as restrições societárias que caracterizem empresas a ela vinculadas e as respectivas limitações quanto à integração vertical das atividades relacionadas com as da prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado.”

Neste quadrante vemos a proibição da concessionária fornecer a empresas a ela vinculadas volume superior a 30% do total de sua aquisição de gás (Cláusula Décima Oitava do Contrato de Concessão); as restrições à atuação de empresas vinculadas à concessionária em termoeletricas; a obrigatoriedade de sujeição à CSPE dos contratos internos ao grupo econômico da concessionária; ou ainda as restrições às contratações privilegiadas dentro do mesmo grupo.

Imprescindível, ademais, lembrar que o contrato de concessão previu uma verdadeira “*cláusula de barreira*” que permite à CSPE, no acompanhamento do devir da competição e no monitoramento contra concentração econômica, adotar medidas mais radicais caso se verifique indesejável concentração vertical no segmento. É o que se verifica no disposto na Segunda Subcláusula da Cláusula Décima Oitava do instrumento, cuja simples leitura dispensa maiores esclarecimentos: “*A concessionária deverá obedecer as limitações impostas, a qualquer tempo, pela legislação e regulamentação que estabeleçam limites para a integração vertical das atividades relacionadas com as da prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado.*”

A inconveniência da solução cogitada também é certa. De certo, por envolver uma nova obrigação regulatória, ainda que juridicamente possível, ela poderá ser objeto de resistência de parte da concessionária. Inobstante entendamos possível se exigir tal separação em empresas distintas (Cf. Segunda Subcláusula da Cláusula Décima Oitava do Contrato), seria incontornável o advento de novos custos. Desconsiderando aqueles custos inerentes à duplicidade de estruturas empresariais e dos assim chamados custos das transações (“*transaction costs*”), a segregação jurídica levaria à existência de dois sistemas de faturamento e de controles. Além disso, sobreviria um ônus tributário adicional, decorrente da duplicidade de fatos geradores.

Daí decorreria, certamente, a possibilidade de pleitos de reequilíbrio contratual em favor da concessionária. Assim, tal reequilíbrio seria assumido ou pelo consumidor (cf. art. 40, § 1º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 43.889/99) ou pelo poder concedente, caso assumisse o ônus de indenizar ou subsidiar a

diferença de custos gerada pela medida (Cf. art. 9º, § 4º da Lei nº 8.987/95) ²⁵.

Isso parece-me suficiente para desaconselhar a adoção da medida de separação jurídica das duas atividades ou para, no mínimo, afastar a peremptoriedade com que ela se apresenta no parecer da SDE. Em uma palavra, sou de entendimento de que os mecanismos previstos na regulamentação e no contrato de concessão são suficientes para que a CSPE assegure uma adequada competição no segmento (especialmente no que toca à atividade de distribuição) e para impedir que o “*monopólio natural*” do segmento de distribuição contamine tal atividade competitiva.

A outra ordem de recomendações, constante do parecer da SDE e apresentado como condicionante para aprovação da operação em comento, cuida da exclusão da necessidade de pagamento do *by pass* para os grandes consumidores que queiram adquirir gás diretamente da rede de transporte (ligando-se ao *city gate*), o que envolveria também a reformulação do conceito de distribuição, tornando-o mais tímido de modo a excluir o transporte de gás em alta pressão do monopólio de distribuição.

Os elementos que contrariam a necessidade da exclusão do *by pass* já foram longamente expostos, em termos doutrinários, nos tópicos iniciais desta manifestação. Merecerão agora apenas uma revisitação, mais focada. Já a questão da definição da atividade de distribuição merecerá algumas considerações novéis.

Assim como ocorreu com a divisão conceitual entre distribuição e comercialização, vista no tópico acima, os marcos regulatórios do

²⁵ Nos utilizamos mais uma vez das palavras de Gaspar Ariño Ortiz y Francisco Velasco: “... el concepto contable “coste” tiene una significación especial: los costes reconocidos por la Administración a efectos de la tarifa son ingresos a efectos de la retribución de las empresas eléctricas. Por ello, con el diferimiento de costes, la Administración se ha comprometido explícitamente a que todos los costes activados serán recuperados – esto es, amortizados – en el futuro, con cargo a los incrementos futuros de la tarifa. Por ello también hemos de calificar a dichas cantidades como amortizaciones aplazadas, con derechos plenos – no mera expectativa de derecho... Por todo ello, no se deben plantear dudas sobre la recuperabilidad de dichos costes en un proceso de transición hacia un modelo competitivo”. “Los Costes de Transición a La Competencia: Perspectiva Jurídica” in Competencia y Sector Electrico: Un nuevo regimen juridico, Madrid, Ed. Civitas, 1998, cit. pags. 155 e 156.

segmento de gás no Estado de São Paulo também contemplaram medidas voltadas a romper o monopólio e a introduzir a competição. Porém, fizeram-no tendo por atenção não só o vetor da concorrência, mas também a preservação das condições ditadas pela essencialidade da *public utility* gás (ou seja, a necessidade de assegurar continuidade e universalização da prestação pelo incumbente).

Neste sentido, pode-se arrolar a previsão de acesso livre e não discriminatório pelos consumidores livres ao sistema de distribuição (Cl. Oitava, XI, do Contrato de Concessão) ou o caráter transitório da exclusividade para os consumidores industrial e termoelétrico.

Doutro bordo, os mecanismos de fiscalização e o marco tarifário constante do contrato dão-me a firme convicção que a CSPE reúne instrumentos para coibir qualquer distorção advinda da posição dominante da concessionária.

De resto, a própria decisão política de divisão do Estado em três áreas de concessão já predica uma firme disposição de criar a competição pois permite aos grandes consumidores, no seu processo de alocação de investimentos em plantas industriais, considerar preços e qualidade de serviços ofertados por estas três concessionárias.

Há fundadas razões que me levam a discordar do condicionamento da aprovação da operação à supressão da obrigatoriedade pelo pagamento do *by pass* físico. Tentarei expô-las topicamente.

A primeira é decorrência direta da convicção doutrinária atrás exposta. Eliminar a necessidade de pagamento pelo *by pass* físico, a ser praticado pelos grandes consumidores, é privilegiar desabridamente a competição descurando de que estamos diante de uma atividade econômica essencial, v.g., de um serviço público. As informações trazidas pela consulente são veementes neste sentido. Segundo o material que me foi confiado, os consumidores industriais são responsáveis por mais de 90% dos volumes comercializados pela concessionária. Num determinado percurso de 100 km de rede, se apenas duas indústrias conectassem-se diretamente ao produtor ou à rede de transporte, sem pagar por esse

by pass, haveria um impacto negativo de 25% da margem de distribuição dos demais consumidores.

Se o *by pass* não oneroso se generalizasse, teríamos um benefício apropriado por alguns poucos consumidores industriais em detrimento de outros segmentos inteiros (o residencial, por exemplo) e mesmo parcelas relevantes do segmento industrial ou comercial (os que por escala ou por distância da rede de transporte não lograssem conseguir o *by pass*)²⁶.

Ora, neste contexto estaríamos indo contra as pautas principais justificadoras da privatização da exploração de uma utilidade pública. Estaríamos comprometendo tanto as metas de universalização (ampliação da transferência do consumidor potencial para o consumidor ativo) e mesmo da continuidade (pois que a redução das receitas da concessionária enseja o risco de interrupção ou redução da prestação aonde ela não mais se fizer viável ou inconveniente).

A mitigação da competição em favor da universalização tem sido diretriz constante mesmo em modelos de abertura de mercado em que se inspirou o parecer da SDE. Exemplo disso é a Diretriz da Comunidade Econômica Européia sobre o assunto. Na Diretiva n° 93/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (22 de julho de 1998) encontramos a seguinte regra: “*Art. 17. I. As empresas de gás natural podem recusar o acesso à rede com base na falta de capacidade, ou se esse acesso à rede impedir de cumprir as obrigações de serviço público a que se refere o n°2 do artigo 3° que lhes tenham sido cometidas ou ainda com base em sérias dificuldades econômicas ou financeiras ...*”. A permanência e a universalização dos serviços essenciais reconhecidas como elemento suficiente para justificar e legitimar alguma mitigação nos mecanismos de livre competição.

Em remate a esse item, insisto que nada garante que os ganhos obtidos pelos grandes consumidores industriais com capacidade

²⁶ Assombroso é o dado de que apenas uma termoelétrica de 1000 Mw consome 5,0 MMm3/dia enquanto todo o mercado residencial (repito, a totalidade dos consumidores de gás residencial para uso doméstico) representam um total de 0,2 MMm3/dia.

para efetivar o *by pass* revertam para os consumidores dos seus produtos ou serviços. Concorre para nossa convicção o fato de que dificilmente os consumidores industriais com capacidade para realizar o *by pass* são, em regra, aqueles que têm posição dominante em seus respectivos mercados, tornando improvável que venham a, sobranceiramente, transferir a seus consumidores eventuais ganhos obtidos com essa nova dimensão competitiva.

O segundo argumento que para mim leva, indesejavelmente, a negar a necessidade da recomendação da SDE sobre o *by pass* é o fato de que tal medida serviria como um desincentivo ao investimento na ampliação das redes. Por certo, ao se permitir que a utilização da rede da distribuidora seja desconsiderada, sem qualquer ônus, por uma parcela de seus consumidores num mercado tão oligopolizado significa, na verdade, inviabilizar as ambiciosas metas impostas pela CSPE para ampliação e capilarização da rede da concessionária.

E não se diga que, para viabilização do *by pass* físico, o grande consumidor interessado deverá investir na construção de redes próprias. Esse fato não traria benefícios para o sistema econômico ou para o segmento de gás pois a característica dessa rede não permite que dela se aproveite a universalidade ou mesmo parcela relevante dos consumidores de gás natural.

Outro argumento já expandido se refere ao fato de que ao se incentivar o *by pass*, mediante supressão de qualquer custo incorrente, pode-se estar favorecendo a concentração ao invés de quebrá-la. Isso porque não se pode desconsiderar que a cadeia do gás é extremamente concentrada nas etapas de produção e transporte nas mãos da Petrobrás. Ao se admitir que os grandes consumidores vão buscar seu gás diretamente no *city gate* estar-se-ia dando à Petrobrás uma posição ainda mais concentrada na cadeia produtiva, pois sua posição dominante certamente levaria a que ela se apropriasse de parcela do ganho decorrente do *by pass* da rede de distribuição.

Como pertinentemente ensinam Michele POLO e Carlo SCARPA, *“La rete di trasporto (ad alta pressione) rappresenta la essential facility che consente a chi sai presente nella fase produttiva a monte – ovvero chi disponga del gas – di venderlo ai clienti finali, e rappresenta quindi uno snodo del tutto cruciale in un mercato*

che si vuole aprire alla concorrenza. Lasciare la gestione di tale strumento essenziale nelle mani di uno dei principali concorrenti nelle altre fasi produttive significa attribuire a quest'ultimo un potenziale vantaggio sui revali.”²⁷

Daí porque, analisando a cadeia do gás como um todo, não faz sentido desincentivar o uso da rede da distribuidora, favorecendo que a rede – também monopolizada – da transportadora sirva para atender aos grandes consumidores.

A última linha de argumentação é técnica. O segmento de gás tem uma peculiaridade. A questão da segurança no uso das redes assume caráter de suma importância. Mesmo porque, bem sabe o Conselheiro Acácio, gás explode. Como pertinentemente lembra a CSPE, as redes a serem construídas e operadas para viabilizar o *by pass* físico dificilmente poderiam ser fiscalizadas permanentemente. De outra banda, dificilmente lograr-se-ia submeter o proprietário destas redes ao mesmo regime de fiscalização e acompanhamento a que tem de se submeter a concessionária. “*As redes se estendem em terrenos de terceiros, servidões junto a rodovias ou áreas urbanizadas com múltiplas interferências que exigem pessoal técnico especializado, trazendo riscos à população em geral e de difícil controle pela agência reguladora*”.

Aceitos estes argumentos, que não me parecem inverossímeis nem tampouco irrelevantes, põe-se para mim de vez afastada a necessidade e mesmo a razoabilidade de se exigir a exclusão da necessidade de pagamento do *by pass* para os grandes consumidores.

A última nota necessária quanto a esse ponto diz respeito à crítica formulada à definição de distribuição. Diz a SDE que a definição aqui adotada é inadequada e que “*a definição européia é bem mais razoável do que a utilizada no país, dado que os grandes consumidores de gás canalizado não necessariamente precisam utilizar-se do serviço de transporte de baixa pressão ...*”. Por traz dessa crítica, aparentemente conceitual, está toda uma concepção de modelo para os serviços de gás canalizado, segundo o qual

²⁷ Cf. “Gas: quanta concorrenza parrerà attraverso i tubi?”, In “Mercato Concorrenza Regole”, Anno II, n.2, agosto 2000, p. 364.

deve-se permitir que o grande consumidor se ligue diretamente à rede de transporte (repita-se, monopólio natural da Petrobrás).

Ocorre que, entre nós, há empecilhos técnicos que inviabilizam a adoção do critério conceitual baseado na pressão com que se dá a transmissão de gás. Isso porque há trechos da própria rede de transporte em que se encontra gás à baixa pressão. Doutro lado, há ramos da rede de distribuição em que se fazem necessárias ou convenientes pressões maiores. Daí porque parece-me tecnicamente inviável a adoção da definição européia defendida pela SDE.

Por derradeiro, há um argumento irrefutável que afasta qualquer possibilidade (ou utilidade) de revisão da definição de distribuição tal como defendida pela SDE. E a abrangência dos serviços de distribuição (ou seja, dos serviços de gás canalizado sob competência estadual conforme a Constituição Federal) não advém da definição regulamentar.

Está, sim, situado na própria Constituição estadual que, no seu art. 122, Parágrafo Único, determina caber ao Estado *“explorar diretamente ou mediante concessão, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluindo o fornecimento direto a partir dos gasodutos de transporte, de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros.”*

Segue daí que, mesmo que revista a definição proposta pela SDE, não se lograria atingir os objetivos perseguidos, pois a definição que exclua do âmbito da distribuição (serviço público estadual) o abastecimento de gás para o setor industrial (ou seus grandes consumidores) seria inconstitucional.

Nada haveria, pois, a fazer sobre este ponto. A menos que se queira alterar a Constituição bandeirante.

Assim se coloca a questão. É certo que as preocupações reveladas pela SDE são, repita-se, pertinentes e razoáveis. Porém, tentei mostrar, o controle das atividades relacionadas às *“public utilities”* no âmbito da defesa da concorrência deverá ser feito com cautela e sob parâmetros distintos do que ocorre com as comezinhas atividades econômicas.

ANTIDUMPING NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O CASO NORTE-AMERICANO

Priscila Akemi Beltrame, Eduardo Modena Lacerda

1 – Introdução:

O histórico da legislação mundial antidumping reporta-se à legislação norte-americana de 1816, quando regulava as restrições às importações em conjunto com a legislação antitrust. Naquele momento, muito embora tratados simultaneamente, já se encontravam presentes os elementos diferenciais destas práticas condenáveis de mercado (como, por exemplo, o fato de o dumping prescindir da conspiração ou combinação entre vendedores e o trust, não), assim como seu principal aspecto já era conhecido: a simples venda do produto abaixo do valor de mercado.

