

Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos¹

Carmen Diva Monteiro²

Dezembro 2002

¹ Este trabalho foi escrito em setembro de 2002 e expressa as opiniões pessoais da autora, não refletindo necessariamente as posições oficiais da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

² Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Mestra em Administração Pública pela EBAPE/FGV e Mestra em Engenharia Civil pela PUC/RJ. Atualmente exerce suas funções na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF. E-mail : carmen.monteiro@fazenda.gov.br. Av. Presidente Antonio Carlos, 375, sala 1029, 20020-010, Rio de Janeiro - RJ. Tel.: (21) 3805-2073. Fax: (21) 3805-2061.

Resumo

Este trabalho pretende mostrar a importância da política de defesa da concorrência, ou política antitruste, no conjunto de políticas públicas levadas a cabo pela agenda governamental brasileira, dado que aquela tem o fim último de garantir o bem-estar da sociedade. Para tanto, após a introdução do tema perfaz uma breve análise histórica das políticas antitruste em nível mundial, em seguida focaliza sua evolução no Brasil até a construção do atual sistema brasileiro de defesa da concorrência, destaca os aspectos críticos do modelo brasileiro e por fim tece algumas considerações julgadas relevantes à guisa de conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

“Tudo o que não sei é que constitui a minha verdade.”
Clarice Lispector

Cenário: anos 40, chove torrencialmente na noite de uma cidadezinha norte-americana³. Sobre uma ponte, um homem, desalentado, observa as águas escuras do rio, cogitando que não deveria ter nascido, quando lhe aparece um estranho. Este, na verdade, é um enviado dos céus que, para demovê-lo de seu intento suicida, mostra-lhe o que teria acontecido às pessoas e à cidade se ele não existisse.

Cenas que exibiram, em *flashback*, a vida do protagonista, são lembradas quando ele descobre sua influência no destino de amigos e familiares, em decorrência dos papéis de filho, irmão, marido, pai, amigo e profissional, por ele assumidos ao longo de sua vida, tanto em acontecimentos individuais como morte, condenação criminal, alcoolismo, solidão, quanto coletivos, como condições de trabalho de companheiros, urbanização de terreno subaproveitado e até na economia local, já que a oposição da pequena empresa cuja administração ele herdara do pai impediria que o poderoso banqueiro da cidade ditasse sozinho as regras, tomando conta do lugar.

Resumindo, esta é a mensagem do filme: uma ode à importância de cada vida humana, pois cada indivíduo afeta as pessoas com quem convive de um modo que mal se pode imaginar, quanto mais entender completamente, dadas as múltiplas e intrincadas relações sociais possíveis de serem estabelecidas. Analogamente, a matéria *defesa da concorrência*, ou *antitruste*⁴ - como preferem alguns especialistas -, também guardando vasta complexidade de relações, reveste-se de importância poucas vezes percebida pelo cidadão comum, face a sua capacidade de influir no bem-estar social.

Não obstante sejam diversos e complexos os fatores que afetam as sociedades modernas, o desenvolvimento sustentável parece tomar seu lugar de destaque entre as preocupações de todos os governos. Do ponto de vista econômico, a competitividade é condição necessária para a viabilidade do desenvolvimento sustentável a longo prazo. Destarte, os instrumentos de política econômica trazem em seu bojo um viés social que, a despeito da possibilidade de passarem despercebidos, não são menos importantes que os que concernem às políticas sociais propriamente ditas, e, portanto, devem ser cuidadosamente considerados.

Políticas antitruste têm merecido reconhecimento internacional como um dos instrumentos de política econômica indispensáveis para garantir a competitividade das economias. Temas relacionados encontram-se amiúde em pauta em congressos, publicações e em toda a rede de informações gerada pela comunidade acadêmico-científica e, mais diligentemente, são presença obrigatória nos fóruns políticos dos governos.

Por outro lado, tais políticas não deixam de ser parte do pacote de políticas públicas a ser administrado pelos governantes e, desse ponto de vista, devem ser entendidas não apenas em termos de suas conseqüências pontuais, mas num contexto macro que identifique e personalize a ação global de cada governo. Há um delicado equilíbrio a ser mantido entre políticas antitruste

³ Alusão a cena do filme de 1946, “*It’s a wonderful life*” (A felicidade não se compra), de Frank Kapra, estrelado por James Stewart e Dona Reed.

⁴ O termo “antitruste” provém do anglicismo “*antitrust*”, muito difundido na literatura especializada, de vez que os EUA têm longa tradição no assunto e influenciaram o estabelecimento desse tipo de política em praticamente todos os países que hoje utilizam mecanismos antitruste, mormente mediante a imposição de seu modelo no período pós-2ª Guerra Mundial (Salgado, 1992:8).

propriamente ditas – aquelas que promovem a competição no mercado doméstico de cada país – e políticas de concorrência em um sentido mais amplo, que são as que promovem a competição nos chamados mercados abertos, entre firmas estrangeiras.

Ademais, a despeito de serem dirigidas às empresas, políticas antitruste têm, em última análise, o fito de melhorar a vida do cidadão comum, e nesse sentido refletem particularmente a história e a cultura de cada povo, daí porque podem diferir (e realmente diferem) de lugar para lugar. Assim, conquanto geralmente não seja uma política pública tão visível quanto outras suas congêneres, tais como as políticas de saúde e educação, as políticas de concorrência são fundamentais nos tempos hodiernos de economias globalizadas e célere difusão de um volume incontável de informações. Contribuir para o entendimento de tal importância é o objetivo despretensioso deste trabalho.

2 – VISÃO HISTÓRICA

Pode-se dizer que o fenômeno da concorrência é contemporâneo da atividade mercantil, existindo, assim, desde a antiguidade. Entretanto, a moderna acepção da regulamentação da concorrência – e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos – como instrumento de implementação de políticas públicas somente surgiu a partir da crise de 1929, quando o Estado, que já se fazia presente no contexto econômico, foi chamado a desempenhar a nova função de direção da economia. Visava-se, a partir daí, não apenas a mera correção das distorções tópicas decorrentes da atividade comercial ou a manutenção do sistema produtivo, mas, precipuamente, a condução do mercado⁵.

Há controvérsias sobre a origem dos primeiros atos específicos de políticas antitruste. Autores pesquisados por Forgioni (1998:65) informam que o modelo de legislação de disciplina da concorrência pode ter seu berço na Áustria, na última década do século XIX, e posteriormente se disseminado para a Alemanha e demais países europeus. Por outro lado, Salgado (1992) menciona no continente americano o *Act of Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraints of Trade*, do Canadá (1889) e o *Sherman Act* dos EUA (1890)⁶, sendo este último, para muitos, o marco inicial da legislação da matéria.

