

TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1386

**ESTADO DE UMA NAÇÃO:
TEXTOS DE APOIO**

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA
NO BRASIL: ASPECTOS
INSTITUCIONAIS, DESEMPENHO
RECENTE E PERSPECTIVAS
DE REFORMA**

Lucia Helena Salgado

TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 1386

ESTADO DE UMA NAÇÃO: TEXTOS DE APOIO

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: ASPECTOS INSTITUCIONAIS, DESEMPENHO RECENTE E PERSPECTIVAS DE REFORMA*

Lucia Helena Salgado**

Produzido no programa de trabalho de 2008

Brasília, fevereiro de 2009

* Agradeço os valiosos comentários de César Mattos, Eduardo Pedral Fiúza, Luis Carlos Magalhães e a colaboração de Camila Pires Alves em investigação sobre o tema, que redundou em boa parte do levantamento de dados aqui apresentados. Os resultados daquela investigação serão publicados brevemente. Sou grata também à assistência de Michelle Moretzsohn e Eduardo Bizzo de Pinho Borges, bolsistas PNPd. Este trabalho, concluído com o exame do Substitutivo de autoria do Deputado Ciro Gomes, que altera a Lei nº 8.884/1994, foi motivado por participação da autora na Comissão Especial da Câmara dos Deputados criada com o objetivo de examinar os projetos que visavam aperfeiçoar o desenho institucional e de mecanismos do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Os erros e as omissões remanescentes são de minha exclusiva responsabilidade.

** Coordenadora de Estudos de Mercado e Regulação da Diretoria de Estudos Setoriais do Ipea/Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj).

Governo Federal

**Ministro de Estado Extraordinário
de Assuntos Estratégicos** – Roberto Mangabeira Unger

Secretaria de Assuntos Estratégicos



Fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente
Marcio Pochmann

Diretor de Administração e Finanças
Fernando Ferreira

Diretor de Estudos Macroeconômicos
João Sicsú

Diretor de Estudos Sociais
Jorge Abrahão de Castro

Diretora de Estudos Regionais e Urbanos
Liana Maria da Frota Carleial

Diretor de Estudos Setoriais
Márcio Wohlers de Almeida

Diretor de Cooperação e Desenvolvimento
Mário Lisboa Theodoro

Chefe de Gabinete
Persio Marco Antonio Davison

Assessor-Chefe da Assessoria de Imprensa
Estanislau Maria

Assessor-Chefe da Comunicação Institucional
Daniel Castro

URL: <http://www.ipea.gov.br>

Ouvidoria: <http://www.ipea.gov.br/ouvidoria>

ISSN 1415-4765

JEL K20, L40, N46

TEXTO PARA DISCUSSÃO

Publicação cujo objetivo é divulgar resultados de estudos direta ou indiretamente desenvolvidos pelo Ipea, os quais, por sua relevância, levam informações para profissionais especializados e estabelecem um espaço para sugestões.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e de inteira responsabilidade do(s) autor(es), não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou da Secretaria de Assuntos Estratégicos.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Este trabalho foi realizado no âmbito do Convênio com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal).

SUMÁRIO

SINOPSE

1 INTRODUÇÃO	7
2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E ECONOMIA DE MERCADO	9
3 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PREVENTIVA	10
4 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REPRESSIVA	11
5 AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	12
6 OPORTUNIDADE HISTÓRICA DE AVANÇO INSTITUCIONAL	17
7 CONCLUSÕES	21
REFERÊNCIAS	26

SINOPSE

O objetivo do trabalho é analisar a defesa da concorrência no Brasil após doze anos de aplicação da Lei nº 8.884/1994, que efetivamente a inaugurou. Para isso, inicia-se com uma abordagem histórica, expondo as principais premissas que norteiam o exercício dessa política pública. Busca-se identificar, utilizando dados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – como as condenações por setor econômico e decisões em atos de concentração e processos administrativos –, os principais obstáculos ao exercício eficaz da defesa da concorrência. Por fim, é ressaltado o momento oportuno de revisão do marco regulatório e explanados os principais pontos do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 3.937/2004 com essa finalidade.

ABSTRACT

The essay intends to analyze the competition policy in Brazil after twelve years of the Law n. 8.884/1994, which has effectively inaugurated it. Thus, it initiates with a historical approach, exposing the principal premises that guide this public policy exercise. Utilizing data from the Administrative Council for Economic Defense (Cade), such as condemnations per economic sector and decisions regarding merger and administrative proceedings, attempts to identify the principal obstacles to the effective competition exercise. Finally, is emphasized the convenient moment to review the regulatory framework and expounded the principal points of the Project of Law n. 3.937/2004, with this purpose.

1 INTRODUÇÃO

1.1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

A defesa da concorrência no Brasil encontra-se em momento de importância histórica, uma vez que há cerca de uma década trava-se discussão e constrói-se um consenso em torno da necessidade de aperfeiçoamento do marco regulatório que a constitui e, finalmente, em 2007 houve iniciativa do governo federal de incluir no Programa de Aceleração de Crescimento (PAC) projetos de lei visando criar um ambiente de estímulo ao investimento privado. Os dois projetos de lei existentes, o PL nº 5.877/2005 de iniciativa do executivo e o PL nº 3.937/2004 de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca, visando ao aperfeiçoamento do aparato institucional da defesa da concorrência no Brasil, foram apensados, e a comissão especial foi constituída para produzir uma proposta unificada.