Desde a sua incorporação à prática generalizada do comércio internacional, não se pretendia que a legislação antidumping viesse a constituir o principal meio de controle de importação, papel desempenhado pela política tarifária. Entretanto, o que se verificou com o desenvolvimento do tema foi que ela tem recebido farta aplicação, como tem feito a União Européia, que tem se valido de seus pressupostos para aplicá-la mais até do que tem aplicado as salvaguardas.

No âmbito do GATT, a legislação antidumping foi inicialmente formulada na Rodada Kennedy (1969) e a aplicação e interpretação de suas provisões foram posteriormente incorporadas pela Rodada Tóquio (1973-1976), objetivando a implementação do art. VI do GATT e constituindo o Código Antidumping de 01.01.1980. Interessante notar que entre os anos 70 e 80 verificou-se um aumento das práticas protecionistas, levando a entender a regulamentação do dumping de forma ambígua: o uso das políticas antidumping praticadas até então, dentro de certos parâmetros, justificada pelo modelo econômico de proteção do mercado interno

essencialmente protecionista ou, de outra forma, o uso da legislação antidumping como maneira de expor e combater a política de preços praticadas pelos mesmos sistemas econômicos de cunho basicamente protecionistas.

Estabelecida a estrutura normativa do sistema, permanecia o problema a ser enfrentado, qual seja a da discricionariedade do órgão aplicador devido ao caráter elástico das normas, preocupação esta que se revela com a forma com que as autoridades de cada país lidam com o estímulo maior ou menor ao comércio internacional, sem fazer da legislação em questão instrumento de protecionismo comercial.

Recebemos com elevada satisfação o artigo recentemente publicado pela Revista do IBRAC, “A Aplicação do Acordo Antidumping no Brasil”, pelo Ilustre Ricardo Thomazinho da Cunha, municiando o estudo do tema com informações técnicas e teórica do sistema antidumping no Brasil. Entendemos, portanto, que o presente artigo fornecerá uma visão diferenciada, tendo por referência o estudo dos conceitos presentes na legislação antidumping no comércio internacional, bem como sua prática, por meio da apresentação ilustrativa de um recente painel na OMC.

2 – Dumping:

O dumping, em seu conceito genérico, é a discriminação de preços entre mercados, por meio da venda de certo produto importado por valor menor do que o praticado no país exportador (com a redução artificial de preços). Trata-se de uma prática evidentemente internacional, em relações comerciais.

A discriminação de preços, sem dúvida, é a forma mais comum de proporcionar vantagens entre um mercado e outro. Entretanto, entende-se que o dumping pode ser caracterizado pela discriminação não só de preços, mas de serviços complementares, qualidade de atendimento etc.

Como todos os temas envolvendo aspectos concorrenciais, adota-se como paradigma o ideal de mercado livre, em que as condições de formação de preço encontram-se em equilíbrio para favorecer a melhor eficiência produtiva e comercial. O dumping, ao contrário de promover o aumento do padrão de vida, esperável em situação de normalidade, promove o incorreto deslocamento de recursos, a inibição de investimentos, a distorção dos mecanismos de concorrência e fornece subsídios à ineficiência empresarial.

Em texto elaborado pelo economista Jagdish N. Bhagwati, o professor discute a prática do direito antidumping e das salvaguardas pelas forças do protecionismo e afirma que estas práticas seriam, talvez, o mais importante avanço das políticas comerciais nas últimas duas décadas. Ele discorre que qualquer regime baseado no livre mercado, para conseguir sobreviver, necessitará de meios de prevenir práticas que distorçam os jogo da livre concorrência.

Primeiramente, releva que já é difícil para governos administrarem a falência de suas indústrias ao perseguirem os ganhos econômicos do mercado livre, quando em relação a outro país já se encontra auferindo os benefícios do *market-determined policy*; esta relação seria impossível quando a vantagem derivasse não do mercado, mas de subsídios artificiais de governos. Assim, não se pode simpatizar com o tradicional argumento que o subsídio governamental às exportações são benéficos, pois o país importador recebe o produto a preço mais baixo. O Prof. Bhagwati refuta este argumento com uma questão retórica: “*Would one be wise to receive stolen property simply because it is cheaper, or would one rather vote to prohibit such transactions because of their systemic consequences?*”¹.

Outro aspecto levantado e que com a mesma intensidade revela a preocupação do uso desvirtuado do sistema antidumping diz respeito à forma de julgamento dos pedidos de investigação. Assim, o mérito da petição fundada em práticas desleais de comércio será julgado pelas autoridades do governo peticionário.

¹ “The Capture of the Antidumping Law”, Cambridge: The MIT Press, 1988.

Esta questão se assentaria melhor em procedimentos internacionais de solução de disputas, com a adoção de regras idênticas, critérios de avaliação de dumping com as mesmas margens e, inclusive, com igual proporção das medidas adotadas para combatê-lo.

Neste caso, a determinação do valor de dumping é crucial e, por esta razão, objeto de diversos critérios, nem sempre homogêneos. Cita-se, com efeito, a previsão da legislação norte-americana, quando mesmo minúsculas margens têm sido levantadas para justificar a determinação de dumping. *“For any particular case, ‘political’ probably is not the right word to describe the results. ‘Arbitrary best describes what emerges from the economically meaningless exercise that it undertakes’”*².

Os lindes do estabelecimento do *fair value* (EUA) ou, em certas legislações (GATT), do valor normal, não é de imediata apreciação, assim como também não é o encontro dos preços dos mercados de importação para comparação. Um exemplo da insignificância de determinação do *fair value* é o caso dos carros que auxiliam a prática de golf poloneses. Este caso apresentou o problema de como medir o valor justo na Polônia, um país com economia centralizada e planificada, onde nenhum carro de golf era vendido para consumo. A comparação de preços, em economias centralmente planificadas, é quase impossível dentro do país exportador, se adotados os critérios americanos de investigação do dumping.

Por outro lado, havendo este caso ou quando os dados referentes à estrutura de custos não são confiáveis, aplicam-se critérios de construção de preços, como os que seguem: em caso de acordo entre exportador e importador, o preço líquido pago nas exportações; em caso de trading company, o preço da primeira revenda.

² Op. cit.

3- O Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994

O Acordo sobre a implementação do Artigo VI do GATT 1994 (usualmente referido como “Acordo Antidumping”) regula a aplicação de medidas antidumping por parte dos membros da Organização Mundial do Comércio. Tais medidas podem ser aplicadas pelo país-membro após investigação que determine a ocorrência de dano à indústria doméstica, provocada pela prática de dumping.

O acordo antidumping estabelece que certos pressupostos devem ser observados para que seja admissível a imposição de uma medida antidumping, ele estabelece também diversos parâmetros propriamente processuais para a investigação do dumping, bem como para a imposição das medidas de defesa da indústria doméstica. Para compreensão do acordo, passa-se a uma análise de seus principais pontos:

Preliminarmente, deve ser ressaltado que o acordo antidumping é bastante vago na definição do conceito de “dumping”. Isso se deve à percepção de que a prática do dumping é, por princípio, uma prática realizada por particulares, não pelos governos (ao contrário dos subsídios, por exemplo) e, pela esfera privatística do conceito, o acordo, embora bastante detalhado, deixa à legislação interna de cada país a definição do conceito de dumping.

O grande detalhamento acerca dos procedimentos a serem utilizados na determinação do dumping e nas medidas a serem tomadas para seu combate deve-se à necessidade, sentida por seus negociadores, de garantir a internalização, na legislação dos países signatários, de um conjunto de padrões que garantissem a transparência dos procedimentos, a plena possibilidade de exercício do contraditório, da ampla defesa e a fundamentação das decisões tomadas pelas autoridades responsáveis pelas investigações e aplicação de sanções.

Como usual na redação de acordos multilaterais, os primeiros artigos do acordo antidumping destinam-se a estabelecer um conjunto de definições que serão observadas no restante do acordo.

O artigo 1º do acordo antidumping determina que medidas antidumping somente poderão ser tomadas de acordo com o constante no próprio acordo, balizando, assim, a formação das legislações internas dos países signatários.

Os artigos 2, 3 e 4, bem como seus respectivos parágrafos, cuidam da determinação de “dumping”, “dano” e “indústria”, centrais para o desenvolvimento do restante do acordo.

Assim, define-se que ocorrência de dumping deve ser calculada com base em uma comparação justa entre o preço normal de um dado produto no mercado de seu país de origem e naquele do país importador. Este artigo é bastante extenso e detalhado, descrevendo em minúcia os procedimentos, inclusive contábeis, que devem ser utilizados para a apuração do dumping. Seus parágrafos cobrem uma ampla gama de eventos que poderiam dificultar, ou mesmo impossibilitar a realização daquela comparação justa entre os produtos. Assim, o artigo prevê os meios de estimação do custo de produção de um produto (inclusive os administrativos e os cambiais), hipóteses de inexistência de mercado interno e de triangulação de mercadorias. Ainda, o artigo 2º dá a definição de “produto” (mercadoria) e “produto similar”.

O artigo 3 cuida da definição de “dano” causado pela importação de produto objeto de dumping. Por dano (material) deve-se entender não apenas o dano efetivo e real, mas também a ameaça concreta de dano à indústria local, bem como o retardamento efetivo da implantação de uma indústria nacional do produto. A ocorrência de dano envolve a análise do volume das importações e seu efeito nos preços e nos produtores locais daquele produto. Note-se que este artigo, em seu parágrafo 3.3 - significativa alteração em relação a seu antecessor - abre a possibilidade de apuração de dumping pela atuação combinada de diversos países.

O parágrafo 3.5 estabelece que deve ser verificada a ocorrência denexo causal entre as importações e o dano. Esta determinação é de máxima importância para a imposição de medidas antidumping, vez que, se não apurada a ocorrência de dano por outros motivos que não a importação daquele produto, fica prejudicada a aplicação de qualquer sanção com base no presente acordo.

Por indústria doméstica (ou nacional) define-se, no artigo 4º, os produtores de artigo similar àquele importado. O artigo 4º engloba como produtores todos aqueles compreendidos em uma dada área mercadológica do país signatário. Assim, admite-se, em princípio, a divisão de um dado país em duas ou mais áreas que possam vir a ter tratamento distinto, aplicando-se medidas antidumping apenas em favor dos produtores de uma certa região geográfica de um mesmo país. Em sentido contrário, há a previsão de que em caso de existência de processo de integração econômica, a “indústria doméstica” inclui de todos os países membros.

Os aspectos propriamente procedimentais da investigação do dumping e da aplicação de medidas contrárias a ele inserem-se no art. 5º que, juntamente com o artº 6, determinam que as investigações devem ser iniciadas por pedido escrito formulado pela indústria doméstica ou em seu favor, determinando quais os requisitos formais do pedido (descrição do dano e do nexocausal, dados acerca do produtor estrangeiro, dos produtores nacionais e dos preços locais e na origem), bem como os percentuais de representatividade da indústria doméstica que devem ser observados na apreciação preliminar do pedido de investigação. Como requisito prévio de apreciação, o acordo prevê a desconsideração liminar de pedidos formulados (diretamente ou por representação) que envolvam produtores que detenham menos de 25 % da produção local da mercadoria.

Note-se que o próprio artigo 5 prevê uma atenuação deste princípio, admitindo que as investigações possam ser iniciadas de ofício pela autoridade responsável.

Ainda, observe-se que o artigo 5 determina o sigilo das investigações (que, ainda assim, devem ser informadas ao país de origem do produto) e a extinção de plano do procedimento se ficar apurada uma margem de dumping inferior a 2%. As investigações devem durar até um ano, nunca podendo se estender para mais de dezoito meses.

O artigo 6 estabelece regras detalhadas para o processo de investigação, incluindo a produção de provas e o uso de técnicas de amostragem. Determina, ainda, que deve ser garantido o sigilo de informações sensíveis. Ainda, para garantir a transparência dos procedimentos, a autoridade responsável deve tornar pública todas as informações não expressamente confidenciais e garantir às partes plenas oportunidades de manifestação e de participação nas investigações, incluindo, mas não se limitando, o acesso físico às peças produzidas, realização de contraditório oral, total registro das manifestações orais produzidas, etc.

Este artigo determina, ainda, que qualquer decisão deverá ser fundamentada e, na medida do possível, individualizada para cada produtor/exportador do produto sob investigação.

Com base no artigo 7º, admite-se a imposição de medidas provisórias, em caso de risco iminente de dano. Estas medidas devem possuir a mínima duração possível, podendo ser aplicadas não menos que 60 dias após o início das investigações.

A aplicação das medidas antidumping definitivas, bem como sua duração, acham-se regulamentadas nos artigos 9º, 10º e 11 do acordo antidumping. O princípio geral contido no artigo 10º é o da irretroatividade das medidas antidumping, entretanto, reconhecendo a possibilidade de dano durante o período de investigação, admite-se a imposição de medidas retroativas, em circunstâncias excepcionais, de maneira geral a partir da data de aplicação das medidas provisórias, de toda forma nunca retroagindo a mais de 90 dias antes da imposição destas.

A duração máxima das medidas antidumping definitivas não deve ultrapassar os cinco anos após a primeira aplicação, salvo na

hipótese de que nova investigação, conduzida dentro dos mesmos parâmetros acima estabelecidos, determine a permanência da situação que ensejou a tomada daquelas medidas e evidencie a necessidade do prosseguimento de sua aplicação.

O artigo 13 determina que as partes descontentes com o resultado de uma investigação em âmbito administrativo deve ter acesso à revisão judicial ou administrativa do resultado final das investigações.

Os artigos finais do acordo cuidam da formação de órgão de consulta internacional e da solução das controvérsias internacionais que digam respeito à aplicação e interpretação do acordo.

4 – Painel da OMC sobre a legislação antidumping dos EUA (*Anti-Dumping Act of 1916*), à luz do “Acordo Antidumping”.

Como já brevemente comentado neste artigo, a investigação e definição das práticas antidumping, de ordem particular cabe aos Estados signatários do referido Acordo Antidumping, tomando-se por esta legislação a inspiração das legislações locais. Entretanto, a conformação legislativa dos Estados neste tópico, por se tratar de tema objeto de tratado internacional, deverá ser submetida à decisão pela OMC. Ocorre, pois, que a OMC não decidirá a aplicação sobre a aplicação da legislação interna dos Estados membros em um caso concreto, mas de como seu sistema legislativo encontra-se sintonizado, ou pelo menos, suas práticas levam a esta conclusão em vista dos compromissos internacionais assumidos.

Com efeito, apresentou-se à OMC esta questão, que decidiu nos termos do relatório datado de 29 de Maio de 2000.

Tendo por base a política antidumping norte-americana, o Japão requereu que fosse feita uma consulta aos Estados Unidos sobre a aplicação dos tratados internacionais *Understaning on Rules and*

Procedures Governing the Settlement of Disputes - DSU , o GATT 94 e o Acordo Anti-Dumping, em confronto com o *Anti-Dumping Act of 1916*. Não se chegando a um resultado satisfatório nesta etapa preliminar, o Japão requereu ao Órgão de Solução de Disputas a instalação de uma painel com base nos diplomas legislativos aparentemente conflitantes acima.

Desta forma, traremos apenas alguns dos pontos de discordância da legislação em questão, concluídos pelo painel.

