

REVISTA DO IBRAC

DIREITO DA CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL

n. 18 • julho - dezembro • 2010

Coordenação:

Leonor Cordovil

IBRAC
Desde 1981

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

EDITORIA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Exclusividade do crédito consignado: *essential facility* e infração concorrencial *raising rivals' costs*

LEONARDO CANABRAVA TURRA

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela UFMG e em Economia pela PUC-MG. Professor de Direito da Concorrência. Advogado e Procurador do Estado de Minas Gerais.

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS

Bacharel em Direito pela UFMG. Administradora de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Foi intercambista na *Université Paris I - Panthéon Sorbonne* em 2009/2010.

FERNANDA RODRIGUES GUIMARÃES ANDRADE

Bacharel em Direito pela UFMG. Participou do curso de verão de Direito Internacional Privado e Público da Academia de Haia (Holanda) em 2010. Foi intercambista na Universidade de Coimbra/Portugal.

LUCAS EDUARDO E. A. SPADANO

LLM pela London School of Economics. Bacharel em Direito pela UFMG e em Relações Internacionais pela PUC/MG. Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Comércio Internacional do Instituto de Educação Continuada (IEC) /PUC-MG.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Internacional; Administrativo

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a adequação do mecanismo do crédito consignado ao conceito de *essential facility*. A partir dessa constatação analisa-se a obrigação do ente público de fornecer

ABSTRACT: The present paper intends to discuss the compatibility between the so called consigned credit mechanism and the essential facility concept. Based on this perspective, it analyses a public

acesso em bases não discriminatórias aos demais concorrentes no mercado. Sustenta-se que a exclusividade em crédito consignado dada a uma única instituição financeira, sem prévio procedimento licitatório ou adequação aos princípios do Direito Administrativo, constituiria não apenas ato de improbidade administrativa, mas as infrações concorrenciais de recusa de contratar e de “raising rivals’ costs”.

PALAVRAS-CHAVE: *Essential facility* – Crédito consignado – Aumento dos custos dos concorrentes – Discriminação.

institution’s obligation to provide access to the market at issue on non-discriminatory basis to other competitors. We argue that providing a single institution with exclusive access to the aforementioned consigned credit mechanism, without a previous bidding process and due observance of Public Law principles, represents not only an administrative violation but also the antitrust violations known as refusal to deal and “raising rivals’ costs”.

KEYWORDS: *Essential facility* – Consigned credit – Raising rivals’ costs – Discrimination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A doutrina das instalações essenciais (*essential facility doctrine*): 2.1 A experiência norte-americana; 2.2 A experiência comunitária europeia; 2.3 Outras experiências internacionais – 3. O crédito consignado como *essential facility*: 3.1 A essencialidade do crédito consignado para a existência de concorrência real; 3.2 O monopólio do Poder Público e a impossibilidade de duplicação da instalação essencial do crédito consignado e o verdadeiro; 3.3 A negativa de acesso às instituições financeiras concorrentes; 3.4 A viabilidade da concessão de acesso às instituições financeiras concorrentes – 4. A concessão de exclusividade na *essential facility* do crédito consignado como infração concorrencial de *raising rivals’ costs* – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O termo *essential facilities doctrine* originou-se dos comentários da jurisprudência norte-americana e tem na atualidade diversos sentidos, cada um deles relacionado à obrigação de garantir, desde que preenchidas determinadas condições e ainda que compulsoriamente e contra a vontade de uma das partes, o acesso a determinado insumo ou instalação que estejam sob o controle de um monopolista, mas que seja fundamental para a competição.¹

1. OCDE – Organisation for Economic Co-Operation and Development. *The essential facilities concept*. 1996. p. 7.

Os requisitos para a aplicação dessa doutrina foram sendo definidos em sucessivas decisões judiciais, tanto nos Estados Unidos quanto na União Europeia, e vêm sendo aplicados, com algumas variações, pelas diversas jurisdições ao redor do mundo.²

O presente artigo discute se os requisitos definidores de uma *essential facility*, estariam presentes no mecanismo de garantia do “crédito consignado”, consistente na modalidade de empréstimo em que o desconto das prestações é feito diretamente na folha de pagamento ou no benefício previdenciário do contratante, servidor público do ente público.

A partir da constatação de que o empréstimo consignado é, efetivamente, uma *essential facility* o artigo discute a obrigação do ente público de fornecer acesso em bases não discriminatórias aos demais concorrentes no mercado. Assim, a exclusividade em crédito consignado dada a uma única instituição financeira, sem prévio procedimento licitatório ou adequação aos princípios do Direito Administrativo, constituiria violação não apenas ato de improbidade administrativa, mas também infração concorrencial de *raising rivals’ costs* (elevação dos custos dos concorrentes), já que a instituição financeira concorrente que não tem acesso ao mecanismo de garantia (ou seja, aquele que tem acesso negado à instalação essencial), incorrerá em maiores custos de cobrança e, naturalmente, em maiores perdas em relação ao seu concorrente privilegiado.

Diante disso, a doutrina das instalações essenciais – sua definição, seus requisitos presentes na jurisprudência norte-americana, comunitária europeia e de outros países, e os efeitos sobre o mercado – serão tratados no item 1 abaixo. A adequação desse conceito especificamente ao mecanismo do crédito consignado, no Brasil, será o objeto do item 2. Finalmente, e em decorrência dos itens anteriores, a infração concorrencial de *raising rivals’ costs* será detalhada e demonstrada no item 4.

