

Regulação e Concorrência em Setores de Infraestrutura¹

José Tavares de Araujo Jr.

1. Introdução

Os últimos 15 anos de história econômica do Brasil foram marcados pela reconstrução dos instrumentos de intervenção do Estado na economia e pela mudança nas condições de competição no mercado doméstico. Apesar das reduzidas taxas de crescimento, diversos autores descrevem este período como a fase inicial, ainda incompleta, de um novo estilo de crescimento cujo dinamismo de longo prazo resultará, em tese, da inovação tecnológica, do investimento privado e de mecanismos institucionais que promovam a distribuição social dos frutos do progresso técnico.² Durante 50 anos, entre as décadas de 30 e 70 do século XX, o desenvolvimento industrial do país resultou de políticas governamentais cujos instrumentos básicos eram a proteção aduaneira e as atividades empresariais do Estado. Não obstante as transformações ocorridas desde o início dos anos 90, algumas das quais discutidas no presente trabalho, um traço comum entre o período anterior e o atual reside na importância estratégica dos investimentos em infraestrutura no processo de crescimento. Tal como no passado, o ritmo de expansão e a qualidade dos serviços ofertados em setores como energia, transporte, portos, telecomunicações e saneamento continuam sendo cruciais para sustentar a taxa de crescimento econômico de longo prazo.

Os setores acima mencionados possuem uma característica estrutural em comum, que é a de constituírem indústrias de rede, assim denominadas em virtude da estrita complementaridade existente entre os segmentos de suas cadeias produtivas, cujos elos estabelecem – por razões de natureza tecnológica – graus de interdependência entre os componentes da rede bem mais elevados do que aqueles existentes em outros tipos de indústria. Quase todas as indústrias de rede não são, de fato, “indústrias” no sentido convencional, mas atividades prestadoras de serviços, como é o caso dos setores de infraestrutura.

A configuração de cada indústria de rede – isto é, o número de empresas incumbentes, seus tamanhos relativos e respectivos vetores de produção – depende de quatro fatores básicos: a natureza das tecnologias vigentes, o tamanho do mercado, as estratégias de competição das empresas incumbentes e o estado da regulação nacional. O conjunto de tecnologias disponíveis delimita os níveis potenciais de economias de escala, escopo e densidade a serem exploradas pelas empresas incumbentes. Os níveis efetivos de tais economias resultarão, em cada caso, da interação entre a base tecnológica, a dimensão do mercado e as estratégias de competição das empresas. Em virtude destes fatores, certos segmentos da indústria tenderão eventualmente a ser operados por monopolistas nacionais ou regionais, e certos tipos de bens e serviços poderão ser ofertados preponderantemente por

¹ Este trabalho foi preparado para o **XVII Fórum Nacional** organizado pelo **INAE – Instituto Nacional de Altos Estudos**, Rio de Janeiro, 9 a 12 de maio de 2005.

² Ver, por exemplo, os artigos reunidos em Giambiagi, Reis e Urani (2004).

empresas integradas verticalmente. Entretanto, a história de diversas indústrias de rede mostra que estas tendências são frequentemente revertidas através de estratégias inovadoras de empresas entrantes ou incumbentes não verticalizadas. Assim, são usuais situações em que firmas especializadas em certos bens e serviços competem com empresas verticalizadas que, por sua vez, são detentoras de recursos essenciais³ às primeiras.

Tais peculiaridades das indústrias de rede implicam três desafios às políticas públicas. O primeiro é o de gerar volumes agregados de investimentos – inclusive em pesquisa e desenvolvimento – coerentes com as necessidades da economia. O segundo é o de assegurar as condições institucionais compatíveis com a formação de configurações eficientes em cada setor, permitindo assim o uso racional dos recursos da sociedade. O terceiro é o de impedir condutas empresariais contrárias ao interesse público. Ademais, este tipo de indústria em geral não comporta a tradicional dicotomia “intervenção estatal versus livre mercado”, mas apenas distintas modalidades de intervenção para lidar com estes três desafios.

Este trabalho discute o estado atual dos instrumentos de regulação em cinco setores de infraestrutura: telecomunicações, energia elétrica, transporte aéreo, ferrovias e portos. Diversos estudos anteriores já caracterizaram os últimos dez anos como uma transição incompleta entre o modelo estatal e o modelo privado com regulação. Este texto também insiste neste ponto, mas procura, além disso, examinar as condições existentes em cada setor para enfrentar as questões referidas no parágrafo anterior. A próxima seção, de caráter conceitual, aborda os temas que demandam intervenção estatal e descreve as funções complementares das autoridades antitruste e de regulação no exercício daquela intervenção. A seção seguinte comenta as peculiaridades de cada setor. Seu objetivo não é reunir uma coletânea de diagnósticos setoriais, mas destacar a heterogeneidade dos marcos regulatórios vigentes, suas lacunas e as perspectivas de desenvolvimento institucional. A seção final resume as conclusões do trabalho.

2. Condições de Concorrência em Indústrias de Rede

No plano conceitual, a primeira providência indispensável para enfrentar os três desafios referidos na seção anterior é a de distinguir as atribuições privativas dos governantes daquelas restritas à regulação econômica. O enunciado teórico desta providência é bem simples: cabe ao governo decidir sobre os usos alternativos dos recursos da sociedade e compete às autoridades reguladoras monitorar a conduta das empresas que atuam em indústrias de rede a partir de critérios gerais definidos em lei. Embora simples de enunciar, esta providência pode se tornar impraticável em várias situações reais. Não há dúvida, por exemplo, que é prerrogativa do governo definir as metas da matriz energética nacional e os critérios para a universalização do acesso aos serviços de telecomunicação, energia elétrica e saneamento ambiental; tornar o consumo de gás de cozinha acessível à população de baixa renda, e estabelecer os parâmetros para os gastos públicos na área de ciência e tecnologia. Entretanto, se o governo não usar os instrumentos corretos para atender cada uma dessas

³ A expressão “recurso essencial” (*essential facility*) abrange uma extensa gama de ativos que, dependendo do setor, pode incluir redes de telefonia local, gaseodutos, ferrovias, serviços portuários, base de dados, satélites, patentes, serviços de manutenção, etc.

finalidades, por melhores que sejam os mecanismos de regulação, não será possível implementar marcos regulatórios eficazes. Da mesma forma, como bem ilustra o caso do setor aéreo descrito na seção 3, marcos regulatórios incompletos ou mal formulados podem dificultar a realização de metas governamentais importantes.

O segundo requisito básico é o de que as autoridades reguladoras disponham de instrumentos para lidar com a principal fonte de condutas anticompetitivas em indústrias de rede, que reside nas condições de acesso aos recursos essenciais do setor. Nestas indústrias, dependendo da natureza das tecnologias vigentes e do tamanho do mercado, são frequentes as situações em que firmas verticalizadas controlam a oferta de bens e serviços indispensáveis à sobrevivência de outras empresas. Ao contrário do que ocorre em outras cadeias produtivas, onde sempre existe um certo grau de interdependência entre produtores e consumidores de insumos, as empresas que dependem de um recurso essencial numa indústria de rede não dispõem da opção de mudar de fornecedor.

Esta situação confere às empresas verticalizadas daquele setor os incentivos e os instrumentos para o exercício de dois tipos de condutas abusivas. O primeiro é o de usar o recurso essencial como expediente para extrair rendas de clientes cativos daquele recurso. Os casos típicos são a cobrança de tarifas diferenciadas e a prestação de serviços de qualidade inferior àqueles clientes que, por exemplo, dependam de uma ferrovia, de um terminal portuário ou de um gasoduto, e não disponham de outras alternativas para distribuir seus produtos.