Já Oliveira (1998:6) sistematiza o aparecimento de legislações de defesa da concorrência no mundo em ondas, que teriam ocorrido em quatro momentos: (i) entre 1890 e a 2ª Guerra, incluem-se Canadá, EUA e Austrália; (ii) do período pós 2ª Guerra até o início dos anos 80, encontram-se Alemanha, Comunidade Econômica Européia (CEE), Reino Unido, Japão, Suécia, França, Brasil, Argentina, Espanha, Chile, Colômbia, Tailândia, Índia, África do Sul e Paquistão; (iii) nos anos 80, tem-se Quênia, Sri Lanka e Coreia; (iv) finalmente, a partir dos anos 90, tem-se

⁵ Forgioni (1998:30), identifica três momentos evolutivos do fenômeno da concorrência, ou da regulamentação do comportamento dos agentes econômicos: (i) Da Antiguidade até a Revolução Industrial (final do século XVIII), visava-se a correção de efeitos danosos, pontuais, decorrentes da prática mercantil; (ii) Após a Revolução Industrial até o início do século XX, a correção de efeitos danosos, autodestrutíveis do mercado, era empreendida visando a manutenção de um sistema de produção entendido como ótimo. A concorrência, aqui, assume o sentido técnico dado pela ciência econômica, de solução para conciliar a liberdade econômica individual – competição entre os agentes econômicos – com o interesse público – o bem-estar social; (iii) A partir da crise de 1929, a correção dos efeitos tópicos danosos visa não apenas a manutenção, mas a condução do sistema, função esta assumida pelo Estado que, para tanto, vale-se da regulamentação da concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas.

⁶ Segundo informa Salgado (1992:1), o caráter “draconiano” da lei canadense tornou-a inaplicável até sua alteração em 1986, sendo outro fator (além da supremacia econômica dos EUA) que provavelmente contribuiu para opioneirismo do *Sherman Act*.

Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca, Eslováquia, Costa do Marfim, Bulgária, Kazaquistão, Polônia e outros.

Não obstante a política antitruste tenha adquirido arranjos institucionais diversos, adaptados às especificidades de cada país, a execução de tais políticas pode ser administrativa ou judicial. Nessa linha, Boner e Krueger (1991) vêem dois tipos de sistema: (i) o de natureza político-administrativa, que confere a um órgão administrativo, mais ou menos independente politicamente, a aplicação da lei; (ii) a de natureza judicial, na qual a aplicação da lei é jurisprudencial e consequentemente de interpretação mais estrita.

Existem basicamente dois grandes modelos de políticas de concorrência em nível mundial, quais sejam, o modelo americano e o modelo europeu, oriundos de contextos sócio-econômicos diferenciados⁷.

O modelo americano enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, vale dizer, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico. Tem como alicerces legais, além do já mencionado *Sherman Act*, o *Clayton Act* (1914)⁸, que tipifica condutas potencialmente anticompetitivas. Além disso, há uma dualidade na condução da política, repartida entre a *Federal Trade Commission* (FTC) e a *Antitrust Division* do *Department of Justice* (DOJ) norte-americano.

Cabe, aqui, ressaltar as influências da Escola de Harvard e da Escola de Chicago no direito da concorrência norte-americano⁹. A primeira prima pela manutenção ou incremento do número de agentes econômicos atuantes no mercado, pulverizando sua estrutura, buscando evitar, deste modo, as disfunções potenciais causadas por excessivas concentrações de poder. Assim, para esta escola, é possível alcançar o estágio de uma concorrência viável, ou seja, *a concorrência é buscada como um fim em si mesma*.

A Escola de Chicago, cuja influência se fez presente nos Estados Unidos a partir da década de 80, traz para a análise antitruste, no bojo de várias críticas lançadas sobre a matéria, o conceito de *eficiência alocativa de mercado* (ou *eficiência de Pareto*). Esta ocorre quando os recursos são alocados de tal forma que não há possibilidade de melhora de um dos membros sem que se piore a de um outro membro da sociedade. Do ponto de vista da produção, tal situação ótima significa que se está produzindo ao menor custo (portanto, da maneira mais eficiente). Dito isso, a concentração de poder de mercado em si não é um mal, desde que seja vista em termos de eficiência e ganhos para o consumidor. Bork, um dos expoentes dessa corrente de pensamento, identifica o paradoxo do antitruste ser “uma política em guerra consigo mesma”, de vez que simultaneamente preserva e combate a concorrência¹⁰.

A grande crítica ao pensamento da Escola de Chicago reside justamente na associação que esta faz entre a ciência econômica e o direito antitruste, induzindo ao perigoso hábito de se buscar todas as respostas naquela para o caso concreto tutelado por este. Tal procedimento seria perfeito não fosse o viés reducionista que confere ao antitruste, definindo-o apenas em termos de eficiência econômica, qual se estivesse livre dos conflitos de interesses inerentes à aplicabilidade

⁷ Cf. Salgado (1992:36).

⁸ Cf. Forgioni (1998:75), a FTC foi criada em 1914 pelo *Federal Trade Commission Act* com funções gerais de fiscalização e aplicação da lei antitruste. Completam o arcabouço legal básico norte-americano o *Robinson-Patman Act* (1936) sobre discriminação e o *Celler-Kefauver Act* (1950) que reforça dispositivos do Clayton Act a respeito de fusões.

⁹ Para tanto utiliza-se a análise feita por Forgioni (1998:154-164).

¹⁰ Para mais informações ver BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books, 1978.

da lei. Ressalte-se que tal crítica não significa que, ao contrário, deve-se desprezar as contribuições que a visão econômica efetivamente pode dar à compreensão dos fenômenos da concorrência.

Conquanto os EUA, no período pós-2^a Guerra Mundial, tenham imposto aos seus aliados e aos países derrotados a sua visão das políticas antitruste, a solução dada pelos países europeus que culminou no modelo europeu, por outro lado, deflui da resolução dos conflitos de sua herança feudal - que permitiu tanto a formação de grandes conglomerados econômicos quanto o comando do poder público no processo de desenvolvimento - com a necessidade de uma política estratégica de inserção competitiva em nível internacional. Impende destacar o caso da Alemanha, que conseguiu aliar a ideologia do capitalismo liberal à singularidade de sua organização industrial fortemente concentrada, de modo que seu sistema político-institucional de concorrência serviu de modelo tanto para os demais países europeus (inclusive a CEE) quanto para países como o Japão, Canadá e Coréia do Sul¹¹.

A concorrência, aqui, tem um sentido eminentemente instrumental, ou seja, não é um fim em si mesma, mas um meio de se atingir o objetivo do bem-estar social, expressamente delineado no *Tratado de Roma*, de 1957, que deu origem à Comunidade Econômica Européia (CEE). A Comissão Européia é o agente aplicador da lei antitruste entre os Estados-membros, que admite revisão judicial pela Corte de Justiça Européia e pelas Cortes Nacionais¹².

Não obstante a busca de um ideal de prosperidade, um dos maiores problemas enfrentados pela União Européia recai no paradoxo concorrência interna/competitividade externa: na medida em que fomenta a concentração para garantir a competitividade das empresas no mercado internacional (diminuindo a concorrência doméstica), igualmente combate políticas protecionistas dos Estados-membros (aumentando a concorrência interna), ainda bastante presentes, visto que estes chegam a utilizar as próprias legislações antitruste com este intuito protecionista¹³.

Outra preocupação dos países influenciados pela interpretação alemã reside na conduta das grandes empresas, para que não se iniba a ação das empresas de pequeno e médio porte; a idéia, que passa ao largo da fragmentação do mercado, é a de preservar o dinamismo e o foco de inovação deste – que são impulsionados pelas firmas menores - além da pluralidade de ofertantes. Assim, diferentemente da legislação original americana, a concentração não é proibida “per se” (isto é, sempre), qual ocorre com as práticas restritivas e predatórias, mas apenas caso não se comprove nenhum ganho para a sociedade (aplicação da regra da razão: avaliação das eficiências líquidas geradas, isto é, se as eficiências econômicas decorrentes da prática compensam seus efeitos anticompetitivos). Este é o modelo mais difundido entre os países industrializados¹⁴.