- a) Primeiramente, o Act 1916 prevê que, na apuração de dumping, havendo condenação, as penas podem variar entre indenização, multa ou prisão. Entretanto, referidas disposições em se tratando de política anti-dumping são repudiadas pela ordem internacional, que só permite a aplicação do cálculo da margem de dumping para constituir o preço em situação de normalidade, e não as demais penas previstas na lei norte-americana;
- b) Nos termos da legislação norte-americana, o preço de referência de primeiro plano é aquele obtido nos principais mercados do país exportador, **ou nos países para os quais os produtos são freqüentemente exportados**. Esta disposição sobre o preço de referência mais uma vez fere o tratamento internacional, pois estabelece paradigmas de confronto em desconformidade com os enunciados vigentes. Nos termos do art. 2.1 e 2.2 do Acordo Anti-Dumping, o primeiro padrão em relação ao qual o preço do produto é comparado é o preço atual do produto no mercado do país exportador;
- c) A legislação em comento considera que basta a intenção de causar o dano ou a intenção de ameaçar retardar o estabelecimento de empresa, para que se aplique as disposições antidumping. Tem-se, pois, que suas disposições frontalmente contrariam o GATT (art. IV:1), que prevê a ocorrência do dano material como condição necessária para a aplicação de medidas antidumping;

- d) A representatividade do órgão requerente para iniciar um processo de investigação pode ser mínima (uma investigação pode ser requerida por uma única empresa). Ao contrário, o GATT prevê que o pedido seja feito em favor da indústria doméstica, com receita superior à 50% do total da produção (art. 5.4 do Acordo Antidumping);
- e) Por fim, e apenas para fornecer mais um dado ilustrativo de como a legislação norte-americana foi confrontada, a imposição de obrigações, como resultado das investigações, ignora os limites do Acordo, pois não há previsão de **duração de medidas**. A despeito desta omissão, uma vez tendo-se decidido que a forma de fixação de pena já era em si uma violação, considerou-se que este pedido estava prejudicado.

Concluiu-se por identificar os pontos de violação dos acordos e tratados internacionais presentes na legislação interna dos Estados Unidos, com afastamento de algumas argüições, pois os Estados Unidos conseguiram comprovar que a despeito de certas normas fazerem parte do sistema legislativo, não eram aplicadas pelos tribunais locais. Principalmente, concluiu-se que os benefícios que o Japão poderia auferir do Tratado da OMC foram unilateralmente suprimidos pelos Estados Unidos, resultando na recomendação feita para que o país promova a integração de sua legislação com a prática internacional.

5- Conclusão

O tema do dumping no comércio internacional, ainda que nunca tenha deixado de atrair a atenção dos governos, agentes econômicos e pesquisadores, vem ganhando relevância ainda maior diante das restrições impostas pela OMC à prática de medidas governamentais unilaterais de proteção à indústria nacional (tais como os subsídios). Diante destas restrições, as medidas antidumping, em face do seu caráter particular e punitivo, tendem a se multiplicar e, ante o aumento da concorrência pelos mercados

internacionais, justifica a formação de um acordo multilateral que, ao mesmo tempo em que permita a aplicação de medidas antidumping, cria padrões elevados e restritos de tomada destas medidas, de forma a proteger o comércio internacional.

LICENÇA COMPULSÓRIA DE PATENTES E O DIREITO ANTITRUSTE

José Carlos Vaz e Dias¹

1. Conforme solicitação do Ministro da Saúde, em Consulta Prévia nº. 031/99, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) emitiu em 31 de março de 1999 um parecer sobre os tipos de condutas que caracterizam violação à ordem econômica e que servem de justificativa para a concessão da licença compulsória, ficando, assim, o titular sujeito à outorga obrigatório de uso de sua patente a terceiros.

2. Essa solicitação visava, conforme o entendimento do Ministério da Saúde, **“dirimir dúvidas e criar condições para uma análise mais abrangente e diferenciada de práticas infrativas à ordem econômica cometidas por empresas que operam em mercados imperfeitos, e que fabricam produtos essenciais à vida e à saúde da população, como é o caso da indústria de medicamentos, justificando tratamento diferenciado e mais rigoroso por parte do poder público”**.

3. A importância do referido parecer decorre do esclarecimento sobre a maneira pela qual o direito da propriedade industrial pode se relacionar com o direito antitruste, visando resguardar dois dos

¹ José Carlos Vaz e Dias (LLM/PhD Kent - Inglaterra) é advogado do escritório Di Blasi, Parente, Sorensen Garcia & Associados S/Ca e Professor Visitante da UERJ nas matérias “Direito da Propriedade Intelectual” e “Teoria da Concorrência e Direito da Concorrência Desleal Relativo aos Contatos Comerciais”.

O autor agradece os comentários apresentados pelos colegas Ivan Bacellar Ahlert e Gabriel DiBlasi.

mais importantes princípios constitucionais da ordem econômica brasileira, quais sejam o “Princípio da Livre Concorrência” e o “Princípio da Propriedade Privada”. Além disso, o parecer delineou os passos de atuação do Ministério da Saúde em busca de instrumentos legais na contenda política existente com as indústrias farmacêuticas.²

4. Ainda e mais importante, o parecer esclareceu peculiaridades técnicas relacionadas ao procedimento de instrução da licença compulsória³, quando a exploração da patente acarreta a prática do abuso do poder econômico.

5. O objetivo deste artigo é exatamente examinar essas peculiaridades técnicas tratadas pelo parecer, referentes ao procedimento de instrução da licença compulsória e procurar determinar os limites de atuação do CADE e do INPI, quando constatado o abuso do poder econômico dos agentes comerciais que são os titulares dos direitos de uma patente.

6. O interesse pela atuação dos órgãos de defesa da concorrência⁴, principalmente do CADE, nos assuntos relacionados ao sistema de patentes, decorre da própria lei de propriedade industrial - Lei nº.

² Dentre os instrumentos utilizados pelo Ministério da Saúde para reduzir a influência das indústrias farmacêuticas, sob a alegação do aumento da disponibilização de remédios para a população, está a Medida Provisória nº. 2.006, de 14 de dezembro de 1999 (última reedição pela Medida Provisória nº. 2.105-15, de 26 de janeiro de 2001) que alterou a Lei nº. 9.279/96 e adotou as seguintes medidas: (i) permitiu a utilização desautorizada do objeto de uma patente, destinada à produção de dados e resultados de testes, para a obtenção de registro de comercialização junto ao Ministério da Saúde; (ii) condicionou a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos à prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

³ Licença compulsória é entendida como a outorga de direitos de utilização de uma patente a um terceiro, por determinação governamental e sem autorização prévia do titular da patente, conforme o procedimento de concessão descrito pela lei de direito da propriedade industrial e direito antitruste.

⁴ Os órgãos incumbidos da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica são a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

9.279, de 14 de maio de 1996 - que estabeleceu em seu art. 68 o abuso do poder econômico como um dos requisitos para a instauração do procedimento e concessão da licença compulsória. Aliás, a possibilidade de instauração desse procedimento por abuso do poder econômico constitui uma inovação no nosso direito, pois previamente à vigência da Lei nº. 9.279/96 as hipóteses para concessão da licença decorriam essencialmente da falta de exploração local de uma patente em território nacional.

7.O exercício abusivo de direito já constava do texto original da Convenção da União de Paris.⁵, pois os efeitos negativos da recusa em explorar a invenção e não colocar os produtos objeto da patente no mercado de forma que a demanda do produto ficasse atendida já eram observados no final do século passado. Dentre os efeitos constatados pelos economistas causados por uso inadequado de uma patente, estavam:

(a) A possibilidade de a patente em desuso constituir uma barreira para novos desenvolvimentos, bem como para a exploração de patentes dependentes;

⁵A licença compulsória já era um instituto comumente adotado pelos países membros da Convenção. No entanto, inexistia regras uniformes sobre o assunto, especialmente o período em que terceiros interessados poderiam requerer a instauração do processo administrativo e a compreensão da importação dos produtos ser prova eficaz do uso da patente. Dessa forma, a estipulação das regras gerais da licença compulsória na Convenção da União de Paris foi fundamental para uniformização do instituto da licença.

Entende-se que um dos interesses em dar seguimento à reunião para a constituição da União de Paris decorreu da necessidade de inibir os países europeus em adotarem regras e procedimentos diferentes para a proteção às invenções tecnológicas, que afetavam os direitos dos titulares e serviam como argumento para o movimento anti-patentário que ocorreu na Europa no final do século XIX, tal como a lei austríaca que determinava a compulsoriedade da fabricação da patente no mercado local dentro de 1 (um) ano da concessão da patente. Armitage, Edward – “The Paris Convention Background to the Diplomatic Conference”. *European Intellectual Property Rights (EIPR)*. Março. 1980. Págs. 83-85.

(b) A possibilidade de a patente em desuso ou uso inadequado não promover a comercialização do produto; e

(c) A possibilidade de provocar escassez e aumento do preço do produto, objeto da patente;

8. Com a Convenção da União de Paris, Revisão de Estocolmo (1967), procurou-se estabelecer os requisitos mínimos e uniformes no tocante aos critérios para uso de uma patente, bem como determinar que o exercício abusivo do direito de patente não acarreta a imediata caducidade sem antes tentar o uso da invenção tecnológica por meio da licença compulsória, que foram assim, cujas as regras foram assim especificadas:

Artigo 5

“1) A introdução, pelo titular da patente, no país em que esta foi concedida, de objetos fabricados em qualquer dos países da União não acarreta a caducidade da patente.

2) Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar em exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como por exemplo a falta de exploração.

3) A caducidade da patente só poderá ser prevista para os casos em que a concessão de licenças obrigatórias, não tenha sido suficiente para prevenir tais abusos. Não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença obrigatória.

4) Não poderá ser expedida licença obrigatória, com o fundamento de falta ou insuficiência de exploração, antes de expirar o prazo de quatro anos a contar da

apresentação do pedido de patente, ou de três anos a contar da concessão da patente, devendo aplicar-se o prazo mais longo; a licença será recusada se o titular da patente justificar a sua inação por razões legítimas. Tal licença obrigatória será não exclusiva e só será transferível, mesmo sob a forma de concessão de sublicença, com a parte da empresa ou do estabelecimento comercial que a explore.

5) As disposições precedentes serão aplicáveis, com as modificações necessárias aos modelos de utilidade.”

9. Essas disposições da Convenção da União de Paris estão presentes, de maneira mais detalhada, na Seção III da Lei n.º 9.279/96 onde está especificado o procedimento da licença compulsória. Os arts. 68 e 70 dessa lei listam exhaustivamente os eventos ensejadores da licença compulsória, que são os seguintes: (i) a não exploração do objeto da patente no Brasil ou uso do processo patenteado, por meio da falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ressalvado os casos de inviabilidade econômica, caso em que permitirá a importação do produto; (ii) a comercialização não satisfatória da demanda do mercado; (iii) a constatação do abuso do poder econômico e (iv) no caso de patente dependente, quando não houver acordo entre os titulares da patente dependente e da principal e quando constatado o progresso tecnológico da patente dependente.

10. Pode-se dizer que a especificação do abuso do poder econômico como requisito para a licença compulsória decorre largamente da influência da legislação americana que tratou esse instrumento, por um bom período de tempo, sob a égide do direito antitruste e com o propósito de punir o exercício abusivo de uma posição mercadológica dominante⁶. Além do mais, há de se considerar a

⁶ Existe uma diferença entre o objetivo da lei de patentes e outro da lei antitruste, pois enquanto aquela auferir a eficiência da invenção quanto à capacidade de promover novas tecnologias e procura garantir a utilização adequada da invenção patenteada no mercado (“Teoria da Divulgação Tecnológica”), a lei antitruste preocupa-se com os efeitos nocivos à competição decorrentes dos poderes da patente. Veja Carvalho, Nuno T.P., “Abuso dos Direitos de Patente – um Estudo do

forte atuação dos países subdesenvolvidos durante as negociações da Rodada Uruguaí de Acordo Multilateral que procuraram garantir e aprimorar mecanismos legais já existentes ao exercício das patentes (licença compulsória e caducidade) para promoção da fabricação local do produto objeto da patente. Tanto é assim que foram especificadas regras gerais sobre a licença compulsória no “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” (conhecido como TRIPS), incorporado em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 1.355, de 30/12/1994, que promulgou a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.⁷

11. Mais especificamente na letra (k) do art. 31 do referido acordo, o assunto da licença compulsória foi tratado de maneira bastante abrangente, de tal forma que as diversas hipóteses de abuso relacionadas ao exercício de uma patente, incluindo o abuso do poder econômico, pudessem ser consideradas, por mais peculiar que fossem, contrárias à utilização da patente e à disponibilização adequada do invento em forma de um produto para os consumidores, *in verbis*:

Artigo 31

“Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo governo ou por terceiros autorizados pelo Governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos “b” e “f” quando esse uso

Direito dos Estados Unidos com Referências Comparativas ao direito Brasileiro.”
Revista da ABPI n.º. 12 Julho/Outubro. 1994. Págs. 44 a 105.

⁷ A atuação dos países desenvolvidos no GATT foi largamente influenciada pelas principais teorias justificadoras do Sistema de Patentes, quais sejam: (i) “Teoria da Divulgação Tecnológica” baseada na “Teoria do Contrato Social” desenvolvida nos séculos XVII e XVIII na Europa. Haveria, aqui, um contrato entre a sociedade e o inventor, aonde seria garantida a proteção legal à invenção em troca do acesso tecnológico à sociedade; (ii) “Teoria do Incentivo Econômico” onde a concessão da patente pelo estado tem por objetivo a promoção de investimento tecnológico e o conseqüente desenvolvimento comercial com a eficiência dos modos de produção.

for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial.⁸ A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridade competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciaram forem tendentes a ocorrer novamente.”

12. Tal como ocorreu na convenção da União de Paris, o TRIPS se limitou a estabelecer os princípios básicos da concessão da licença compulsória, principalmente no caso de abuso do poder econômico, deixando aos países signatários a incumbência de estabelecer na lei de propriedade industrial e em outras leis subsidiárias os procedimentos para a sua concessão.

13. No entanto, quando somos remetidos para a leitura da Seção III (arts. 68 a 74) da Lei 9.279/96 somos incapazes de determinar adequadamente o procedimento de concessão da licença compulsória por abuso do poder econômico, em virtude da própria lógica jurídica que rege os institutos no direito, vez que essa lei regula especificamente os **“direitos e obrigações relativos à propriedade industrial”**. Dessa forma, torna-se imprescindível a análise da Seção III da Lei 9.279/96 em conjunto com a Lei 8.884/94 que regula os aspectos relativos à prevenção e repressão das infrações à ordem econômica. Mais importante, a análise dessas leis deve ser realizada em vista do esclarecedor parecer do CADE em Consulta Prévia 31/99.

14. O caput do artigo 24 é o primeiro dispositivo da Lei 8.884/94 que merece considerações, pois determina a natureza jurídica da licença compulsória. De acordo com esse artigo, a licença compulsória é enquadrada como uma penalidade pela infração à ordem econômica cometida pelo agente econômico e incidente

⁸As alíneas “b” e “f” do art. 31 referem-se à exigência da concessão da licença compulsória condicionada à obtenção de uma autorização prévia do proponente da licença junto ao titular da patente para explorar a patente ou nos casos em que há necessidade para suprir demanda interna do mercado.

quando esta infração estiver revestida de condições especiais, como seguem:

“Art. 24 – Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: ...”

...

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

...