Se, além de cliente, aquele usuário do recurso essencial também for competidor da firma verticalizada em outros segmentos da indústria, a conduta acima referida adquire, para esta firma, um atrativo adicional, que é o de eventualmente se converter numa estratégia para eliminar aquele competidor. Neste caso, dependendo das condições de concorrência no mercado final, pode interessar à firma verticalizada elevar a extração de rendas até o ponto em que o competidor seja obrigado a sair do mercado. Após haver alcançado tal objetivo, a firma verticalizada disporá de melhores condições para aumentar simultaneamente suas margens de lucro e parcelas de vendas no mercado final de bens e serviços.

Embora similar, a conduta acima é distinta das restrições verticais típicas na literatura sobre organização industrial (Katz 1989), porque seu exercício não depende do poder de mercado da empresa verticalizada em qualquer dos mercados relevantes em que ela atue, mas advém, tão somente, do controle sobre as condições de acesso ao recurso essencial daquela indústria de rede. A rigor, o conceito que melhor descreve este tipo de conduta é o de extorsão (*hold-up*), cuja formulação origina-se do artigo clássico de Ronald Coase (1937) sobre teoria da firma.

A literatura sobre teoria econômica da regulação sugere uma lista de soluções alternativas para coibir práticas anticompetitivas de firmas verticalizadas que operam em indústrias de rede (OECD 2001). Quando a integração vertical não gera economias de escala, escopo ou densidade, e serve apenas para sustentar o poder de mercado daquelas firmas, a melhor opção é simplesmente proibir a verticalização. Quando tais economias existem, mas as empresas não verticalizadas oferecem benefícios adicionais ao consumidor, a solução mais

sensata requer uma articulação estreita entre regulação e política de concorrência. Por um lado, o marco regulatório deve conter normas claras sobre as condições de acesso aos recursos essenciais da indústria, a fim de assegurar a sobrevivência dos dois tipos de firmas no mercado. Por outro, a autoridade antitruste deve punir de forma expedita qualquer desvio em relação aos padrões de conduta definidos pelo órgão regulador. Somente naqueles casos em que a superioridade das firmas verticalizadas for inequívoca, o marco regulatório deverá permitir sua presença exclusiva no mercado.

O critério geral que orienta as normas acima é o de que um marco regulatório só é capaz de atender o interesse público se estabelecer condições compatíveis com a formação de estruturas industriais eficientes. Para tanto, é indispensável que as normas estejam sempre ajustadas às peculiaridades do binômio *estado da tecnologia–dimensão do mercado*, para assegurar dois objetivos. O primeiro é permitir que as firmas do setor explorem adequadamente suas vantagens competitivas e, desta maneira, contribuam para a utilização racional dos recursos produtivos do país. O segundo é eliminar o espaço para condutas empresariais oportunistas que, além de sobrecarregar a agenda de trabalho das autoridades antitruste, reduzem o nível de bem estar da sociedade.

Quando as autoridades reguladoras não estão atentas às características tecnológicas específicas do setor e as demais variáveis que afetam as estratégias de competição das empresas incumbentes, três falhas regulatórias costumam ocorrer. A primeira é a de proibir a integração vertical em setores onde existem economias de escopo a serem exploradas, sob o argumento de que é desejável promover a desconcentração do setor e garantir a sobrevivência de pequenas e médias empresas. O uso de leis antitruste e de marcos regulatórios como instrumentos protecionistas em favor de firmas mais frágeis é um fenômeno bem documentado na literatura especializada (Baumol e Ordover 1985), e pode ser denominado de *populismo antitruste*. Ao invés de preservar o interesse público, tais políticas apenas defendem os interesses de competidores ineficientes.

A segunda falha é a de permitir a integração vertical sem estabelecer as regras de acesso aos recursos essenciais do setor, sob o argumento de que existe algum grau de competição em todos os segmentos da cadeia produtiva. Conforme apontado nas páginas anteriores, em indústrias de rede, a regulação é necessária não apenas para disciplinar a conduta de monopólios naturais, ou mitigar o poder de mercado nos segmentos oligopolistas, mas sobretudo para oferecer soluções racionais para situações de *hold-up*. Se as regras de acesso não forem precisas e transparentes, tais situações não serão notadas facilmente pelas autoridades, porque as firmas verticalizadas poderão dispor de inúmeras vias para eludir suas eventuais condutas abusivas, explorando, de forma combinada, assimetrias de informação, lacunas da legislação e as peculiaridades dos serviços prestados pela rede.

A terceira falha resulta da caracterização incorreta das variáveis que afetam as estratégias de competição das firmas incumbentes. Na verdade, a ausência de normas claras sobre as condições de acesso aos recursos essenciais da rede também pode ser prejudicial aos interesses das firmas verticalizadas. Muitas vezes, as prioridades estratégicas destas firmas geram situações que tornam irracional o uso do recurso essencial de forma abusiva. Logo, não basta identificar o risco potencial de que um problema de *hold-up* venha ocorrer, cabe

verificar também se a estratégia da firma verticalizada não é auto-limitadora daquela conduta anticompetitiva. Neste caso, a principal parte interessada em regras claras é a própria firma verticalizada, que precisa se proteger contra expedientes oportunistas de seus clientes. Uma das formas mais frequentes de populismo antitruste é justamente aquela em que firmas marginais procuram erodir a competitividade das empresas líderes através de denúncias infundadas às autoridades antitruste e aos órgãos de regulação, que podem resultar em penalidades equivocadas e no declínio dos níveis de eficiência da indústria.

3. O Mosaico de Situações

Exceto saneamento ambiental⁴, os demais setores de infraestrutura da economia brasileira experimentaram mudanças institucionais importantes nos últimos 10 anos. Em alguns casos, como telecomunicações, portos e ferrovias, o processo de reforma incluiu a privatização completa do setor, a criação de agências reguladoras e a edição de marcos legais que redefiniram as normas de conduta empresarial. Em outros, como energia elétrica e petróleo, a privatização foi apenas parcial, e as agências reguladoras ali estabelecidas passaram a lidar com o difícil encargo de disciplinar a competição entre empresas privadas e estatais.⁵ Houve ainda, no caso de transporte aéreo, um terceiro tipo de experiência no qual, apesar de mudanças relevantes ocorridas na década passada, o quadro institucional permaneceu incompleto, já que o projeto de lei que transformaria o Departamento de Aviação Civil (DAC) do Ministério da Defesa em agência reguladora independente não foi aprovado até agora. Os fatores que poderão afetar a evolução deste mosaico de situações são examinados a seguir.

3.1. Telecomunicações

Em virtude de sua abrangência, da velocidade do processo de mudança, e de seus impactos sobre a economia e o bem estar da sociedade brasileira, a reforma institucional dos

⁴ A definição do marco institucional para os serviços de água e saneamento é um problema nacional antigo. Nos anos 70, as necessidades do setor eram atendidas através dos instrumentos usuais da época: centralização dos recursos e do processo decisório em âmbito federal. Esta solução permitiu a expansão dos serviços enquanto o governo foi capaz de financiá-la através do Banco Nacional de Habitação (BNH). A extinção do banco em 1986 deu o início a um longo período de indefinição que dura até hoje. Em 2001, o governo Fernando Henrique enviou ao congresso o PL 4147, propondo uma nova estrutura regulatória que incluía os critérios de concessão, as políticas tarifárias e as normas de conduta das empresas de saneamento. Entretanto, esse projeto não foi capaz de superar o principal conflito político que vem retardando o desenvolvimento deste setor há quase duas décadas, que é a superposição de papéis entre governos estaduais e municipais na administração de áreas metropolitanas. O atual governo já anunciou diversas vezes que iria submeter um projeto alternativo ao congresso, mas esta providência não ocorreu até o momento (Ver Seroa, 2004).