Ainda, destaque-se, como fulcro de cada modelo, dois conceitos: o de *poder de mercado* (ou *poder de monopólio*), advindo do modelo americano e o de *dominância do mercado* (ou *posição dominante no mercado*), advindo do modelo europeu¹⁵. Por poder de mercado se entende a habilidade de uma empresa ou grupo de empresas aumentar e manter preços acima do nível que prevaleceria sob livre competição, e depende do tamanho relativo (*market share*) e da

¹¹ De acordo com Salgado (1992:10).

¹² Idem, ibidem, p.40.

¹³ Para exemplo de utilização protecionista da legislação antitruste, ver Forgioni (1998:168).

¹⁴ Informações de Salgado (1992:15).

¹⁵ Idem, ibidem, p.16.

estrutura do mercado, do número de concorrentes, das barreiras à entrada e da disponibilidade de produtos substitutos.

Já a dominância do mercado depende de características próprias do ofertante, como seu tamanho absoluto, seu relacionamento com clientes e fornecedores e sua habilidade para determinar a viabilidade econômica de parceiros comerciais. O conceito de *market share*, a partir dos anos 80, foi incorporado para definir dominação de mercado (geralmente considera-se dominante a empresa que detém 40% ou mais de participação de mercado).

3 – A POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL

3.1. A dimensão estratégica e o PPA

Desde meados dos anos 80 têm aumentado as pressões sobre as empresas que desejam continuar no mercado com êxito. As transformações por que passa a nossa época são bastante diferenciadas daquelas trazidas no bojo da Revolução Industrial que motivou a reorganização das relações mundiais de produção e trabalho. Várias foram as forças que delinearam este novo cenário organizacional¹⁶, dentre as quais pode-se citar a tecnologia, a competição, o excesso de oferta, a globalização, as expectativas do cliente, a participação governamental, as relações de propriedade e a dinâmica das forças de trabalho.

A transformação tecnológica influenciou radicalmente nas atribuições de competência necessárias à manutenção da vantagem competitiva, além de privilegiar o fator tempo; o acirramento da competição ocorreu devido ao surgimento de um número maior de competidores eficientes contrapondo-se ao predomínio monopolista do passado; a oferta da maioria de produtos e serviços, exceção feita ao setor primário, cresceu em maior proporção do que a demanda; a globalização dos mercados implodiu o modelo doméstico onde concorrentes e consumidores eram conhecidos e comparáveis; e em consequência de todos os fatores anteriores, que proporcionam variedade de escolhas e alternativas de mercado, as expectativas do consumidor em termos de qualidade, valor e serviço estão aumentando.

Por outro lado, sendo a competição econômica o principal fator de desenvolvimento mundial, a participação dos governos tornou-se ativa no mercado, através do apoio implícito ou explícito a políticas industriais. As relações de propriedade também se modificaram, passando de um estágio de alta distributividade e concentração individual para a propriedade institucional centrada nas empresas, colocando os acionistas como elementos mais militantes em torno de seus interesses nas organizações. E, finalmente, transformou-se sensivelmente a dinâmica das forças de trabalho, devido a fatores como sexo (aumento da participação feminina), raça (minorias raciais mais participantes), nível educacional (exigência de maiores qualificações) e faixa etária (trabalhadores ativos chegando à aposentadoria).

Neste contexto, é fácil perceber que as organizações para sobreviverem devem enfrentar todos estes desafios, o que pressupõe uma capacidade de prever mudanças e administrá-las, privilegiando a adaptabilidade, a flexibilidade, a sensibilidade, a decisão e a rapidez; daí a crucial importância do desenvolvimento antecipado de estratégias, ou, dito de outra forma, o que faz a

¹⁶ Para melhor compreensão acerca dos aspectos que envolvem cultura e mudança organizacional, ver Monteiro, Ventura e Cruz (1999).

diferença fundamental entre as empresas no mundo moderno é a qualidade do seu planejamento estratégico.

Os governos e suas instituições, tanto quanto catalisadores das transformações, são igualmente afetados por elas. Assim sendo, não podem se esquivar de seguir as tendências mundiais que se impõem às organizações, sob pena de atuarem na contramão do desenvolvimento e sobrevivência dos Estados que administram. Tem-se visto ao longo das duas últimas décadas os movimentos de reforma do aparelho estatal em diferentes países, tanto nos desenvolvidos como a Inglaterra, os EUA, França e Nova Zelândia, como em países menos desenvolvidos como a Argentina, Costa Rica, Gana e Nigéria. O Brasil passa atualmente por um período de transformações deste teor que se iniciou na transição democrática, legitimou-se na Constituinte de 1988 e tem buscado sedimentar-se nos governos a partir de então.

Não é por acaso que o instituto do planejamento foi resgatado na Carta de 88, mais precisamente no capítulo Das Finanças Públicas (Capítulo II), através do *Plano Plurianual (PPA)*, instituído para atuar como elemento superordenador da política orçamentária do governo federal¹⁷. O PPA compreende um período de quatro anos, cobrindo os três últimos anos de um mandato presidencial e estendendo-se ao primeiro ano do mandato subsequente. Como elemento estratégico de planejamento de médio prazo que é, tal instituto foi estendido aos outros entes da federação brasileira – estados e municípios – estabelecendo de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas públicas e para as relativas aos programas de duração continuada¹⁸. A Carta Magna estatui, ainda, que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais nela previstos sejam elaborados em consonância com o PPA e apreciados pelo Congresso Nacional¹⁹.

O PPA influencia a *Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)*, que por sua vez compreende as metas e prioridades da administração pública federal e orienta a elaboração da *Lei Orçamentária Anual (LO)*, que é o orçamento propriamente dito. Para o período 2000-2003, o plano apresentado ao Congresso recebeu o nome de *Avança Brasil*, freqüentemente também referido como PPA 2000. Adotou-se nele um conceito inovador de programa, segundo o qual as ações e recursos do governo são organizadas e quantificadas de acordo com os objetivos a serem atingidos, atendo-se aos limites de receita previstos no Plano de Estabilização Fiscal para o período. Ademais, buscou-se contemplar um projeto de desenvolvimento nacional, orientado pela definição dos chamados Eixos Nacionais de Integração e Desenvolvimento, os quais não somente balizaram a organização espacial e a seleção das ações, mas sobretudo intentam privilegiar a obtenção de resultados estruturais concretos, medidos pela sociedade.

Atualmente o PPA conta com um total de 397 programas, dos quais 52 são considerados projetos estratégicos do governo²⁰. Além deles, há os planos de ação integrada, cujo objetivo comum, ao focalizar a solução de problemas complexos, é a coordenação dos esforços e recursos nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal – em conjunto com a sociedade²¹. Cada programa é subdividido em atividades e projetos, que por seu turno são individualmente descritos em termos de um produto e de um cronograma físico-financeiro que mede o percentual

¹⁷ Cf. art. 165, inciso I da Constituição Federal, “leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais.”

¹⁸ Vide CF/88, art. 165, parágrafo 1º.

¹⁹ Vide CF/88, art. 165, parágrafo 4º.

²⁰ Para ver lista dos programas, consultar <<http://www.abrasil.gov.br>>.

²¹ Como exemplo dos planos de ação integrada tem-se: o Projeto Alvorada, que combate a miséria e a exclusão social; o Plano Nacional de Segurança Pública, que combate a violência e a criminalidade; e o Brasil Empreendedor, um programa de suporte às pequenas e médias empresas para fomentar a geração de empregos.

de realização no alcance de metas previamente definidas.