15. Em vista de sua natureza jurídica peculiar, a licença compulsória é entendida como uma sanção acessória que necessita da ocorrência de fatos peculiares que revestem as condutas infrativas, quais sejam a gravidade dos fatos ou o envolvimento do interesse público geral. Conforme ressaltado no parecer da referida Consulta Prévia – Voto do Conselheiro Mércio Felsky – que esclareceu diversos aspectos relacionados ao procedimento de concessão da licença compulsória no CADE, existem duas etapas distintas a serem observadas para a incidência das penas especificadas no art. 24 da Lei 8.884/94, devendo ser acrescentada mais uma etapa quando da recomendação da licença compulsória. A primeira fase consiste na averiguação inicial dos fatos alegados com a conseqüente confirmação da infração à ordem econômica, nos termos do art. 20 da referida lei⁹. Uma vez constatada a

⁹ Deve-se salientar que “abuso do poder econômico” constitui um termo genérico doutrinário para determinar o exercício abusivo de uma posição dominante de um agente econômico que venha, de alguma forma, a prejudicar a livre concorrência, seja dominando mercado relevante de bens e serviços e restringindo a competição ou aumentando arbitrariamente os seus lucros. Dessa forma, todas e quaisquer condutas comerciais praticadas pelos agentes econômicos, principalmente aquelas

violação, mediante processo administrativo, nasce o dever legal do CADE em aplicar as penalidades inicialmente especificadas pelo art. 23 do Capítulo III da Lei 8.884/94.¹⁰

16.A 2^a. etapa a ser ultrapassada refere-se à verificação pelo CADE da existência da **gravidade dos fatos** que revestiram a infração bem como a **contrariedade ao interesse público**, de tal forma a confirmar a possibilidade de incidência das penas dispostas no art. 24. Nessa fase, a violação à ordem econômica já foi confirmada e as penas do art. 23 possivelmente aplicadas. Em virtude do caráter subjetivo do caput do art. 24, a confirmação dos aspectos peculiares que revestem a infração deve ser realizada na prática, de acordo com o contexto peculiar de cada conduta, levando-se em consideração sempre a extensão de seus efeitos em um nível econômico e social abrangentes.¹¹

17.Para a determinação da “exigência do interesse público geral”, a dificuldade do CADE é ainda mais problemática, pois entende-se

do art. 21 da Lei 8.884/94, que caracterizam um exercício abusivo de uma posição comercial são consideradas violadoras à ordem econômica.

¹⁰ A aplicação da pena é considerada uma faculdade inerente ao “Princípio da Competência” que rege o Poder Público e um dever do CADE, intrínseco à prerrogativa de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Portanto, entende-se que o CADE não pode renunciar ao dever de aplicar as penas dispostas nos arts. 23 e 24 da Lei 8.884/94, quando da existência de infração à ordem econômica.

¹¹ Conforme o voto do Conselheiro Mércio Felsky, especificado na página 6 da Consulta Prévia 031/99:

“... Em verdade, pode-se afirmar que a gravidade de uma infração, por não apresentar critérios específicos para sua gradação, é avaliada de acordo com circunstâncias consideradas relevantes em sede de matéria antitruste.

Como pode se observar pela leitura do art. 27, os incisos de II a VIII nada mais são que circunstâncias que permitem ao aplicador da norma avaliar a gravidade de uma infração, sem prejuízo, contudo de se valer de outras consideradas por ele necessárias para tal avaliação, como, por exemplo, a essencialidade do produto ou do serviço à coletividade.

O tratamento diferenciado e mais ou menos rigoroso por parte do CADE na imposição de uma penalidade decorrerá, portanto, da análise das considerações acima vis-à-vis a conduta infrativa.”

que todas as infrações à ordem econômica afetam a “livre concorrência” que é um princípio da ordem econômica e, portanto, revestido de interesse público geral. Assim, a atuação do CADE na repressão da violação à ordem econômica e a aplicação das penas são exigências derivadas sempre do interesse público geral. Nas palavras do mestre Luís Cabral de Moncada: **“O objetivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados no pressuposto de que é o mercado livre que, selecionando os mais capazes, logra orientar a produção para os setores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, que é com quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é assim encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação econômica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível de produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências. É por isso que a sua defesa é um objectivo de política econômica.”**¹²

18. Portanto, a aplicação das penas dos arts. 23 e 24 da lei antitruste deve ser sempre pautada pela exigência do interesse público em preservar a concorrência e o mercado capitalista, o que consequentemente assegurará a satisfação dos consumidores locais.¹³ Por isso, entende-se ser inadequada a especificação da

¹² Opinião citada no livro na página 99 da obra “Comentários à Constituição do Brasil” (promulgada em 5 de outubro de 1988). 7º. Vol. Arts. 170 a 192. Publicada por Celso Ribeiro e Martins Bastos e Ives Gandra.

¹³ Uma tentativa de alcançar o espírito do legislador, na definição de “interesse público geral” especificado no caput do art. 24, seria verificar o impacto da violação sobre a economia nacional como um todo ou analisar os efeitos dessa violação às áreas relacionadas à alimentação e sensíveis à saúde humana, tais como o efeito nocivo e abrangente de uma violação decorrente do poder econômico concedido por uma invenção tecnológica patenteada e relacionada à saúde humana, tais como as invenções na área farmacêutica, química e biotecnologia.

No entanto, essa forma de constatação do “interesse público geral”, para fins de aplicação das penas listadas na Lei 8.884/94 não seria por toda precisa, pois existem invenções tecnológicas não relacionadas à área da saúde humana que podem alterar significativamente as relações sociais e econômicas de um mercado e, portanto, afetar o “interesse público geral”. Além do mais, nem todos os farmacêuticos e químicos possuem uma aplicabilidade abrangente para alcançar uma parte substancial da população.

exigência do “interesse público geral” como requisito para incidência das penalidades do art. 24.

19. Ainda e mais importante, conforme ressaltado pela Consulta Prévia 31/99, será exigido dos Conselheiros do CADE, na análise dos dois requisitos do art. 24, a estrita observância ao princípio constitucional da impessoalidade, de maneira que a análise dos efeitos de uma conduta infrativa possa ser realizada por critérios econômicos e sociais objetivos em vista da peculiaridade da conduta e impacto na concorrência. O art. 27 da Lei 8.884/94 estabelece, também, uma série de parâmetros para a determinação das penalidades e constatação da gravidade dos fatos e contrariedade ao direito público, que podem ser utilizados pelos conselheiros do CADE para inclusive determinar a incidência das penas do art. 24, quais sejam: (a) a gravidade da infração; (b) a boa-fé do infrator; (c) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (d) a consumação ou não da infração; (e) o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; (f) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (g) a situação econômica do infrator e a (h) reincidência das infrações.

20. A Resolução nº. 20, emitida pelo CADE em 9 de junho de 1999, especifica outros critérios gerais que os Conselheiros desse órgão devem se pautar na análise de práticas restritivas, sejam horizontais ou verticais, que variam de acordo com cada hipótese violadora, especialmente aquelas listadas pelo artigo 21. Por exemplo, no caso de preços predatórios (prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar a concorrência), o exame dessa prática pode ser realizado verificando as condições de custos e comportamentos dos preços ao longo do tempo, níveis de consumo, grau de concorrência inter-marcas, além do mercado relevante e da pulverização dos concorrentes bem como proporção dos mercados relevantes também atingidos por essa conduta anticompetitiva.

21. Uma vez confirmada a existência das condições peculiares do art. 24, em uma determinada conduta infrativa à ordem econômica, deve-se averiguar efetivamente o uso da licença compulsória como punição à infração à ordem econômica, pois ressalta-se que a

licença compulsória não será necessariamente o instrumento utilizado pelo CADE para punir o infrator. Conforme o parecer do CADE, aliás muito elucidativo nesse ponto e que acabou determinando a terceira etapa ou condição para a licença compulsória, torna-se indispensável a existência de umnexo causal entre a utilização da patente e a conduta violadora à ordem econômica. Torna-se necessário que o poder de mercado que enseja o exercício abusivo decorra diretamente daquele conferido ao agente econômico concedido por uma patente. Caso contrário, não haverá incidência da alínea “a” do inciso IV do art. 24 da Lei 8.884/94. Ou seja, não são todas as infrações que ensejam a incidência da licença compulsória. Por exemplo, haverá somente a recomendação da licença compulsória em caso de prática de venda casada violadora à ordem econômica, quando esta decorrer diretamente do exercício abusivo de um poder de mercado assegurado ao infrator,¹⁴ por uma patente ou pela patente.

22. Esse esclarecimento oportunamente realizado pela Consulta 31/99 elimina as interpretações extensivas sobre a aplicabilidade da licença compulsória, quando da constatação de qualquer infração à ordem econômica, e concede uma segurança jurídica aos titulares de patentes cujo poder de mercado não decorre essencialmente da outorga de direitos da patente .

23. Um outro aspecto relevante é a atuação complementar do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) na concessão da licença compulsória, pois apurada a infração e determinada a pena, será necessário instituir um procedimento administrativo específico no órgão de marcas e patentes. Tendo em vista que o mérito já foi julgado administrativamente pelo CADE, o objetivo precípuo desse procedimento no INPI, no caso da licença compulsória por abuso do poder econômico, será o de assegurar o cumprimento às regras dispostas pelos arts. 68 a 74 da Lei 9.279/96 e, conseqüentemente, garantir ao titular da patente uma adequada compensação pela compulsoriedade da outorga da licença para exploração da

¹⁴ A confirmação do poder econômico de um agente decorrente de uma patente e a capacidade de seus atos alterarem as condições de um mercado relevante são elementos importantes para a constatação da infração à ordem econômica e, conseqüentemente, à caracterização da licença compulsória, que serão analisados já na 1ª etapa de constatação da violação à ordem econômica.

invenção. Dessa forma, conforme ressaltado pela própria Consulta 031/99, o INPI tem o poder-dever de impor a penalidade prevista no art. 68 da Lei 9.279/96 mas, cumpra ressaltar, a penalidade deve ser sempre em observância aos princípios de direito público, tal como o “Princípio da Legalidade”. Nesse sentido, a abertura de procedimento administrativo no INPI é indispensável para a concessão da licença compulsória, o que afasta a existência da licença compulsória *ex officio*¹⁵ nos casos de abuso do poder econômico, sem o cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei 9.279/96.

24.Três questionamentos podem surgir, no entanto, quando do procedimento para a concessão da licença compulsória no INPI por abuso do poder econômico.¹⁶ Deve o INPI promover a publicação da recomendação do CADE e ofertar a patente para terceiros ou simplesmente publicar a recomendação da licença compulsória enviada pelo CADE? Em virtude do poder-dever do INPI em impor a penalidade prevista no art. 68 e sempre na defesa do interesse público, conforme voto do Conselheiro Mércio Felsky (Consulta 031/99), poderia entender que o INPI deve publicar a recomendação e ofertar a patente para terceiros, visando aplicar a

¹⁵ O Decreto n°. 3.201, de 6 de outubro de 1999 estabeleceu as regras sobre a concessão de ofício de licença compulsória, por ato do Poder Executivo Federal, que são aqueles especificados no art. 71 da lei 9.279/96, quais sejam (a) caso de emergência nacional e (ii) interesse público.

Interesse público é entendido como “...os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do país.”

¹⁶ Nem todas as disposições presentes na Seção III da Lei 9.279/96 incidem sobre a licença compulsória por abuso do poder econômico. Regras como a concessão da licença condicionada à expiração dos 3 anos da concessão da patente ou mesmo as hipóteses presentes no art. 69, que justificam a falta de fabricação do produto, são incompatíveis com aquelas específicas ao abuso do poder econômico, não sendo portanto aplicáveis.

Por outro lado, o § 2º. do art. 68 determina ser imprescindível o cumprimento de certos requisitos para a concessão da licença compulsória, quais sejam a legitimidade do requerente da licença compulsória e a sua capacidade técnica e financeira para a exploração do objeto da patente.

penalidade recomendada pelo CADE. No entanto, a atuação preliminar do INPI restringe-se à publicação da recomendação enviada pelo CADE, cabendo aos terceiros interessados, se assim desejarem, requererem junto ao INPI o uso da patente e iniciar o procedimento de licença compulsória, sendo que o INPI decidirá sobre a concessão, dentro de 60 dias de instruído o processo (§7º. do art. 73 da Lei 9.279/96). Essa conclusão decorre da inexistência de prerrogativa do INPI para ofertar a licença de patente *ex officio*, relativamente ao licenciamento compulsório.¹⁷

25. Um segundo aspecto refere-se à necessidade de o terceiro interessado no licenciamento ter que efetivamente cumprir o disposto no §2º do art. 68 e demonstrar a sua capacidade técnica e econômica para exploração da patente. Em virtude de a licença compulsória, por abuso do poder econômico, ser uma penalidade imposta ao agente econômico e o objetivo precípuo não ser a satisfação das necessidades do mercado, poderia afirmar que o requisito da capacidade técnica estaria prejudicado. No entanto, entende-se que a natureza da sanção não afasta a importância de a patente objeto da licença preencher a demanda mercadológica e, conseqüentemente, promover o desenvolvimento comercial. Aliás, ressalta-se que o objetivo precípuo da licença compulsória é exatamente utilizar uma patente de maneira adequada, seja para suprir a demanda de um produto ou para manter a concorrência no mercado. Dessa forma, fica justificada a necessidade de o terceiro interessado demonstrar a capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, portanto, preencher os requisitos do §2º do art. 68 para a outorga da licença compulsória.

26. Nesse mesmo sentido, a exigência de o licenciado iniciar a exploração do objeto da patente no prazo de 1 (um) ano da concessão da licença, conforme determina o art. 74 da Lei 9.279/96, seria totalmente adequada (desde que observada a regra do §3º do art. 68, que possibilita a importação do produto objeto da

¹⁷ A oferta da licença de patente está prevista nos arts. 64 a 67 da Lei 9.279/96 e caracteriza-se pela solicitação do titular de uma patente ao INPI para a publicação do interesse do titular da patente em licenciá-la bem como especificar as condições gerais de contratação.

licença), pois a outorga a terceiro e a, conseqüente, cessação da exclusividade foram alcançados.

27. Um terceiro ponto a ser confirmado é a possibilidade de o titular da patente usufruir dos instrumentos de revisão das decisões do INPI sobre licença compulsória por abuso do poder econômico, presentes na referida Seção III da Lei 9.279/96. Deve-se ressaltar que os aspectos de mérito que embasaram a recomendação na concessão da licença compulsória por abuso do poder econômico somente deverão ser questionados em juízo, em virtude da matéria já ter sido objeto de apreciação pelo CADE. No entanto, fica mantida a possibilidade de revisão das decisões do INPI quanto ao procedimento específico de licença compulsória no INPI, em virtude do disposto na Lei 9.279/96 (principalmente o §8º. do art 73 da Lei 9.279/96), principalmente no tocante aos seguintes pontos: (a) a remuneração fixada para pagamento ao titular da patente e (b) as condições para exploração da patente pelo terceiro interessado, visto que o titular poderá continuar a explorar o objeto da patente, sem exclusividade, bem como usufruir de remuneração pela exploração de terceiros garantida pela licença compulsória.

28. Para finalizar esse artigo, vale destacar que a forma como a licença compulsória está sendo tratada no “Anteprojeto de Lei” apresentado pelo governo para Consulta Pública¹⁸ nos parece tecnicamente imprecisa, pois o texto adotado leva a crer que a licença compulsória possa ser concedida pelo CADE, pois inexistente qualquer referência à **recomendação** aos órgãos públicos competentes para a efetiva concessão da licença que, como anteriormente observado, pertence ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Dessa forma, entende-se que o texto da Lei 8.884/94 é mais preciso e deve ser mantido.