2. A DOCTRINA DAS INSTALAÇÕES ESSENCIAIS (*ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE*)

2.1 A experiência norte-americana

Uma das mais reputadas teorias do Direito Concorrencial, a doutrina das instalações essenciais e dos deveres atribuíveis ao monopo-

2. OCDE, 1996. Idem.

lista detentor dessas instalações, tem como primeiro grande julgamento o caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*.³

Neste caso, julgado já em 1912, a Suprema Corte analisou a atuação de um determinado agente econômico que havia se tornado proprietário de todas as pontes e junções ferroviárias existentes que davam acesso à localidade de St. Louis, única alternativa de acesso à cidade naquela época. Em outras palavras, o empresário tinha o “monopólio” de todas as instalações para transporte de carga e passageiros, sendo que essas estruturas eram imprescindíveis para o transporte na região.

Na verdade, havia alternativa do uso de outra ponte de acesso, mas a mesma distava mais de 280 milhas do local e, *de facto*, nenhum outro transportador poderia competir com o monopolista pelo transporte de bens e pessoas na região. O monopolista, nessa situação, naturalmente não permitia que outras empresas utilizassem as suas instalações, assegurando para si todo o poder econômico.

Julgando essa situação e os prejuízos que dela resultavam para a concorrência, a Suprema Corte considerou ilegítima a recusa de contratar por parte do monopolista, e impôs a ele o dever de franquear o acesso àquelas estruturas a outros competidores, mediante remuneração justa.⁴ Em outras palavras, a mais alta corte americana entendeu ilegítima a recusa de contratar se exercida por parte do detentor de uma instalação essencial à competição (*essential facility*), impondo a este monopolista um dever de contratar (dar acesso aos seus concorrentes).

Essa decisão sedimentou o entendimento de que, na presença de um fornecedor único (ou seja, de um monopolista), a contratação deixa de ser um ato de discricionariedade do contratante, mero exercício da sua liberdade individual, para tornar-se uma imposição decorrente do interesse social.

A Suprema Corte Norte-Americana voltou a se pronunciar pela compulsoriedade da contratação e pela ilegitimidade da recusa de contratar, em detrimento da concorrência, no caso *Associated Press v.*

3. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*. 244 US 383, 1912.

4. “Any company which controls an ‘essential facility’ or a ‘strategic bottleneck’ in the market violates the antitrust laws if it fails to make access to that facility available to its competitors on fair and reasonable terms that do not disadvantage them.” ESTADOS UNIDOS. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*. 244 US 383, 1912.

United States.⁵ Nesse caso, datado de 1945, a Suprema Corte reconheceu a ilegalidade e a abusividade presentes na conduta da agência de notícias (*Associated Press*), que se negava a fornecer seus serviços a novos veículos concorrentes daqueles que já integravam a associação.

Curioso notar que não desfrutava a *Associated Press* sequer de um verdadeiro monopólio, mas apenas de uma posição proeminente (posição dominante, na acepção técnica). Ainda assim, a Suprema Corte entendeu que a recusa de contratar com novos veículos criava uma situação de benefício injustificado para parte dos competidores, em detrimento de outros concorrentes, que passavam a ter em seu desfavor uma importante barreira de acesso ao mercado.

Depois desses julgados os tribunais norte-americanos já tiveram a oportunidade de manifestar-se em diversas outras situações, reconhecendo que o monopólio deve ser acompanhado de determinadas responsabilidades, vedada a recusa de contratação quando ela for indispensável à competição.

“O *TCA Bldg. Co. v. Northwestern Resources Co.*, por exemplo, tem relevância, pois nele foi esclarecido o conceito de essencialidade, segundo o qual ‘uma instalação essencial não precisa ser indispensável, mas a negativa do seu uso deve impor severa desvantagem aos potenciais entrantes no mercado’.⁶ Nesse sentido, havendo um insumo essencial, necessário à competição, a contratação deixa de ser uma faculdade do monopolista para se transformar em um imperativo do interesse coletivo.”

Contudo, o *leading case* dessa doutrina certamente é o caso *MCI Communications Corp. v. American Tel & Tel*, em que restou decidido que “uma empresa em posição dominante que controle um serviço ou instalação essencial tem a obrigação de tornar esse serviço ou instalação disponíveis em bases não discriminatórias”.⁷ Esse caso referenda

5. ESTADOS UNIDOS. *Associated Press v. United States*. 326 US 1, 1945.

6. “An essential facility need not be indispensable, but the denial of its use must impose a severe handicap on potential market entrants.” ESTADOS UNIDOS. *TCA Bldg. Co. v. Northwestern Resources Co.* (SD Tex) 873 F Supp 29, 1995-1 CCH Trade Cases (trad. livre). E ainda: ESTADOS UNIDOS. *Hecht v. Pro-Football, Inc.* (App DC) 187 US App DC 73, 570 F2d 982, 1977-2 CCH e ESTADOS UNIDOS. *Fed Rules Evid Serv* 1218, cert den 436 US 956, 57 L Ed 2d 1121, 98 S Ct 3069.

7. “A firm with a dominant market position that controls an essential service or facility has the obligation to make the service or facility available on

as decisões anteriores da Suprema Corte, de que o acesso tem que ser oportunizado pelo detentor de posição dominante em termos não discriminatórios.

