

a pesquisa histórica na defesa da concorrência: inferência a partir do caso cvrd e samitri

Paulo Furquim de Azevedo

FGV-EESP

pfa@fgvsp.br

RESUMO

É crescente a importância da pesquisa histórica em análises de Defesa da Concorrência. Na base desta mudança estão as contribuições da Nova Economia Institucional e de sua contraparte no Direito, a Teoria dos Contratos Relacionais. Este artigo contrapõe algumas destas contribuições à visão prevalecente, utilizando, para tanto, um caso submetido ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), em que a análise histórica conduz a um resultado distinto daquele fundado em uma análise das práticas empresariais separadas do contexto histórico de suas relações contratuais.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência, antitruste, Nova Economia Institucional, contratos relacionais.

ABSTRACT

Historical research has received renewed attention from the anti-trust and Competition Policy literature. Both the New Institutional Economics and its counterpart in Law, Macnail's Relational Contract Theory, introduced history-based arguments for understanding the purposes and economic effects of business practices, which has been influencing anti-trust decisions. This paper analyzes a real case of the Brazilian Competition Policy, which illustrates how the historical perspective conduces to decisions that differ from the ones based on traditional arguments that abstract from the historical context.

Key words: Competition policy, anti-trust, New Institutional Economics, relational contracts.

1. Introdução

O estudo da história de empresas e de outras formas de organização da produção, como contratos interfirmas, adquiriu um papel adicional com a introdução de novos instrumentos para nortear as intervenções do sistema de defesa da concorrência. Na base desta mudança estão as contribuições da Nova Economia Institucional e de sua contraparte no Direito, a Teoria dos Contratos Relacionais. Este artigo contrapõe algumas destas contribuições à visão prevalecente, utilizando, para tanto, um caso submetido ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

cia (SBDC), em que a análise histórica conduz a um resultado distinto daquele fundado em uma análise das práticas empresariais separadas do contexto histórico de suas relações contratuais.

A pesquisa histórica desempenha um papel central na Nova Economia Institucional, o que é evidente a partir dos trabalhos de alguns de seus principais representantes, como Douglass North, Avner Greife Lee Alston. Sendo instituições definidas como as "regras do jogo" que disciplinam as interações humanas, o contexto histórico torna-se imprescindível para o seu estudo, pois é a partir dele que se identifica o desenho institucional, sua evolução e seus efeitos sobre o desempenho econômico. Esta importância decorre, sobretudo, do fato de a história determinar, por meio de mecanismos de auto-afirmação e autodestruição, o quadro institucional presente (Greif, 2002), em especial quando há retornos crescentes — decorrentes de aprendizado, desenvolvimento de confiança (*trust*) ou economias de rede — o peso da história sobre o presente é maior, configurando uma dependência de trajetória (*path dependence*) (Arthur, 1989; David, 1985).

A firma e os contratos são também instituições, uma vez que constituem as "regras do jogo" que disciplinam um conjunto de transações entre particulares. O contexto histórico permite a identificação do ambiente institucional em que as transações são inseridas. Contratos e firmas são, portanto, construções entre partes — bilaterais ou plurilaterais — que são sujeitas às restrições formais (leis e portarias) ou informais (hábitos, códigos de conduta, etc), que constituem o ambiente institucional. Também pela presença de retornos crescentes, as firmas e seus contratos não podem ser entendidos por meio apenas de sua configuração presente. A exemplo do que ocorre nas empresas do ambiente institucional, acontecimentos passados condicionam as escolhas presentes das firmas e, por conseqüência, determinam sua trajetória de evolução, assim como a de seus contratos (Argyres e Liebeskind, 1999; Teece *et al*, 1997).

Introduzir a história como um elemento-chave para a compreensão da firma tem implicações diretas sobre a avaliação dos propósitos e das conseqüências de suas estratégias. Particularmente no campo da análise de Defesa da Concorrência, estratégias que poderiam ser consideradas nocivas ao funcionamento do mercado — em uma perspectiva da Organização Industrial tradicional — podem ser avaliadas diferentemente em uma perspectiva histórica. Esta distinção ocorre particularmente nos contratos relacionais, em que a transação se prolonga no tempo, não sendo definida em uma única troca instantânea.

A fim de ilustrar tal argumento, este artigo utiliza a relação contratual entre a CVRD (Companhia Vale do Rio Doce) e a S.A. Mineração da Trindade (Samitri), objeto do Processo Administrativo nº 08012.007285/99-78, instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), em 11 de agosto de 1999. Neste caso, a autoridade de Defesa da Concorrência concluiu que a relação contratual entre as partes era nociva à livre concorrência, devendo ser, portanto, condenada. Argumenta-se neste artigo que esta interpretação decorre da utilização de lentes inadequadas para o exame de contratos relacionais, em que a análise histórica é imprescindível.

O texto está dividido em 5 seções, incluindo esta introdução. A segunda seção resgata os principais pontos da teoria dos contratos, que serão utilizados na análise do caso. Pretende-se mostrar as alterações relevantes no tratamento de relações contratuais, seja no plano real das relações econômicas, seja no plano teórico, que estabelece os parâmetros da análise contratual. Em seguida, a terceira seção faz uma análise do contrato entre a CVRD e a Samitri, procurando caracterizar a relação não apenas nas particularidades vigentes do contrato, mas no processo de construção da relação entre as partes. A quarta seção contrapõe a posição estabelecida pela SDE, em primeira instância, com a perspectiva da análise contratual sugerida nas duas seções precedentes. Finalmente, a quinta seção sumaria os principais resultados, notadamente os que revelam o papel da análise histórica em uma avaliação de defesa da concorrência.

2. Contexto histórico e a avaliação de eficiência de firmas e formas contratuais

As transformações nas interações entre os atores econômicos, em especial a partir da segunda metade do século XX, foram o principal indutor das mudanças no modo de se analisarem as firmas e as relações contratuais, provocando rupturas nos principais campos do conhecimento pertinentes ao tema: a Economia e o Direito. O modelo de produção flexível — identificado como toyotista, em contraposição ao modelo de produção em massa, denominado fordista — fez emergir organizações econômicas estruturadas em redes de produção, contendo um conjunto articulado de atores que desempenham funções complementares para a produção de um determinado produto ou serviço final.