Para a construção do pretendido modelo de desenvolvimento, norteiam as ações governamentais as seguintes diretrizes estratégicas:

- i) consolidar a estabilidade econômica com desenvolvimento sustentado;
- ii) promover o desenvolvimento sustentável voltado para a geração de empregos e oportunidades de renda;
- iii) combater a pobreza e promover a cidadania e a inclusão social;
- iv) consolidar a democracia e a defesa dos direitos humanos;
- v) reduzir as desigualdades inter-regionais;
- vi) promover os direitos de minorias vítimas de preconceito e discriminação.

As diretrizes estratégicas deram origem a 28 grandes objetivos setoriais, também conhecidos como *macroobjetivos*, que na prática traduzem os esforços necessários para que o país atinja o desenvolvimento sustentável: melhoria da saúde, da educação, da habitação e do saneamento, combate à fome, redução da violência, desenvolvimento integrado do campo, crescimento das exportações, reestruturação do setor produtivo, melhoria da gestão ambiental, entre outros.

Para os fins colimados por este trabalho, merece destaque o Macroobjetivo 09, “promover a reestruturação produtiva com vistas a estimular a competição no mercado interno”, visto que ele inclui o programa *Defesa Econômica e da Concorrência*. Tal programa visa proteger o mercado e os cidadãos, prevenindo ou coibindo o abuso do poder econômico. As atividades e projetos (e seus respectivos produtos) do indigitado programa são mostradas no Quadro 3.1.

Quadro 3.1 – Programa Defesa Econômica e da Concorrência

Natureza da ação	Nome	Produto
Atividade	ANÁLISES ECONÔMICAS SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS	Análise realizada
Atividade	BANCO DE MATERIAL JURISPRUDENCIAL, LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Sistema mantido
Projeto	CAPACITAÇÃO E ESPECIALIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Pessoa capacitada
Projeto	EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICAÇÕES SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Exemplar distribuído
Atividade	HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COM OS BLOCOS ECONÔMICOS	Norma publicada
Projeto	IMPLANTAÇÃO DE BANCO DE MATERIAL JURISPRUDENCIAL, LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Sistema implantado
Projeto	IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE A ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS MERCADOS	Sistema implantado
Atividade	INSTRUÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	Processo instruído
Atividade	JULGAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E CONSULTAS	Processo instruído
Projeto	PROMOÇÃO DE EVENTOS PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Evento realizado
Outras Ações	HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA JUNTO AOS BLOCOS REGIONAIS	Norma publicada

Fonte: Homepage institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)
<http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br>

O PPA também contempla um grupo de programas diretamente atrelados às políticas públicas priorizadas pela agenda governamental, perfazendo um total de 37 programas – os *Programas de Gestão de Políticas Públicas*²². Aí se incluem importantes ações no campo do gerenciamento de políticas diversas, tais como as sociais - saúde, previdência e assistência social, trabalho e educação; políticas de valorização da máquina estatal, como a capacitação de servidores públicos e melhoria da qualidade dos serviços prestados ao cidadão; políticas urbanas, ligadas ao desenvolvimento, promoção da cultura, esporte e lazer, transporte e turismo; políticas estratégicas, como o incentivo ao empreendedorismo e o gerenciamento de recursos hídricos e energéticos; além de políticas nas áreas patrimonial, financeira, orçamentária, econômica, industrial, comercial, agropecuária, entre outras.

Nessa lista se inclui o programa *Gestão da Política de Regulação de Mercados*, o qual se encontra diretamente relacionado às questões de defesa da concorrência focalizadas neste texto, e cujas ações e respectivos produtos são elencadas no Quadro 3.2.

Quadro 3.2 – Programa Gestão da Política de Regulação de Mercados

Natureza da ação	Nome	Produto
Outras Ações	ACOMPANHAMENTO SISTEMÁTICO DE MERCADO	Boletim editado
Atividade	ESTRUTURAÇÃO DE REGIMES TARIFÁRIOS	Regime tarifário estruturado
Atividade	REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS EM MOLDES CONCORRENCIAIS	Norma publicada
Atividade	SISTEMA INFORMATIZADO DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO	Sistema mantido

Fonte: Homepage institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) <http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br>.

A presença desses dois programas no PPA por si demonstra a importância que a matéria defesa da concorrência tem para o desenho do modelo de desenvolvimento adequado às necessidades do país, voltado não somente para o bem-estar de seus cidadãos, como também para sua inserção de forma competitiva no cenário internacional, buscando auferir, de modo geral, os benefícios do processo de globalização, aí incluídos os investimentos do capital estrangeiro.

3.2. Evolução legal

Forgioni (1998:105) informa que o primeiro diploma brasileiro antitruste - o Decreto-Lei nº 869/38 - nasce sob a égide da Constituição Federal de 1937, regulamentando o art. 141, com a função expressamente definida de tutelar a economia popular e, portanto, o direito do consumidor. A mesma autora corrobora que tal gênese - diversa da norte-americana – mescla-se também ao protecionismo característico do Estado brasileiro.

²² Para ver lista dos programas de gestão de políticas públicas, consultar <http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br>.

Oliveira (1998:12-14) identifica duas vertentes distintas, paralelas, e até certo ponto contraditórias, na legislação econômica brasileira²³, vertentes estas que, coexistindo e influenciando-se mutuamente, subdividem as tendências de regulação do mercado brasileiro em três períodos: (i) 1937-1988, em que se observa a prevalência da defesa da economia popular, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços; (ii) 1989-1994, uma etapa de transição inaugurada pelo marco constitucional de 1988, revelando a opção por uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando o terreno para as privatizações que se seguiram no período posterior; (iii) 1994 -, marcando a preponderância da defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal.

O Quadro 3.3 faz uma síntese da evolução da legislação antitruste no Brasil desde o mencionado decreto. As peças legais foram arroladas partindo do pressuposto de que, a despeito de não serem especificamente de antitruste, guardam relação com ou contêm dispositivos típicos de antitruste.

Quadro 3.3 – Legislação Antitruste no Brasil

Base Constitucional	Legislação	Data	Ementa	Observações
CF/1937 Art. 141	Decreto-Lei nº 869	18/11/1938	Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.	Nasce para reprimir o abuso do poder econômico e proteger o interesse do consumidor.
CF/1937	Decreto-Lei nº 7.666	22/06/1945	Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica.	Conhecido como "Lei Malaia". Cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE).
CF/1946	Lei nº 1.521	26/12/1951	Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.	Conhecida como "Lei de Economia Popular". Contém dispositivos antitruste.
CF/1946	Lei nº 1.522	26/12/1951	Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	Contém dispositivos antitruste. O órgão executor da lei é a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).
CF/1946 Art. 148	Lei nº 4.137	10/09/1962	Regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).
CF/1946 Art. 146	Lei Delegada nº 4	26/09/1962	Dispõe sobre a intervenção no Domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	
CF/1946 Art. 146	Lei Delegada nº 5	26/09/1962	Organiza a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), e dá outras providências.	Cria a SUNAB como autarquia federal.
CF/1946	Decreto-Lei nº 52.025	20/05/1963	Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula	Regulamenta a Lei nº 4.137.