Além desse ponto, a decisão do caso *MCI* inovou e se tornou referência ao elencar quatro critérios que ainda hoje são utilizados para o reconhecimento da responsabilidade decorrente da existência de uma instalação essencial:

- a) existência de uma estrutura ou insumo que seja essencial para a concorrência;
- b) impossibilidade (jurídica, econômica ou natural) de duplicação dessa estrutura ou de obtenção desse insumo;
- c) negativa de acesso aos concorrentes; e
- d) viabilidade da concessão de acesso.⁸

Embora a experiência norte-americana seja inegavelmente maior, até por conta da sua maior antiguidade – o *Sherman Act* data de 1890 –, alguém poderia objetar que o Direito Concorrencial Brasileiro filiasse mais marcadamente à corrente europeia. Embora esta impressão seja cada vez menos verdadeira à medida que o tempo passa, convém destacar que a jurisprudência europeia relativamente à recusa de contratar por parte dos detentores de poder econômico é rigorosamente igual à norte-americana.

2.2 A experiência comunitária europeia

Na Europa, o *leading case* é o caso *Commercial Solvens*,⁹ de 1974. Neste caso, tanto a Comissão Europeia de Defesa da Concorrência,

nondiscriminatory terms.” ESTADOS UNIDOS. *MCI Communications Corp. v American Tel. & Tel. Co.* (CA7 Ill) 708 F2d 1081, 1982-83 CCH Trade Cases (trad. livre).

8. ESTADOS UNIDOS. *MCI Communications Corp. v American Tel. & Tel. Co.* (CA7 Ill) 708 F2d 1081, 1982-83 CCH Trade Cases. “In order to impose liability under the ‘essential facilities’ doctrine, four elements must be established: (a) Control of the essential facility by a monopolist; (b) A competitor’s inability practically or economically to duplicate the essential facility; (c) The denial of the use of the facility to a competitor; (d) The feasibility of providing the facility.”

9. UNIÃO EUROPEIA. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*. Cases 6 and 7/73.

quanto o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, condenaram a *Commercial Solvens* e sua subsidiária, o Instituto *Chemioterapico Italiano*, por recusarem-se a fornecer uma determinada matéria-prima à empresa competidora denominada *Zoja*.

Embora não tenha mencionado expressamente o termo *essential facility* (como até então só foi feito no caso *Sea Containers Stena Sealink*),¹⁰ toda a doutrina afirma que a decisão conclui ser a matéria-prima cuja contratação foi negada uma *essential facility* para a *Zoja*, sem a qual não poderia ela manter-se no mercado.

O Tribunal europeu voltou a se manifestar no mesmo sentido no célebre caso *United Brands*,¹¹ em 1978. Nesse caso, relativo ao mercado europeu de bananas, o distribuidor cessou a entrega de mercadorias posteriormente a um desentendimento. A Corte de Justiça da Comunidade Europeia (CJCE) entendeu que essa prática se tratava, em verdade, de uma medida de extorsão, e que não poderia ocorrer tal recusa absoluta de venda, vez que não existia, naquele caso, uma justificação objetiva.¹²

O tema ainda foi tratado, em 1988, no caso *Bronner*,¹³ em que um editor, detentor de um sistema de entrega a domicílio, negou acesso a um concorrente. A importância desse caso se deve ao fato de ter a CJCE estabelecido três condições para se verificar a nocividade de uma recusa de contratar:

- a) o caráter indispensável do bem ou dos serviços para os concorrentes;
- b) a recusa ter o condão de eliminar a concorrência em um mercado derivado distinto; e
- c) a recusa não poder ser objetivamente justificada.

Esses critérios, claramente inspirados na decisão norte-americana *MCI*, também vêm sendo utilizados por outras jurisdições ao redor do mundo para a definição do que seja instalação essencial em seu próprio contexto, como passamos a demonstrar.

10. UNIÃO EUROPEIA. *Sea Containers v. Stena Sealink*. OJ L 15/8 (1993).

11. UNIÃO EUROPEIA. *United Brands v Commission of the European Community*, case 27/76.

12. PIETRO, Catherine. Aulas magistrais proferidas na disciplina “Droit Communautaire de la Concurrence”, na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne, em 2009/2010, primeiro semestre.

13. UNIÃO EUROPEIA. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*, aff. C -7/97.

2.3 Outras experiências internacionais

Na Austrália, os seguintes critérios foram estabelecidos para que o Ministro declare o direito de acesso a uma determinada instalação essencial: (a) o acesso à *facility* deve ser essencial para permitir concorrência efetiva no mercado à montante (*upstream*) e à jusante (*downstream*); (b) o interesse em questão deve ser público, levando em conta a importância da indústria na economia nacional e o impacto esperado na competitividade; (c) os interesses legítimos do detentor da instalação devem ser protegidos pela imposição de taxa de acesso e de outras condições justas e razoáveis.¹⁴

Na Inglaterra, por sua vez, o acesso em termos transparentes e economicamente aceitáveis tende a ser considerado uma obrigação do detentor da instalação essencial, e qualquer recusa é submetida ao escrutínio da autoridade de concorrência. Nesse sentido, é considerada abusiva a recusa, caso exista capacidade ociosa de uso, a não ser que o detentor demonstre a existência de uma justificativa objetiva.¹⁵

Por fim, tem-se que, no Japão, inexistente a doutrina de *essential facility* propriamente dita, vez que a recusa de venda é considerada prática comercial desleal quando ela impede a concorrência ou quando se verifica a monopolização para restringir a competição.¹⁶

Ante o exposto, é possível concluir que, dentre todas as jurisdições estrangeiras que aplicam a doutrina das instalações essenciais, aquela que possui base mais sólida para a aplicação prática é, certamente, os Estados Unidos. Os quatro requisitos (*supra* mencionados), estabelecidos no caso MCI, são, sem dúvida, paradigmáticos para a definição de um determinado serviço ou instalação como *essential facility*, razão pela qual o próximo item – referente à adequação das características do crédito consignado no Brasil a esse conceito de instalação essencial – detalhará o preenchimento de cada um desses requisitos.