Neste modelo, a competição dá-se primordialmente entre redes de produção (ou sistemas) e não internamente às mesmas. A competição

entre estas redes, por sua vez, tem como principal elemento a velocidade de resposta às constantes mudanças no ambiente econômico, social e institucional. Adaptar-se rapidamente tornou-se um dos principais diferenciais competitivos desta organização em redes, o que levou Williamson (1996: 6) a afirmar que o mais relevante dos custos de transação é o de uma adaptação lenta e insuficiente (*maladaptations*), frente aos diversos distúrbios não antecipados. É importante frisar que a existência de cooperação intra-redes não descaracteriza a intensa concorrência entre redes de produção, sendo ambas benéficas à eficiência produtiva.

Este não é o caso de todos os setores econômicos, mas é certamente o da cadeia de produtos siderúrgicos, que incluem os mercados sob análise neste artigo. Os principais atores na competição internacional neste setor não são empresas individuais, mas redes de empresas, que coordenam as principais atividades do sistema de produção, como a mineração, o transporte e as diversas etapas da siderurgia.

A análise dos contratos foi intensamente afetada por esta nova situação, seja na sustentação aos procedimentos contratuais interfirmas (*private ordering*), seja na fundamentação da ação pública, como é o caso da Defesa da Concorrência. No campo do Direito, em resposta às mudanças em seu objeto de análise, surgiram interpretações alternativas ao direito contratual clássico, tendo destaque a Teoria de Contratos Relacionais, a qual tem em Ian Macneil um dos seus mais importantes representantes.

Em resumo, a visão relacional dos contratos, segundo Speidel (1993: 792), destaca três pontos com importantes implicações normativas à Defesa da Concorrência: "1) a transação se prolonga no tempo, 2) elementos da troca não podem ser mensurados ou especificados precisamente [por ocasião da celebração do contrato], e 3) a interdependência das partes com relação à troca transcende, em alguns momentos, uma única transação, passando a um conjunto de inter-relações sociais". Em síntese, os propósitos e as conseqüências de um arranjo contratual (por exemplo, prejudicial ou não ao sistema econômico) não podem ser avaliados apenas a partir das condições conjunturais do negócio. Uma vez que a transação se prolonga no tempo e a interdependência entre as partes ultrapassa uma única transação, os termos do contrato devem ser avaliados em uma perspectiva histórica, que possa identificar o modo como esta instituição (o contrato ou a firma) surgiu e evoluiu.

Na literatura econômica, o marco divisório temporal do tratamento de relações contratuais (estruturas de governança) foi inspirado pela

Teoria de Contratos Relacionais, datando da metade da década de 1980, quando Williamson publica seu livro *The Economic Institutions of Capitalism* (1985). Este texto — apoiado nas contribuições seminais de Coase, Arrow, Simon e Macneil — apresentou um caminho consistente para o tratamento de arranjos contratuais, a denominada Economia dos Custos de Transação, que rompia com a abordagem predominante até então, sobretudo a apresentada pela literatura ortodoxa de Organização Industrial.

Até 1985, era pertinente a seguinte observação de Coase:

Se um economista encontra algo — uma prática empresarial qualquer — que ele não compreende, ele procura uma explicação na busca por poder de monopólio. E, como somos muito ignorantes nesse assunto, o número de práticas que se mostram incompreensíveis tende a ser expressivo e, como conseqüência, as explicações baseadas no poder de monopólio são freqüentes (Coase, 1972: 67, *apud* Williamson, 1996: 281).

O avanço na teoria econômica, representado por esta nova linha de pesquisa, possibilitou a compreensão de diversas práticas empresariais, revelando ganhos de eficiência antes não identificados. O ponto fundamental é que práticas contratuais que têm como motivação facilitar as transações entre as partes, quando observadas segundo a ótica da economia ortodoxa ou do Direito Contratual Clássico (*Classical Contract Law*), podem ser erradamente consideradas condutas anticompetitivas. Estas são lentes inadequadas para interpretar relações contratuais complexas, que permitem, por sua vez, arranjos produtivos complexos.

Por exemplo, como será visto adiante, a prática de uma regra de divisão de excedente de uma rede de produção não pode ser entendida com os argumentos da economia ortodoxa sobre discriminação de preços. Esta deve ser analisada no contexto contratual em que se insere, considerando-se, entre outros, a duração da relação, o histórico de negociações e a realização paulatina de investimentos específicos, que exacerbam a dependência mútua entre as partes, amparadas na confiança desenvolvida ao longo dos anos. De Tatom, os contratos relacionais tendem "a fundir passado, presente e futuro num *continuum* no qual, todavia, o presente, não importa quão aguda seja a consciência que dele se tem, é parte tanto do passado como do futuro e eles, por sua vez, parte do mesmo presente" (Macneil, 1974: 800).

A próxima seção dedica-se a descrever a relação contratual entre a CVRD e a Samitri, que foi objeto de análise da SDE em 1999.