²³ A que normatiza a intervenção no mercado para defesa da economia popular, presente dos anos 30 até meados dos anos 90; e a que, a partir dos anos 40, embora inspirada na experiência norte-americana, desenvolveu uma legislação antitruste que guarda peculiaridades da jurisdição nacional.

			a repressão ao abuso do poder econômico.	
CF/1967	Decreto nº 63.196	29/08/1968	Dispõe sobre o sistema regulador de preços no mercado interno e dá outras providências.	Conselho Interministerial de Preços (CIP).
EC nº1/1969	Decreto-Lei nº 92.323	23/01/1986	Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico	Revoga DL nº 52.025 e regulamenta a Lei nº 4.137.
CF/1988	Decreto nº 99.244	10/05/1990	Dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).
CF/1988	Lei nº 8.137	27/12/1990	Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.	
CF/1988	Lei nº 8.158	09/01/91	Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências.	
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 8.884 "Lei Antitruste"	11/06/1994	Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.	Configura o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.
CF/1988	Lei nº 9.021	30/03/1995	Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	Permite que a SEAE investigue possíveis violações à lei de concorrência.
CF/1988	Lei nº 9.069	29/06/1995	Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.	Altera a Lei nº 8.884/94.
CF/1988	Lei nº 9.470	10/07/1997	Acrescenta parágrafo 5º ao art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	
CF/1988	Lei nº 10.149	21/12/2000	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.	Cria programa de leniência e aumenta poderes de investigação da SDE e SEAE.

Fonte: Homepages institucionais: CADE <<http://www.cade.gov.br>>, SDE/MJ <<http://www.fazenda.gov.br/sde>>, e SEAE/MF <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>; Base de Dados do Senado Federal <<http://wwwwt.senado.gov.br/legbras>>; Informações de Forgioni (1998) e Oliveira (1998).

Em 1962 a Lei nº 4.137 - uma lei específica de concorrência - foi decretada, criando uma agência para aplicá-la. Todavia somente nos últimos dez anos a defesa da concorrência ganhou lugar de destaque na agenda política brasileira, mormente pelo fato de que as condições da economia até então – forte intervencionismo estatal, proteção à indústria nacional altamente concentrada, altos patamares inflacionários, alheamento da política econômica nacional à disciplina antitruste – impediam ou obstavam uma política eficaz nesse campo.

A Lei nº 8.884/94, conhecida como *Lei de Defesa da Concorrência* ou *Lei Antitruste*, não por acaso contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real)²⁴, inaugura a era moderna da política de concorrência no Brasil²⁵, revigorando as atribuições do CADE e transformando-o em uma agência independente para efetivamente proceder a aplicação da legislação da concorrência.

3.3. Do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sua atuação

Atualmente o *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)*, que é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), ambos vinculados ao Ministério da Justiça, tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na aludida *Lei de Defesa da Concorrência*. Ao CADE, última instância decisória na esfera administrativa, cabe julgar os processos em matéria concorrencial, após receber os pareceres da SDE e SEAE, que detêm funções de análise e investigação, levando em conta os aspectos jurídicos e econômicos dos fatos ocorridos, respectivamente.

A atuação dos órgãos do sistema subdivide-se em três tipos: preventiva, através do *controle de estruturas de mercado*, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); repressiva, através do *controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais*, que busca verificar a existência de infrações à ordem econômica, das quais são exemplos as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel; e educacional, que corresponde ao papel de *difusão da cultura da concorrência*, via parceria com instituições para a realização de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, visando um maior interesse acadêmico pela área, o incremento da qualidade técnica e da credibilidade das decisões emitidas e a consolidação das regras antitruste junto à sociedade²⁶.

O controle de estruturas está expresso no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que reza que os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços devem ser submetidos à apreciação do CADE. Os atos devem ser apresentados para exame previamente ou em até 15 dias úteis após sua realização²⁷, quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu

²⁴ Na verdade ela faz parte das reformas empreendidas na ocasião, já que a estabilização mudou o foco da política econômica de aspectos estruturais para os conjunturais.

²⁵ Vide Clark (2000:5).

²⁶ Vide Guia Prático do CADE (2000).

²⁷ Lei nº 8.884/94, art. 54, § 4º.

faturamento for de R\$ 400 milhões ou mais²⁸. O parágrafo 1º do mesmo artigo prevê que serão aprovados os atos que atendam as seguintes condições: (i) cujo objetivo seja aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) cujos benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

As infrações à ordem econômica são definidas no art. 20 da Lei nº 8.884/94, e consistem em atos que produzam, ou objetivem produzir os efeitos de (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Neste último caso, presume-se a posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% ou mais de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. O art. 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no art. 20.

A Resolução 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações ao tempo em que explicita os passos básicos para a sua análise. As *práticas restritivas horizontais* consistem na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência. Dentre elas destacam-se: (i) a formação de *cartéis*, que são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo segmento que envolvem parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros para níveis mais próximos dos de monopólio; (ii) a prática de *preços predatórios*, que consiste em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços de monopólio²⁹.

Por seu turno, as *práticas restritivas verticais* são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”). As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Dentre elas, destacam-se: (i) a *fixação dos preços de revenda*, na qual o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores; (ii) os *acordos de exclusividade*, em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais; (iii) a *venda casada*, ato em que o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço; (iv) a *discriminação de*

²⁸ Lei nº 8.884/94, art. 54, § 3º.

²⁹ A Resolução CADE 20/99 menciona, ainda neste grupo, os *ilícitos de associações profissionais*, que são quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais de uma associação, principalmente mediante conduta concertada de preços.

preços, na qual o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros³⁰.

Em geral, as análises tanto das práticas restritivas verticais quanto das horizontais pressupõem a existência ou a busca de *poder de mercado* sobre o mercado relevante, como também não prescindem da aplicação do *princípio da razoabilidade* ou *regra da razão*, visando a avaliação da geração de eficiências líquidas, caso as eficiências econômicas delas decorrentes compensem seus efeitos anticompetitivos.

Recentes modificações na Lei de Defesa da Concorrência foram promovidas pela Lei nº 10.149/00, que conferiu maiores poderes de investigação à SDE e à SEAE e instituiu o programa de leniência brasileiro. As principais características do acordo são: (i) configura uma faculdade e não uma obrigação; (ii) somente a SDE, representando a União, poderá celebrá-lo com pessoas físicas ou jurídicas que tenham praticado infrações contra a ordem econômica sem liderá-las; (iii) não se sujeita à aprovação prévia do CADE, cabendo a este declarar o ato final de extinção ou redução da pena; (iv) o acordo busca a efetiva colaboração com a investigação (que resulte em identificação dos demais autores e obtenção de provas) em troca de extinção ou redução da penalidade administrativa da infração denunciada em até 2/3; (v) a proposta de acordo é sigilosa, salvo no interesse da investigação; (vi) a proposta rejeitada não será divulgada, não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada; (vii) a celebração do acordo determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90; (viii) o cumprimento do acordo extingue a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90.

4 – ASPECTOS CRÍTICOS DO MODELO BRASILEIRO

De acordo com Considera e Corrêa (2001), mormente quatro elementos presentes na recente história política e econômica brasileira influenciam diretamente a definição e aplicação de políticas antitruste no país: (i) o clima ideológico³¹ prevalecente; (ii) os efeitos líquidos esperados (análise custo-benefício) da atividade de *lobby* praticada por grandes grupos locais; (iii) a existência de ineficiências econômicas e (iv) as demandas por igualdade, ambas decorrentes do regime de substituição de importações.