⁵ A arbitragem de conflitos entre empresas públicas e privadas não seria trivial em país algum, mas no Brasil ela tem um agravante particular, que é a participação de ministros de estado nos conselhos de administração das empresas públicas. Assim, eventuais falhas de regulação, ou incidentes que resultem em punições graves a estas empresas, podem se converter facilmente em crises políticas cuja solução mais provável será o enfraquecimento da agência reguladora.

serviços de telecomunicações tem sido objeto de um número crescente de estudos⁶ cujas conclusões sugerem que atualmente este é o setor melhor equipado para enfrentar os três desafios listados na introdução deste trabalho. Como observou Castelar (2003), um dos ingredientes responsáveis pelo sucesso desta experiência foi a sequência de medidas que precederam o leilão de privatização da Telebrás em julho de 1998, que alcançou o montante de 19 bilhões de dólares. Os três eventos principais foram: (a) a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que autorizou a prestação dos serviços de telecomunicações por empresas privadas, através de concessão, permissão ou autorização do poder público; (b) a abolição, ainda em 1995, dos subsídios cruzados que vigoravam desde os anos 70 entre as empresas do Sistema Telebrás, na prestação de serviços de telefonia local e de longa distância; (c) a Lei Geral das Telecomunicações (LGT), de 16 de julho de 1997, que instituiu a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e os parâmetros do novo marco jurídico do setor.

Após a privatização, outro conjunto complementar de medidas permitiu explicitar as atribuições do governo e da ANATEL no exercício das políticas públicas para o setor. Tal conjunto incluiu: (a) o Plano Geral de Outorgas que estabeleceu as diretrizes para os serviços de telefonia fixa, visando garantir, dentre outros objetivos, a interconectividade das redes; (b) as metas de universalização, que na maioria dos casos foram cumpridas antecipadamente e incluíam, por exemplo, a determinação de que toda localidade com mais de 100 habitantes teria pelo menos uma linha telefônica até dezembro de 2005; e (c) as metas de qualidade, cujo desempenho foi deficiente nos anos iniciais, devido sobretudo à defasagem tecnológica da infraestrutura de telefonia à época da privatização, e que desde 2002 passaram a se aproximar gradualmente dos padrões internacionais, conforme indicam os dados disponíveis na página internet da ANATEL (www.anatel.gov.br).⁷

O modelo brasileiro de regulação foi influenciado, em vários aspectos, pela experiência internacional dos anos 80 e 90 (Mattos 2002), mas registrou, sobretudo em relação aos Estados Unidos e ao Reino Unido, uma diferença notável: a rapidez na instauração do novo marco institucional. Nos Estados Unidos, o processo durou pelo menos 12 anos, entre o fim do monopólio da AT&T em 1984 e a aprovação da lei de comunicações de 1996. No Reino Unido, as primeiras medidas ocorreram em 1981, quando a empresa estatal British Telecom (BT) foi desvinculada do Post Office, e o governo anunciou a intenção de privatizá-la. Nos anos seguintes, o parlamento aprovou a criação da Oftel (Office for Telecommunications), a agência reguladora, para preparar a venda de 50,2% de BT em 1984, dando início a um período de transição que só foi concluído em 1993, com a venda do lote final de ações de BT, e sua transformação em empresa multinacional, através da compra de sua concorrente norte-americana MCI (Armstrong e outros, 1994). No Brasil, as mudanças foram executadas em apenas sete anos, entre 1995 e 2002.

⁶ Ver, dentre outros, Novaes (2000), Faraco (2001), Mattos (2002), Castelar (2003), Façanha e Resende (2004), e Boulos (2004).

⁷ Para uma análise rigorosa dos problemas de qualidade no período 1998–2002, ver Façanha e Resende (2004).

Com o atual estado da tecnologia, as possibilidades de ocorrerem situações de hold-up nos serviços de telecomunicações estão restritas às condições de acesso às redes locais. A regulação brasileira dispõe de três instrumentos para tratar deste problema. O primeiro foi introduzido pelo art. 96 da LGT, ao requerer que as operadoras locais mantenham balanços contábeis distintos para as receitas advindas de ligações locais e de longa distância. Assim, é sempre possível comparar as tarifas que cada firma cobra a si própria e a terceiros pelos serviços de interconexão. Esta norma criou as condições para a aplicação do segundo instrumento, estabelecido pelo art. 11 do Regulamento Geral de Interconexão da ANATEL (Resolução nº 40/98), que obriga a igualdade entre os dois tipos de tarifas. O terceiro instrumento é a Resolução nº 33/98, que definiu os critérios para os valores máximos daquelas tarifas.

Estes instrumentos possuem o mérito de fornecer os parâmetros que permitam à ANATEL apenas monitorar o comportamento das tarifas, ao invés de fixá-las. Assim, foi possível evitar o infundável debate sobre qual é a melhor metodologia a ser usada pelo órgão regulador para estimar os “preços corretos” dos serviços de interconexão. Conforme atestam as resenhas da literatura (Vogelsang 2003, Laffont e Tirole 2000), este é um tema cujo consenso parece difícil de ser alcançado entre os especialistas da área.

Embora sensata, a flexibilidade das normas brasileiras pressupõe que qualquer alegação de conduta anticompetitiva seja prontamente averiguada pela ANATEL, com a eventual interveniência dos órgãos de defesa da concorrência e punição pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no caso de sua comprovação. Infelizmente, esta articulação não tem ocorrido. Em 2002, a Embratel e a Intelig Telecomunicações apresentaram queixa contra as três operadoras de telefonia local – TELEMAR, TELESP e Brasil Telecom – por estarem subsidiando suas operações de longa distância através da cobrança de preços discriminatórios pelos serviços de interconexão. Em 2003, estas operadoras foram objeto de demandas similares por parte de empresas provedoras de acesso à internet. Nenhum destes casos foi julgado pelo CADE até a presente data. Embora não tenham surgido outros conflitos de interesses desde então, se a interação entre os órgãos antitruste e de regulação não se tornar mais expedita, o desempenho futuro dos serviços de telecomunicações no Brasil poderá ser comprometido, pelas razões apontadas na seção 2.

3.2. Energia Elétrica

Devido à extensão territorial do país e ao predomínio de fontes hidráulicas na geração de energia elétrica, um desafio que sempre esteve presente no processo brasileiro de industrialização foi o de conciliar a oferta de energia com o perfil de crescimento da economia. Por um lado, a decisão quanto aos investimentos requeridos em geração, transmissão e distribuição de energia depende de estimativas sobre o tamanho, composição e distribuição regional do PIB nacional, realizadas com pelo menos cinco anos de antecedência, que é o tempo mínimo necessário para construir uma usina elétrica. Por outro, a definição da política tarifária deve levar em conta uma estrutura de custos de produção de energia que se torna crescentemente heterogênea ao longo do tempo, por dois motivos: (a) a vida útil da capacidade produtiva instalada, que pode continuar ativa várias décadas após a

amortização dos investimentos; e (b) os custos operacionais mais elevados das novas usinas, devido a razões tecnológicas, ambientais e de localização das fontes hidráulicas.

Durante o período de crescimento elevado na década de 70, o problema foi resolvido através de três vias complementares. Em primeiro lugar, o planejamento energético e as decisões de investimento eram coordenados pela Eletrobrás, com base em previsões sobre o perfil de crescimento da economia que eram periodicamente ajustadas com dados provenientes de outras áreas de governo e do setor privado. Em segundo lugar, a expansão da capacidade produtiva era financiada através de créditos externos e de impostos específicos sobre o consumo de energia. Em terceiro, as tarifas de energia eram fixadas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), seguindo orientações dos Ministérios de Minas e Energia, Planejamento e Fazenda. Este conjunto de providências permitiu que a capacidade instalada de geração tivesse crescido a taxas anuais médias de 12% naquela década, em contraste com as duas décadas seguintes, quando este desempenho caiu para cerca de 4% e 3,3% a.a., respectivamente (BNDES 1997).