3. O CRÉDITO CONSIGNADO COMO *ESSENTIAL FACILITY*

O empréstimo consignado é uma modalidade de empréstimo em que o desconto das prestações é feito diretamente na folha de paga-

14. OCDE, 1996. Op. cit., p. 9/10.

15. OCDE, 1996. Op. cit., p. 70.

16. OCDE, 1996. Op. cit., p. 116.

mento ou benefício previdenciário do contratante. Nessa modalidade de empréstimo, o mutuário (servidor público, aposentado ou pensionista) concede à instituição financeira autorização prévia, por escrito, para que a consignação seja feita em sua folha de pagamento ou benefício. Para operacionalizar o desconto, existe, normalmente, convênio entre a entidade pagadora (ente público) e a instituição financeira, à qual é concedida a exclusividade na prestação do serviço.

A possibilidade de desconto em folha não é uma simples “facilidade” operacional sem maiores consequências para os demais termos e condições da contratação. Nessa modalidade de contratação de empréstimos (ou de financiamentos ou arrendamentos mercantis), a autorização para desconto em folha é dada de forma irrevogável e irretroatável pelo mutuário. Essa impossibilidade de que o mutuário revogue unilateralmente a autorização para desconto em folha de pagamento, que é da essência dos empréstimos consignados, faz toda a diferença. A irrevogabilidade configura verdadeira garantia para o mutuante (instituição consignatária) de que as prestações lhe serão pagas, pois, ao transferir do mutuário à entidade pagadora (consignante) o controle do pagamento das prestações, automatiza o pagamento, virtualmente eliminando os riscos de inadimplência.

O STJ, por diversas vezes, teve ocasião de manifestar-se sobre a irrevogabilidade dos empréstimos consignados por vontade unilateral do devedor, e então pacificou o entendimento no sentido de que a irrevogabilidade é não apenas lícita como da própria essência dessa modalidade de empréstimo.

O voto condutor da decisão a partir da qual foi pacificado o referido entendimento, em sede de Recurso Especial, da lavra do Min. Aldir Passarinho Júnior, ilustra perfeitamente a diferença fundamental que a consignação em folha de pagamento representa no mercado de crédito – diferença essa com efeitos diretos e significativos sobre os termos e condições da contratação, e conseqüentemente, sobre a concorrência:

“[N]a verdade, a consignação em folha é da própria essência do contrato celebrado. É a ele inerente, porque não representa, apenas, uma mera forma de pagamento, mas a garantia do credor de que haverá o automático adimplemento obrigacional por parte do tomador do mútuo, permitindo a concessão de empréstimo com menor margem de risco, o que, concretamente, também favorece o financiado, seja por dispensar outras garantias, como aval, seja por proporcionar, exatamente pela mesma segu-

rança da avença, uma redução substancial na taxa de juros e prazos mais longos, tornando significativamente menos oneroso o financiamento. (...)

(...)

Civil. Contrato de auxílio financeiro. Desconto em folha de pagamento. Cláusula inerente à espécie contratual. Inocorrência de abusividade. Penhora sobre remuneração não configurada. Supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor. Impossibilidade.

I. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário.

II. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 728.563-RS, DJ 22.08.2005, p. 125; RDDP 35/210).

Verifica-se de maneira cristalina, nos fundamentos que embasaram esse entendimento do STJ, consolidado em diversos casos subsequentes,¹⁷ algumas das diferenças práticas fundamentais entre os empréstimos consignados e empréstimos comuns, que tornam o recurso a essa modalidade de garantia uma *essential facility* para as instituições financeiras interessadas em contratar com os servidores públicos, aposentados e pensionistas do regime próprio do ente estatal. Para tal verificação, utilizar-se-á, em seguida, dos requisitos estabelecidos no caso norte-americano MCI.

3.1 A essencialidade do crédito consignado para a existência de concorrência real

A qualidade de “essencial” atribuída a uma instalação indica que o seu uso compartilhado possibilita a terceiro competir com o titular da instalação, e assim, preservar a livre concorrência ou promovê-la no mercado em causa.¹⁸ A essencialidade a ser declarada, portanto, refere-se à concorrência, existente ou a existir.

17. BRASIL. STJ. REsp 618.999/RS, DJ 19.09.2005, p. 319; AgRg no Ag 621.121/RS, DJ 02.04.2007, p. 277; AgRg no REsp 904.538/MG, DJ 06.08.2007, p. 528; RMS 22949/SE, DJ 10.12.2007, p. 365.

18. DUTRA, Pedro. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 226, out.-dez. 2001, p. 139-166.

Essa essencialidade do crédito consignado decorre basicamente de três fatores: a) a consignação em folha de pagamento caracteriza garantia para o credor, consubstanciada no adimplemento automático da obrigação de pagamento pelo mutuário, o que reduz significativamente a margem de risco do mutuante; b) diante da menor margem de risco, o mutuante pode reduzir suas despesas com provisões para inadimplência e, por conseguinte, oferecer taxas de juros menores e prazos mais longos ao mutuário; c) em função da existência da garantia da consignação em pagamento, o credor sente-se confortável para dispensar outras formas de garantia, como o aval de terceiros, e possibilita-se maior celeridade na aprovação e obtenção do crédito.