Após um brevíssimo histórico da defesa da concorrência no Brasil e da apresentação dos principais aspectos conceituais e técnicos que conformam o exercício dessa política pública, será feito neste trabalho um diagnóstico dos resultados de doze anos de aplicação da Lei nº 8.884/1994, uma avaliação dos principais pontos a merecer aperfeiçoamento e uma análise do Substitutivo resultante do trabalho da comissão especial da câmara de deputados, de relatoria do deputado Ciro Gomes.

As origens da defesa da concorrência, ou antitruste, em sua denominação original, encontram-se no anseio da sociedade norte-americana de preservar os fundamentos da democracia – as liberdades individuais e econômicas. O senador John Sherman, no discurso de defesa do seu projeto de lei, em 1889, mencionava a preocupação com a concentração do poder econômico – que se evidenciava no fim de século XIX, com a constituição de grandes corporações, chamadas trustes à época – que poderia colocar em risco o equilíbrio de poderes e a própria essência da democracia representativa, discurso que soa atual até os dias de hoje.

Pouco a pouco, todas as economias de mercado adotaram legislações a exemplo da original norte-americana, marcos regulatórios que têm a função de proteger seus fundamentos. Nesse processo, houve duas ondas de expansão do antitruste pelo mundo: no imediato pós-guerra, durante a reconstrução européia e a formação do mercado comum, e após a queda do muro de Berlim, que possibilitou a adesão dos países do leste europeu à economia de mercado e à democracia e, paralelamente, as reformas liberais nos países da América Latina, das quais tomou parte a adoção de legislação antitruste (SALGADO, 1999).

No Brasil, a preocupação com o abuso do poder econômico é antiga, já estava presente durante o Estado Novo, pois desde essa época contava com um apaixonado defensor, Agamenon Magalhães, autor de todas as iniciativas legislativas na matéria, dos decretos-lei do tempo de Vargas, à inclusão, na Constituição de 1946 – em que atuou como deputado constituinte – da previsão legal para a repressão ao abuso do poder econômico, em termos que replicavam o art. 1º da Lei Sherman norte-americana. O projeto de lei que deveria regulamentar o dispositivo constitucional foi apresentado pelo deputado Agamenon Magalhães e tramitou por dezesseis anos no congresso, até ser promulgada a primeira lei antitruste brasileira, em 1962, a Lei nº

4.137 (SALGADO, 1997). A lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) como um tribunal administrativo inspirado no desenho norte-americano de agências, em particular da *Federal trade commission*, sua congênere naquele país.

A eficácia da Lei nº 4.137/1962 foi rigorosamente nula. Em três décadas de vigência (de 1962 a 1991), houve 117 casos que redundaram em condenações de práticas restritivas da concorrência, todas anuladas por decisões judiciais. A principal fragilidade da defesa da concorrência ao longo desse período era sua incompatibilidade, como instrumento de defesa do livre mercado, com um ambiente de economia comandada pelo estado. Enquanto sucessivos governos, entre 1968 e 1989,¹ comandavam verdadeiros cartéis, por meio dos mecanismos de controles de preços, além do direcionamento de investimentos e de produção por meio de instrumentos de política industrial e da proteção contra a concorrência internacional imposta por instrumentos de política comercial, o Cade cuidou, em seus 30 primeiros anos de vida, de 117 processos que resultaram em condenação, todas derrubadas por decisões judiciais (*Id.*, 1999).

Um novo ambiente institucional foi criado pela Constituição de 1988, que elevou a livre concorrência e a proteção ao consumidor a princípios da ordem econômica,² assim como reescreveu o artigo da Constituição democrática de 1946, determinando que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que objetive o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.³

No bojo das reformas liberalizantes do governo Collor, procurou-se dar nova dimensão à política de concorrência, partindo-se do diagnóstico de inoperância do Cade e da necessidade de trazer, para a esfera de governo, a condução da política de defesa da concorrência, sobretudo porque, naquele momento, entendia-se necessário conferir ao governo instrumentos para atuar contra eventual exercício abusivo de poder de mercado em substituição à mal fadada política de controle de preços. No âmbito dessas reformas, foi então instituída a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), posteriormente Secretaria de Direito Econômico (SDE) e editada medida provisória, posteriormente transformada na Lei nº 8.158/1991, definindo os procedimentos para a atuação da nova autoridade de defesa da concorrência e transferências de parte das competências e ativos do Cade para a SDE.

Tal experiência não logrou êxito, mas nova oportunidade histórica para o efetivo estabelecimento de uma política de defesa da concorrência surgiu com as reformas do governo Itamar, que culminaram na edição do Plano Real, em 1º de julho de 1994. Após rápida tramitação, foi promulgada lei a partir de anteprojeto de autoria do poder executivo, transformando o Cade em autarquia, conferindo mandato a seus membros, instituindo uma procuradoria para a defesa das decisões do Cade no judiciário, além de instrumentos para exercício efetivo da defesa da concorrência, como a previsão de notificação para aprovação pela autoridade de operações

1. O que abrange não apenas o regime autoritário como também a nova República, visto que a política estrita de controle de preços foi mantida até a primeira eleição direta para presidente da República.

2. Art. 170, cap. IV, Da ordem econômica.

3. Art. 143, § 4º da Constituição Federal.

redundando em concentração econômica, o instituto da medida preventiva e do compromisso de cessação de prática e o estabelecimento de punições rigorosas no caso de descumprimento da lei.⁴ A partir de então, pode-se de fato falar em defesa da concorrência no Brasil.