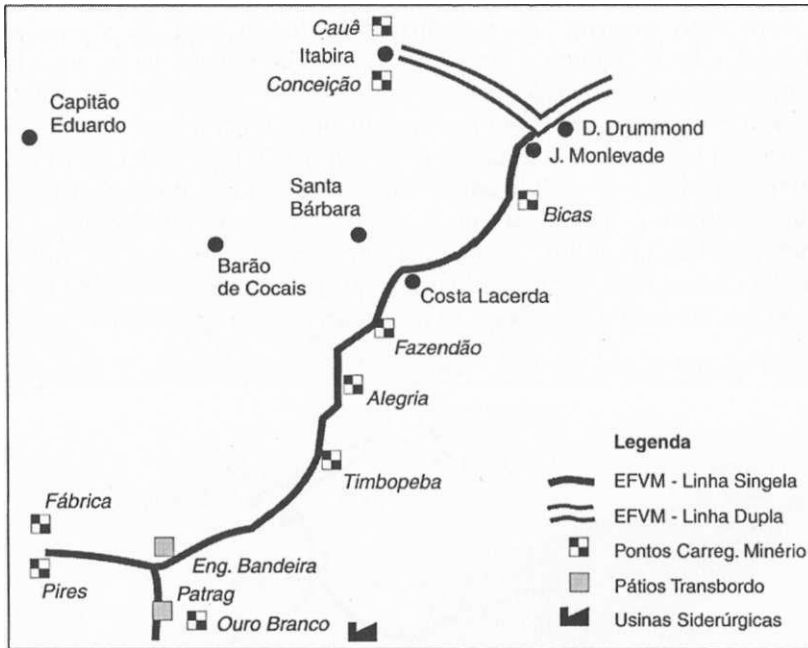
3. A relação contratual entre a CVRD e a Samitri

A relação contratual entre a CVRD e a Samitri teve seu início em 1962, sob o título de "Contrato para Produção e Fornecimento de Minério de Ferro e Outras Obrigações". A Samitri é uma empresa de mineração, então controlada pela empresa siderúrgica Belgo-Mineira, que detinha importantes reservas no "Quadrilátero Ferrífero", em Minas Gerais. A CVRD, por sua vez, além de uma importante mineradora, detinha a concessão da Estrada de Ferro Vitória-Minas, que era potencialmente uma importante via de escoamento do minério de ferro extraído no Quadrilátero Ferrífero.

O arranjo foi inicialmente orquestrado pelo Governo Federal, então controlador da CVRD, que ambicionava incrementar a exportação de minérios brasileiros. O contrato contemplava, já naquele momento, os itens de produção e fornecimento de minério de ferro, por parte da Samitri, e o transporte ferroviário e a utilização de instalações portuárias, por parte da CVRD. Para tanto, ambas as partes realizaram investimentos específicos¹, seja na ampliação da extração de minério — cuja viabilidade econômica dependia da existência de transporte eficiente da mina até os terminais portuários — seja na construção de ramal ferroviário entre Desembargador Drummond e Alegria, onde se situa uma importante mina da Samitri (Figura 1). De Desembargador Drummond, o minério de ferro seguia até o porto de Tubarão-ES, juntando-se ao fluxo de transporte de minério de ferro vindo de Itabira, explorado pela própria CVRD. Posteriormente, em um contrato semelhante, a CVRD fez um prolongamento do ramal até Fábrica, onde se localiza uma mina da empresa mineradora Ferteco. Como é característico da presença de ativos específicos, a viabilidade econômica dos investimentos dependia da continuidade da relação entre as partes.

Investimentos são considerados específicos se seu retorno - e, portanto, valor - depende da continuidade de uma transação específica. Williamson (1991:281) distingue seis tipos de especificidade de ativos: a) especificidade locacional - a localização próxima de firmas de uma mesma cadeia produtiva economiza os custos de transporte e armazenagem e significa retornos específicos a estas unidades produtivas; b) especificidade de ativos físicos; c) especificidade de ativos humanos; d) ativos dedicados — relativos a um montante de investimento, cujo retorno depende da transação com um agente particular e, portanto, relevante individualmente; e) especificidade de marca; e f) especificidade temporal, onde o valor de uma transação depende sobretudo do tempo em que ela se processa. No caso em pauta, há forte especificidade locacional e dedicada nos ativos de ambas as empresas.

Figura 1. EFVM em setembro de 1990



Fonte: Companhia Vale do Rio Doce

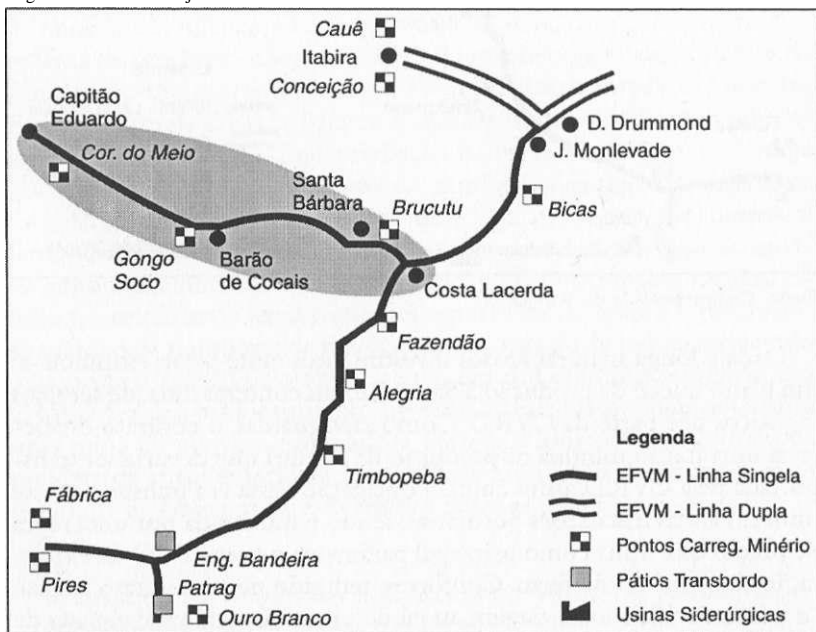
Dada a longa maturação dos investimentos neste setor, estipulou-se um plano inicial de produção à Samitri e, em contrapartida, de serviços logísticos por parte da CVRD. Como salvaguardas, o contrato estabelecia uma fração mínima da produção da Samitri que deveria ser transportada pela CVRD, assim como a obrigação desta em transportar este minério até as instalações portuárias, sendo remunerada por uma regra de preços que tinha como principal parâmetro o preço FOB de exportação do minério de ferro. Conforme redigido neste contrato inicial: "a partir de 1971 a tonelagem anual de produção será estabelecida de comum acordo", marcando uma característica típica de contratos relacionais, que é o exposto reconhecimento da incompletude dos contratos e a contínua negociação entre as partes.