O clima ideológico dominante tem preterido a competição como regra do jogo econômico em favor da “negociação” entre empresas, do intervencionismo estatal e de uma orientação para o mercado interno. A estratégia do nacionalismo pró-desenvolvimentista³², que adotou o modelo de substituição de importações, privilegiou o produtor industrial em detrimento dos demais grupos, especialmente os consumidores. Já o benefício líquido de fazer *lobby* contra a política

³⁰ A Resolução CADE 20/99 inclui neste grupo: (i) as *restrições territoriais e de base de clientes*, que ocorrem quando o produtor estabelece imitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões; (ii) a *recusa de negociação*, quando o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

³¹ Entendido, segundo os autores, como as preferências sociais direcionadas ao melhor estado de coisas (ou ao melhor dos mundos).

³² Cf. os autores, predominante no período 1945 – 1964 e desenvolvida principalmente nos governos de Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek.

antitruste tende a ser alto porque: (i) vale-se de um clima ideológico tradicionalmente desfavorecedor da livre competição e da observância do bem-estar do consumidor; (ii) as medidas de controle à entrada no mercado praticadas reduziram o número de indústrias em muitos setores, gerando menores grupos de interesse de produtores (portanto mais facilmente organizáveis); (iii) a institucionalização de mercados oligopolizados diminuiu os custos de transação relativos à organização dos interesses dos produtores, aumentando, conseqüentemente, os potenciais ganhos advindos da troca de favores (*rent-seeking*) via ação política; (iv) o acesso dos grupos de produtores ao governo foi facilitado pela concentração de poder decisório sobre política econômica no executivo; (v) em um cenário de transição para uma economia de mercado, a atividade de *lobby* tem um valor residual maior para as firmas existentes (aumentando a expectativa de retorno), visto que elas perdem outros privilégios anteriormente concedidos.

Em relação às ineficiências econômicas derivadas do regime de substituição de importações, duas são apontadas pelos autores mencionados como relevantes: (i) o retorno líquido esperado da atividade de *lobby* relativamente alto constitui um desincentivo para o investimento em atividades produtivas, o que desfavorece a competição; (ii) a pretérita entrada ineficiente de firmas em um mercado insulado da competição externa impõe a necessidade de reestruturação durante o período de transição, o que aumenta o custo da competição. Quanto às demandas por igualdade, elas tendem a ser altas, não apenas por objetivos sociais (como uma política de geração de empregos) mas também por mercados mais justos - conceito que pode variar bastante dependendo da ótica do grupo demandante (por exemplo, pequenos produtores ou consumidores) -, dificultando a tarefa de se organizar os interesses que preservam a competição ou o bem-estar do consumidor. Destarte, qualquer análise do modelo brasileiro atual não prescinde da observância deste cenário, sob pena de distorcer a compreensão de suas implicações.

Mattos (1997), usando a classificação de Khemani e Dutz, identifica três escolas de pensamento em política de concorrência: (i) a *estruturalista*, que valoriza um ambiente econômico competitivo, priorizando a intervenção do estado para manter ou reforçar a estrutura do mercado, via política de concorrência; (ii) a *de Chicago*, que embora reconheça a importância da concorrência, não acredita na intervenção estatal para tal fim, preferindo direcionar a ação do Estado na busca da eficiência econômica; (iii) a *estadista* ou *de política industrial* que, ao contrário das anteriores, não prioriza um ambiente competitivo (conseqüentemente não desenvolve nenhuma política antitruste), focalizando a ação estatal no fomento à indústria nacional, incentivando, inclusive, a concentração em todos os setores.

O modelo brasileiro dos anos 70 ao início dos anos 90 era muito próximo ao da escola estadista. A transição iniciada a partir de então para um modelo híbrido nos moldes do norte-americano (cuja política de concorrência pode ser vista como seguidora da escola de Chicago, porém com uma “ilha estruturalista” coordenada pela ação do FTC e do DOJ no controle de estruturas de mercado) é incompleta, visto que necessita, para eliminar a ainda forte influência da escola estadista presente no atual modelo brasileiro, segundo o citado autor: (i) diminuir o tempo gasto no controle de estruturas em detrimento da análise de condutas anticoncorrenciais, já que esta deve ser a principal tarefa do CADE, aliada ao incremento de sua função de educar a sociedade para formar uma cultura da concorrência; (ii) rever a aplicação de cláusulas de *compromisso de desempenho* - CP³³, evitando aquelas evadas do ranço intervencionista³⁴; (iii)

³³ As cláusulas de *compromisso de desempenho* são previstas no art. 58 da Lei nº 8.884/94. O estudo de Mattos (1997), baseado na experiência brasileira após 1994, divide tais as cláusulas em dois tipos: (i) *estruturais*, que envolvem renúncia de ativos, licença de uso de tecnologia, *leasing* de equipamentos etc.; (ii) *comportamentais*, que se subdividem em *garantias de eficiência*

mudar o arcabouço legal relativo a preços abusivos, buscando dissociar a imagem do CADE do rótulo de órgão “controlador de preços”, tais eram aqueles existentes no modelo precedente³⁵; (iv) definir o escopo do CADE nas medidas anticompetitivas tomadas nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal); (v) aumentar a influência da liberalização do comércio no processo de análise do CADE, vencendo a resistência de se considerar o mercado relevante internacional.

Cysne (1997), baseando sua análise sobre três artigos do emérito professor Simonsen, ressalta a necessidade de se contemplar fatores de ordem macroeconômica nas análises antitruste – o que vai ao encontro das propostas de Mattos (1997) descritas nos itens (iii) e (v) do parágrafo precedente – bem como a de se questionar a atuação do governo, seja como produtor ou regulador. A propósito deste último item, acrescenta que são fatores políticos que revelam a fragilidade das nossas instituições para tal ousadia. Entretanto, nesse sentido, o Brasil não está só, já que mesmo países em cuja lei de defesa da concorrência há essa previsão hesitam em usar este poder, preferindo evitar os riscos de embaraço ou de possibilidade da agência ser completamente ignorada³⁶.

Pittman (2001) concentra suas críticas e sugestões em quatro itens: (i) obrigatoriedade de notificação prévia dos atos de concentração, dado a demonstração empírica de que, além de incentivar tanto a cooperação das empresas no fornecimento de informações requeridas quanto a celeridade na análise por parte da agência, tal procedimento evita o alto custo de desfazer os efeitos de uma operação já realizada, no caso da mesma não ser aprovada ou sê-la com restrições³⁷; (ii) ilegalidade *per se* para comportamentos associados à formação de cartéis clássicos³⁸, tais como fixação de preços, ação combinada em mercados de leilões (*bid-rigging*), e restrições territoriais e de base de clientes, ao invés de submetê-los a análise pela regra da razão, o que, segundo o autor, colocaria o Brasil no rumo de outras jurisdições antitruste³⁹; (iii) aumento do mandatos dos conselheiros do CADE de dois para cinco anos, sem recondução, com vistas a fomentar o desenvolvimento de convicções próprias em matéria de defesa da concorrência; (iv) simplificação da estrutura do sistema de concorrência brasileiro, reunindo os

técnica (por sua vez, subdivididas em: introduzidas pela empresa, presente a assimetria de informações; introduzidas pela empresa, ausente a assimetria de informações; não introduzidas pela empresa), *garantias de eficiência social* (ligadas ou não a decisões econômicas das empresas) e *compromissos de conduta*.