2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E ECONOMIA DE MERCADO

Economias de mercado caracterizam-se por um conflito entre legítima busca de lucro por parte dos agentes econômicos, visando posição de dominância ou monopólio, e concorrência, que sustenta e contradiz essa mesma dinâmica. A concorrência é um bem público e um “mal”, se vista da ótica privada, de onde a necessidade de tutela do estado em sua defesa, a menos em situações ideais em que os mercados funcionam perfeitamente e a compatibilidade entre interesses públicos e privados faz-se de forma natural, sem a interferência do poder público. No mundo real, como os mercados afastam-se do modelo de concorrência perfeita, a defesa da concorrência, como política pública, faz-se necessária a fim de garantir interesses difusos.

Uma política de defesa da concorrência bem desenhada dispõe de instrumentos que geram incentivos para que os agentes que se movem por comportamento estratégico escolham como melhor forma de suplantar a concorrência aquela que também atende aos objetivos da coletividade. Suplantar a concorrência, objetivo legítimo de todo agente econômico, é tarefa que se depara com dois modos alternativos: o modo virtuoso, por levar também ao aumento do bem-estar da coletividade, como investimentos em tecnologia e pesquisa, novos produtos e serviços, redução de custos, racionalização de uso de insumos e barateamento de preços, melhoria da qualidade de bens e serviços; e o modo vicioso, por gerar perdas de bem-estar, como conluio entre concorrentes para elevação de preços e de redução da produção, criação de dificuldades para concorrentes e entrantes no mercado e outras formas de práticas restritivas. Gerar incentivos para estimular a escolha pelo modo virtuoso de disputa no mercado, dissuadindo condutas geradoras de perdas de bem-estar, é o objetivo do desenho adequado de políticas de concorrência.

Autoridades antitrustes têm a seu encargo duas funções principais: a função preventiva, representada pelo “controle de estruturas” – a análise de operações de fusão aquisição ou alianças estratégicas entre empresas que levem ao aumento da concentração econômica e, portanto, a geração ou o reforço de posições de domínio de mercado –; e a função repressiva, “o controle de condutas”, que significa a detecção e a punição do abuso de posição dominante, exercido de forma individual ou coletiva.⁵

A estas duas funções clássicas pode-se adicionar a função educativa, de formação e aperfeiçoamento de uma cultura de respeito e fomento à concorrência, por meio de manifestações, opiniões, pareceres emitidos, sobretudo diante de outras políticas públicas que eventualmente tendam a entrar em conflito com a defesa da concorrência, como na área regulatória, de defesa comercial ou de políticas setoriais específicas.

4. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

5. No Brasil, o exercício dessas funções encontra-se representado, respectivamente, pela aplicação sistemática dos arts. 54 e 21 da Lei nº 8.884/1994.

3 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PREVENTIVA

Não se prevê a necessidade de submissão à análise de autoridades antitruste de fusões, aquisições ou acordos entre concorrentes por discricionariedade, e sim porque as falhas de mercado, que no mundo real afastam os mercados das condições de concorrência perfeita, geram condições e incentivos para a adoção, por parte de agentes que detêm poder de mercado, de práticas lesivas à concorrência. A concentração econômica propicia condições para a ocorrência de comportamento abusivo, gerando prejuízos ao consumidor. São duas essas fontes de prejuízo: efeitos coordenados (gerados por comportamentos colusivos) e efeitos unilaterais (gerados por abuso de posição dominante). A ocorrência de tais efeitos depende de condições estruturais: para efeitos coordenados, a presença de elevadas barreiras à entrada em mercados de produtos homogêneos com alta concentração; e para efeitos unilaterais, a eliminação da competição direta entre firmas, competição que disciplina mutuamente políticas de preços, inexistência de sinergias e de outros participantes ou entrantes potenciais capazes de disciplinar condutas de preços. São tais efeitos que a autoridade antitruste pretende evitar atuando preventivamente.

Contudo, empiricamente verifica-se que a grande maioria das operações são motivadas pelo acirramento da competição, por vezes em escala global, e visam reduzir custos, aumentar eficiência, aproveitar novas oportunidades de lucros, ou seja, são legítimas expressões da livre iniciativa. O comportamento abusivo não é o objetivo da maioria das operações de concentração econômica – de onde há necessidade de discriminar legítima busca de eficiência econômica da busca de poder econômico. Separar o “joio do trigo” é a complexa tarefa da autoridade antitruste no exercício da função preventiva.

A metodologia de análise de atos de concentração consagrada internacionalmente, consiste em seis passos:

1. Definição do mercado relevante;
2. Identificação dos participantes no mercado;
3. Cálculo da concentração no mercado;
4. Análise das condições de entrada;
5. Avaliação da possibilidade de ocorrência de efeitos anticompetitivos; e
6. Exame da ocorrência de eficiências compensadoras de danos à concorrência.

Existem três categorias de operações-atos de concentração:

1. Os que não afetam estruturalmente mercados, gerando maior concentração econômica;
2. Os que geram efeitos negativos sobre a concorrência que podem ser afastados ou neutralizados por medidas adotadas compensatórias; e
3. Os que afetam de forma tão negativa a estrutura de mercado, gerando incentivos e condições para práticas restritivas que, para proteger a concorrência, devem ser bloqueados.

Correspondem a estas três categorias de atos três tipos de decisão, que no Brasil assumem a forma de aprovação sem restrição, aprovação sob condições – sujeitas ao cumprimento de compromisso de desempenho ou desfazimento parcial da operação (venda de ativos específicos ou revisão de cláusulas contratuais) ou desaprovação. Há ainda outro recorte complementar entre atos de concentração: concentrações horizontais, envolvendo concorrentes em um mesmo mercado; e integrações verticais, reunindo diferentes elos de uma cadeia, entre produção e distribuição ao varejo.