Como resultado do bom desempenho da associação, ambas as partes realizaram, no início da década de 90, novos investimentos específicos, voltados à exploração do mercado internacional. A Samitri investiu com o objetivo de adaptar a qualidade do seu minério às exigências do

mercado, o que resultou, adicionalmente, em um aumento de sua capacidade instalada. A CVRD, por sua vez, realizou investimentos diversos em ampliação de sua capacidade de transporte para atender à demanda da Samitri e outras empresas clientes do transporte de carga geral e minério de ferro.

Entre os principais investimentos, destaca-se a ampliação do ramal entre Costa Lacerda e Capitão Eduardo, em 1998 (Figura 2). Os investimentos realizados possibilitaram o aumento da competitividade, sobretudo junto ao mercado externo, da mina de Córrego do Meio, explorada pela Samitri. É importante notar que o traçado original do trecho de Costa Lacerda a Capitão Eduardo — que já fora operado pela RFFSA — foi modificado de forma a passar pela mina Córrego do Meio.

Figura 2. EFVM em julho de 1998

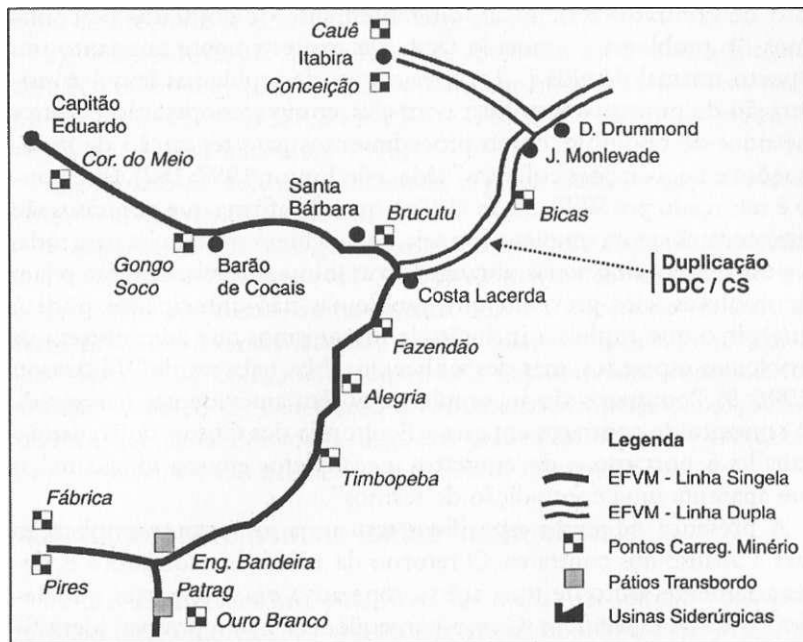


Fonte: Companhia Vale do Rio Doce

Até então, o trecho entre Desembargador Drummond e Fábrica era convenientemente operado por uma via simples, sendo a via dupla necessária apenas após o encontro deste fluxo de transporte com o proveniente de Itabira. Entretanto, os novos investimentos feitos pela Samitri em suas minas, assim como a expansão das exportações de

minério de ferro após a desvalorização do real em 1999, passaram a exigir a duplicação do trecho entre Desembargador Drummond e Costa Lacerda (Figura 3), o que foi feito pela CVRD em 2000.

Figura 3. EFVM a partir de abril de 2000



Fonte: Companhia Vale do Rio Doce

É importante sublinhar que estes investimentos não foram pontuais, mas se alongaram por toda a década de 90, totalizando, em 3 grandes projetos, a soma de US\$ 345 milhões. Ambas as empresas, portanto, seguindo um padrão típico de contratos relacionais, adaptaram-se de modo cooperativo às novas condições do ambiente competitivo, realizando investimentos que ampliavam seu grau de interdependência.

Este tipo de relação é também denominado "transformação fundamental" (Williamson, 1985: 61), referindo-se à crescente aproximação e dependência entre as partes, decorrente de investimentos específicos e desenvolvimento de confiança. A realização paulatina de investimentos específicos entre as partes cria, com o tempo, um compromisso confiável em torno da continuidade da relação, uma vez que, ao assim procederem, os membros da rede se comprometem economicamen-

te com um objetivo comum. Logo, a unidade de análise passa a ser a "relação inteira, do modo que se desenvolveu ao longo do tempo" (Macneil, 1978: 890).

Paralelamente, são desenvolvidos instrumentos contratuais para lidar com as contingências que inevitavelmente a transação enfrentará. No caso de contratos relacionais, diferentemente de contratos descontínuos, "o problema é esperado tácita ou expressamente enquanto um aspecto normal da vida [...] A expectativa de problemas leva à consideração de processos para lidar com eles, como a cooperação e outros métodos de resolução, como procedimentos para reparação de reclamações e negociações coletivas" (Macedo Júnior, 1997:187). Este ponto é reforçado por Williamson (1996), quando afirma que contratos são intrinsecamente incompletos, ou seja, não incluem referências para todas as possíveis contingências, abrangendo as inimagináveis. Embora sejam incompletos, eles prevêm que problemas não-antecipados podem emergir, o que explica a inclusão de mecanismos que administrem os problemas esperados, mas desconhecidos. Nas palavras de Williamson (1996: 9), "contratos são incompletos, porém antevidentes (*farsighted*). O conceito de contratos em que a Economia dos Custos de Transação trabalha é, portanto, o de 'contratos incompletos em sua totalidade', o que aparenta uma contradição de termos".

A presença de ativos específicos tem uma importante implicação para a análise dos contratos. O retorno da atividade econômica é, necessariamente, fruto de uma ação cooperativa entre as partes que detêm os ativos específicos. Como conseqüência, não é possível identificar *a priori* a porção do retorno da atividade econômica que cabe a cada parte. Há, de fato, um lucro conjunto, que é resultado da ação cooperativa, sendo posteriormente partilhado entre os membros da rede por alguma regra (ou rotina) de divisão do resultado. Assim deve ser entendida a regra de determinação do preço de transporte empregada entre a CVRD e a Samitri. Por expressar uma relação econômica de duração indefinida, o preço não era renegociado a cada prestação de serviço, mas era dado por uma regra que definia as apropriações sobre a receita total do negócio de que compartilhavam as duas empresas: a exportação de minério de ferro.