Obviamente, um empréstimo tal qual o consignado, que pode ser concedido a taxas de juros menores, prazos mais longos, de forma mais célere e dispensando outras garantias, está em condição vantajosa, no mercado de crédito, em relação a outras formas de empréstimo. Um cidadão racional em busca de crédito provavelmente optará, em primeiro lugar, pelo empréstimo consignado, se esta modalidade estiver disponível, em função das condições mais benéficas de contratação. Portanto, se a uma instituição financeira é conferida a exclusividade para empréstimos consignados, a ela se confere vantagem competitiva substancial.

Com efeito, em 2005, o já referido Ministro Aldir Passarinho Junior verificou que as taxas de juros para empréstimos consignados em determinado estabelecimento eram de 1,88%, enquanto as taxas aplicáveis aos demais empréstimos chegavam a 4,41%. Como se vê, uma instituição financeira “presenteada” com o monopólio no segmento de empréstimos consignados terá uma margem significativa para ampliar seus lucros através do aumento da taxa de juros, antes de começar a ser ameaçada pela concorrência das demais formas de empréstimo.

O mecanismo de garantia do crédito consignado, consistente no desconto em folha, é, portanto, essencial ao poder de competição neste mercado de financiamento que tem como consumidores os servidores públicos.

3.2 O monopólio do Poder Público e a impossibilidade de duplicação da instalação essencial do crédito consignado e o verdadeiro

Fato é que o ente público “monopolista”, no Brasil, vem concedendo exclusividade no acesso à *facility* a uma instituição financeira “privilegiada”, e os demais concorrentes têm tido acesso negado a esse

precioso instrumento de crédito, mesmo em face da latente viabilidade fática e de direito para o acesso ao mecanismo do crédito consignado por todas as instituições financeiras.

A duplicação da instalação essencial deve ser impraticável ou desarrazoada, ou seja, referir-se a um padrão mais elevado do que a simples existência de alternativas mais econômicas.¹⁹ Assim, aquele que alega a recusa de acesso a uma *essential facility* deve demonstrar mais que um mero inconveniente ou perda econômica, mas sim que uma alternativa à instalação não é viável.²⁰

No caso do crédito consignado, apenas o ente estatal tem a possibilidade jurídica de efetuar o desconto na folha de pagamento de seus servidores, aposentados e pensionistas, o que caracteriza a evidente inviabilidade jurídica de duplicar a estrutura de garantia por parte dos concorrentes no mercado.

3.3 A negativa de acesso às instituições financeiras concorrentes

Os contratos de exclusividade que instituições financeiras vêm firmando com prefeituras e governos estaduais para a concessão do crédito consignado preenchem esse requisito, vez que a concessão de exclusividade implica, necessariamente, na negativa de acesso às instituições financeiras concorrentes a esse instrumento de crédito.

3.4 A viabilidade da concessão de acesso às instituições financeiras concorrentes

A viabilidade de acesso a que esse requisito se refere é aquela de fato²¹ de modo que a concessão de acesso à instalação essencial deve ser jurídica, econômica, física ou naturalmente possível. No caso do mecanismo do crédito consignado verifica-se claramente a viabilidade de concessão de acesso a todas as instituições financeiras, eis que não o é até o momento em que o ente estatal edite a norma que conceda a exclusividade a que as concorrentes se vêm “recusadas” no referido mercado.

19. AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). *The essential facilities Doctrine*. Antitrust Law Developments (Third). p. 246-250.

20. ESTADOS UNIDOS. *Twin Labs v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566.570 (2d. Cir. 1990).

21. AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Op. cit., p. 250.

Não se questiona no presente trabalho que o ente estatal possa estabelecer critérios objetivos mínimos para dar acesso a essa instalação essencial. O que se sustenta, em verdade, é que uma vez preenchidos os critérios mínimos necessários, não poderia o ente estatal deixar de contratar com as instituições financeiras rivais da “privilegiada” por meio de critérios mínimos de contratação administrativa.

Com isso, o ente estatal oportunizaria a todos os concorrentes o direito de competir por este mercado e, no que interessa à entidade recorrente, asseguraria aos servidores, aposentados e pensionistas, o benefício de ver as instituições se “digladiando” para oferecer as maiores vantagens aos tomadores desses financiamentos, o que resulta, inevitavelmente, em bem-estar.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, em virtude de suas características peculiares, o crédito consignado é mais do que simplesmente importante para a igualdade de condições competitivas entre as instituições financeiras, mas em verdade, constitui uma *essential facility* que modifica por completo a análise antitruste no setor. Assim, o detentor dessa instalação essencial que é o crédito consignado, ou seja, o ente público, não tem a discricionariedade de conceder ou não o acesso, mediante simples convênio de exclusividade, mas sim a obrigação de permiti-la de acordo com critérios não discriminatórios e concorrencialmente justificáveis.

4. A CONCESSÃO DE EXCLUSIVIDADE NA *ESSENTIAL FACILITY* DO CRÉDITO CONSIGNADO COMO INFRAÇÃO CONCORRENCIAL DE *RAISING RIVALS' COSTS*

O acesso de um agente financeiro ao mecanismo do desconto em folha constitui uma garantia eficiente contra os riscos de inadimplemento a que todo banco está exposto. Igualmente, o banco que tem acesso ao desconto em folha como mecanismo de garantia de empréstimo tem reduzidos os seus custos de cobrança. Em outras palavras, o banco concorrente que não tem acesso ao mecanismo de garantia, incorrerá em maiores custos de cobrança e, naturalmente, em maiores perdas em relação ao seu concorrente privilegiado. Ao incorrer em custos maiores, o competidor preterido é forçado, *ceteris paribus*, a praticar preços também maiores, deixando de se tornar um concorrente efetivo em relação ao agraciado com o privilégio injustificado.