A crise fiscal dos anos 80, o esgotamento das fontes externas de financiamento, e as sucessivas tentativas governamentais de usar as tarifas de serviços públicos como paliativos para lidar com o descontrole inflacionário da época, tornaram inviável a política energética executada nos 70. Após recuperar o controle sobre a inflação com o Plano Real, o governo Fernando Henrique Cardoso deu início, em 1995, a um programa de reformas que incluía a privatização do setor e a introdução de um modelo de regulação baseado no princípio de que, dado o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, as atividades de geração e comercialização de energia são potencialmente competitivas, enquanto que as de transmissão e distribuição são monopólios naturais.

Não obstante os benefícios potenciais advindos de ganhos de produtividade e de redução dos gastos públicos, a entrada de empresas privadas no setor de energia iria acrescentar duas novas complicações ao problema enunciado no parágrafo inicial desta subseção. A primeira é a de estabelecer as normas eficazes para regular a concorrência, posto que neste setor é particularmente difícil coibir condutas abusivas, pelos motivos apontados adiante. A segunda complicação é a de conciliar as funções do planejamento energético, que são fundamentais em qualquer modelo de gestão do setor, com as variáveis que afetam o investimento privado, como a credibilidade das metas de expansão da capacidade produtiva e a estabilidade das regras contratuais durante o período de amortização dos investimentos.

O setor de energia elétrica constitui um caso particular de indústria de rede em que a rigidez tecnológica da cadeia produtiva contém dois atributos especiais: os requisitos de segurança operacional da rede e a impossibilidade de estocar energia. Estas peculiaridades magnificam os riscos de condutas abusivas por parte das firmas verticalizadas, que, através do controle sobre os sistemas de transmissão e distribuição, podem facilmente extrair rendas e eventualmente excluir do mercado os competidores que operam apenas nos segmentos de geração e comercialização. Devido às dificuldades de fiscalizar e punir, em tempo hábil, estas condutas através dos procedimentos antitruste, a única solução viável é proibir a verticalização, já que nem mesmo a separação contábil das atividades seria suficiente para disciplinar o setor. Tal como em outras indústrias de rede, a desverticalização de empresas

elétricas não requer necessariamente a alienação de ativos, mas pode ser feita através da transferência do controle operacional sobre as atividades de transmissão e distribuição para um agente autorizado pelo governo (ver OECD, 2001).

As reformas iniciadas em 1995 superaram o problema da verticalização ao criar o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) em 1998, mas ignoraram o outro ponto crucial, que era o de ajustar o escopo do planejamento energético às novas condições de investimento advindas da privatização. O ONS recebeu as funções de planejar as operações, executar o despacho centralizado da geração, e indicar as ampliações necessárias nas redes de transmissão. Entretanto, suas atribuições estavam restritas, obviamente, ao plano operacional, e o governo não conferiu a qualquer outro órgão as demais tarefas de planejamento que anteriormente cabiam à Eletrobrás.

Uma característica singular do planejamento energético é a de que esta tarefa permaneceria no rol das responsabilidades do governo mesmo se todas as empresas elétricas tivessem sido privatizadas. De fato, as oportunidades de investimento neste setor são resultantes de um conjunto de decisões governamentais relativas ao perfil da matriz energética nacional. Assim, a política de meio ambiente pode tornar mais competitivos os preços do gás natural, ou impedir a construção de novas usinas em determinadas localidades; a política de ciência e tecnologia pode acelerar o desenvolvimento de fontes não convencionais de energia; grupos de interesse podem demandar investimentos em energia nuclear; etc. Portanto, ao projetar a demanda de energia elétrica para os próximos cinco anos, o governo também torna explícitos seus compromissos com as metas da matriz energética, e esta informação é decisiva para conferir credibilidade às oportunidades de investimento que serão anunciadas ao setor privado.

Além de ter negligenciado a importância das atividades de planejamento, outra falha do governo FHC foi a de iniciar as privatizações antes de estabelecer um novo marco regulatório, conforme já comentaram vários autores (Pires, Giambiagi e Sales 2002, Castelar 2003, Pires e Reis 2004). As primeiras empresas foram privatizadas em 1995, o órgão regulador, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) só começou a funcionar em 1997, e em 1998, quando finalmente surgiram as outras duas instituições centrais do novo modelo, o ONS e o Mercado Atacadista de Energia (MAE), já haviam sido leiloadas 18 companhias elétricas. Por outro lado, o governo passou a enfrentar uma forte oposição às privatizações, não só em decorrência destes equívocos na condução do processo, mas sobretudo porque não era trivial defender as vantagens da iniciativa privada num setor com uma história de empreendimentos estatais bem sucedidos, e com as características estruturais apontadas nos parágrafos anteriores. Este obstáculo político, aliado às novas prioridades do governo após as eleições de 1998, resultaram na paralização do programa de privatizações nos anos seguintes.

A contrapartida dos erros cometidos pelo governo FHC na reforma do setor elétrico foi a crise de energia de 2001, cuja memória explica a rapidez com que foram tomadas as providências nesta área pelo governo Lula, através das leis 10.847 e 10.848, em 15.03.04. A primeira lei criou a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), com o objetivo de restabelecer os instrumentos de planejamento de médio e longo prazo neste setor. A segunda introduziu diversas mudanças no marco regulatório que incluíram, dentre outras, as seguintes:

- (a) Novas regras de comercialização de energia que demandaram a substituição do MAE pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Enquanto o MAE amparava apenas a troca de excedentes físicos entre geradoras e distribuidoras, a CCEE passou a administrar todas as transações do mercado, inclusive os dois tipos de leilões referidos abaixo no item (c).
- (b) Fortalecimento institucional do ONS, conferindo-lhe maior autonomia perante as empresas elétricas, e criando mecanismos para articular suas funções com as da EPE.
- (c) Instauração de dois tipos de leilões, um para contratar a energia produzida pelas usinas existentes, e outro para novos empreendimentos. Estes leilões visam resolver o velho dilema da política tarifária neste setor, que deve, simultaneamente, refletir os baixos custos de produção das usinas já amortizadas, e oferecer remuneração adequada aos novos investimentos.

A principal dúvida que tem sido levantada sobre a atual política energética é se o sistema de leilões será capaz de atrair investimentos suficientes para evitar o advento de novas crises de abastecimento. Entretanto, um aspecto pouco notado é que as mudanças introduzidas em 2004 possuem um atributo que marcou as reformas similares e bem sucedidas em outros países: o de conferir maior importância à regulação do que à privatização. Se os leilões fracassarem, a CCEE terá que ajustar suas regras, mas não será preciso alterar as demais instituições do marco regulatório. Por outro lado, uma vez superada a fase de incerteza quanto aos investimentos, o governo estará em condições de retomar o programa de privatizações sem provocar maiores tensões na economia.

3.3. Transporte Aéreo

À semelhança do caso de telecomunicações, as alterações promovidas pelo governo brasileiro durante os anos 90 na regulação dos serviços de aviação comercial foram estimuladas pelos ganhos de eficiência e de reduções nos preços de passagens aéreas obtidos pelos Estados Unidos e outros países industrializados na década anterior, após a liberalização de seus respectivos mercados domésticos. As linhas gerais da reforma foram fixadas em 1991, durante a 5ª Conferência Nacional de Aviação Comercial (CONAC). Nos anos seguintes, um conjunto de providências tornou possível a gradual transformação das condições de concorrência no setor. As medidas incluíram: (a) abolição dos controles de preços; (b) simplificação dos trâmites para a autorização de novas linhas ou alteração das linhas existentes; (c) eliminação da segmentação do mercado doméstico em rotas regionais e nacionais, que não podiam ser exploradas por uma mesma empresa; e (d) facilitação do processo de entrada de novas empresas no mercado. Um indicador dos benefícios advindos destas medidas é o fluxo de passageiros/km, que passou de 11,8 milhões em 1992 para 20,5 milhões em 2000, registrando uma taxa de crescimento anual da ordem de 9%, muito superior, portanto, à expansão da economia naquele período (ver Guimarães e Salgado, 2003).