³⁴ O que se daria mediante o foco nas *garantias de eficiência social não ligadas a decisões econômicas das empresas* e nos *compromissos de conduta*, visto que o alto número de ocorrências das *garantias de eficiências técnicas* e das *garantias de eficiência social ligadas a decisões econômicas das empresas* evidenciam, segundo o autor, a forte influência da escola estadista nos CPs.

³⁵ O autor se refere ao Conselho Interministerial de Preços – CIP e à Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB. A revisão sugerida é na linha de aproximar o conceito de preços abusivos do entendido pela escola de Chicago, corrigindo suas três falhas: (i) foco exclusivo no lado da oferta, negando o lado da demanda; (ii) restringindo-o a setores onde existem falhas de mercado (como planos de saúde, mensalidades de escolas particulares e alguns setores de infraestrutura) devido à assimetria de informações, posição dominante e forte inelasticidade da curva de demanda; (iii) consideração da contestabilidade de mercados particulares (baseada na idéia de que, em mercados com determinadas características – inexistência de barreiras à entrada/saída e de assimetria de informação sobre preços, acessibilidade à tecnologia de produção – os preços serão mantidos em níveis próximos ao competitivo devido à ameaça de potenciais entrantes).

³⁶ Cysne (1997:14) transcreve informação de Russel Pittman, citado por Mattos (1997:19).

³⁷ E também pode proporcionar uma fonte relativamente não distorcida de financiamento na medida em que seja acompanhada da “taxa de uso”, paga pelos requerentes da análise. Atualmente a taxa processual prevista é de R\$ 45.000, 00 (Art. 5º, inc. I da Lei nº 9.971/99, modificado pelo art. 3º da Lei nº 10.149/00).

³⁸ O mesmo autor alerta, entretanto, para a preocupação de que tal regra poderia conflitar com a Constituição Federal brasileira, que no art. 173, § 4º prevê que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Por definição, infrações *per se* prescindem de qualquer prova de existência de poder econômico, já que são sempre consideradas danosas à concorrência, requerendo apenas a demonstração da existência da violação.

³⁹ Sobre definição de cartéis clássicos e seus efeitos danosos, consultar o relatório da OCDE, NEW Initiatives, old problems: a report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation (2000).

três órgãos existentes em um único órgão.

Já Clark (2000), além do controle prévio dos atos de concentração, recomenda: (i) maior coordenação e consolidação das funções das três agências (CADE, SDE e SEAE), para que não desperdicem seus parcos recursos; (ii) maior ênfase na repressão a cartéis, pois embora reconheça que o percentual de fusões sujeitas à intervenção do CADE seja compatível com padrões internacionais, estima que o controle de estruturas esteja ocupando indevidamente um alto percentual de recursos dos três órgãos do sistema⁴⁰. Tal ênfase poderia ser dada, além da adição de recursos, pelo desenvolvimento de técnicas para obter as evidências diretas (documental e testemunhal) da presença de cartéis e pela efetiva imposição de multas às condutas danosas, de modo a conferir ao CADE (bem como à SEAE e à SDE), credibilidade e visibilidade para educar tanto o empresariado quanto o consumidor; (iii) atenção a possíveis casos de condutas anticompetitivas por parte de empresas recém privatizadas, potencialmente dominantes no âmbito das indústrias de rede; (iv) estudar restrições à concorrência impostas pelos governos estaduais e municipais, com eles interagindo no sentido de promover a concorrência em tais mercados⁴¹; (v) buscar a efetivação de uma equipe permanente para o CADE, uma vez que já existe previsão legal para tanto, observando que esta lacuna agrava os efeitos da alta rotatividade no conselho ao tempo em que provoca falta de conhecimento institucional; (vi) promover a advocacia da concorrência, tanto em outros segmentos do governo (incluindo o executivo, o legislativo e outras agências regulatórias independentes – estabelecendo, neste caso, canais de comunicação com estas) – quanto entre a sociedade.

Conquanto o programa de leniência recém-lançado traduza a disposição de reforçar o controle de condutas, a prática de mecanismos similares alhures mostra que o mero incremento dos poderes de investigação dos órgãos não é suficiente para garantir-lhe a eficácia. Primeiramente, tal resultado depende da disponibilidade de pessoal capacitado para a realização de inspeções e buscas⁴². Ademais, o sucesso do programa vincula-se, em grande parte, à credibilidade da ação antitruste no Brasil – medida pelo grau de prioridade conferido à repressão de condutas anticoncorrenciais –, à expectativa de punições baseada no histórico de condenações, bem como à observação rigorosa da lei nos primeiros acordos celebrados, mormente no que tange à delicada questão do sigilo de propostas aceitas ou rejeitadas.

Além disso, a falta de independência da autoridade celebrante (o secretário da SDE) pode suscitar desconfiança no seio da sociedade quanto à suscetibilidade da condução do acordo a injunções políticas⁴³. O impacto na ação penal também é questionado, visto que autores como Fonseca (2000) defendem que, para validar a renúncia da ação penal provocada pela celebração de acordo administrativo qual o acordo de leniência, o Ministério Público (detentor da competência privativa de promover a ação civil pública) deveria dele participar.

⁴⁰ A respeito Oliveira (1998:23) argumenta que o consumo de razoável parcela dos parcos recursos disponíveis pelo controle dos de concentração era esperada no momento imediatamente posterior à sua introdução, mormente devido à pouca experiência do quadro técnico confrontada com a alta exigência dos agentes privados. O mesmo autor acrescenta que o procedimento de análise foi simplificado pela Resolução CADE nº5/96 (posteriormente substituída pela Resolução CADE nº15/98), conferindo mais celeridade ao processo. Para mais informações acerca do assunto, conferir também Oliveira (2000:28).

⁴¹ O autor relata que, aparentemente, governos estaduais e locais preservam regras que interferem no funcionamento eficiente dos mercados locais. O uso do art. 7º, inc. X da Lei nº 8.994/94, através da requisição para que as autoridades de tais esferas tomem medidas para o cumprimento da lei pode ser benéfico para promover a concorrência.

⁴² Rocha e Tavares (2000) exemplificam que nos EUA, além do corpo técnico, as autoridades antitruste contam com o apoio do *Federal Bureau of Investigations* (FBI) para a realização da investigação. Na França, a *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (DGCCRF) dispõe de rede de investigadores especificamente treinados na área de antitruste, distribuídos por todo o país.

⁴³ Cf. Fonseca (2000).

5 – À GUIA DE CONCLUSÃO

Como se viu, nada obstante o Brasil possuir uma legislação em matéria de concorrência relativamente antiga, fatores diversos contribuíram para que, somente em passado recente, a opção por um arcabouço jurídico-institucional nos moldes dos padrões internacionais se tornasse realidade. É um caminho sem volta, até porque está em jogo a sobrevivência do país neste cenário.

Por todo o mundo tem se refletido como parte fundamental de quaisquer políticas antitruste, tanto em documentos e atividades das entidades oficiais, quanto na legislação relativa à matéria, a preocupação com ações adicionais capazes de dar maior combatividade à uma política que, no dizer de Salgado (2000), resume-se em restringir o abuso de poder econômico, preservando, como fim último, o interesse do consumidor.