Tendo sido renegociada em algumas oportunidades, a regra de preços vigente na década de 1990 ainda guardava semelhanças com a inicialmente apresentada em 1962, com a adição de alguns parâmetros para a divisão do risco do volume transportado. A sistemática de cobrança pelos serviços prestados seguia o seguinte modelo:

a) Para o transporte e o embarque das 8,5 milhões de toneladas de minério previstas originalmente no contrato, o preço é dado pela seguinte equação: $P = PB \times PF / PR$, onde: PB é o preço-base igual a US\$7,80, PF é o preço corrente do minério Standard Sinter Feed vendido pela CVRD em Rotterdam e PR é uma constante US\$0,3162, igual ao preço do mesmo minério vigente em 1992;

b) Para volumes até 2,0 milhões de toneladas adicionais, a fórmula de cálculo dos serviços permanece a mesma, modificando-se os parâmetros para: PB = US\$8,20 e PR = US\$0,2695, igual ao preço de venda do mesmo minério e 1995;

c) No caso de volumes adicionais, o preço deve ser negociado de comum acordo entre as partes.

É importante observar que o preço do frete não depende da distância de cada mina servida pela CVRD e, ademais, inclui variáveis não relacionadas aos custos de transporte, como o preço do minério de ferro no mercado internacional. Certamente, este modo de precificação afasta-se do comumente observado nos mercados competitivos, em que o preço é estabelecido a cada transação, pelas condições de oferta e demanda. Por conta disto, esta prática foi objeto de escrutínio por parte do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

4. O julgamento com as lentes institucionais

A decisão apresentada pela SDE na análise da relação contratual entre as duas empresas faz uso do referencial tradicional da Organização Industrial para analisar um contrato relacionai. Não surpreendentemente, suas conclusões são semelhantes às criticadas por Coase, apresentadas na seção 2, identificando como práticas anticompetitivas as ações incompreensíveis sem o apoio de uma análise histórica.

Esta seção dedica-se aos principais pontos em que uma análise de defesa da concorrência é afetada por uma perspectiva histórica da relação contratual. Para tanto, divide-se em três subseções: a) discriminação de preços, b) cláusula de definição de preços e restrição de quantidade, c) contrato de exclusividade.

Discriminação de preços?

Como a CVRD cobrava da Samitri preços distintos dos praticados para clientes com quem não havia estabelecido um contrato relacionai, a SDE considerou a prática um caso de discriminação de preços de

primeiro grau, o que é condenado pela Lei nº 8.884/94, que trata dos casos de infração à ordem econômica. O argumento da SDE contrapõe-se à noção de uma transação que se prolonga no tempo, o que é evidente no caso da CVRD e da Samitri, que não definiam preços para cada situação distinta de prestação do serviço, ou seja, para cada transação isolada.

A relação passível de acusação de discriminação de preços é a denominada por transação despersonalizada (*faceless transaction*). Ao contrário, na relação entre a CVRD e a Samitri, trata-se, conforme desenvolvido na seção 3, de um contrato relacionai, em que a identidade das partes é ponto absolutamente fundamental.

Uma evidência que corrobora a tese de que a CVRD e a Samitri desenvolviam uma relação primária pode ser encontrada no próprio parecer da SDE, em sua página 55, item 't' das Alegações Finais:

O único 'custo fixo' que aparece no contrato entre CVRD e Samitri é o preço do minério vendido pela CVRD no mercado de Rotterdam num determinado ano anterior ao de incidência da tarifa. A prova disso é que as minas da Samitri distam do porto de Tubarão, por onde o minério é escoado, desde 575 km (Morro Agudo) a 640 km (Córrego do Meio, conforme fls. 251) e o valor da tarifa é o mesmo. Note-se que a diferença de distância é de 11,3%, mas a tarifa é igual, o que leva à conclusão de que os custos fixos (da mesma forma que a distância) são irrelevantes para o cálculo da tarifa.

Este fato, relatado pela SDE, é mais uma evidência de se tratar de um contrato relacionai e não de um contrato descontínuo de oferecimento de serviços de transporte. Trata-se de uma relação primária e não de uma relação impessoal, em que a cada prestação de serviços as motivações econômicas são expressas no estabelecimento do preço. Em outras palavras, não há um preço para cada serviço ou cada interesse econômico circunstancial, mas um preço que expressa a divisão da receita conjunta, obtida pelo emprego cooperativo de ativos específicos da CVRD e da Samitri. Este ponto é retomado no item seguinte, que discute a fórmula de preço.

A respeito do fato de os acordos de preços entre aqueles que se utilizam da ferrovia serem distintos, o parecer da SDE, em sua pg. 54, item 's' das Alegações Finais, afirma que:

Neste caso específico, deve-se ressaltar que a CVRD pratica discriminação de preços de primeiro grau em relação aos seus clientes, vez que mantém contratos diferentes com seus clientes, quando lhes fornece o mesmo serviço. É uma condição sonhada por todo monopolista, mas muito rara na economia, que lhe permite extrair todo o excedente do consumidor, exercendo, ao limite, o seu poder de mercado.

A este respeito, é importante estabelecer que um preço é função da relação entre demanda e custos de produção (oferta neoclássica) somente se a relação contratual for invariável. Em outras palavras, mesmo que as condições de oferta e demanda permaneçam constantes, há preços distintos para relações contratuais distintas (Williamson, 1985: 33).

Em síntese, pode-se dizer que: 1) a precificação para a Samitri, independentemente de suas condições econômicas de momento, revela uma prática típica de contratos relacionais; e b) a CVRD, como qualquer outra empresa, deve adotar preços distintos se utilizar contratos distintos, uma vez que as características dos contratos afetam o desempenho da relação.