4 O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO REPRESSIVA

No exercício da função repressiva, ou controle de condutas, por sua vez, a autoridade antitruste, da perspectiva econômica, pondera três aspectos: *i*) a existência de racionalidade na conduta denunciada ou cujos indícios são identificados; *ii*) os efeitos sobre o mercado consumidor; e *iii*) a geração de eficiências, compartilháveis com os consumidores, a partir da adoção da conduta em questão. O tratamento de condutas específicas varia conforme a tradição jurídica de cada país; contrastam, em particular, o tratamento de ilícito *per se* conferido nos Estados Unidos a condutas típicas de cartel ou determinadas imposições de restrições verticais, como fixação do preço de venda no varejo com o tratamento conferido a todas as práticas de acordo com a regra da razoabilidade pela União Européia e pelo Brasil.

A regra da razoabilidade implica analisar economicamente os aspectos mencionados anteriormente – racionalidade e efeitos das condutas –, que são freqüentemente ambíguos quando se está, por exemplo, diante de restrições verticais, como contratos de exclusividade, vendas em pacotes, restrições territoriais e discriminação de preços. Muitas vezes é necessária uma análise técnica cautelosa a fim de verificar os efeitos líquidos de perdas e ganhos para o mercado. Restrições verticais como as mencionadas, por um lado, podem ser respostas eficientes diante de imperfeições de mercado e, de outro, podem reduzir ou dificultar a concorrência.

Práticas de cartel, em contraste, não apresentam benefícios para a sociedade. Para as autoridades trata-se apenas de identificar a ocorrência do ilícito, determinar sua cessação e puni-la. Mesmo nessas condições, a análise econômica faz-se necessária, uma vez que convergências de condutas entre concorrentes, motivadas pelas condições de concentração, e adoção de conduta estratégica, podem ser indevidamente confundidas com práticas de cartel, em uma análise apressada.

Existe ainda um conjunto de condutas, denominadas predatórias, que vêm ganhando atenção na análise econômica e na jurisprudência internacional, na Europa e nas Américas. São exemplos de preços predatórios, adotados, sobretudo, por empresas que operam em diferentes mercados relevantes geográficos, por meio de mecanismos de discriminação de preços; expansão do portfólio de marcas, bloqueando a entrada em nichos de mercado por parte de concorrentes efetivos ou potenciais e seu acesso a canais de distribuição; e elevação de custos dos rivais, por meio, por exemplo, de contratos de exclusividade na distribuição.

No contexto brasileiro, caso identificada a prática abusiva, é determinada sua cessação seguida da adoção de punições administrativas como cerceamento de créditos de instituições bancárias federais, proibição de parcelamento de débitos fiscais e participação em licitações públicas, bem como é dada ciência ao Ministério Público, para que encaminhe na esfera criminal o tratamento do ilícito. Há ainda a

possibilidade, no curso do processo, de adoção de medida preventiva, equivalente a uma decisão liminar antes do exame do mérito e a proposição de um compromisso de cessação de prática.

Em casos de conduta concertada, há a possibilidade de acordo de leniência, proporcionando tratamento diferenciado, como redução de pena, a membros de um cartel que decidam colaborar com a investigação, estimulando, portanto, a defecção. Finalmente, o mais importante mecanismo dissuasório consiste na aplicação de multas administrativas, que variam de 1% a 30% do faturamento. O conjunto dessas medidas parece atender ao objetivo principal da função repressiva, que é desestimular futuras práticas, aumentando para o agente econômico o custo associado à sua adoção, em seu cálculo estratégico.

A tipificação de condutas pela lei brasileira atende a critérios econômicos e, a despeito da redação obsoleta de alguns tipos, como “açambarcamento de mercadorias” e “destruição de lavouras”,⁶ são perfeitamente redutíveis a tipos econômicos modernos, com os quais se pode utilizar técnicas contemporâneas de análise (SALGADO; ALVES, 2007), são elas:

1. Cartel, colusão ou coordenação;
2. Imposição de barreiras estratégicas ou predação; e
3. Restrições verticais.

5 AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A promulgação da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 inaugurou de fato, após inúmeras tentativas mal-sucedidas, a defesa da concorrência no Brasil. A nova lei de defesa da concorrência (anteriormente citada) estabeleceu medidas importantes para garantir o bom funcionamento do mercado, como o compromisso de cessação de prática, e fortaleceu o instituto da medida preventiva. A grande virtude desses instrumentos, em particular da medida preventiva, que funciona como uma espécie de liminar ou mandato de segurança concedido por um juiz, é a de permitir uma rápida intervenção para recuperar as condições de normalidade dos mercados, sem que seja necessário aguardar a conclusão dos processos, que demandam usualmente, por força das exigências da legalidade, vários anos.

Com a lei de defesa da concorrência, deu-se início ao processo de criação de autoridades independentes de acordo com o desenho de agências, transformando o Cade em autarquia e conferindo mandato a seus membros.⁷ Posteriormente, com as emendas constitucionais que abriram caminho para a privatização de serviços públicos, foram criadas as agências regulatórias, que vieram a consolidar essa nova forma de atuação do estado, por meio de organismos técnicos e desenhados de forma a reduzir o espaço de influência de interesses econômicos e políticos na regulação dos mercados (SALGADO, 2004).

6. Note-se que a atual tipificação replica aquela encontrada na antiga Lei nº 4.137/1962, que, por sua vez, foi originada do projeto de Agamenon Magalhães, dos anos 1940.

7. No exercício dos quais não podem ser afastados do cargo, a menos nas hipóteses previstas em lei e unicamente pelo Senado Federal – condenação penal transitada em julgado ou em processo disciplinar administrativo.