29. Como comentários finais, ressalta-se que a Consulta Prévia no. 031/99 é de extrema importância para o delineamento da recomendação da licença compulsória, por abuso do poder econômico. No entanto, ela se mostra incapaz de determinar

¹⁸ Projeto de Lei proposto em 26 de outubro de 2000 e que adapta a Lei 8.884/94 à futura Agência Nacional de Defesa da Concorrência e do Consumidor.

precisamente a interseção de atuação do CADE e INPI na outorga do licenciamento compulsório, o que deverá ser demonstrado pelas decisões do CADE sobre a matéria e emissão de ato normativo por parte do INPI. Aliás, a renovação do Convênio INPI-CADE se justificaria, nesse sentido, para estabelecer expressamente a inter-relação de atuação entre os órgãos que objetivam precipuamente assegurar os princípios que regulam a ordem econômica brasileira, quais sejam a livre concorrência e a garantia da propriedade privada.

PROLEGÔMENOS DA ECONOMIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA***Paulo C. Coutinho****

Introdução

Ao longo da década de 1980, testemunhou-se uma tendência mundial em direção à liberação do comércio e de ênfase nas forças de mercado em detrimento da direção do estado como meio de determinar a produção e distribuição de bens e serviços. O momento simbólico da falência da economia planejada foi a queda do muro de Berlim, mas, desde a década de 1970, se observava um dinamismo maior nas economias de mercado.

Hoje em dia, já está bem claro que a economia de mercado contém incentivos para que os indivíduos e as firmas ajam de forma eficiente. Tais incentivos, a custo zero, levam as economias de mercado a apresentarem duas propriedades conhecidas como sendo os dois teoremas fundamentais da teoria do bem estar: *todo equilíbrio competitivo gera uma alocação dos recursos da economia que é um ótimo de Pareto*¹⁹; e *qualquer alocação que seja um ótimo de Pareto pode ser obtida por uma economia competitiva*. Esses dois teoremas requerem todavia que a economia de mercado seja competitiva, isto é, não tenha monopólios, oligopólios, monopsônios ou oligopsônios.²⁰

A dependência dessas propriedades de otimalidade da economia de mercado com relação ao nível de competição²¹ – isto é, ao número

* Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF 70910900, Email: coutinho@unb.br

¹⁹ Um ótimo de Pareto é uma situação na qual não se pode melhorar o bem estar de um indivíduo sem piorar o bem estar de algum outro indivíduo. Qualquer conceito de ótimo social, gerado por qualquer princípio ético, deve sempre satisfazer o critério de ótimo de Pareto.

²⁰ Um mercado competitivo é um mercado com muitos compradores e vendedores. Monopólio é uma situação de mercado onde existe apenas um vendedor. Oligopólio é uma situação de mercado onde existem poucos vendedores. Monopsônio é uma situação de mercado onde existe apenas um comprador. Oligopsônio é uma situação de mercado com poucos compradores.

²¹ Existem algumas condições adicionais que a economia deve satisfazer, além de competitividade, para a obtenção dos resultados dos teoremas do bem estar. Mas

de participantes num mercado – é uma das fontes das dificuldades para a obtenção do ótimo social²². Quando não se tem competição perfeita, é comum que os preços vigentes no mercado sejam mais altos do que na situação de concorrência perfeita. Existe um mecanismo automático na economia de mercado que tenderia a eliminar esse problema: a entrada de novas firmas no mercado.

Quando um preço num certo mercado está relativamente mais alto que o preço competitivo, a taxa de lucro também fica relativamente mais alta que nos setores competitivos. Isto é um forte atrativo para novas firmas virem a se instalar nesse mercado. Quando estas novas firmas entram, elas aumentam a oferta nesse mercado, o que leva o preço a se reduzir. Este mecanismo operaria até que o mercado voltasse à situação de concorrência perfeita. Infelizmente existem barreiras naturais e artificiais à entrada em alguns mercados. Na presença dessas barreiras, as poucas firmas já instaladas no mercado observam que elas podem explorar o poder de mercado que detêm, sem que outras firmas possam entrar.

Para combater essa falha da economia de mercado, faz-se necessária a intervenção do estado na economia a fim de que esses mercados não competitivos se comportem de forma competitiva. A teoria econômica que trata desse assunto é a *regulação econômica*. A regulação econômica se divide em duas grandes partes, mais ou menos como se dividem os tipos de problemas de ausência de competição.

De um lado existem setores econômicos que apresentam economias de escala na produção²³, são os chamados monopólios naturais. Exemplos de monopólio natural são os setores de eletricidade, telefonia, água e esgoto. Nesses casos, não apenas não existem muitas empresas produzindo, como é bom que seja uma ou poucas empresas produzindo. Neste caso, o estado cria agências reguladoras para esses setores, de forma a induzir a que a empresa ou empresas atuem como se fossem competitivas.

eles são mais técnicos e menos restritivos que a suposição de existência de competição perfeita na economia.

²² Outras fontes de dificuldades da obtenção do ótimo social são externalidades, bens públicos, informações privadas, e ausência de mercados completos. Para cada uma dessas fontes de dificuldades adicionais, existe um corpo teórico, ferramentas e práticas econômicas capazes de minimizá-las.

²³ Diz-se que uma empresa apresenta economia de escala na produção quando o custo unitário de produção é decrescente.

De outro lado, existem setores econômicos que, embora não se caracterizem como monopólio natural, por uma razão ou outra, acabam numa situação com poucos concorrentes. Para esses setores, a cura é recriar o ambiente competitivo. Por exemplo, não deixar que se formem cartéis, ou reprimir o abuso de poder de mercado ou abuso de posição dominante²⁴. Em poucas palavras, tomar ações que garantam a existência de um ambiente no qual as firmas, nesses mercados, ajam competitivamente. Esta é a parte da teoria da regulação chamada de *defesa da concorrência*. E é sobre ela que trataremos neste capítulo.

A grande diferença entre a regulação de monopólios naturais e a defesa da concorrência reside no fato de que, na regulação de monopólios naturais, se estabelecem preços que incentivem a(s) firma(s) a trabalhar(em) otimamente sob o ponto de vista social, enquanto que, na defesa da concorrência, se criam incentivos para que as firmas, escolhendo preços e quantidades livremente, decidam tanto produzir a quantidade que produziriam se agissem competitivamente, quanto cobrar preços competitivos. As ferramentas à disposição e a prática dos responsáveis pelas políticas de regulação de monopólios naturais e de defesa da concorrência são também muito diferentes. Todavia, não é objetivo desse capítulo discutir essas diferenças, mas entender as ferramentas à disposição e as práticas dos que atuam na defesa da concorrência.

Na seção II, se fará uma análise simples do que leva os mercados competitivos a gerarem ótimos de Pareto e se exemplificará, com o caso do monopólio, o fato da ausência de competição retirar a economia da situação de eficiência. Na seção III, será exposta a base conceitual da política de defesa da concorrência. Nas seções IV e V serão discutidos, respectivamente, o grupo de políticas de defesa da concorrência chamadas de *política de conduta* e o grupo de política de defesa da concorrência conhecidas como *políticas de estrutura*. Na seção VI, se discutirá algumas questões adicionais: políticas de performance e isenções. Na seção VII, se discutirá aspectos da política de defesa de concorrência internacional. A conclusão desse capítulo será feita na seção VIII

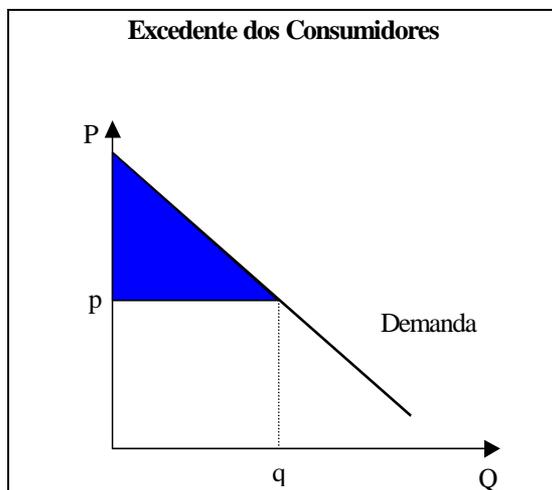
²⁴ Existe uma diferença sutil entre poder de mercado e dominância de mercado, que será explicitada na próxima seção.

II.A economia da competição perfeita e da competição imperfeita

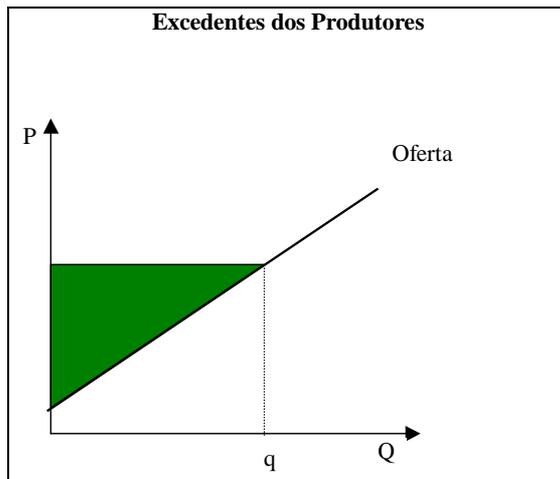
II.1 Competição perfeita

É muito comum se supor que a utilidade de consumos adicionais, expressa em termos monetários, seja decrescente: a utilidade proporcionada pelo consumo da primeira unidade é maior que a utilidade proporcionada pelo consumo da segunda unidade, que é maior que a utilidade proporcionada pelo consumo da terceira unidade, e, assim, sucessivamente. A soma das utilidades proporcionadas por cada unidade consumida, chamamos de *utilidade total*. Essa utilidade total pode ser identificada como sendo a área embaixo da curva de demanda.

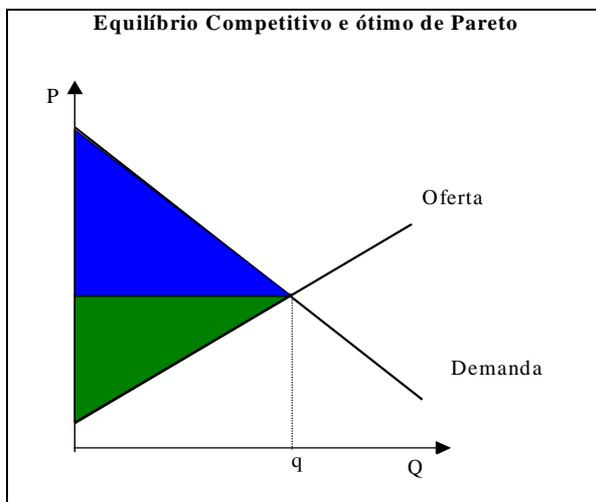
Os consumidores comprarão unidades do bem em questão até que a utilidade proporcionada pelo último bem consumido, expressa em termos monetários, seja igual ao preço do produto. Isto porque a utilidade proporcionada pelo consumo de mais uma unidade do bem proporcionaria menos utilidade em termos monetários que o valor pago pelo bem. Se o preço de mercado for p , a quantidade demandada será q conforme a figura abaixo.



O valor total pago pelos consumidores será $p \times q$. Subtraindo esse valor da utilidade total obtida pelos consumidores, sobra o triângulo azul, representado na figura acima. Esse triângulo é chamado de *excedente do consumidor*, pois corresponde ao aumento da utilidade total dos consumidores por ter sido trocada a quantidade monetária $p \times q$ por q unidades do bem.



Do mesmo modo, a área abaixo da curva de oferta representa o custo total de produção do bem. Como a receita gerada pela venda das q unidades é $p \times q$, a área do triângulo verde da figura acima representa o *excedente dos produtores*, ou *lucro*. Os produtores irão querer vender a quantidade q , tal que o custo de se produzir a q -ésima unidade seja p . No equilíbrio competitivo, o preço é igual à utilidade do último bem comprado (*utilidade marginal*) e é igual ao custo de produção da última unidade produzida (*custo marginal*). Nessa situação o benefício social gerado pelo mercado competitivo que se obtém é máximo.



Se o mercado negociasse uma quantidade menor do que q unidades, haveria perda de excedentes, tanto para os consumidores quanto para os produtores. Já se fosse negociada, no mercado, uma quantidade maior do que q unidades, essas unidades adicionais produzidas pela sociedade teriam custo superior ao benefício gerado por elas (o custo marginal é maior que a utilidade marginal para unidades acima de q). Essa propriedade de eficiência dos mercados competitivos é de grande importância. Ela nos diz que, se o mercado funcionar competitivamente, então ele gerará uma alocação de bens ótima no sentido de Pareto.

Por isso, quando os economistas encontram mercados que não se comportam competitivamente, geralmente desconfiam que a alocação de bens naquele mercado não é ótima. Nesse caso, é necessária uma intervenção para induzir o mercado a ir na direção competitiva. E, de fato, quando o mercado não funciona competitivamente, raramente encontramos que a alocação é ótima no sentido de Pareto.

O mais importante para induzir o mercado a uma situação competitiva, sem necessidade de intervenção governamental, é a presença de vários produtores e de vários compradores. Isso tira dos participantes do mercado o poder de influenciar os preços nos mercados em que atuam, através de escolha judiciosa de quanto

comprar e/ou produzir. Entretanto, a existência de poucos produtores e/ou compradores ocorre em muitos mercados importantes. E barreiras à livre entrada nesses mercados podem impedir a operação de mecanismos automáticos capazes de levar os mercados a uma situação competitiva. Nesses casos, há necessidade de ação de fora da economia, geralmente partindo do estado, para se induzir ao comportamento competitivo. Um exemplo bem ilustrativo dos malefícios da ausência de competição é o caso do monopólio.

II.2 Monopólio

Nos mercados competitivos, existem um grande número de compradores e de vendedores. O *monopólio* é a situação com apenas um vendedor do bem. Como único produtor de um certo produto, o monopolista se encontra numa posição bastante vantajosa. Ele pode escolher o preço ao qual quer vender. Como os compradores não podem comprar o bem de produtores alternativos, eles têm que se submeter aos ditames do monopolista e pagar o preço por ele imposto, escolhendo todavia, a quantidade que desejam comprar [, ao preço anunciado pelo monopolista]. Portanto, se o monopolista tem controle sobre os preços, ele não o tem sobre a quantidade comprada.

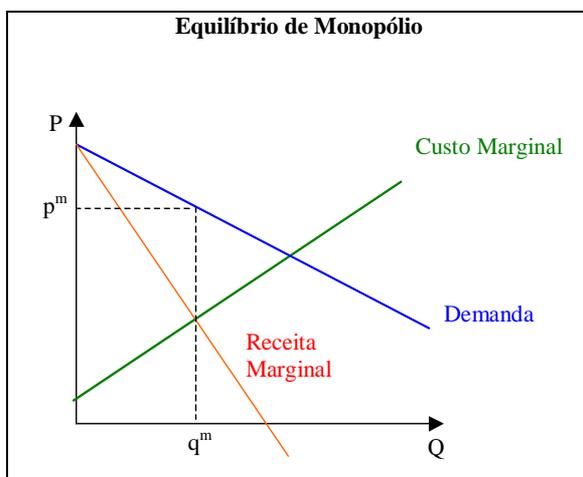
Os compradores comprarão unidades do bem até que a utilidade (marginal) da última quantidade comprada se iguale ao preço cobrado pelo monopolista. O monopolista está interessado em maximizar seu lucro, isto é, a diferença entre receita e despesa. A receita é o preço cobrado vezes a quantidade vendida, $p \times q$. A despesa é o custo total do monopolista, isto é, a área embaixo da curva de custo marginal.