Embora quaisquer acordos ou práticas concertadas entre concorrentes que resultem na fixação de preços, na divisão de mercados, no estabelecimento de quotas ou na restrição da produção e na adoção de posturas pré-combinadas em licitações públicas sejam prejudiciais à economia de um modo geral, os chamados cartéis clássicos, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente.

De todas as práticas lesivas conhecidas, a formação de cartéis é a mais exemplar para que se possa aquilatar as dimensões deste problema. Cartéis são considerados danosos para a economia como um todo, não apenas por causarem ineficiência nos mercados, mas por lesarem o bem-estar do consumidor, e constituem também a infração que oferece maior dificuldade para ser detectada. Hoje, dada a globalização da economia, os limites dos mercados que sofrem tais efeitos ficam progressivamente mais difusos, de vez que não raro os cartéis têm abrangência internacional.

Dentro deste contexto é que podem ser vistas as recentes alterações promovidas pelo Brasil à sua legislação em matéria de concorrência. Preservar a concorrência significa garantir não apenas pluralidade de escolhas para o consumidor, mas incentivar a diversidade da produção e manter a dinâmica do mercado que permite a inovação tecnológica e gera emprego e renda.

A pretensão do governo de modificar o sistema brasileiro de defesa da concorrência e do consumidor também evidencia-se em proposta de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC). Já houve um projeto recente submetido à consulta pública, conquanto não tenha sido encaminhado ao Congresso. A agência preservaria a finalidade de promover e defender a concorrência no Brasil, resguardando os interesses dos consumidores e fazendo com que a economia brasileira funcione de forma eficiente e livre de práticas comerciais abusivas e enganosas. O mencionado projeto previa significativa reestruturação institucional, integrando os órgãos que hoje compõem o SBDC, quais sejam a SEAE, a SDE e o CADE, e absorvendo as suas competências concernentes à defesa da concorrência e do consumidor.

A maior crítica a esse projeto refere-se ao excesso de poderes concedidos ao diretor-geral da agência, argumento que é terminantemente rebatido por Corrêa (2000) porque: (i)

qualquer decisão terminativa do diretor é passível de revisão pelo Tribunal da Concorrência; (ii) ao Tribunal caberá o arbitramento de litígios entre as empresas requerentes e as representadas. Outra crítica que reputa indesejável o vínculo entre o presidente da República e a diretoria da agência pode ser ponderada pela experiência internacional, que tem na Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ) norte-americano, autoridade vinculada ao executivo, a maior responsável por mudanças significativas no cenário antitruste das últimas duas décadas. Por outro lado, o aumento dos mandatos dos conselheiros do Tribunal para cinco anos e a não coincidência destes com o mandato presidencial preservarão a autonomia do órgão julgante, embora se reconheça que as preferências do cidadão quanto à intervenção antitruste devem se manifestar através das diretrizes do governo eleito.

Atualmente, um novo projeto para a agência encontra-se em discussão nos bastidores do governo trazendo em seu bojo algumas modificações importantes, entre elas o fato de a ANC açambarcar as funções da SDE e da SEAE, vale dizer, a instrução dos processos em matéria concorrencial, remanescendo o CADE tal como se encontra hoje na sua função julgante, portanto preservando sua independência como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Espera-se que a agência consiga atuar exitosamente em várias das lacunas que o atual sistema tem apresentado, entre elas a excessiva ênfase em atos de concentração em detrimento à repressão de condutas anticompetitivas, além das demais já mencionadas ao longo deste trabalho. De qualquer modo, cabe aos agentes envolvidos, quais sejam as autoridades constituídas, o empresariado e a sociedade brasileira corroborarem a legitimidade da prática antitruste, não apenas via transparência de procedimentos, como também através da cooperação na aplicação e no uso dos mecanismos de denúncia das infrações previstas.

6 - Referências Bibliográficas

- BONER**, Roger Alan; **KRUEGER**, Reinald. *The basis of antitrust policies: a review of ten nations and European Communities*. World Bank technical paper. Washington, D.C., 1991.
- BRASIL**, CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2002.
- BRASIL**, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2002.
- BRASIL**, *Página da Internet da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRASIL**, *Página da Internet da Secretaria de Direito Econômico - SDE*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRASIL**, *Página da Internet do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRIGHT**, Christopher. Convergence of global competition law and policy. *International Financial Law Review*. London: Euromoney Publications, 1999.
- CLARK**, John. *A política de concorrência e a reforma regulatória no Brasil: um relatório de acompanhamento*. Programa de Cooperação OCDE/Brasil. Junho, 2000. Tradução de "Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report". Disponível em <<http://www..ecd.org/Jpuma/pubs/index.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2000.
- CONSIDERA**, Claudio, **CORRÊA**, Paulo. *The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*. Paper prepared for Fordham Conference on Competition Policy, New York, October, 2001, 42 p. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/Documentos de Trabalho>>. Documento de Trabalho nº 11. Acesso em: 16 abr. 2002.
- CORRÊA**, Paulo. Poderes equilibrados em uma nova agência. *Valor Econômico*, Brasília, 06 dez. 2000. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/artigos/Artigopaulo.htm>>. Acesso em: 30 maio 2001.
- CORRÊA**, Paulo; **GUANAIS**, Frederico. Building a leniency and immunity policy: the recent brazilian experience. *Arché Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes – UCAM-Ipanema, v. 10, n. 29, p. 103-120, 2001.
- CYSNE**, Rubens Penha. *Comentários sobre defesa da concorrência no Brasil*. Centro de Estudos de Reforma do Estado. Texto para discussão nº 004. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, ago. 1997.
- FONSECA**, Antonio. Questões controvertidas na Lei nº 10.149, de 2000. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 13, p. 71-76, nov. 2001. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- FORGIONI**, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 435p.
- GUIA PRÁTICO DO CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. CADE. São Paulo: CIEE, 2000, 84p.
- LAGES**, André Maia Gomes. *Concorrência, globalização e desenvolvimento: elementos para discussão à luz da experiência brasileira*. Texto para discussão nº426. Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 1998.

- MATTOS**, César Costa Alves de. *The recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition*. Centro de Estudos de Reforma do Estado. Texto para discussão nº006. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, out. 1997.
- MONTEIRO**, Carmen, **VENTURA**, Elvira, **CRUZ**, Patrícia. Cultura e mudança organizacional: em busca da compreensão sobre o dilema das organizações. *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo: FEA-USP, v. 1, n. 8, p. 69-80, 1º trimestre 1999.
- NEW** initiatives, old problems: a report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation. Report by the CLP. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. Vol. 2, n. 2, 2000.
- OLIVEIRA**, Gesner. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Idéias & debate*, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, n. 17, 1998, 48p.
- RECENT** trends and prospects for brazilian antitrust. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 9, p. 24-31, fev. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- PITTMAN**, Russel. Proposed changes in Brazil's antitrust law. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 12, p. 102-104, jul. 2001. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- ROCHA**, Bolívar Moura; **TAVARES**, Márcia Prates. Alterações recentes na legislação defesa da concorrência no Brasil. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 11, p. 32-36, dez. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- SALGADO**, Lucia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, 205p.
- _____. *As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil*. Texto para discussão nº 264. Brasília: IPEA, jun. 1992.
- _____. Competition and development in the nineties. Dreams, frustrations and challenges ahead. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 10, parte 2, p. 53-56, jun. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- SAMPAIO**, Ellen; **SALGADO**, Lucia Helena (Org.). *Defesa da concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional*. Série IPEA, n.142. Brasília: IPEA, 1993, 220p.