As diretrizes da 5ª CONAC estavam baseadas numa visão sobre o papel da regulação no setor de transporte aéreo que implicava, além das providências acima, a substituição do DAC pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), conforme previsto no P.L. 3846-B, de 2000, ainda em tramitação na Câmara de Deputados até a presente data. De acordo com esta visão, transporte aéreo é um serviço público organizado sob a forma de indústria de rede, onde a responsabilidade do órgão regulador é definir e fiscalizar as condições de acesso aos dois componentes da rede: as rotas e os aeroportos. Cabe à iniciativa privada lidar com os demais aspectos da competição neste mercado: os ciclos econômicos, a entrada de novos competidores, os custos dos insumos, as inovações tecnológicas e as mudanças de hábitos dos consumidores. Ademais, as funções da regulação não apenas independem das políticas governamentais para o setor, mas são indispensáveis para reduzir os custos e assegurar a efetividade daquelas políticas. Daí resulta a importância do projeto de criação da ANAC, que permitirá distinguir as ações de governo das normas de concorrência neste setor.

O compartilhamento de rotas (*codesharing*) é um instrumento de competição que, no passado recente, se tornou crucial para a sobrevivência das empresas aéreas, não só porque reduz custos operacionais, mas também porque amplia as opções de transporte oferecidas pelas companhias. Entretanto, dependendo da geografia do país, das disparidades regionais da demanda por transporte aéreo e da oferta de vôos em cada rota, uma operação de *codesharing* tanto pode beneficiar os consumidores quanto servir apenas à colusão entre competidores. A experiência internacional tem mostrado que, quase sempre, o compartilhamento de rotas complementares é pró-competitivo, enquanto que os ganhos de bem estar tendem a ser negativos em rotas superpostas (ver National Research Council, 1999). Assim, cabe à agência reguladora editar normas gerais sobre estas operações e examiná-las caso a caso.

Por serem recursos essenciais, as condições de acesso aos aeroportos podem se converter em objeto de práticas abusivas no setor de transporte aéreo. Ao enfrentar seus competidores nas rotas regionais, as empresas nacionais dispõem de instrumentos equivalentes àqueles usados por firmas verticalizadas em outras indústrias de rede. Assim, estas empresas podem expandir sua participação nas rotas regionais através de economias de escopo advindas de um desenho eficiente de suas rotas nacionais, mas também podem conseguir o mesmo resultado bloqueando o acesso das empresas regionais aos aeroportos das grandes cidades. Tais expedientes podem ser aplicados com facilidade em aeroportos congestionados quando a regulação é deficiente. Portanto, cabem à agência reguladora dois papéis: (a) alertar o governo sobre potenciais pontos de estrangulamento na infraestrutura nacional de aeroportos; (b) estabelecer normas de funcionamento desta infraestrutura que, respeitados os riscos ambientais e de segurança, permitam maximizar da eficiência da malha de transporte aéreo do país.

Entretanto, a malha mais eficiente do ponto de vista das empresas não é necessariamente aquela que atende aos objetivos do governo, cujas políticas de desenvolvimento regional, turismo e comércio exterior podem requerer subsídios temporários a rotas aéreas pouco rentáveis. Por exemplo, um dos obstáculos às intenções de fortalecer os vínculos econômicos do Brasil com os demais países da América do Sul reside no círculo vicioso entre a precariedade do sistema de transporte na região e a escassez de demanda por

vôos mais frequentes entre as capitais destes países. Obstáculos similares ocorrem em polos potenciais de atração turística em localidades remotas. Contudo, é importante notar que o volume de subsídios e o tempo de maturação das eventuais políticas de fomento a rotas pouco rentáveis poderão ser minimizados se o marco regulatório nacional tiver cumprido sua função de promover malhas áreas eficientes.

Outra função dos marcos regulatórios com as características referidas acima é contrabalancear as distorções provocadas pelo atual estado das regras multilaterais sobre os serviços de aviação comercial. Na maioria dos países, as reformas liberalizantes das duas últimas décadas estiveram restritas às fronteiras nacionais, já que os mercados domésticos continuaram fechados à concorrência de empresas estrangeiras, e os vôos internacionais são regulados por tratados bilaterais.⁸ Não obstante os compromissos retóricos de alguns governos em prol de políticas de “céus abertos”, este tema ainda não foi incluído formalmente na agenda de negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A divisão de papéis entre regulação e políticas governamentais seria um resultado natural das medidas implementadas na década de 90 sob o amparo das diretrizes da 5ª CONAC. Entretanto, o processo de reforma foi interrompido em 2003 através de portarias do Comando da Aeronáutica e do DAC que restabeleceram alguns dos controles que vigoravam até o final dos anos 80, como as restrições à importação de aeronaves, barreiras à entrada de novas empresas no setor, tentativas de “adequar” a oferta de vôos às avaliações do DAC sobre o comportamento da demanda, e intervenções seletivas nas políticas comerciais das empresas.⁹ A fonte inspiradora destas portarias é a crença de que a concorrência predatória é o principal problema que impede o desenvolvimento de empresas aéreas sólidas no Brasil.

Concorrência predatória é um tema amplamente debatido na literatura sobre organização industrial. A resenha de Ordover e Saloner (1989), por exemplo, contém mais de 150 títulos publicados nas décadas de 70 e 80, que discutem o assunto sob várias perspectivas e com distintos graus de sofisticação. Mas não é preciso consultar aqueles estudos para concluir que tal conduta é insustentável no setor de transporte aéreo.¹⁰ Basta lembrar que nos

⁸ Nos Estados Unidos, por exemplo, a participação estrangeira no capital votante das empresas domésticas é limitada a 25%. O mercado local, que dobrou de tamanho nos últimos 20 anos, transportou 600 milhões de passageiros e gerou 530 mil empregos em 1998, é reservado às empresas nacionais, que só podem empregar estrangeiros em suas linhas internacionais. Além disso, o Fly America Act lhes assegura a reserva adicional do transporte de cargas e de passageiros custeado com recursos públicos. Por fim, através do regime de acordos bilaterais, as empresas americanas controlam atualmente cerca de 50% do mercado internacional de passageiros e 43% dos fretes internacionais (ver Tavares, 2000, pp.165-204).

⁹ Ver Portarias nos. 243/GC5, 731/GC5, e 447/DGAC, editadas em 2003 e 2004.

¹⁰ Como explicou Willig (1998), para que uma estratégia predatória seja racional, o mercado precisa reunir três características. Primeiro, que o grau de concentração, após a eliminação dos competidores, seja tal que os lucros monopolistas compensem os prejuízos incorridos durante a fase de guerra de preços. Segundo, que as barreiras à entrada sejam capazes de proteger o predador contra competidores potenciais, atraídos pelos lucros extraordinários naquele mercado. Terceiro, que as firmas eliminadas não consigam retornar ao mercado após a elevação dos preços.

cem anos da história internacional do direito antitruste houve apenas um caso de preços predatórios neste setor, e que resultou na absolvição do réu. Em 1999, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos abriu um processo contra a American Airlines, acusando-a de tentar monopolizar o aeroporto de Dallas, através de uma política de preços que iria eliminar seus competidores em quatro rotas regionais que usavam aquele aeroporto. Entretanto, a American conseguiu demonstrar que estava explorando suas economias de escopo de forma eficiente, e transferindo parte dos ganhos aos consumidores. Os danos causados aos competidores regionais eram apenas uma consequência inevitável do processo de competição (ver www.usdoj.gov/atr/cases.html).