Cláusula de definição de preços

Em uma organização em rede, é possível captar os ganhos gerados pela organização cooperativa — aqui entendidos em uma forma abrangente, incluindo o emprego de ativos específicos, complementares ou ganhos derivados da especialização. Estes ganhos cooperativos são resultado do que Alchian & Demsetz (1972) denominaram genericamente *team production*¹, ou seja, o excesso da produção conjunta sobre a soma do que seria produzido individualmente por cada parte envolvida. A existência de "produção em time" impede que se identifique com clareza quanto do rendimento total deve ser atribuído a cada parte. Segundo Alchian & Demsetz (1972: 779):

With team production it is difficult, solely by observing total output, to either define or determine each individual contribution to this output of the cooperating inputs. The output is yielded by a team, by definition, and it is not a sum of separable outputs of each of its members.

¹ Que pode ser denominada "produção em time", ou, mais livremente, "produção cooperativa".

Portanto, uma relação cooperativa dificulta a definição precisa e individualizada do preço e serviço a ser realizado, dado que o produto e a especificação da atividade dependem das ações do coletivo. Isto significa que não é apropriado analisar em separado cada troca em transações em que vigoram contratos relacionais, mas sim o conjunto da relação, que se prolonga no tempo. A rede da qual fazem parte a Samitri e a CVRD tem como produto final o minério de ferro posto para embarque para o mercado internacional. Deste "produto" é que se origina a receita para apuração do lucro conjunto da rede. Portanto, é o preço do minério negociado nos principais mercados de entrega — como Rotterdam — que deve ser utilizado como principal parâmetro em uma rotina (ou regra) de divisão da receita gerada pela rede.

Cabe investigar se a rotina de divisão da receita é de alguma forma lesiva a uma das partes, o que descaracterizaria um contrato relacional. A este respeito, o parecer da SDE, em sua pg. 39, item 'o' das Alegações Referentes ao Mérito, é enfático:

O negócio principal da CVRD é o minério de ferro e, assim sendo, a imposição à Samitri de uma tarifa (aliada a outras cláusulas do contrato) que reduza a sua competitividade, só traz benefícios à CVRD, vez que, em caso de o preço do minério cair acentuadamente, a Samitri deverá pagar um valor mínimo avençado, eliminando-se os riscos da monopolista. [...] Uma eventual vinculação entre os preços do minério transportado e do frete só poderia ser admitida (ainda que em tese) se a Samitri pudesse estabelecer livremente o preço do seu produto no mercado internacional, sem perda acentuada de competitividade e/ou lucratividade, o que não ocorre, em função da vinculação entre o frete e o preço do minério da CVRD em um ano pretérito e das outras restrições contratuais. Da forma como o contrato está estabelecido, tem-se que a CVRD torna-se, sem precisar investir capital, na prática, sócia da Samitri quando o mercado internacional encontra-se em situação favorável, mas não quando o mercado encontra-se em baixa. Tudo exatamente como se prevê que aconteça numa situação de abuso de posição dominante (pg. 39).

Este argumento contido no parecer da SDE apresenta três problemas, que comprometem sua conclusão. O primeiro decorre da definição do negócio das empresas. Este, de fato, pode ser definido para ambas as empresas como o de minério de ferro para exportação, porém

posto para embarque em Tubarão-ES. Neste ponto, é relevante relembrar dois pontos:

a) conforme já apresentado neste artigo, as empresas operam ativos mutuamente específicos, constituindo uma rede de produção, compartilhando, portanto, o mesmo negócio;

b) mercadoria, em teoria econômica, é definida em três dimensões: características físicas, tempo e espaço³ (Mas-Colell, Whinston & Green, 1995: 18). No caso de produtos com uma elevada relação peso/valor, como é o caso do minério de ferro, a dimensão espaço é fundamental, modificando a mercadoria.

Isto significa que o preço de venda do minério de ferro no mercado internacional, negócio da rede de produção de que fazem parte a CVRD) e a Samitri, tem no frete um componente extremamente importante, não podendo ser dissociado deste⁴. Segundo estimativas do Mineral Economics Iron Ore, em 2000, cerca de 50% do preço FOB do minério de ferro era composto pelo frete, proporção esta variável conforme as condições logísticas da mina de extração. Em resumo, o frete é parte da mercadoria "minério de ferro", posta para embarque internacional.

Em se tratando de componentes de uma mesma rede de produção, não é estranho que ambas as empresas coordenem suas atividades de venda no mercado internacional. Conforme já argumentado, as relações intra-rede são marcadas pela cooperação, embora haja concorrência entre as diversas redes de produção no mercado internacional. Este arranjo é semelhante ao que ocorre em franquias, em que são equacionados os conflitos entre os membros de uma mesma rede. O interesse dos membros da rede é a obtenção de valor na mesma, que é dividido entre os participantes, mantendo o interesse na perpetuidade do arranjo. No caso da rede formada pela CVRD e pela Samitri, é importante considerar que houve 40 anos de estabilidade na relação.

Finalmente, o retorno conjunto dos ganhos cooperativos é dividido segundo uma regra de preços, como é característico de contratos relacionais. No caso em pauta, o preço, que representa a rotina de divisão dos ganhos conjuntos, tem como parâmetro o negócio comum de ambas: o preço do minério de ferro posto para embarque. Ambos, por-

³ É possível agregar outras dimensões, como a informação. Entretanto, esta agregação não alteraria a análise que se segue.

⁴ Como se trata de uma *commodity*, o preço é tomado no mercado, incorporando um frete médio, necessário para disponibilizar o produto no mercado mundial.

tanto, têm o seu ganho associado ao mesmo parâmetro, que é aquele que define o lucro conjunto.

O ponto mais questionado pelo parecer da SDE refere-se à divisão dos riscos, que representam um custo indesejável à atividade produtiva e, por este motivo, devem ser compartilhados. Cabe, antes de proceder a qualquer avaliação desta espécie, identificar quais são os riscos que afetam o negócio comum, para, em seguida, avaliar como se dá o seu compartilhamento.