O monopolista sabe que, se pedir um preço muito alto, ele fará um lucro altíssimo por unidade vendida, mas poderá vender pouco. Às vezes, o lucro pode aumentar, se ele reduzir o preço um pouco e ganhar menos por unidade, mas passar a vender muitas unidades do bem. Isto porque poderá ganhar mais em cima dessas muitas unidades vendidas do que ganharia no caso anterior. Ele tem que encontrar o preço que lhe dê lucro máximo. Para isso, é necessário saber o que acontece se ele vender uma unidade adicional. Para vender essa unidade adicional, ele tem que cobrar um preço um pouco mais baixo. Isso tem um efeito negativo de se

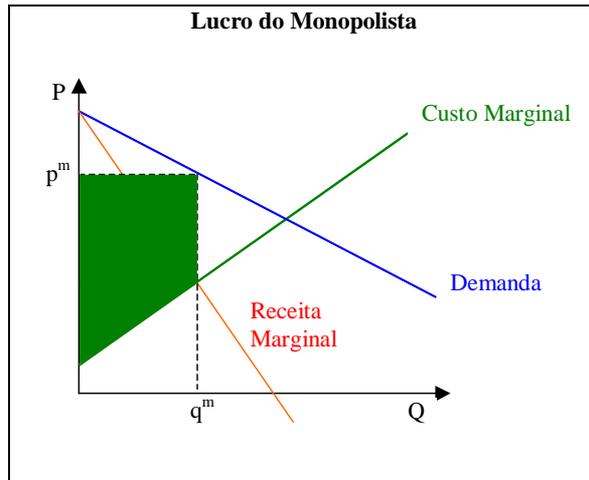
vender cada unidade por um preço mais baixo e um efeito positivo por se vender uma unidade a mais.

A mudança na receita total quando o monopolista produz uma unidade a mais é chamada de *receita marginal*, isto é, o quanto a receita muda ao se vender uma unidade adicional. O custo para se produzir essa unidade adicional é um velho conhecido: o custo marginal.

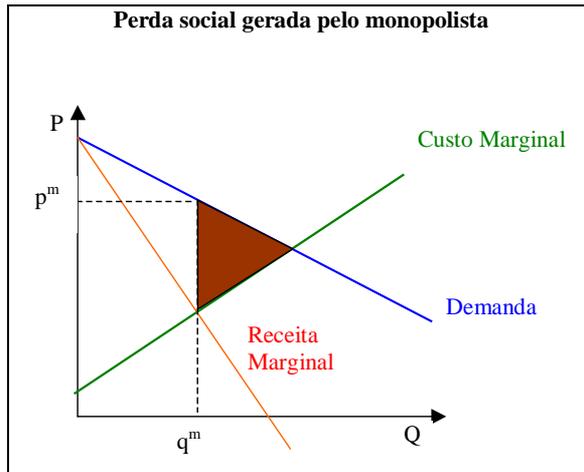
Geralmente, supomos que a receita marginal seja decrescente. Nesse caso, o monopolista maximizador de lucro vai produzir até o ponto em que a receita marginal iguale o custo marginal.



O lucro do monopolista é



É importante observar que o valor da utilidade marginal (que é igual ao preço) é muito maior que o custo marginal. Isto é, se a sociedade produzisse unidades adicionais, os compradores estariam dispostos a pagar mais por essas quantidades do que elas custariam para serem produzidas, fazendo com que os consumidores e o produtor ficassem melhores. Em outras palavras, o equilíbrio de monopólio não é Pareto ótimo, pois podemos mudar a alocação e melhorar tanto para os compradores quanto para o monopolista. De fato, podemos calcular o quanto representa a perda social gerada pela presença do monopólio, que pode ser vista, no gráfico abaixo, pelo triângulo de cor ferrugem



II.3 Poder de monopólio ou poder de mercado

No equilíbrio de competição perfeita, o custo marginal é igual ao preço. No monopólio, o custo marginal é igual à receita marginal, que, por sua vez, é menor que o preço. Portanto, no monopólio, o preço de equilíbrio é maior que o custo marginal. A distância entre o preço e o custo marginal é a *poder de monopólio* ou *poder de mercado*. Ela dá uma idéia de quanto o monopolista pode divergir do comportamento competitivo em termos de preço.

O poder de monopólio depende da sensibilidade da demanda com relação às mudanças no preço do bem. Se a demanda for muito sensível, ao aumentar o preço, o monopolista pode perder muitas vendas. Com isso, ele tenderia a cobrar um preço próximo ao seu custo marginal. Já se a demanda for pouco sensível às mudanças no preço, o monopolista pode elevar bastante o preço, que não perderá muitas vendas. Isto elevaria muito sua receita total e reduziria seu custo marginal. Nesse caso, o monopolista tende a cobrar um preço muita acima do custo marginal.

Os economistas têm uma fórmula para medir a sensibilidade da demanda por um bem com relação a variação no preço do bem. Tal medida é chamada de *elasticidade preço de demanda*. Existem várias fórmulas para expressar essa elasticidade. A mais simples delas é o valor absoluto da razão entre a variação percentual da quantidade demandada sobre a variação percentual do preço, isto é,

$$\text{Elasticidade} = \left| \frac{\text{variação percentual na quantidade demandada}}{\text{variação percentual no preço}} \right|$$

Quanto maior a elasticidade (maior a sensibilidade da demanda com relação a mudanças no preço), menor o poder de monopólio, e vice-versa.

Uma questão importante a saber é o que leva a demanda a ser muito ou pouco elástica. Alguns fatores são importantes na determinação da elasticidade de demanda: o quão essencial o produto é; e se existem ou não bens substitutos, isto é, se existem bens que podem ser consumidos no lugar do bem em questão. Se o bem não for essencial e ele ficar muito caro, os consumidores podem deixar de consumi-lo, mesmo que não existam bens substitutos próximos. Por outro lado, se o bem for essencial, o consumidor não poderá abrir mão do consumo desse tipo de bem.

Um exemplo de bem não essencial é viagem de turismo. Se ficar muito caro viajar a passeio, o consumidor simplesmente não o faz. Energia é um típico exemplo de bem essencial. Mesmo que este bem fique caro, o consumidor provavelmente continuará a usá-lo, pois vai ser difícil que eles queiram passar a viver no escuro, a tomar banho frio e a comer comida crua.

Viagem de turismo talvez tenha substitutos próximos. Passear na cidade onde mora, passar o fim de semana no clube, etc. Já energia não tem muitos substitutos. Como substituir energia elétrica (pelo menos no curto prazo)? Gasolina também é um exemplo de bem pouco substituível no curto prazo. Quem tem veículo movido à gasolina não vai poder colocar álcool no seu veículo. No longo prazo, a substituição é um pouco maior, mas não muito, pois o custo de produção de álcool é maior que o de gasolina.

III Conceitos básicos da defesa da concorrência²⁵

²⁵ Esta seção e as demais que se seguem baseiam-se no texto de Boner e Krueger [1991].

Existem duas grandes escolas de defesa da concorrência: a escola americana e a escola alemã. A defesa da concorrência, em outros países é, geralmente, baseada numa ou noutra escola, ou forma um híbrido de ambas. Essas se distinguem em termos de objetivos e do conceito básico que dispara a investigação: poder de mercado ou dominância de mercado.

III.1 Objetivos da defesa da concorrência

Na escola americana, o objetivo fundamental da defesa da concorrência é a eficiência econômica. Geralmente usa-se uma medida mais simples de eficiência econômica: a eficiência é medida por preços baixos, desde que não abaixo do custo marginal. Preços abaixo do custo marginal, prática comercial chamada de *dumping*, é condenável pela defesa da concorrência. Por exemplo, se uma firma mais eficiente conseguir cobrar mais barato e tirar do mercado alguns concorrentes, isto não é considerado um problema sob o ponto de vista da escola americana.

Na escola alemã, além do objetivo de eficiência econômica, outros objetivos sociais e políticos são também levados em consideração: emprego, diluição do poder econômico e viabilidade econômica de parceiros, são muitas vezes justificativas para a ação da defesa da concorrência. O contraponto desse conjunto de objetivos mais amplo é que, muitas vezes, eles podem ser antagônicos e, talvez por isto, permitam uma aplicação discricionária, gerando uma aplicação mais fraca.

No Japão, a aplicação das leis de defesa da concorrência esteve, até recentemente, subordinada ao interesse da política industrial de se criar grandes grupos privados japoneses para competir internacionalmente. Como essa política industrial vai na direção contrária da política de defesa da concorrência, sua aplicação foi muito frouxa.

III.2 Poder de mercado X dominância de mercado

Como foi dito acima, poder de mercado significa a habilidade que um agente econômico tem de manipular o preço de mercado, através de suas decisões de compra e/ou venda. Quase

sempre, quem está numa posição de comandar preços são os grandes grupos empresariais. Por mais rico que seja um consumidor, dificilmente ele comprará uma quantidade do bem que seja grande o suficiente para afetar o preço vigente no mercado. Uma empresa exerce poder de mercado a fim de aumentar seus lucros. Como vimos no capítulo anterior, um monopolista elevará seus preços acima do custo marginal, gerando ineficiência econômica. O mesmo ocorrerá em casos mais comuns como duopólios e oligopólios. Principalmente porque, quando os produtores são poucos, fica mais fácil eles se unirem para tomar ações conjuntas que lhes possibilita a obtenção de lucros de monopólio. Esta prática de ação coordenada de empresas, com objetivo de elevarem seus lucros, é chamada de *cartelização*.

O conceito de dominância de mercado é mais amplo do que o de poder de mercado. Ele engloba, também, a possibilidade de exercício de poder político por parte de um grande grupo econômico e a possibilidade dele determinar a viabilidade de parceiros comerciais.

Esta distinção não é apenas cosmética, ela, muitas vezes, leva à práticas de defesa da concorrência bastante distintas. Por exemplo, se, num mesmo mercado, existirem dois grandes grupos empresariais que tenham, aproximadamente, o mesmo tamanho, este será um mercado com alto risco de que um desses grupos venha a exercer poder de mercado e poderá, inclusive, vir a sofrer ações preventivas. Como exemplo de tais ações, podemos citar a obrigatoriedade do desmembramento desses grupos, para que seja aumentado o número de participantes no mercado e reduzida a possibilidade de formação de cartel. Já para o exercício de dominância, esta situação pode não ser tão grave, pois um grande grupo sempre poderá neutralizar a força política do outro.

Quando uma ou mais firmas exercem poder de mercado ou abusam de posição dominante, elas atraem o interesse de potenciais empresas entrantes²⁶. A entrada de novas firmas no mercado tenderia a desestabilizar a situação de abuso de poder de mercado ou de dominância. Todavia, como já ressaltamos na introdução, a existência de barreiras à entrada de outras firmas no mercado pode impedir a operação desse mecanismo automático de regulação da

²⁶ Uma empresa entrante é uma firma que está considerando se entra ou não no mercado.

atividade produtiva. É, portanto, essencial, para a defesa da concorrência, o entendimento dessas barreiras.

III.3 Barreiras à entrada

Barreiras à entrada são obstáculos que elevam os custos e riscos de entrada em operação de uma empresa entrante relativamente às firmas já estabelecidas no mercado. Dessa forma, a existência de tais barreiras torna mais difícil a entrada de novas empresas no mercado, mesmo quando as firmas já estabelecidas estiverem realizando lucros relativamente altos. As barreiras à entrada de novas empresas são classificadas como naturais ou artificiais. Por sua vez, essas últimas se dividem em barreiras impostas pelo Estado e barreiras impostas pelas firmas já estabelecidas.

Barreiras naturais

As barreiras naturais são aquelas impostas pela tecnologia usada. A principal barreira natural é a estabelecida pelo uso de tecnologia que apresenta retornos crescentes de escala²⁷. Uma outra barreira que pode ser considerada natural é aquela instituída pelo uso de uma tecnologia que seja capaz de permitir a obtenção de um ponto de eficiência de escala²⁸ tão grande que o mercado acaba por não comportar muitas empresas operando nessa mesmo mercado.

Barreiras artificiais erguidas pelas firmas já estabelecidas

Uma das mais conhecidas barreiras artificiais desse tipo é a gerada pela escolha da capacidade instalada. Ao escolher a capacidade instalada, uma firma define, implicitamente, seu ponto de eficiência de escala. Portanto, a firma já estabelecida pode ter escolhido sua capacidade instalada, de forma a fazer com que seu ponto de eficiência de escala seja tão alto que, naturalmente, não

²⁷ Diz-se que uma tecnologia apresenta retornos crescentes de escala quando ao se aumentar a quantidade de insumos num certo fator, o produto fica aumentado por mais que esse fator. Por exemplo, se dobra-se a quantidade de insumos utilizados na produção, o produto mais que dobra.

²⁸ O ponto de eficiência de escala é a quantidade produzida que minimiza o custo unitário de produção.

permite participação ativa de muitas outras empresas nesse mercado. Por isto, dizemos que a eficiência de escala pode ser natural. Ela pode, também, ser artificialmente escolhida pela firma.

Práticas predatórias tomadas por parte das firmas já instaladas contra novos concorrentes são também barreiras artificiais erguidas pelas mesmas. Dentre tais práticas, podemos citar as estratégias de guerra de preços contra empresas entrantes. As firmas já estabelecidas podem ameaçar a entrante com redução substancial nos preços que cobram se ela entrar. A consequência de tal política para a empresa entrante será a realização de lucros negativos, o que inviabilizará seu negócio. É claro que, para que isto aconteça, é preciso que a ameaça das firmas já estabelecidas seja crível. Para tanto, é necessário que a execução da ameaça seja melhor para as empresas já estabelecidas, do que elas se acomodarem à entrada de nova concorrente. Decisões quanto à capacidade instalada podem, novamente, ter um papel importante para tornar as ameaças críveis.

Barreiras artificiais criadas pelo Estado

O Estado cria algumas barreiras artificiais à entrada de empresas, ao tentar regular a qualidade de bens e serviços oferecidos aos consumidores. Regulação de qualidade de produto alimentícios e licenciamento para operar táxis, podem servir como barreira. Se a obtenção do selo de qualidade for um processo custoso e demorado, as firmas entrantes têm, claramente, uma desvantagem com relação às empresas já estabelecidas

Tarifas e quotas de importação são importantes barreiras contra a competição internacional. Tarifas podem tornar o mercado doméstico cativo das empresas domésticas, as quais poderão exercer certo poder de mercado. É claro que esse poder não pode ser exercido na sua plenitude, se isto acarretar um aumento tal no preço do produto doméstico, que o torne mais alto do que o preço do produto importado mais a tarifa. O estabelecimento de quotas implica que, a partir de um certo nível de importações, o mercado doméstico fica totalmente isolado da competição internacional. A partir desse ponto, as firmas domésticas podem exercer plenamente seu poder de monopólio.

Requerimento de conteúdo doméstico para que um produto seja considerado como tendo sido produzido internamente constitui, também, importante barreira à entrada de outras

empresas no mercado. Muitas vezes, novas firmas entrantes precisam de componentes que sejam desenhados especificamente para elas. Se a empresa entrante já não estivesse anteriormente no mercado, dificilmente haveriam fornecedores domésticos capazes de fornecerem os componentes necessários.