3.4. Transporte Ferroviário

Nos estudos sobre a experiência internacional recente na privatização de ferrovias, o caso brasileiro tornou-se uma referência obrigatória, em virtude dos benefícios alcançados quanto à redução de custos, aumento de investimentos e melhoria nos índices de segurança operacional (Campos e Alexander 1999, Campos 2002, Estache e outros 2002, Kessides 2004). Não obstante tais resultados, a participação da ferrovia na matriz de transporte brasileira ainda é excepcionalmente pequena, como mostram os trabalhos de Newton de Castro (2000, 2002). A correção desta deficiência, além de ser uma tarefa de longo prazo, requer, pelas razões já apontadas neste texto, uma sintonia fina entre a política de transportes e a atuação da agência reguladora, que ainda está por acontecer. Na verdade, os anos iniciais após as privatizações foram marcados pela desarticulação entre as duas esferas. Por exemplo, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) só foi estabelecida em 2001, quatro anos após a realização dos leilões das ferrovias.

Além de registrar o sucesso relativo do caso brasileiro, outro tópico usual nos estudos acima referidos diz respeito à presença da Cia. Vale do Rio Doce no setor ferroviário. A preocupação quanto à possibilidade de condutas anticompetitivas, que foi manifestada inicialmente por Campos e Alexander (1999), tem sido repetida por vários autores. Segundo Estache e outros (2001), por exemplo: “The possibility of competitive concerns regarding either horizontal or vertical restrictions is apparent. The case of CVRD is quite illustrative. First, this company holds major shares in both the EFVM and EFC and controls several ports in areas close to its mines. As noted above, CVRD competitors in a variety of sectors must use the CVRD railroads and ports in order for their products to reach their markets. Furthermore, CVRD has participated in almost all bidding for rail concessions [...]. If CVRD succeeds in controlling the management of most ex-RFFSA concessions – it is already involved in five of them! – the harm to competition, to shippers, and to the Brazilian economy could be very great.” (pp. 32-33)¹¹

¹¹ Na mesma linha, Campos (2002) sugere que: “In Brazil, the major source of conflict among rail concessionaires and their customers lies in the case of captive shippers, those who lacking alternatives to rail services become an easy prey for monopolistic abuse. [...] In the case of the EFVM, exploited by CVRD, some users assert that they are required to carry out specific investments in order to be served by CVRD, who use tariffs to press them, since its main services are offered to CVRD outputs.” (2002, p.17) Ver também Kessides (2004).

Esta preocupação é compartilhada também pelas autoridades antitruste, como revela o *Guia Prático do Cade* (2003), ao comentar a privatização da CVRD: “... os efeitos de integração vertical observados nos mercados relevantes dos serviços de transporte ferroviário de carga, decorrentes da concessão detida pela CVRD para a exploração da Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) e da Estrada de Ferro Carajás (EFC), continuaram a gerar preocupação nos órgãos de defesa da concorrência tendo em vista a possibilidade de a CVRD, que transportava o minério para si e também para outras mineradoras concorrentes que eram usuárias dependentes desse serviço, abusar da posição de detentora única da infraestrutura básica de transporte.” (pp. 47-48)

Entretanto, os dados da ANTT comentados a seguir não registram qualquer indício de práticas abusivas nos últimos oito anos de história da CVRD. A origem deste contraste entre a evidência empírica e as suspeitas acima foi discutida na seção 2 deste trabalho. De fato, como qualquer empresa controladora de um recurso essencial numa indústria de rede, a CVRD dispõe de instrumentos para usar aquele recurso de forma discricionária. Entretanto sua estratégia de competição no plano internacional torna contraproducente tal conduta no mercado doméstico. Para manter sua condição de maior exportador mundial de minério de ferro, a CVRD precisa explorar de forma eficiente as economias de escala, escopo e densidade advindas de sua infraestrutura de ferrovias, portos e transporte marítimo. Ademais, as vendas da empresa no mercado interno, incluindo minério de ferro e serviços de logística, representam menos de 15% do seu faturamento global. Portanto, a extorção de seus clientes cativos no setor ferroviário pouco alteraria o desempenho da CVRD no mercado doméstico, além de ser uma fonte potencial de danos à sua reputação internacional.

Desde 2001, a ANTT vem publicando relatórios sobre o desempenho das empresas concessionárias, com dados sobre volume de investimentos, produtividade, segurança operacional, grau de satisfação dos usuários, e outros aspectos. O relatório mais recente, disponível no site da agência (www.antt.gov.br) em 28.02.05, contém informações atualizadas até dezembro de 2003, que ratificam a interpretação do parágrafo anterior. Naquele ano, a produção nacional de transporte ferroviário, medida em tonelada quilômetro útil (TKU) cresceu 7,3% ao relação ao ano anterior, passando de 170,2 para 182,6 bilhões de TKU. Cerca de 55% desse crescimento resultou do desempenho de duas ferrovias da CVRD, a EFVM, que contribuiu com 28%, e a EFC, responsável pela parcela restante. As estatísticas sobre segurança operacional revelam que, para o conjunto das concessionárias, o índice médio de acidentes entre janeiro e dezembro de 2003 declinou em cerca de 18% em relação ao ano anterior. A média nacional em 2003 foi de 35,7 acidentes por milhão de trem.km. Já o índice da EFVM foi de 14,8 – inferior, portanto à metade da média nacional – e o da EFC foi de apenas 5,9, ou seja, indica que praticamente não ocorreram acidentes naquela ferrovia em 2003. Os dados sobre investimentos realizados em ferrovias pelas concessionárias após as privatizações (valores constantes de dezembro de 2003) mostram que, entre 1997 e 2003, a CVRD investiu 1,3 bilhões de reais na EFVM e 732 milhões na EFC, que corresponderam a cerca de 37% do investimento total realizado no setor ferroviário durante aquele período. Por fim, segundo a ANTT, os índices de satisfação dos usuários das duas ferrovias são excelentes.

Em síntese, os dados anteriores registram dois pontos importantes. O primeiro é o de que a ANTT está cumprindo adequadamente uma de suas funções básicas, que é a de manter atualizados os indicadores de desempenho do setor. Esta tarefa facilita a atração dos investimentos que eventualmente poderão elevar a participação das ferrovias na matriz de transporte do país. O segundo ponto é o de que, ao contrário do que julgam as autoridades antitruste e alguns estudiosos da área, é pouco provável que surjam condutas anticompetitivas no setor ferroviário brasileiro, já que a firma suspeita destas ações é uma das partes interessadas em promover a transparência das condições de concorrência neste mercado, a fim de preservar um ativo estratégico, que é sua reputação internacional.

3.5. Portos¹²

Em 27.04.05, o CADE condenou, por unanimidade, os cinco terminais que operam no porto de Santos pela cobrança de uma taxa para a liberação de cargas conhecida como THC2 (*Terminal Handling Charge nº 2*). Essa taxa, que havia sido criada pelos terminais no final dos anos 90, implicava diversos prejuízos ao comércio exterior do país. Além de onerar os importadores e reduzir a competitividade internacional de várias indústrias, a THC2 distorcia a concorrência no mercado de armazenagem, e, desta maneira, limitava o processo de mudança tecnológica iniciado na década passada com a privatização dos portos brasileiros. Não obstante os índices de produtividade alcançados desde então, a qualidade e a variedade dos serviços de logística oferecidos pelo porto de Santos ainda estão distantes da fronteira tecnológica internacional (ver Goebel, 2002). Ao restabelecer a pressão competitiva no mercado de armazenagem, advinda da atuação dos recintos alfandegados independentes, a decisão do CADE assegurou a continuidade daquele processo de modernização.