Um aspecto importante a ser destacado é que a lei expressamente não faz exceção a qualquer atividade econômica, incluindo como sujeitas à lei mesmo aquelas em regime de monopólio legal. Vale lembrar que antes das emendas constitucionais do ano de 1995, vários serviços públicos eram prestados de acordo com esse regime. Uma vez privatizados, permaneceram sujeitos à lei de defesa da concorrência. Assim, todos os setores regulados da economia, como os serviços públicos, estão também sujeitos à legislação de defesa da concorrência, o que traz à ordem do dia a necessidade de articulação entre as agências regulatórias e o Cade.

Finalmente, a nova legislação criou o compromisso de desempenho para atos de concentração, mediante o qual se viabilizou uma fórmula capaz de compatibilizar operações de fusão e aquisição, representando legítimos interesses de investimento privado, rentabilidade e busca de modernização e eficiência, com os objetivos da sociedade de manutenção do processo competitivo. Com o compromisso, na forma de um conjunto de condições e restrições, tornou-se possível aprovar operações de concentração econômica exigindo-se contrapartidas por parte das empresas envolvidas, de modo que neutralize o dano à concorrência e/ou obrigue o compartilhamento de benefícios – como a redução de custos de produção obtidos em maior escala – com os consumidores.

Passada mais de uma década de aplicação da legislação, estão hoje presentes elementos para uma avaliação dos resultados alcançados.

O tabela 1 descreve a evolução do tratamento de atos de concentração feitos pelo Cade, em que se destacam alguns aspectos. Em princípio, percebe-se uma evolução no tratamento, de rigorosa intervenção no primeiro ano, progredindo para um padrão de aprovação dos atos com restrições – com imposição de compromissos de desempenho, sobretudo –, período seguido de queda significativa da taxa de intervenção, inferior a 2% por alguns anos e elevação desta taxa a partir de 2004. As mudanças no padrão de intervenção refletem em boa parte alterações na composição do Cade – considerando os mandatos para os membros do Conselho de apenas dois anos –, a par da maior ocorrência em determinados períodos de grandes operações de fusões e aquisições, fenômeno econômico por si exógeno à dinâmica institucional do Conselho.

TABELA 1

Tipo de decisão em atos de concentração (em %)												
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Aprovado sem restrições	0,00	56,52	48,15	80,43	92,36	93,36	93,67	97,06	93,15	98,58	92,89	90,31
Aprovado com restrições	60,00	21,74	33,33	17,39	3,47	2,65	2,88	1,90	1,76	1,42	6,95	9,69
Não aprovados	40,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,16	0,00
Outros	0,00	21,74	18,52	2,17	4,17	3,98	3,45	1,04	5,09	0,00	0,00	0,00

Fonte: De 1994 a 2002, Salgado (2004); de 2003 a 2004, OCDE (2005); e para 2005, Cade (2006).

Elaboração da autora.

É interessante comparar a taxa de intervenção observada no Brasil, sobretudo na proporção de atos bloqueados, rigorosamente insignificante, com o número de intervenções estruturais – determinação de desfazimento total ou parcial de operações observado em outras jurisdições. Clark (2000) indica que a média de intervenções desse porte nos países da OCDE é da ordem de 5%, proporção que se mantém constante ao longo do tempo, o que contrasta com os indicadores brasileiros.

Parte da explicação para o baixo grau de intervenção estrutural em operações no Brasil está na dificuldade de atuação preventiva do Cade, quando a lei não prevê a análise das operações e estabelece um tortuoso caminho burocrático percorrido pelas operações até que finalmente cheguem ao escrutínio do Conselho.⁸

Em que pese o entendimento, apoiado nos ensinamentos econômicos e na boa prática do antitruste mundo afora, de que apenas pequena parcela de atos de concentração de fato gera danos à concorrência e, portanto, merece tratamento mais rigoroso, inclusive a desaprovação, contrasta com a experiência internacional a revelação de que, sistematicamente, ao longo de mais de uma década, houve poucas proibições de atos de concentração pelas autoridades brasileiras e variou de forma muito significativa a imposição de restrições nesse mesmo tempo. Note-se que o aumento da taxa de intervenção observado no período mais recente reflete também a introdução de procedimento inovativo denominado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro), em que integrantes de ato de concentração que levantam preocupações antitrustes comprometem-se a aguardar decisão final do Cade, eventualmente pelo desfazimento da operação, mantendo independência na sua atuação no mercado.

O diagnóstico que formou, na última década, um dos poucos consensos em política pública, da necessidade de simplificação dos procedimentos burocráticos da defesa da concorrência no país e da instituição da notificação prévia, encontra amparo na descrição proporcionada pela tabela 1.

Quanto ao exercício da função repressiva, a tabela 2 traz a evolução das decisões do Cade ao longo do mesmo período, de 1994 a 2005.

TABELA 2

Número de PAs julgados por tipo de decisão – 1994-2005

Ano	Arquivado	% do total	Condenado	% do total	Outros*	% do total	Total
1994	2	20	4	40	4	40	10
1995	1	33	1	33	1	33	3
1996	72	74	22	23	3	3	97
1997	438	98	2	0	6	1	446
1998	76	87	9	10	2	2	87
1999	50	64	26	33	2	3	78
2000	24	62	13	33	2	5	39
2001	17	50	14	41	3	9	34
2002	18	55	12	36	3	9	33
2003	10	48	11	52	0	0	21
2004	21	50	20	48	1	2	42
2005	37	59	26	41	0	0	63
Total	766	80	160	17	27	3	953

Fonte: Cade. *Apud.* Salgado e Alves (2007).