III.4 Formas alternativas de organização do mercado

Na seção II, estudou-se duas formas alternativas de organização de mercado: o mercado competitivo, com muitos vendedores e compradores atomísticos, e o mercado monopolista, com apenas um vendedor e muitos compradores. Entretanto, entre esses dois extremos, existe uma grande diversidade de outras formas de organização. Será feita uma breve apresentação delas mais abaixo. Nessa apresentação “muitos” significará que esses ‘muitos’ serão tantos, que cada um, isoladamente, não terá força para afetar os preços de mercado, isto é, não terá poder de mercado; “poucos” significará que esses “poucos” serão, cada um deles, grandes o suficiente para afetar os preços de mercado, dependendo da forma que ajam, isto é, eles detêm poder de mercado.

Quase sempre que um produtor ou comprador detém poder de mercado, o mercado perde suas propriedades de eficiência e o preço nesse mercado será acima do custo marginal.

- *Mercado duopolista.* No duopólio, existem dois vendedores e muitos compradores.
- *Mercado Oligopolista.* No oligopólio, existem poucos vendedores e muitos compradores. O número de vendedores é pequeno, mas será acima de dois.
- *Mercado Monopsonista.* No monopsônio, existe apenas um comprador e muitos vendedores.
- *Mercado duopsonista e, oligopsonista.* No duopsônio, existem dois compradores e, no oligopsônio, poucos compradores. Em todos dois mercados, existem muitos vendedores
- *Mercado de concorrência monopolista.* Na Concorrência monopolista, existem muitos produtores, mas cada produtor produz um produto ligeiramente diferente do produto dos outros. Assim, ele possui características tanto do mercado monopolista, quanto do concorrencial: cada produtor tem um

pouco de poder de monopólio sobre seu produto, pois é o único a vendê-lo. Todavia, a presença de produtos substitutos bastante próximos deixa-o numa situação tal que enfrenta, no mercado, muitos produtores concorrentes. Um bom exemplo de uma situação desse tipo é o mercado de refrigerantes. Cada refrigerante de marca diferente tem características ligeiramente diferentes, mas são muito parecidos em termos de atender as mesmas necessidades dos consumidores.

III.5 Definição de mercado relevante

Uma questão de grande importância na prática da defesa da concorrência é a determinação do mercado sobre o qual os possíveis problemas de defesa da concorrência serão analisados. Para que se possa definir que mercado será relevante para a análise da defesa da concorrência, é preciso que o analista tenha uma boa teoria, aliada a uma certa arte. Isto porque, no mundo real, os bens não são perfeitamente padronizados em seus aspectos físicos e, também, suas propriedades, sob o ponto de vista dos consumidores, podem ser afetadas pela disponibilidade dos mesmos em termos de localização geográfica.

Para facilitar a tarefa do analista, se sugere que o mercado a ser estudado seja dividido em dois componentes: mercado de produto e mercado geográfico. Para se identificar o mercado de produto, deve-se procurar identificar, primeiramente, quais os produtos cujos preços, no curto prazo, dependem primariamente da competição entre eles. Se o produto tiver bastante substitutos próximos, o mercado relevante envolverá muitos produtos, tornando sua análise mais complexa. Já para produtos sem substitutos, ou com poucos substitutos, essa tarefa fica mais fácil.

Na análise do mercado geográfico, devem ser levadas em conta as áreas que tenham suas demandas bastante relacionadas, pelo fato de apresentarem baixo custo de transporte da mercadoria ou deslocamento dos consumidores. A presença de barreiras tarifárias ou de quotas reduz o mercado geográfico. Alguns produtos, como jornais, ligados a uma cidade, têm seu mercado geográfico bem delimitado.

Um mercado relevante deve conter todos os principais produtos e áreas geográficas que afetam o mercado do bem em estudo. Um critério quase objetivo foi proposto nas Diretrizes do Departamento de Justiça dos EUA. Nessas Diretrizes, foi proposto que o mercado relevante fosse aquele que englobasse produtos e áreas geográficas onde se todas as firmas que produzissem estes produtos em tais áreas fossem controladas por um monopolista, um aumento, por um ano, no preço do produto seria lucrativo para o hipotético monopolista.

Um aspecto controverso na análise de mercado relevante é se a concorrência de produtores potenciais deve ser ou não levada em conta. A viabilidade de alguma nova firma entrar num mercado relevante afeta a possibilidade do hipotético monopolista lucrar com o aumento de preços. Entretanto, a análise de concorrentes potenciais envolve um exercício de adivinhação relativo às ações que serão tomadas pelas firmas que não estão no mercado. Assim Viscusi e outros [1995] comentam:

“Embora o princípio do competidor potencial esteja certamente correto em teoria, existem problemas difíceis envolvidos na avaliação empírica de quem são os competidores potenciais e quais seus respectivos custos relativos. Mais difícil ainda, é avaliar se uma empresa que esteja proibida de entrar em um mercado através da aquisição de uma firma líder, entrará sozinha nesse mercado ou adquirirá uma firma menor. Alguns especialistas defendem a teoria de que não devem, sequer, constituir matéria de debate sério na comunidade antitruste”²⁹

III.6 Índices de concentração

Uma vez definido o mercado relevante, é necessário estabelecer se o mercado em questão é ou não concorrencial e, se for, qual o seu grau de concorrência. Embora uma análise caso a caso possa ser usada nesta etapa, alguns critérios mais objetivos têm sido

²⁹ Esta citação aparece no excelente voto do presidente do CADE proferido na sessão ordinária de 11/06/97.

propostos. Existem, na literatura econômica, diversos índices de concentração. Dentre esses, um que tem ganho muita popularidade na análise antitruste é o que foi desenvolvido por Hirshman e Herfindahl, o IHH. Eles definiram o IHH como sendo a soma dos quadrados dos percentuais do mercado de cada firma participante. Por exemplo, se o mercado tiver três firmas que detenham, cada uma, 30% do mercado e uma quarta, os 10% restantes, o IHH será

$$\text{IHH} = 30^2 + 30^2 + 30^2 + 10^2 = 900 + 900 + 900 + 100 = 2.800.$$

O IHH pode assumir valores entre 0 e 10.000. Nos Estados Unidos, tem se usado o valor de 2.000 como ponto de corte: mercados com IHH acima de 2.000 são potencialmente não competitivos; mercados com IHH abaixo de 2.000 são potencialmente competitivos.³⁰ Esse valor tem sido aplicado em outras economias, inclusive no Brasil.

Todavia, tal transplante automático do ponto de corte pode ser exagerado para o Brasil. A economia dos EUA é muito grande e seu mercado interno permite que as firmas atinjam tamanho eficiente de escala, mesmo com a presença de vários competidores. O mesmo pode não ser verdade no Brasil. Para que as firmas que estejam operando no Brasil sejam competitivas internacionalmente, é preciso que produzam ao nível eficiente de escala, e pode ser que, a esse nível, o mercado brasileiro não comporte cinco ou mais empresas grandes. Dessa forma, considero que o uso do IHH, no Brasil, deva ser feito com muita cautela, até que um maior número de experiências de análise antitruste indique o ponto de corte ideal para o país.

III.6 Políticas de defesa da concorrência e Políticas comerciais

Existe a crença de que a abertura da economia à competição internacional acaba por criar um ambiente competitivo capaz de derrubar os monopólios e oligopólios domésticos, levando os mercados à situação competitiva. Assim, políticas comerciais seriam um bom substituto para políticas de defesa da concorrência. De fato, a abertura comercial tende a elevar o grau de competitividade na economia doméstica, mas está longe de ser uma panacéia para os problemas concorrenciais. Primeiro, pode-se

³⁰ Um exemplo de mercado com IHH de 2.000 é aquele com apenas cinco firmas de igual tamanho.

observar que muitos produtos não são transacionados internacionalmente, portanto, nesses casos, a abertura comercial não surtiria nenhum efeito pró competitivo. Segundo, muitos produtos transacionados internacionalmente são não competitivos a nível mundial, conseqüentemente, a abertura comercial não iria eliminar o problema de falta de concorrência. Assim, permanece necessário que se tenham políticas de defesa de concorrência, mesmo em economias pequenas, como a do Brasil.

IV Políticas de conduta

Dividem-se os tipos de violações dos resultados competitivos em dois grandes grupos: aqueles em que as firmas *agem* ou *se conduzem* de forma não competitiva e aqueles em que o mercado tem uma *estrutura* não competitiva. Essa seção analisará os casos de ação não competitiva e as políticas para combatê-las, à disposição das autoridades de defesa da concorrência. A próxima seção analisará os casos de estrutura não competitiva e os instrumentos capazes de combatê-los.

Os casos de condutas condenáveis dividem-se novamente em dois grupos: condutas que restringem a competição horizontalmente e condutas que restringem a competição verticalmente.

IV.1 Restrições horizontais

Restrição horizontal é uma conduta unilateral ou coletiva que restringe a competição entre firmas num mesmo mercado.

Fixação de preços

A forma mais condenável de restrição horizontal é a *fixação de preços* - aberta ou tácita. A fixação de preços permite que, mesmo em mercados não monopolistas, isto é, em mercados onde existam duas ou mais firmas, os produtores imitem o comportamento do mercado monopolista. O resultado é que os consumidores acabam por pagar um preço mais alto e comprar uma quantidade menor que a ótima.

Este tipo de conduta é geralmente combatido pela regra *per se*. Na regra *per se*, basta provar que houve aquela conduta, para que as firmas que nela incorreram sejam penalizadas. Em contraposição, muitas violações da situação competitiva são combatidas pela *regra da razão*. Por tal regra, não basta provar que houve a conduta, mas é preciso provar, também, que ela causou prejuízos à sociedade. A regra da razão é muito utilizada, pois dá um pouco mais de flexibilidade na aplicação das leis de defesa da concorrência. Essa flexibilidade é, muitas vezes, necessária, porque muitas condutas podem ser boas ou más, dependendo de como ela esteja sendo incorrida. Todavia, a regra da razão implica em um processo mais lento e custoso de aplicação das leis de defesa da concorrência.

Paralelismo (consciente) de preços

Um tipo de violação mais brando que a fixação de preços é o *paralelismo de preços*. Ocorre paralelismo de preços quando os produtores evitam usar os preços como meio de competição. Ele pode ser problemático, porque pode facilitar uma futura fixação de preços por parte desses produtores.

Muitas vezes se observa paralelismo de preços quando existe uma firma “líder” estabelecendo os preços no mercado e as outras firmas seguindo sua ação, reajustando seus preços de forma similar.

O paralelismo de preços não é combatido pela regra *per se*, porque o que se observa nesse caso (mudanças semelhantes de preços entre os competidores) é o que também se observa numa situação competitiva. Num mercado competitivo, os preços dos produtores se movem conjuntamente: sobem quando sofrem um choque de demanda ou de custo positivo e caem quando acontece um choque negativo. E quem não agir assim, ou tomará grandes prejuízos, ou perderá seu mercado. Assim, dificilmente o paralelismo de preço é punido pelas leis de defesa da concorrência, mas dispara a atenção das autoridades para o mercado, em busca de evidências mais fortes de violação de conduta.

Existem muitas outras formas de restrições horizontais de conduta competitiva. O quadro abaixo as sumaria, repetindo, inclusive, as descritas acima nessa seção.

Tabela IV.1: Restrições Horizontais	
Práticas Restritivas	Descrição
Fixação de preços	Fornecedores competidores, em vez de estabelecerem seus preços independentemente, entram em um acordo de cooperação com relação aos preços.
Paralelismo de preços	Fornecedores competidores, sem um acordo explícito, geralmente estabelecem os mesmos preços, possivelmente, com o propósito de reduzir a competição entre eles.
Restrição de produção	Fornecedores competidores entram num acordo cooperativo com relação à produção e à qualidade do produto.
Divisão de mercado	Forma de restrição de produção, na qual fornecedores competidores alocam os consumidores entre si, de forma que cada consumidor seja servido por um único fornecedor, não podendo se beneficiar da competição entre os vários fornecedores. Os fornecedores competidores alocam os consumidores entre si, de forma que cada consumidor seja servido por um único fornecedor, deixando de usufruir os benefícios gerados pela competição entre os vários fornecedores, a qual ocorreria se eles assim não agissem. Essa restrição não deixa de ser uma <i>restrição de produção</i> .
Práticas de exclusão	Fornecedores competidores empregam práticas que inibem ou precludem a habilidade de outro fornecedor competir no mercado.

Troca de informações	Fornecedores competidores trocam informação comercial sensível relativa a preços, produção, qualidade, ou qualquer outro aspecto da venda e marketing de um produto.
Predação	Um ou mais fornecedores estabelecem preços, com o objetivo de prejudicar a lucratividade e, dessa forma, induzir a saída de outro(s) competidor(es) do mercado.
Restrições à Entrada	Um ou mais fornecedores tomam ações com o intuito de tornar mais difícil a entrada de potenciais fornecedores entrantes.
Outras restrições à Competição	Acordo cooperativo, etc. Neste caso, os fornecedores entram em acordo “cooperativo” de não tomar certas ações (propaganda, etc.) que tenham valor competitivo.

IV.2 Restrições verticais

Restrições verticais são todas as práticas que sirvam para inibir as ações entre as partes envolvidas numa relação (vertical) de vendedor-comprador. Geralmente aparecem como cláusulas nos contratos entre produtores e distribuidores ou varejistas, que tenham o poder de restringir as ações dos últimos. Essas restrições são, muitas vezes, impostas para facilitar condutas não competitivas. Por exemplo, se produtores em colusão fixarem preços acima dos níveis competitivos, a manutenção do preço de revenda pode dar a esses produtores os meios de assegurarem um retorno para os distribuidores e facilitar a detecção de violação da

colusão (por parte dos produtores). Do lado reverso, os distribuidores podem forçar o produtor a manter o preço de revenda, para facilitar a fixação de preços ao nível da distribuição.

As diversas formas de restrições verticais são apresentadas na tabela a seguir:

Tabela IV.2: Restrições Verticais	
Práticas Restritivas	Descrição
Exclusividade comercial	Um fornecedor vende apenas na condição de que o comprador não compre esse mesmo produto ou similares, de outros competidores.
Recusa de Comercializar	Similar à exclusividade comercial, um fornecedor se recusa a vender a compradores; distinguindo-se por um tratamento potencialmente diferente pela lei.
Manutenção de preço de Revenda	Um fornecedor vende a distribuidores somente na condição deles revenderem o produto a um preço ditado pelo produtor.
Restrição Territorial	Um fornecedor vende a distribuidores apenas na condição de que o distribuidor não venda o produto fora de um território especificado; auxilia na discriminação de preços. Uma forma notável dessa restrição é a prevenção de importação paralela, na qual um fornecedor não permite que distribuidores nacionais exportem para outros países.
Discriminação de Preços	Um fornecedor cobra preços diferentes para compradores diferentes, sob circunstâncias similares

Oferta de Prêmios	Um fornecedor oferece descontos ou outros indutores a alguns compradores; geralmente, isto constitui uma forma de discriminação de preços.
<i>Venda casada</i>	Um fornecedor coloca, em contratos sobre um produto, cláusulas irrelevantes ou desnecessárias à comercialização do produto; tipicamente, essas condições envolvem a compra de outros produtos.
Forçando a linha completa	Uma forma de venda casada, onde o fornecedor requer que os distribuidores carreguem toda a linha de produtos que ele oferece.
Abuso de posição de negociação	Um fornecedor impõe condições injustas ou abusivas nos contratos, em detrimento dos compradores.