Esta é a primeira vez que o sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC) pune uma conduta originada por uma falha de regulação numa indústria de rede. Tal como ocorre nos países onde as leis antitruste são efetivas, o CADE exerceu, neste caso, o papel de regulador de última instância na economia. Porém, isto não significa que o SBDC tenha absorvido as funções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), posto que a intervenção ficou restrita aos limites da lei 8884, que define as normas antitruste no Brasil. Na verdade, este caso é típico da interação entre regulação e defesa da concorrência. Por um lado, como veremos adiante, se os regulamentos da ANTAQ definissem rigidamente os direitos e obrigações dos agentes econômicos que participam da atividade portuária, o caso não teria existido. Por outro lado, o CADE decidiu apenas que a cobrança da THC2 fere os princípios da lei 8884, mas não editou qualquer norma para corrigir a lacuna que deu origem àquela taxa, porque isto seria uma atribuição da ANTAQ. Entretanto, se a agência reguladora não tomar as providências devidas, e as normas portuárias continuarem ambíguas, não é provável que os terminais criem taxas similares no futuro próximo, porque sabem que seriam punidos novamente pelo CADE.

O porto de Santos é uma indústria de rede onde atuam basicamente dois tipos de firmas, os terminais portuários e os recintos alfandegados. Os terminais são empresas verticalizadas que participam dos dois mercados relevantes da atividade portuária. O primeiro

¹² Esta sub-seção é baseada no parecer de minha autoria que foi submetido ao CADE em defesa dos pontos de vista dos recintos alfandegados independentes.

compreende os serviços de carga/descarga (movimentação vertical) e os serviços em terra, incluindo as atividades entre o costado do navio e o portão do terminal (movimentação horizontal) – ou vice-versa, no caso de exportação. O segundo mercado inclui a armazenagem alfandegada das mercadorias até o momento do desembarço aduaneiro. Os recintos alfandegados independentes (i.e., os que não detêm pier de atracação) operam apenas neste segundo mercado. No porto de Santos estão estabelecidos atualmente cinco terminais portuários e dez recintos alfandegados independentes.¹³

Além de fatores relativos à logística, o principal motivo que confere à atividade portuária o caráter de indústria de rede é o fato de que a carga se torna um *bem infungível* (i.e., que não pode ser substituído por qualquer outro) a partir do momento em que o armador e o importador firmam o contrato de transporte marítimo, e assim permanece durante toda a sequência de operações até a entrega da mercadoria ao importador. Neste contexto, a atividade portuária implica um conjunto de relações jurídicas e econômicas entre quatro pares de agentes econômicos: (a) exportador-importador; (b) importador-armador; (c) armador-terminal portuário; (d) importador-recinto alfandegado. Os direitos e obrigações que vigoram em cada uma destas relações bilaterais estão amparados por um tipo particular de contrato.

Assim, o contrato de compra e venda firmado entre o importador e o exportador dá origem a um conjunto de atividades cuja realização demandará o suporte de três outros tipos de contratos: (i) o contrato de transporte marítimo, que define o frete e as condições de transporte; (ii) o contrato entre o armador e o terminal portuário, referente às movimentações horizontal e vertical da carga; (iii) o contrato de armazenagem entre o importador e o recinto. Os únicos agentes envolvidos nesse processo que não necessitam de contratos entre si são o terminal portuário e o recinto alfandegado, já que, embora suas atividades sejam interdependentes, não existe qualquer tipo de vínculo jurídico ou econômico entre esses agentes. A única interação econômica que vigora entre eles é a da competição pelos contratos de armazenagem junto aos importadores.

Não obstante a clareza do contexto institucional acima descrito, os terminais vêm se comportando, desde a privatização dos portos, como se existissem relações comerciais entre eles e os recintos alfandegados, já que as normas da ANTAQ não são explícitas a este respeito. Esta atitude decorre do fato de que, como a carga é um recurso essencial para o recinto, o instante da entrega cria uma situação de *hold-up* que interessa ao terminal aproveitar. Ao instituir uma taxa por serviços que, em princípio, já foram pagos pelo armador,¹⁴ o terminal passa a extrair rendas de seus competidores no mercado de armazenagem, além de dois benefícios adicionais: (a) no curto prazo, pode ampliar artificialmente sua participação naquele mercado através da erosão da competitividade dos recintos alfandegados; (b) no longo prazo, após a eventual eliminação destes competidores,

¹³ Estamos analisando o funcionamento do porto de Santos apenas sob a ótica das atividades de importação, porque é nelas onde ocorre a cobrança da THC2.

¹⁴ A expressão THC2 surgiu do fato de que os serviços prestados pelos terminais portuários são remunerados pela THC, que é paga pelos importadores aos armadores.

poderá consolidar seu poder de mercado nos dois segmentos da indústria, e, conseqüentemente, expandir suas margens de lucro.

A ambigüidade das normas portuárias brasileiras é um resultado da criação tardia da ANTAQ em 2001. Como vimos nos casos de energia e ferrovias, esta anomalia também marcou a reforma de outros setores de infraestrutura, com conseqüências variadas, mas sempre nocivas ao interesse público. Quando a ANTAQ iniciou suas atividades, a privatização dos portos já havia sido concluída, e, em Santos, os novos operadores de terminais dispunham de contratos de arrendamento assinados com a Cia. Docas do Estado de São Paulo (CODESP), com prazos que variam de 20 a 25 anos, renováveis por igual período. Conforme constatou a própria ANTAQ: “O que se depreende da análise dos contratos de arrendamento celebrados no Porto de Santos é que as preocupações centrais da CODESP, à época, estavam voltadas primordialmente para a definição de metas de movimentação de mercadorias, de realização de investimentos pelos futuros arrendatários, bem como de arrecadação de recursos para-fiscais via leilão. As preocupações geradas por restrições orçamentárias preponderaram sobre as de natureza regulatória e de eventuais mecanismos de defesa da concorrência.”¹⁵

O caso da THC2 ilustra um dos pontos levantados na seção 2 deste trabalho, quanto às peculiaridades das condutas anticompetitivas em indústrias de rede, que não devem ser confundidas com as restrições verticais típicas de outros setores industriais, onde as empresas não verticalizadas que operam no mercado final sempre dispõem de alternativas ao comprar seus insumos. Em situações deste tipo, firmas verticalizadas só conseguem elevar os custos de seus rivais no mercado final se detiverem o controle de algum segmento da indústria. No porto de Santos, os dois mercados relevantes são oligopólios, mas os terminais enfrentam pressões competitivas em ambos. Portanto, se a atividade portuária não fosse uma indústria de rede, os terminais não teriam poder de mercado suficiente para tentar excluir os recintos alfandegados do mercado de armazenagem. Tal conduta só se tornou viável em decorrência da situação de *hold-up* que surge no instante da liberação da carga.

4. Conclusão

Dentre os setores examinados neste trabalho, transporte aéreo é o único onde ainda é ambígua a distinção entre metas governamentais e instrumentos de regulação. Esta deficiência impediu a continuidade das reformas iniciadas na década passada, e só poderá ser sanada após a criação da ANAC. Nos outros setores, o desenvolvimento institucional poderá depender de aspectos pontuais, como, por exemplo, o de acelerar o processo decisório das autoridades antitruste, aprimorar os mecanismos de atração de investimentos privados, e corrigir distorções nas condições de concorrência através de medidas tomadas pela agência reguladora. Porém, é indiscutível que a etapa de implantação dos novos marcos regulatórios já foi concluída naqueles quatro setores, e que este aspecto favorece as possibilidades de crescimento do país.