Obs.: *Compreende casos que foram devolvidos à SDE para continuidade das investigações, extintos sem julgamento de mérito, entre outros.

O grande número de processos arquivados em 1997, assim como a quantidade elevada de julgados entre 1996 e 1999, boa parte resultando em arquivamento, contam um pouco a história da construção da defesa da concorrência no Brasil. As cifras revelam um aspecto relevante da aplicação da lei nesse período: trata-se da

8. Até chegar à mesa para decisão feita pelo plenário do Cade, atos de concentração percorrem longa trajetória, passando pelo exame por parte da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae) e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), recebendo ainda pareceres da Procuradoria do Cade e mesmo do representante do Ministério Público que atua junto ao Conselho.

resolução do passivo de inúmeros casos sem mérito abertos no início dos anos 1990, quando ainda era grande a confusão entre antitruste e aumento de preços. A recém-criada SDE recebia um sem-número de denúncias de aumentos de preços ou mesmo de ofício dava início a investigações sem maior critério. Outro aspecto que marca essa época é o julgamento de casos acumulados nos anos anteriores, quando era baixa a qualidade da investigação e da instrução dos processos (SALGADO, 2004).

Assim, 1997 caracterizou-se como um ano em que foram arquivados mais de 90% dos casos em decisões de julgamento, em função das duas razões apontadas. Em 1998, foi ainda significativo o percentual dos casos levados a julgamento que foram arquivados: 87,21%. Esse cenário sofreu mudança com a edição da Resolução nº 20 do Cade em 1999, que definiu procedimentos técnicos para a instrução de processos de conduta anticompetitiva. A partir daí, verificou-se uma inflexão na tendência ao arquivamento de casos, uma vez que aumentou a qualidade da investigação, processo este reforçado pelo próprio acúmulo de experiência e de aprendizado do corpo técnico das autoridades de concorrência na aplicação da lei. Observe-se também que a redução do número de casos julgados em anos mais recentes até 2003 reflete a restrição de recursos de que dispunha a investigação, o que obrigou a SDE a concentrar esforços em torno de um número reduzido de processos (*Ibidem*). Nova inflexão observa-se a partir de 2004, fruto dos esforços internos da Secretaria de utilização mais eficiente de seus recursos e também da parceria consolidada, para fins de investigação, com o Ministério Público e a Polícia Federal.

A atual ênfase na investigação para combate aos cartéis, presente no discurso de autoridades de defesa da concorrência desde o fim dos anos 1990 e início da atual década, é um importante sinal de que muito se avançou na construção de uma cultura da concorrência, como conjunto de valores e de regras a serem preservados no mercado. Tal ênfase finalmente substituiu a confusão de décadas entre controle de preços e antitruste. Note-se que existe uma tendência mundial dos governos darem mais atenção ao problema dos cartéis. Como lembra Clark (*op. cit.*), vários países da OCDE têm reforçado suas políticas anticartéis nos últimos anos, com iniciativas para aperfeiçoar legislações, ampliando sanções e criando novos instrumentos para detecção de cartéis, como os programas de leniência (ou anistia).⁹ Tais programas consistem em estímulos para que um participante de um cartel colabore com as investigações fornecendo evidências em troca da anistia para as infrações cometidas.

O tabela 3 apresenta a relação de processos condenados por setor econômico. Salta aos olhos a predominância de segmentos do setor de serviços entre os casos condenados. Ainda, parte significativa dessas condenações envolve algum tipo de prática de cartel, ajuste entre concorrentes e criação coordenada de dificuldades à entrada de concorrentes.¹⁰

9. O primeiro programa de leniência foi adotado nos Estados Unidos em 1993. A lei antitruste brasileira (Lei nº 8.884/1994) foi alterada pela Medida Provisória nº 2.055/2000 (convertida posteriormente na Lei nº 10.149/2000) para incluir um programa desta natureza. A mesma medida provisória instituiu instrumentos para obtenção de provas e conferiu maiores poderes de investigação à SDE e à Seae.

10. Destaque-se a presença de sessenta casos de adoção de tabelas uniformizadoras de condutas em serviços médicos e os, respectivamente, nove, cinco e três casos em revenda e em produção de GLP e combustíveis, serviços de transporte e serviços de armazenagem.

TABELA 3

Condenações* (1994-2005) por setor econômico

Mercados/setores	Nº de condenações
Serviços	
Serviços médicos e de saúde	116
Revenda e produção de GLP e combustíveis	9
Serviços de transporte	5
Serviços diversos	5
Serviços de armazenagem	3
Serviços e produtos de informática e de tecnologia	3
Telecomunicações e canais de comunicação	3
Shopping centers	2
Subtotal	146
Produtos industriais	
Produtos siderúrgicos	2
Química inorgânica	2
Farmacêutica	2
Fumo	1
Alimentação	1
Indústria naval	1
Minerais não-metálicos	1
Agroindústria	1
Outros	1
Subtotal	12
Total	158

Fonte: Relatórios do Cade e votos dos relatores. *Apud*: Salgado e Alves (2007).

Obs.: *Em processos administrativos de apuração de ilícitos contra a concorrência.

Seria apressado concluir dos dados apresentados que tais práticas ocorrem com mais frequência em segmentos de serviço; mais razoável seria atribuir a predominância do setor serviços à maior facilidade de investigação de condutas nos segmentos que o compõe. Assim, um aperfeiçoamento do instrumental investigatório, associado ao reforço de mecanismos de dissuasão para a adoção de condutas lesivas da concorrência, como acordos de leniência, pode vir futuramente a alterar esse tabela.