Apoiados no magistério do Ministro Eros Grau, sabe-se que as empresas são diferentes e incorrem em custos diferentes. Preços dife-

reenciados são possíveis a partir da maior ou menor eficiência de cada empresa, e a empresa menos eficiente tende a perder clientela por praticar preços maiores, o que pode levá-la até a perder o mercado e encerrar suas atividades. Até aí, trata-se de um fenômeno inerente ao modo de produção capitalista. Nas palavras do Ministro, temos:²²

“A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – ‘livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela’ –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal.”

Especificamente no caso da concessão de exclusividade a uma instituição financeira ao crédito consignado, porém, o que se verifica é que as empresas concorrentes são forçadas a praticar preços maiores (com a sua consequente exclusão do mercado), não porque sejam menos eficientes, mas porque foram preteridas por uma barreira artificialmente criada *ex ante* pelo órgão público – rompendo o quadro de igualdade jurídico-formal referido pelo Ministro – vendo-se obrigadas a incorrer em todos os custos adicionais que a barreira (falta de acesso ao mecanismo de crédito) lhes impõe.

Essa situação em que um dos concorrentes, por conta de uma barreira de acesso, impõe aos demais competidores preteridos um necessário aumento de custos, consiste em uma infração à competição que veio a ser batizada, pela doutrina norte-americana, como *Raising Rivals' costs* (elevação dos custos dos concorrentes). Segundo Herbert Hovenkamp, sobre o tema: “um monopolista pode ser capaz de criar ou assegurar a sua própria posição aumentando os custos dos seus rivais em relação aos seus próprios. (...)”. “Vendas-casadas, recusas de contratar concertadas, acordos de exclusividade e solicitação de preços discriminatórios podem estar abrangidos nesta categoria.”²³

O caso do crédito consignado se amolda inteiramente ao magistério do ilustre professor norte-americano, vez que o ente estatal, ao recusar a

22. GRAU, EROS. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 209.

23. “A monopolist may be able to create or secure its own position by raising its rivals costs relative to its own. (...) Tying arrangements, concerted refusal to deal, exclusive dealing, and solicitation of discriminatory prices could all fall into this category.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1994, p. 319-320 (trad. livre).

contratação com terceiros que não a instituição financeira “monopolista”, impõe aos competidores desta um significativo aumento de custos.

Esse impacto dos mecanismos de crédito sobre o custo das instituições financeiras é bem analisado na exposição de motivos da MedProv 130/2003,²⁴ convertida na Lei 10.820/2003. O Governo, nesse momento, reconhece bem a natureza diferenciada dos empréstimos consignados, afirmando, *in verbis*:

“2. Trata-se, Senhor Presidente, de medida destinada a permitir que os empregados autorizem o desconto em folha de pagamentos de prestações de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, aumentando seu acesso ao crédito, presumivelmente a juros mais baixos que os atualmente disponíveis.

3. Conforme é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos principais componentes do elevado custo dos empréstimos e financiamentos disponíveis aos cidadãos está relacionado ao risco potencial de inadimplência por parte dos tomadores. Tais riscos são estimados pelas instituições financeiras com base em modelos estatísticos próprios, e repassados às taxas de juros exigidas nas diversas formas de crédito oferecidas à clientela.

4. Neste sentido, a possibilidade de consignação das prestações em folha de pagamento, em caráter irrevogável e irretroatável, por parte do empregado, virtualmente elimina o risco de inadimplência nessas operações, permitindo a substancial redução deste componente na composição das taxas de juros cobradas.

5. De outra parte, a segurança proporcionada por este tipo de operação deverá garantir um grande interesse na sua realização por parte das instituições financeiras, induzindo forte competição entre estas, e melhorando as condições oferecidas aos tomadores. (...)”

Assim, identificando-se que a relação risco/custo integra o custo das instituições financeiras, restringir o acesso a mecanismo de garantia significa impor ao competidor bancário um custo maior nas suas operações, custos que forçosamente serão repassados aos preços, tornando o banco que não teve acesso ao mecanismo de garantia (qual seja, o pagamento em folha) um competidor débil.

24. EM Interministerial 176/2003 – MF/MPS.

Nesse sentido já caminhavam David T. Scheffman e Richard Higgins, que afirmam, em judicioso artigo na *George Mason Law Review*,²⁵ apoiados no magistério de Steven Salop (“pai” da referida teoria) e outros, que esse mecanismo de elevação dos custos dos rivais a partir do uso de mecanismos governamentais representa infração concorrencial:

“Algumas estratégias de aumento de custos podem ser bastante efetivas (i.e., ações que levam a ações governamentais que excluem rivais ou obstruam a sua capacidade de competir com você) (...)”

Uma categoria de casos que merece (e a Federal Trade Commission sob o comando do Presidente Muris tem recebido) mais recursos e atenção é a de casos em que uma empresa dominante ou em que um grupo de forma colusiva desvirtua os processos legais ou governamentais para, de forma anticompetitiva, excluir competidores ou entrantes. (...)”²⁶

Ou seja, o caminho não é novo, mas nem por isso é menos gravoso. Os competidores utilizam-se da sua inserção junto aos poderes constituídos para obter vantagens que se prestam a majorar os custos em que os seus adversários terão que incorrer, valendo-se de atos administrativos ou mesmo de normas legais. Essas iniciativas merecem enérgica reação do STF, no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de atos que se prestam a esse propósito ilegítimo, *venia concessa*.