O mercado de *commodities* é tipicamente sujeito a flutuações de preços, o que afeta os planos de negócio e a rentabilidade dos empreendimentos. São necessárias, portanto, medidas de proteção ao risco de preços, conhecidas por estratégias de *hedging*. Para produtos com comercialização em bolsa de mercadorias, há a possibilidade de utilização de mercados de futuros como meio de proteção ao risco de preços, embora às custas do pagamento das corretagens de operação. Não há, entretanto, mercados de futuros eficientes para todas as *commodities*, como é o caso do minério de ferro. Portanto, os que operam neste mercado devem utilizar mecanismos alternativos de proteção ao risco de preços.

Além do risco de flutuação da demanda — como resultado do comportamento da demanda internacional por produtos siderúrgicos — que se traduz em variação no preço do minério de ferro posto para embarque, há o risco de elevação dos custos de produção. Neste caso, o componente mais variável (de maior risco) é justamente o custo do frete, que é variável conforme os preços do petróleo no mercado internacional e a cotação do dólar. A taxa de câmbio da moeda estrangeira afeta não somente o componente de custo dos combustíveis, mas também o custo de depreciação do material rodante (locomotivas e vagões), que são, via de regra, importados. Considerando que cerca de 50% do custo médio do minério de ferro posto para embarque corresponde a transporte e despesas portuárias, está aqui o principal risco de elevação de custos.

Se o preço do frete fosse variável conforme os seus custos, ambos os riscos recairiam sobre a Samitri, que teria a sua receita variável em função dos preços do minério de ferro no mercado internacional e seus custos variáveis em função dos custos do frete. Por sua vez, se o preço do frete fosse fixo, a totalidade do risco de frete recairia sobre a CVRD, enquanto a totalidade do risco de flutuação do preço do minério de ferro recairia sobre a Samitri. Como ambos os riscos não são correlacionados, há uma redução do risco total em que cada empresa incorre, se houver compartilhamento de ambos os riscos, ou seja, di-

versificação. Ao fazer o preço do frete variar conforme o preço do minério no mercado internacional, o risco da Samitre reduz-se. Conforme pode ser observado na fórmula de preço, a empresa terá ganhos menores, no caso de elevação do preço do minério (eleva-se também o preço do frete) e perdas menores (cai o preço do frete), no caso de redução do preço do minério. Como a CVRD é também uma mineradora, este compartilhamento de risco já ocorre na operação própria das duas atividades: transporte e mineração.

O mecanismo é também engenhoso para contrabalançar um efeito de elevação do preço do petróleo sobre o preço do minério de ferro. Como este é um importante determinante do valor do frete em todo o mundo e, além disto, mais da metade do valor do minério posto para embarque corresponder ao preço do transporte, a elevação do preço do petróleo corresponde a um deslocamento para a esquerda da curva de oferta internacional e, conseqüentemente, elevação do nível de preços do minério de ferro⁵. Esta elevação, por conta de custos mais altos de frete, é compartilhada pela Samitri e pela CVRD, cujos custos teriam aumentado.

A existência de um preço mínimo para o frete é também um mecanismo de compartilhamento de risco. Se houver uma queda muito elevada do preço do minério de ferro no mercado internacional, há uma assimetria entre mineradoras e transportadoras. Os ativos das primeiras não são depreciáveis na mesma magnitude que os das segundas. Essencialmente, as atividades extrativas podem interromper a operação em períodos de baixa de preços, sem custos muito elevados de depreciação do capital. Efetivamente, nesta espera pode haver valorização do capital na forma de recursos naturais armazenados na mina. As transportadoras, ao contrário, têm seu capital imobilizado em ativos que continuam a depreciar-se mesmo sem operação. Como conseqüência, a possibilidade de queda dos preços do minério de ferro no mercado internacional, sem qualquer compartilhamento de risco, afeta mais fortemente as transportadoras do que as mineradoras. Por este motivo, a inclusão de um preço mínimo para o frete é importante para dividir os riscos de uma queda muito acentuada de preços.

⁵ Pode haver conjuntamente uma redução da demanda internacional por minério de ferro, decorrente de um desaquecimento da economia globalmente. Neste caso, o preço pode ficar constante, mas há redução da quantidade comercializada, o que corresponde a uma queda da receita.

Finalmente, é importante notar que em 1999, após a desvalorização do real, houve conflito entre as partes em torno da regra de divisão do excedente. Este evento provocou, sem dúvida, uma grande alteração nos preços relativos e, portanto, na rentabilidade das empresas, positiva ou negativa. Embora diversos agentes econômicos esperassem uma desvalorização, este era tipicamente um evento não antecipado em contratos de longo prazo. Pela fórmula de preços, que tem como referência a receita conjunta, a elevação do valor do dólar, mesmo tendo havido uma pequena queda dos preços do minério de ferro em dólares, implicou uma elevação da receita conjunta em reais. Como a regra de pagamento do serviço de transporte e embarque é uma rotina de divisão da receita comum, o aumento deste valor acarretou um aumento do valor do frete.

Em se tratando de um contrato relacionai, é importante notar que o período de forte valorização do real, entre 1994 e 1995, teve o efeito oposto sobre o valor do frete, conforme pode ser observado na Tabela 1. Isto não foi motivo para rompimento contratual, mesmo considerando que a receita em reais das exportações de minério de ferro posto para embarque foram afetadas negativamente pela taxa de câmbio. Em outras palavras, este tipo de contratação inclui rotinas de negociação e solução de conflitos para lidar com as contingências não antecipadas por ocasião da redação do contrato. A fim de se avaliar se há infrações à ordem econômica, mais importante do que verificar se há conflitos entre as partes, é necessário investigar de que modo elas resolvem estes conflitos.