A análise da aplicação da lei de defesa da concorrência desde o início de sua vigência reforça um dos poucos consensos em política pública hoje consolidados no Brasil, em torno da necessidade de simplificação e racionalização da burocracia e dos procedimentos que cercam a defesa da concorrência no Brasil. Existe hoje uma superposição de três órgãos de dois diferentes ministérios, que a despeito dos esforços pessoais de seus titulares e técnicos para articular e coordenar atividades, é fator que impõe onerosa carga tanto aos administrados como aos contribuintes. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) justapõem-se como entes que realizam investigações e emitem pareceres, trabalho a que muitas vezes sobrepõe-se o realizado no âmbito do Cade. Agentes econômicos integrantes de atos de concentração ou investigados em processos precisam dirigir-se às três instâncias, o que evidentemente eleva custos e protela o resultado final, a decisão por parte do plenário do Cade. A unificação dessa complexa rede institucional em uma única autoridade é medida forçosa, se de fato deseja-se enfrentar o desafio de simplificar e racionalizar o sistema.

São três os principais obstáculos identificados para o exercício eficaz da defesa da concorrência, a saber:

1. Conta-se hoje com um desenho institucional falho, fruto de processo histórico concluído, indicando a necessidade de unificação da autoridade antitruste e a simplificação de seus procedimentos;
2. É indispensável, como de resto para o bom funcionamento de qualquer ente regulatório especializado, a criação de corpo técnico qualificado e na dimensão requerida pela importância da política pública; e
3. A eficácia da defesa da concorrência depende de agilidade no exercício da função preventiva e de credibilidade no exercício da função repressiva.

6 OPORTUNIDADE HISTÓRICA DE AVANÇO INSTITUCIONAL

Assim como ocorreu com outros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, propostas de alteração da Lei nº 8.884/1994,¹¹ visando aperfeiçoar os mecanismos de defesa da concorrência, foram incluídas, em janeiro de 2007, no PAC pelo governo federal. Em abril deste ano, o legislativo instituiu na câmara dos deputados comissão especial para examinar os projetos, para a qual foi designado relator o deputado Ciro Gomes. Surgiu, portanto, o momento para consolidar a experiência acumulada e consensos construídos no debate. O eixo da reforma consiste em unificar em uma entidade as funções da autoridade antitruste, superando o desenho institucional multifacetado e gerador de ineficiência, representado pelo chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado por Seae, SDE e Cade. Certamente, pela expertise acumulada no exercício de suas atribuições, a Seae continuará a exercer, mesmo deixando de participar, por meio da confecção de pareceres, das funções de controle de estruturas e de condutas, a importante função de advogada da concorrência, sobretudo em setores regulados. Nestes, é proveitosa a colaboração com as agências regulatórias, para que bem equilibrem as necessidades de investimento privado e concorrência, em benefício da eficiência econômica e do bem-estar dos consumidores. A criação de um departamento econômico no âmbito do Cade é medida esperada para conferir racionalidade ao desenho institucional da autoridade antitruste brasileira.

Tal eixo é reforçado pela inclusão de mecanismos que instituem a notificação prévia de fusões, aquisições, alianças e empreendimentos conjuntos (atos de concentração), reduzem o número de casos submetidos à autorização do Cade e fortalecem os mecanismos de investigação e a autonomia decisória do órgão ampliando o mandato dos membros do tribunal¹² (ou conselho), como também conferindo mandato ao superintendente-geral, que chefia o braço regulatório da autoridade, em substituição ao secretário de direito econômico – cargo até o presente da estrutura do Ministério da Justiça. Ainda, fortalecem-se os mecanismos para estímulos a acordos de cessação de prática e leniência, medidas essenciais para alterar o cálculo estratégico envolvido, como se mencionou anteriormente, na decisão do agente sobre que conduta adotar, se virtuosa ou viciosa, para suplantar a concorrência.

11. São eles: o PL nº 3.937/2004, de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca e o PL nº 5.877/2005, do executivo, apensado ao primeiro.

12. Nas propostas em questão é mantida a denominação Cade para a autoridade antitruste brasileira e denominado Tribunal o colégio de membros do atual conselho.

A autonomia em relação a pressões de natureza política e econômica, assim como a segurança jurídica para o administrado, será reforçada com a ampliação dos mandatos dos membros do Cade e a conferência de mandato também ao titular do cargo hoje correspondente ao secretário da SDE,¹³ o estabelecimento de regras de não-coincidência de mandatos e de não-vacância de cargos diretivos, problemas hoje identificados no atual desenho institucional.

A ampliação dos mandatos de membros do Cade para quatro anos, sem recondução, medida fundamental para elevar a segurança jurídica da coletividade, deveria ser prevista também para o superintendente-geral, com o intuito de garantir a ele o total isolamento de pressões políticas e econômicas sobre suas atividades e decisões. Ainda para reforçar a segurança jurídica, substituição escalonada dos membros do Cade, com a instituição de mandatos iniciais de duração variada, é importante para conferir maior suavidade às mudanças no entendimento do órgão traduzidas na jurisprudência.

Para reforçar a autonomia decisória e o fortalecimento institucional, seria necessário atribuir mais importância à quarentena a ser cumprida por aqueles que deixam de ocupar postos na entidade.¹⁴ A quarentena para os membros do tribunal deve ser longa – 180 dias¹⁵ é o mínimo que se pode conceber para assegurar que não recaia qualquer suspeita de ação ou intenção de advocacia administrativa em ulteriores atividades profissionais dos antigos membros do Cade. Tal quarentena deveria ser legalmente prevista também para o superintendente-geral, assim como para o chefe do departamento de estudos econômicos. Na mesma linha, a quarentena deveria ser extensiva a todos os cargos técnicos de gerência e direção, correspondente a noventa dias, de sorte a aumentar a independência do corpo técnico, reduzindo sua atração pelos interesses privados, ao elevar os custos envolvidos na cooptação de tabelas treinados pela administração pública para o exercício de funções em favor da coletividade. Lembre-se que, quanto mais qualificados forem os tabelas técnicos do futuro Cade, objetivo que se persegue, maiores serão os incentivos privados para recrutá-los, na ausência de salvaguardas como a quarentena não remunerada.