Entre nós, no Brasil, alguns autores extremamente reputados do direito concorrencial já chamam a atenção para essa modalidade infracional. Possivelmente, coube à professora Paula Forgioni a introdução no Direito brasileiro desta preocupação com o tema que, nos últimos vinte anos, vem provocando os mais acirrados debates no direito americano. Afirma a professora, citando Hovenkamp, sobre a importância de se considerar as barreiras de entrada (a exclusividade inclusive) como

25. SCHEFFMAN, David T.; HIGGINS Richard S. Twenty years of raising rivals' costs: history, assessment and future. *George Mason Law Review*, Winter 2003. p. 371 e ss.

26. “Some kinds of cost-raising strategies can obviously be very cost-effective (i.e., actions that lead to governmental actions that exclude your rivals, or impair their ability to compete with you)”. SALOP, Steven C. et alii, *A Bidding Analysis of Special Interest Regulation: Raising Rivals' Costs in a Rent Seeking Society, The political economy of regulation: private interests in the regulatory process*. Federal Trade Commission: Law and Economics Conference ed. 1984 (trad. livre).

mecanismo de exclusão baseado no aumento de custos dos concorrentes:

“Hovenkamp anota que a elaboração da teoria do ‘raising rivals' costs’ (RRC) foi uma das maiores contribuições da doutrina da era pós-Chicago. Baseia-se na crença de que muitas estratégias anticompetitivas tornam-se mais plausíveis se forem encaradas como práticas tendentes a aumentar os custos suportados pelos concorrentes e não simplesmente eliminá-los do mercado.”²⁷

Esse é um ponto de crucial importância na avaliação do impacto concorrencial de uma legislação estatal ou municipal que conceda exclusividade a uma instituição financeira ao crédito consignado. Para que haja impacto concorrencial, como bem salientou a professora Forgioni no trecho acima transcrito, segundo a doutrina do *Raising Rivals' Costs*, não é necessário que haja um ato que exclua formalmente os concorrentes do mercado, mas basta que o ato acoimado de anticompetitivo imponha aos concorrentes um aumento de custos que, *de facto*, inviabilize a competição, ainda que formalmente ela continue existindo.

Nesse contexto, a contratação, por parte de um ente estatal, sob regime de exclusividade com uma única instituição financeira (e a correlata recusa de contratar com terceiras instituições financeiras, concorrentes desta), implica privilégio a uma empresa, que está submetida às mesmas regras e direitos das demais instituições com as quais compete. A teoria econômica e a melhor doutrina, aqui e alhures, demonstram à saciedade a inconstitucionalidade de uma legislação que institui o odioso privilégio, elevando os custos dos concorrentes e aniquilando a concorrência no segmento de empréstimo consignado aos servidores, aposentados e pensionistas do regime próprio do ente estatal.

Conforme reconhecido pelo próprio STJ, o mecanismo irrevogável e irretratável do desconto em folha propicia aos servidores públicos, aposentados e pensionistas uma forma de contratação muitíssimo mais barata e rápida, e torna esse mecanismo de garantia, *de facto*, indispensável para a competição.

Diante disso, o ente estatal pode até optar por não oferecer a seus servidores essa modalidade de garantia, mas ao fazê-lo, deve oportunizá-la aos demais concorrentes do mercado, sob pena de sonegar aos compe-

27. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 169.

tidores um insumo essencial à competição (*essential facility*). Isso porque todos os critérios internacionalmente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência para compelir o ente estatal à contratação – ou ao menos impedir a contratação em regime de exclusividade – estão presentes no caso do crédito consignado, conforme demonstrado acima.

Ressalte-se que, mais do que sobre as instituições bancárias concorrentes, o prejuízo recai sobre o tomador do empréstimo (cidadão), que contrata em condições mais desfavoráveis em comparação àquelas que obteria em regime de competição exacerbada entre os agentes financeiros, o que prejudica, diretamente, o bem estar social.

Por fim, é possível concluir que a mera possibilidade jurídico-formal de contratação de empréstimos entre os servidores e outros bancos é insuficiente para afastar a configuração da lesão concorrencial, basicamente por dois motivos. O primeiro porque devem ser considerados *essential facility* não apenas os insumos e serviços materialmente indispensáveis, mas todos aqueles cuja privação crie, *de facto*, uma severa desvantagem para o concorrente preterido. E, segundo, porque na infração de incremento de custo dos competidores (*raising rivals' costs*), não é necessária a exclusão efetiva e formal dos competidores do mercado, bastando a demonstração da inviabilidade, *de facto*, de competição decorrente da majoração dos custos decorrente da prática acoimada de ilegal.

5. CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, pode-se concluir:

a) A doutrina das instalações essenciais, presente em diversas jurisdições ao redor do mundo, preconiza que existe uma *essential facility* se a instalação for essencial para a concorrência, se houver impossibilidade (jurídica, econômica ou natural) de duplicação dessa estrutura ou de obtenção desse insumo; se verificar-se a negativa de acesso aos concorrentes, paralela à viabilidade da concessão desse acesso.

b) O crédito consignado, consistente no desconto na folha ou no benefício dos servidores, aposentados e pensionistas, é essencial ao poder de competição neste mercado de financiamento, principalmente pela sua característica irrevogável de garantia e pelas diferenças tarifárias aplicáveis à modalidade. Ademais, é essencial porque existe evidente inviabilidade jurídica de duplicar a estrutura de garantia, vez que o ente público é o único que detém a possibilidade jurídica de efetuar o desconto.