Contrato de exclusividade

A SDE questionou, em seu parecer, a existência de uma cláusula de exclusividade no contrato entre as partes, que poderia representar um abuso de posição dominante da CVRD sobre a Samitri. A presença de ativos específicos freqüentemente vem acompanhada de acordos de exclusividade. Este é também o caso da relação entre a CVRD e a Samitri, em que há investimentos específicos por ambas as partes. A primeira realizou investimentos em ativos dedicados ao transporte, cujo retorno necessita da utilização pela segunda. Esta, por sua vez, necessita de algum meio de transporte eficiente — neste caso, a ferrovia — para escoar a produção decorrente dos investimentos, também específicos, em suas minas. A situação pode ser caracterizada por um comprometimento mútuo, em que há exclusividade "de fato".

Diante desta possibilidade, a SDE opunha-se à inclusão da exclusividade como uma salvaguarda contratual, que seria desnecessária, dada a situação de fato. Entretanto, a exclusividade de direito deve fazer parte de contratos em cuja relação econômica subjacente haja uma especificidade de ativos tão elevada. O ambiente econômico é incerto e os atores são incapazes de desenhar contratos de longo prazo completos, que dêem conta de todas as possíveis contingências. Há salvaguardas contratuais, cuja finalidade é reduzir os custos de conflitos que podem emergir nestas circunstâncias não antecipadas. Deste modo, a exclusividade de direito existe como potencialidade, não sendo necessária em um mundo perfeitamente previsível e "presentificável", como seria o caso de um contrato descontínuo. Ao contrário, as partes defrontavam-se com um horizonte indefinido de relação e, portanto, não passível de "presentificação", conforme terminologia empregada por Macneil.

O contrato de exclusividade assenta-se em investimentos dedicados, sendo desnecessário em um ambiente hipotético de perfeita previsibilidade. A vontade das partes no aprofundamento da relação — na exclusividade "de fato" — é expressa em seus investimentos ao longo dos anos.

5. Conclusão

O caso da relação contratual entre a Samitri e a CVRD constitui um típico exemplo de como as lentes inapropriadas podem resultar em decisões equivocadas por parte das autoridades do sistema de Defesa da Concorrência. Um contrato relacional, se analisado pela ótica da Organização Industrial tradicional, pode ser condenado por praticar preços que não obedecem às condições conjunturais de formação de seus custos, dando margem a acusações de discriminação de preços e abuso de posição dominante. O problema, entretanto, não está no contrato, mas na incompreensão de uma prática empresarial que não é definida em um ponto do tempo, mas prolonga-se com o negócio compartilhado.

É essencial, portanto, que as autoridades do sistema de Defesa da Concorrência tenham instrumentos para identificar se uma prática empresarial pode ser analisada segundo as lentes da Organização Industrial tradicional ou se é necessário entendê-la como parte de um relacionamento de longo prazo entre as partes. O instrumento primário para tanto — que permite distinguir contratos descontínuos de contratos relacionais — é a análise histórica. Embora este método de pes-

quisa seja caro a diversas correntes de pensamento econômico, sua utilização na Defesa da Concorrência é sugerida, sobretudo, pelas contribuições da Nova Economia Institucional e da Teoria de Contratos Relacionais.

Além da relação contratual, abordada pelo caso apresentado neste artigo, há diversas outras estratégias empresariais, cujo entendimento depende de uma perspectiva histórica. Fusões horizontais ou verticais, que resultem da exploração de retornos crescentes de uma configuração passada da firma, devem ser avaliadas historicamente, de modo a captar a existência de mecanismos que induzam uma determinada trajetória institucional.

Como o uso da análise histórica no sistema de Defesa da Concorrência é relativamente pouco difundido, pode-se incorrer no risco de se condenarem práticas superiores do ponto de vista da sociedade. É por isto que Kirchner (1996:240), analisando posição do sistema europeu de Defesa da Concorrência a respeito de contratos relacionais, afirma que

[...] the present concept of dealing with symbiotic arrangements in anti-trust law in Germany and in Europe leads to a discrimination against such institutional solutions as compared to groups of companies. Thus the search process for superior forms of organization is impeded.

Adicionando mais este instrumento para a avaliação de estruturas e condutas empresariais, reduz-se o erro de decisão das autoridades de Defesa da Concorrência na distinção entre arranjos eficientes e aqueles cujo principal propósito é a extração de renda de terceiros.

Referências bibliográficas

- Alchian, Armen e Demsetz, Harold. "Production, Information Costs, and Economic Organization", *American Economic Review*, 62.1972:777-795.
- Argyres, Nicholas S. e Liebeskind, Julia P. "Contractual commitments, bargaining, and governance inseparability", *Academy of Management Review*, 24. 1999: 49-63.
- Arthur, Brian. "Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events", *The Economic Journal*, 99, March 1989: 116-31.
- Coase, Ronald. "Industrial Organization: A Proposal of Research", in Fuchs, V.R. *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*. New York: Oxford University Press, 1972: 59-73.
- David, Paul. "Clio and the Economics of QWERTY", *American Economic Review*, 75. 1985: 332-337.

- Greif, Avner. *Historical institutional analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Kirchner, C. "Symbiotic Arrangements as a Challenge to Antitrust", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 152. 1996: 226-246.
- Macedo Júnior, Ronaldo P. *Sociologia Jurídica e Teoria do Direito: a Teoria Relacional e a Experiência Contratual*. São Paulo: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, 1997, Tese de doutoramento.
- Macneil, Ian R. "The Many Futures of Contracts", *California Law Review*, 47. 1974: 691-816.
- . "Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law". *Northwestern University Law Review*, 72. 1978: 854-906.
- Mas-Colell, A., Whinston, N.D. e Green, J.R. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995.
- SDE — Secretaria de Direito Econômico. *Parecer ao Processo Administrativo nº 08012.007285/99-78*. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.
- Speidel, R. "Article 2 and Relational Sales Contracts", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 26, April 1993: 789-810.
- Teece, David J., Pisano, G. e Shuen, A. "Dynamic Capabilities and Strategic Management", *Strategic Management Journal*, 18. 1997: 509-533.
- Williamson, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Londres: Free Press, 1985.
- . *Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996.