¹⁵ Superintendência de Portos da ANTAQ, Nota Informativa nº 06/2003, p. 11.

Por outro lado, cabe lembrar que os projetos de lei referidos nas seções anteriores, que estabeleceriam a ANAC e as normas de saneamento ambiental, não são os únicos casos pendentes desde o governo anterior. Outros dois exemplos notáveis são o projeto que transfere do Banco Central para o CADE a análise dos atos de concentração no setor bancário, e aquele que fortalece a estrutura do CADE. Este último não foi ainda encaminhado ao Congresso, embora tenha estado em discussão no executivo desde 1999. De fato, além da reforma do setor elétrico e do controvertido PL sobre as agências reguladoras, o atual governo não tomou outras iniciativas nas áreas de regulação e defesa da concorrência, nem tampouco concluiu as ações iniciadas no governo anterior.

Contudo, como bem ilustra a recente decisão do CADE sobre o porto de Santos, a correção de futuras falhas regulatórias dependerá cada vez menos das prioridades do governo federal, pelas razões apontadas na segunda seção deste trabalho. Sempre que as normas de um setor regulado forem incompletas ou irracionais, haverá espaço para condutas oportunistas que resultarão em conflitos de interesses empresariais. A intervenção do CADE nos casos pertinentes, além de sustar as eventuais práticas anticompetitivas, tornará explícita a origem daquela distorção e estimulará o debate público sobre o problema, cuja solução irá demandar providências da agência reguladora ou a aprovação de novas leis, dependendo do estado das normas de cada setor. Se as mudanças requeridas não forem introduzidas, a agenda do CADE continuará sobrecarregada, mas o interesse público será preservado através da aplicação da lei antitruste. Por fim, o desempenho dos setores onde a regulação for sensata e efetiva constituirá, através do efeito demonstração, uma fonte adicional de pressões em favor da reforma dos setores retardatários.

Referências

- Armstrong, M., Cowan, S. E Vickers, J. 1994. **Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience**, MIT Press.
- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. 1997. “*Energia Elétrica no Brasil: Retrospecto e Perspectivas*”, **Informe Infra-Estrutura Nº 13**, Rio de Janeiro.
- Baumol, W. e Ordover, J. 1985. “*Use of Antitrust to Subvert Competition*”, **Journal of Law & Economics** Vol XXVIII, maio de 1985.
- Boulos, E. 2003. “*Concorrência e Regulação no Serviço Telefônico Fixo Comutado: Um Balanço*”, in **Moura Rocha (org.)**, pp. 19-55.
- Campos, J. 2002. “*Competition Issues in Network Industries: The Latin American Railways Experience*”, **Brazilian Electronic Journal of Economics** 5(1).
- Campos, J., e Alexander, I. 1999. “*Post-privatization Regulatory Problems: the Case of Brazilian Railroads*”, **The World Bank Transport Regulatory Framework Studies**, Washington, D.C.

- Castelar, A. 2003. “*Regulatory Reform in Brazilian Infrastructure: Where do We Stand?*”, **Texto para Discussão No. 964**, Ipea, Rio de Janeiro.
- Castelar, A., e Fukasaku, K. (orgs.) 2000. **A Privatização no Brasil: O Caso dos Serviços de Utilidade Pública**, OECD/BNDES, Rio de Janeiro.
- Castro, N. 2000. “*Os Desafios do Setor de Transportes no Brasil*”, **Revista Brasileira de Administração Pública**, Set/Nov, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.
- Castro, N. 2002. “*Estrutura, Desempenho e Perspectivas do Transporte Ferroviário de Carga*”, **Pesquisa e Planejamento Economico** Vol. 32, No. 2, Agosto de 2002.
- Coase, R. 1937. “*The Nature of the Firm*”, **Economica**, vol. 4, pp. 386-405.
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2003. **Guia Prático do Cade: A Defesa da Concorrência no Brasil**, Centro de Integração Empresa-Escola, São Paulo.
- Estache, A., Goldstein, A., e Pittman, R. 2001. “*Privatization and Regulatory Reform in Brazil: the case of freight railways*”, **Documento de Trabalho No. 9**, SEAE/MF, Brasília.
- Estache, A., González, M., e Trujillo, L. 2002. “*What Does ‘Privatization’ Do for Efficiency? Evidence from Argentina’s and Brazil’s Railways*”, **World Development**, Vol. 30, No. 11, pp. 1885-1897.
- Façanha, L.O., e Resende, M. 2004. “*Price Cap Regulation, Incentives and Quality: The Case of Brazilian Telecommunications*”, **International Journal of Production Economics**, No. 92, pp. 133-144.
- Faraco, A. 2001. **Regulação e Direito Concorrencial: Uma Análise Jurídica da Disciplina da Concorrência no Setor de Telecomunicações**, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.
- Giambiagi, F., Reis, J. G., e Urani, A. (orgs.) 2004. **Reformas no Brasil: Balanço e Agenda**, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro.
- Goebel, D. 2002. “*A Competitividade Externa e a Logística Doméstica*”, em A. Castelar Pinheiro, R. Markwald e L. Valls Pereira (Orgs.) **O Desafio das Exportações**, BNDES, Rio de Janeiro.
- Guimarães, E.A., e Salgado, L.H. 2003. “*A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*”, **Notas Técnicas No. 2**, IPEA, Rio de Janeiro.
- Katz, M. 1989. “*Vertical Contractual Relations*”, in **Schmalensee e Willig (orgs.)**, pp. 655-722.

- Kessides, I. 2004. **Reforming Infrastructure: privatization, regulation and competition**, The World Bank, Washington, D.C.
- Laffont, J.J., e Tirole, J. 2000. **Competition in Telecommunications**, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Mattos, C. 2002. **O Modelo Brasileiro de Reforma das Telecomunicações**, Tese de Doutorado, Universidade de Brasília.
- Moura Rocha, B. (org.) 2003. **A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil: Balanço e Propostas**, São Paulo: IOB – Thompson, Levy & Salomão Advogados.
- National Research Council. 1999. **Entry and Competition in the U.S. Airline Industry: Issues and Opportunities**, Especial Report 255, Transportation Research Board, Washington, D.C.
- Novaes, A. 2000. “*Privatização do Setor de Telecomunicações no Brasil*”, in **Castelar, A., e Fukasaku, K. (orgs.)**.
- Ordover, J., e Saloner, G. 1989. “*Predation, Monopolization and Antitrust*”, in **Schmalensee e Willig (orgs.)**, pp. 537-596.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. 2001. **Structural Separation in Regulated Industries**, Paris.
- Pires, J. C., e Reis, J. G. 2004. “*O Setor Elétrico: A Reforma Inacabada*”, in **Giambiagi, F., Reis, J. G., e Urani, A. (orgs.)**, pp. 385-408.
- Pires, J. C., Giambiagi, F., e Sales, A. 2002. “*As Perspectivas do Setor Elétrico Após o Racionamento*”, **Texto para Discussão 97**, BNDES, Rio de Janeiro.
- Seroa, R. 2004 “*Questões Regulatórias do Setor de Saneamento no Brasil*”, **Documento de Trabalho nº 29**, SEAE/MF. (www.fazenda.gov.br/seae)
- Schmalensee, R., e Willig, R. (orgs.) 1989. **Handbook of Industrial Organization**, North-Holland.
- Tavares de Araujo, J. 2000. **Poder de Mercado e Competitividade Internacional**, Editora Expressão e Cultura, Rio de Janeiro.
- Vogelsang, I. 2003. “*Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*”, **Journal of Economic Literature**, vol. XLI, pp. 830-862.
- Willig, R. 1998. “*Economic Effects of Antidumping Policy*”, **Brookings Trade Forum**, The Brookings Institution, Washington, D.C.