V. Políticas de estrutura

As políticas de estrutura têm ganho importância recentemente, devido à grande onda de fusões e aquisições, que varre o mundo contemporâneo. No Brasil, esse tipo de política tem tido ainda mais destaque, devido ao pequeno *staff* do sistema de defesa da concorrência. Como os casos de fusão e aquisição são muito mais fáceis de serem resolvidos se tratados antes da realização da transação, suas análises têm sido priorizadas.

Por estrutura de um mercado entendemos o número e tamanho das firmas ativas no mesmo. A lógica por trás das políticas de estrutura é que a estrutura propicia o ambiente adequado à competição ou à sua ausência. Se a estrutura de um mercado é bastante pulverizada,

com várias pequenas firmas, é muito improvável que surjam, ali, condutas não competitivas. Por outro lado, se o mercado é altamente concentrado, então, a probabilidade de ocorrerem condutas não competitivas é elevada.³¹

As duas ferramentas básicas para a defesa da concorrência estrutural são o controle das fusões e a desmonopolização. O controle das fusões é exercido, exigindo-se que certas fusões e aquisições sejam registradas junto às autoridades da defesa da concorrência antes de sua consumação. Os casos julgados possíveis de gerarem danos à competição são analisados e, se a conclusão chegada for de que a fusão ou aquisição gerará níveis de concentração muito altos, elas são vetadas. Portanto, o controle de fusões é uma política de defesa da concorrência exercida *ex-ante*.

Em contraposição a política de desmonopolização é realizada *ex-post*. Quando uma grande empresa ameaça o bom funcionamento de um mercado ela é seletivamente desmembrada.

V.1 Regulação de controle de fusões

O controle de fusões na maioria das jurisdições e também no Brasil é exercido a partir da exigência de *notificação pré-fusão*. Um tempo é requerido entre a apresentação da notificação e a realização da fusão. No Brasil esse tempo é de 15 dias e deve ser realizado sempre que a transação gerar uma firma que detenha pelo menos 20% do mercado relevante ou quando o faturamento bruto anual no último balanço seja pelo menos de 100 milhões de UFIR. Uma característica importante das fusões que apresentam problemas junto às autoridades da defesa da concorrência é quando o IHH se altera para cima em valores significantes. Essa alteração no IHH tem servido de base para muitas decisões do CADE.

O controle de fusões é uma das áreas onde a distinção entre poder de mercado e dominância de mercado implicam em ações bastante diferenciadas das autoridades. Numa jurisdição que se baseia no poder de mercado a grande preocupação é com as fusões horizontais, que tendem a elevar o poder de mercado da firma

³¹ Esta é inclusive a razão que muitos atribuem ao problema da privatização do setor elétrico na Inglaterra, onde a privatização levou à presença de apenas dois grandes geradores de energia.

resultante. Já numa jurisdição que se baseia na dominância de mercado a grande preocupação é com fusões verticais que podem alterar significativamente a viabilidade econômica de outras firmas que participam no mercado mais a juzante, e pela teoria do “deep pocket”, bastante usada nessas jurisdições. A teoria do “deep pocket” afirma que as firmas que podem adotar práticas não competitivas como preços predatórios, são aquelas que tem acesso fácil a fundos. Assim essas jurisdições são extremamente preocupadas com fusões que associem uma firma produtora com um banco.

Como o controle das fusões e aquisições dificulta a formação de grandes grupos empresariais, sua aplicação tem sido negligenciada em economias onde domina a visão de que é necessário um grande grupo doméstico para competir com os grandes grupos internacionais. O Japão é o grande exemplo de jurisdição com esse tipo de atitude. Até o ano de 1982 apenas uma fusão foi bloqueada naquele país.

Medidas terapêuticas menos radicais

Muitas vezes a proibição da fusão pode ser tão ruim ou pior que sua permissão. Muitas vezes uma fusão leva a aumento da eficiência em diversas linhas de produto, mas cria problemas numa linha. Um bom exemplo disso é quando a fusão envolve empresas do mesmo mercado que fazem pesados investimentos em pesquisa e desenvolvimento. A união entre as empresas pode elevar muito a eficiência da pesquisa e desenvolvimento, mas pode afetar a competitividade em algumas linhas de produtos. Nesse caso existem duas possíveis medidas: desinvestimento e licenciamento compulsório.

No desinvestimento se exige que a nova firma fique sem as linhas de produtos que sofreriam danos à estrutura competitiva mas se permite que a fusão ou aquisição se realize para aquelas linhas de produtos onde haverá ganhos de eficiência. Infelizmente o desinvestimento nem sempre é possível, como nos casos nos quais a produção de muitos produtos leva a economias de escala e/ou

escopo.³² Este é por exemplo o caso de linhas de produtos que brotam da mesma pesquisa básica. Ao se dividir o custo da pesquisa por muitos produtos pode-se reduzir o custo de produção de cada um deles.

Nesses caso o mais recomendado é obrigar a firma resultante da fusão a fazer um licenciamento compulsório da marca ou patente do produto onde está ocorrendo redução do grau de competição no mercado. Assim um novo ou novos competidores apareceriam no mercado. Entretanto existem alguns problemas em aplicar esse remédio. Primeiro, a firma que licencia o produto pode cobrar um preço que inviabiliza a produção competitiva pela compradora da licença. Este problema pode ser evitado ao se obrigar o licenciamento a custo zero. Segundo, o licenciamento pode ser realizado com a firma licenciadora passando apenas parte das informações necessárias para o bom desempenho da firma que compra a licença. Este tipo de problema é mais difícil de ser sanado pois dificilmente as autoridades da defesa da concorrência possuem o conhecimento técnico suficiente para provar conduta irregular da licenciadora.

Um outro tipo de medida terapêutica é a de compromissos de desempenho. Num compromisso de desempenho as autoridades da defesa da concorrência podem exigir que a firma resultante da fusão atinja várias metas que se considere que aumentem a eficiência da economia, neutralizando os aspectos potencialmente negativos da fusão ou aquisição. Esta é uma medida terapêutica contemplada na legislação brasileira e tem sido sugerida por alguns economistas como poderosa o suficiente para neutralizar os aspectos negativos de muitas fusões e aquisições que têm enfrentado dificuldades de aprovação.

V.2 Desmonopolização

Quando pré-existe à legislação de defesa da concorrência uma situação de ausência de competição adequada, a notificação pré-fusão e as medidas de controle de fusões nada podem fazer. Nesse

³² Economias de escala ocorrem quando o custo unitário de produção do bem fica menor quando se aumenta a escala da produção. Economias de escopo ocorrem quando o custo unitário de produção de cada bem fica menor quando se produz vários bens.

caso é necessário uma medida de desmembramento da firma ou das firmas no mercado. Essa política de forçar o desinvestimento de uma firma forçando a criação de dois ou mais competidores é chamada de desmonopolização.

O caso mais famoso de desmonopolização nos EUA foi a quebra do monopólio de telefonia a longa distância da *AT&T*. Em 1949, o Departamento de Justiça dos EUA processou a *AT&T* por monopolização (via controle vertical) da manufatura de equipamento de telefonia através de sua subsidiária, a *Western Electric*. O DOJ procurou, entre outras coisas, o desinvestimento da *Western Electric*. O Departamento de Defesa levantou argumentos de segurança nacional contra o desinvestimento, e o decreto resultante tentou resolver o problema através de um acordo pelo qual a *AT&T* cessava e desistia de certas práticas que davam suporte ao fechamento do mercado para outras Cias produtoras de equipamento de telefonia. Subsequentes práticas restritivas pela *AT&T*, resultou em outro processo onde o DOJ alegou monopolização do mercado de equipamento telefônico através de restrições verticais. Novamente, argumentos de defesa nacional foram levantados mas dessa vez não tiveram o peso dado para eles em 1956. Em 1982 uma decisão ordenou o desinvestimento de 22 Cias de serviços de telefone locais (as *Baby Bells*) e a separação dos serviços de longa distância dos serviços locais.

VI. Outros pontos adicionais sobre políticas de defesa da concorrência

VI.1 Políticas de performance

Uma classe de políticas que tem sido cada vez menos usada, à exceção de alguns mercados específicos em que o monopólio é natural,³³ são as políticas de performance. Em vez de se tomar medidas contra a conduta ou a estrutura das firmas num determinado mercado, as autoridades da defesa da concorrência interferem diretamente no mercado determinando preços e/ou

³³ Exemplos desses mercados são transportes, transmissão de energia elétrica, telecomunicações.

quantidades a serem produzidas pela(s) firma(s). A intenção é forçar a alocação eficiente no mercado. Todavia dificilmente os técnicos do sistema de defesa da concorrência têm conhecimento suficiente para determinar a combinação de preço-quantidade eficiente. O que ocorre na maior parte dos casos é a substituição da falha de mercado (ausência de competição) por falha de governo (decisões incorretas dos burocratas). E muitas vezes a falha de governo é maior que a falha de mercado que o governo pretendia eliminar.

VI.2 Isenções

Embora uma das máximas da defesa da concorrência é que ela deve se preocupar fundamentalmente com o processo competitivo e não com as firmas competidoras, muitas vezes as autoridades da defesa da concorrência tem que levar em conta outros objetivos nacionais que podem se contrapor à livre concorrência em algumas situações.

Por exemplo, é crença comum entre muitos economistas e mais comum ainda entre leigos, que para competir internacionalmente é necessário que se formem grandes grupos econômicos nacionais, ou que se permitam que os grupos econômicos nacionais ajam de forma combinada para fazerem frente ao poderoso capital externo. Se um dos objetivos nacionais é fortalecer a indústria e o emprego doméstico, é necessário que as autoridades da defesa da concorrência concedam *isenções* para que as firmas domésticas ajam cartelizadas.

O Japão até recentemente era a economia que mais vinha se utilizando da isenção para fortalecer a indústria doméstica. Entretanto a permissão para cartelização tem declinado ao longo do tempo. Outro país que usou bastante as isenções para formação de cartéis domésticos foi a Alemanha. Também tem declinado o uso dessa ferramenta de política econômica nesse país.

Um outro tipo de cartel, os sindicatos, só sofrem punições pelas leis de defesa da concorrência na Austrália, onde boicotes secundários, isto é, gerados por razões distintas de melhorar as condições de trabalho ou salários, são vistos como atividades impróprias e que restringem a competição.

VII. A defesa da concorrência internacional

A justificativa para a existência de uma lei de defesa da concorrência internacional é que a promoção do comércio e a integração econômica beneficiam a todos os países que pertençam ao bloco econômico onde a lei de defesa da concorrência internacional se aplica.

No mundo atual, onde a especialização como resposta a vantagens comparativas entre os países tem aumentado, cada país torna-se consumidor dos muitos produtos nos quais é produtor apenas residual. Nessa situação, leis de defesa da concorrência nacionais podem proteger muito pouco os cidadãos contra práticas restritivas realizadas em outros países. Também, como o governo de cada país só tem obrigação de defender os interesses dos nacionais, restrições à competição realizadas por firmas domésticas mas que afetam apenas os consumidores de outros países (é o caso dos cartéis de exportação) não são controladas pela defesa da concorrência nacional. Existe portanto a necessidade de uma lei de defesa da concorrência internacional para fazer com que os países signatários ajam de forma a aumentar a eficiência global.

Atualmente apenas a CEE tem uma lei de defesa da concorrência, definida no Tratado de Roma, datado de 1957. No Mercosul existem dificuldades devido à inexistência de defesa da concorrência no Uruguai e Paraguai e uma lei mais fraca na Argentina.

Alguns acordos bilaterais visando trocas de informação em investigações de defesa da concorrência têm melhorado a aplicação da lei de defesa da concorrência em cada país.

VII. Conclusão

Este capítulo faz uma apresentação sucinta dos conceitos básicos de economia e conceitos e instrumentos específicos da defesa da concorrência. Os conceitos básicos vêm da teoria econômica, por isso apresentamos no início algumas idéias de economia que são fundamentais para entender por que a sociedade deve se preocupar com a defesa da concorrência: poder de mercado, dominância de mercado, barreiras a entrada. Mercado

relevante e as diversas políticas para sanar os problemas de ausência de concorrência adequada envolvem conhecimentos específicos do profissional de defesa da concorrência. Assim espera-se que ao final desse capítulo o leitor seja capaz de entender o que faz o profissional da defesa, porque faz e como faz. Todavia um longo caminho é necessário percorrer para se tornar um profissional nessa área. Conhecimentos mais profundos de economia, direito e específicos da área devem ser adicionados, assim como experiência no acompanhamento de diversos casos levados ao sistema de defesa de concorrência..

Referências

- Akerlof, G.**, “The Market for Lemons”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, 1970
- Audretsch, D.**, “Legalized Cartels of West German”, *Antitrust Bulletin*, Fall, pp. 579-600, 1989.
- Boner, Roger e Reinald Krueger**, “The Basics of Antitrust Policy”, *World Bank Technical Paper*, no. 160, 1991.
- Fishwick, F.**, “Definition of Monopoly Power in the Antitrust Policies of the United Kingdom and the European Community”, *Antitrust Bulletin*, Fall, 1989.
- Ieyori, A, e H. Uesugi**, *The Antimonopoly Laws of Japan*, Federal Legal Publications, 1983.
- Scherer, F.**, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2nd edition, Rand McNally, pp 4-5, 1980.
- Spence, A. M.**, “The Learning Curve and Competition”, *Bell Journal of Economics*, vol. 12 (1), Spring, 1981.
- Tarr, D.**, “A General Equilibrium Analysis of the Welfare and Employment Effects of US quotas in Textiles, Autos and Steel”, Bureau of Economics Staff to the Federal Trade Commission, February 1989
- Viscusi, W, John Vernon e Joseph Harrington**, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2a. ed., 1995.
- Yamawaki, H.**, “A Comparative Analysis of Intertemporal Behavior of Profits: Japan and the United States”, *Journal of Industrial Economics*, 37, June, 1989.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS 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
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
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
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
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 <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
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
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7

Dutra, Pedro		Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro		Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro		O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
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
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
Ferraz, Sampaio	Tércio	Discricionariiedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Sampaio	Tércio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Sampaio	Tércio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Sampaio	Tércio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Sampaio	Tércio	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, Inácio Gonzaga	José	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, Inácio Gonzaga	José	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10

Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria da Silva, Eleni	Denunciação 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
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	3-6

	concentração e outros)	
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, Cesar	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, Cesar	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, Cesar Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
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>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL 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 monopóista?	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 Internacionl	5-8

	do CADE	
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, Fernando Luís	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Has- son	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
Step toe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Step toe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6

Venancio Alberto	Filho,	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

A. C.	Requerentes	Vol/n.º
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; Tet – 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 Kolinós Do Brasil	3-10

	S/A	
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos 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	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel	5-9

-41	Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	
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 Brasinol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemicals Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1

89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez 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	7-3

	andamento do caso AMBEV	
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 Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrio Ltda X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda, Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3

03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio 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 Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abtradif 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
08000.02 3859/95- 05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.00 1504/95- 48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol/n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1

102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Irís Ltda	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <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	6-4

Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA Nº 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA Nº 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7

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 -1 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 com o direito concorrencial	8-2
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

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**