c) Os demais concorrentes têm acesso negado a esse instrumento de crédito e existe, de fato, a possibilidade de acesso ao mecanismo do crédito consignado por todas as instituições financeiras.

d) Caracterizado o crédito consignado como *essential facility*, tem-se a obrigação de sua concessão em termos não discriminatórios aos diversos interessados, que devem seguir os padrões da contratação com a administração pública.

e) A eleição de uma instituição financeira “privilegiada” faz com que essa instituição agraciada pelo benefício incorra em riscos (=custos) menores, e impõe o custo majorado a todos os demais concorrentes que não gozaram do privilégio, preenchendo os requisitos para o reconhecimento da infração concorrencial de aumento dos custos dos rivais (*raising rivals' costs*) e inviabilizando *de facto* a competição;

f) O privilégio garante à instituição um poder sobre esses consumidores (decorrente da discrepância de custos) (efeito *lock in*), e permite que os primeiros pratiquem preços superiores aos que praticariam em regime de acentuada competição. Isso resulta, inevitavelmente, em perda de bem estar social, e constitui infração à ordem concorrencial.

g) Além das autoridades judiciais, às quais a questão já foi colocada, a autoridade antitruste deveria tomar as providências necessárias para garantir/restaurar a competição afetada por esta forma de favorecimento.

6. BIBLIOGRAFIA

Doutrina

- DUTRA, Pedro. Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 226, out.-dez. 2001.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1994.
- PIETRO, Catherine. Aulas magistrais proferidas na disciplina “Droit Communautaire de la Concurrence”, na Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne, em 2009/2010, primeiro semestre.
- SALOP, Steven C. et alii. A Bidding Analysis of Special Interest Regulation: Raising Rivals' Costs in a Rent Seeking Society. *The political economy of regulation: private interests in the regulatory process*. Federal Trade Commission: Law and Economics Conference ed., 1984.

SCHEFFMAN, David T.; HIGGINS Richard S. Twenty years of raising rivals' costs: history, assessment and future. *George Mason Law Review*, Winter 2003.

Jurisprudência

BRASIL. STJ. REsp 618.999/RS, DJ 19.09.2005.

_____. STJ. AgRg no Ag 621.121/RS, DJ 02.04.2007.

_____. STJ. AgRg no REsp 904.538/MG, DJ 06.08.2007.

_____. STJ. RMS 22949/SE, DJ 10.12.2007.

ESTADOS UNIDOS. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*. 244 US 383, 1912.

_____. *TCA Bldg. Co. v Northwestern Resources Co.* (SD Tex) 873 F Supp 29, 1995-1 CCH Trade Cases.

_____. *Fed Rules Evid Serv* 1218, cert den 436 US 956, 57 L Ed 2d 1121, 98 S Ct 3069.

_____. *MCI Communications Corp. v American Tel. & Tel. Co.* (CA7 Ill) 708 F2d 1081, 1982-83 CCH Trade Cases.

UNIÃO EUROPEIA. *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities*. Cases 6 and 7/73.

_____. *Sea Containers v. Stena Sealink*. OJ L 15/8 (1993).

_____. *United Brands v. Commission of the European Community*, case 27/76.

_____. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*, aff. C -7/97.

Miscelânea

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). *The essential facilities Doctrine*. Antitrust Law Developments (Third).

OCDE – Organisation for Economic Co-Operation and Development. *The essential facilities concept*. 1996.

EM Interministerial 176/2003 – MF/MPS.

9

O tratamento jurídico do controle das ajudas de Estado e as suas repercussões concorrenciais

ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA

Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Comercial/Empresarial; Internacional

RESUMO: O objeto deste artigo é, essencialmente, a análise da concessão de ajudas de Estado no Brasil, matéria relativa ao direito tributário. Contudo, partindo-se do pressuposto de que a atuação do Estado tem repercussões no comportamento dos agentes privados, logo podemos concluir que os instrumentos de incentivo que são utilizados pelo Estado têm efeitos concorrenciais de grande relevância.

Nesse sentido, abordamos, principalmente, quais são os mecanismos de funcionamento de diferentes modalidades de ajuda de Estado, questionando, sobretudo, o papel do próprio Estado no exercício do seu dever de controle das referidas ajudas.

Em matéria de comércio interno, abordaremos a Guerra Fiscal, ao passo que, em matéria de comércio internacional, analisaremos a atuação da OMC na repressão de ajudas de Estado indevidas.

Posicionaremos-nos, portanto, de maneira crítica frente ao papel que o Cade vem exercendo, pois constatamos uma omissão no exercício efetivo de controle das ajudas de Estado no Brasil. Não se trata aqui de falta de competência do Cade, uma vez que ele é, por excelência, o guardião da Lei de Proteção da Concor-

ABSTRACT: The object of this article is, essentially, the analysis of state aid in Brazil, study that concerns tax law. However, if we consider that public acts, mainly state aids given, can potentially affect economic agent's behavior, then we will conclude that state aids have an important impact over the competition system.

In this sense, we will analyze which are the mechanisms whereby state aids can be given, criticizing the State duty to enforce a state aid control.

We will analyze, at the internal Brazilian market level, the important subject of *Guerra fiscal*, and, at the international market level, the WTO role on repressing harmful/actionable state aids.

Therefore, considering that the most important problem here is not Cade's lack of jurisdiction, we will criticize his role in the Brazilian competition law. This important institution should have enforced the state aid control within the Brazilian competition system, as his bodyguard. In this sense, the lack of state aid control in Brazil is due to the existence of a tradition of purely legal state aid control, instead of an economic control of the state aid effects over the market.