Ainda para garantir a autonomia do Cade e o bom cumprimento de suas funções, é importante a inclusão de regras para evitar a vacância de cargos, fenômeno que leva à paralisia de órgãos colegiados como o Cade.¹⁶ Fórmulas alternativas poderiam ser adotadas, como a determinação legal de que o executivo indicasse, com antecedência de seis meses, substituto para membro do tribunal ou da superintendência e que a sabatina do substituto ocorresse até três meses antes do término do mandato do titular em questão – que, caso não cumprida tal determinação legal, a prerrogativa de indicação fosse transferida ao Congresso Nacional.¹⁷ Ou ainda, que substituto temporário fosse indicado entre os funcionários do próprio Cade, tudo para que eventual vacância de cargos não viesse a resultar em interrupção dos processos decisórios do órgão, em prejuízo da coletividade.

13. O de superintendente-geral.

14. Quarentena não remunerada e específica para o exercício de atividades profissionais associadas às competências do Cade.

15. Uma quarentena voluntária de 180 dias foi instituída pelo Código de Ética do Cade ainda em 1998 e esse precedente deveria ser observado.

16. Problema que recorrentemente tem sido enfrentado por agências regulatórias.

17. À comissão de assuntos econômicos do Senado, que sabatina os candidatos.

Espera-se que importante regra de desenho institucional seja incluída, que mandatos do presidente do Cade e do superintendente-geral não sejam coincidentes com o do presidente da República, de sorte a garantir de forma definitiva a autonomia técnica da condução das decisões tomadas no âmbito do órgão.

É consensual a necessidade de se instituir a notificação prévia de atos de concentração, assim como esclarecer, tal como propõe ambos os projetos de lei, que tipos de “atos e contratos” devem ser considerados como atos de concentração.¹⁸ Entretanto, o objetivo de simplificação do exercício da função preventiva do abuso do poder econômico por parte do Cade não pode se dar em detrimento do alcance da lei. Tampouco a escassez de recursos administrativos deve ser motivo para a redução artificial do escopo de operações econômicas que resultam em concentração econômica sujeitas à lei. Por essa razão, é fundamental não instituir por lei o salvo-conduto às operações realizadas em escala global, por grandes grupos internacionais, que podem alterar a dinâmica da concorrência em mercados brasileiros, no curso de seus processos de aquisição. A elevação ao *status* de previsão legal do entendimento inscrito atualmente em súmula do Cade de que apenas o faturamento realizado no Brasil deve ser considerado como critério de submissão à lei de operações de concentração implicará justamente tal instituição de salvaguardas às operações realizadas em escala global por grupos ainda não participantes do mercado brasileiro. Por isso, seria importante manter o entendimento legal de que o faturamento a ser considerado – indicador da existência ou não de poder de mercado – para efeito de critério de submissão de operações ao crivo do Cade, é do grupo adquirente, independentemente de ter sido ou não realizado em território nacional.¹⁹

Como já observado, empiricamente verifica-se que a grande maioria das operações é motivada pelo acirramento da competição, por vezes em escala global. Tais operações visam reduzir custos, aumentar a eficiência dos negócios, aproveitar novas oportunidades de lucros, ou seja, são legítimas expressões da livre iniciativa. Separar o joio (operações que resultam em danos à concorrência) do trigo (operações que tornam mais dinâmico o ambiente econômico) é a complexa tarefa do Cade no exercício de sua função preventiva.

Conforme mencionado, existem três categorias de atos de concentração,²⁰ dentre os que são submetidos à apreciação do Cade: *i*) os que não apresentam sobreposição horizontal ou vertical em mercados, ou que tal sobreposição é ligeira o bastante para não resultar em alteração da dinâmica concorrencial; *ii*) os que afetam negativamente a concorrência, mas cujos efeitos negativos podem ser afastados ou neutralizados por medidas adotadas pelo Cade; e *iii*) os que de tal modo ofendem a concorrência que não podem ser autorizados pelo Cade.

Assim, para atender aos objetivos de simplificação e de racionalização da análise, reduzindo custos para o administrado e o contribuinte, bem como aumentando a segurança jurídica dos negócios, é necessário que a nova lei institua, no âmbito da notificação prévia, filtros para identificação de complexidade da análise, com prazos

18. Redação do § 3º do art. 88 do PL nº 3.937/2004.

19. É certo que se reduziu significativamente o trabalho do Cade após a instituição em plenário desse entendimento; tal “solução” alcançada pelo problema representado pela escassez de recursos do órgão, contudo, implicou a redução do alcance da legislação antitruste, sem que tenham sido constatados benefícios para a coletividade.

20. Fusões, aquisições, contratos de fornecimento ou distribuição, acordos entre concorrentes são os contratos mais freqüentemente examinados pelo Cade.

definidos de forma clara. Como sugestão, o rito sumário, instituído de maneira infralegal por SDE, Seae e Cade, seria alçado à lei e concluído em até trinta dias. Àqueles casos que, por não configurarem a primeira categoria antes descrita demandassem maior exame passariam por uma avaliação cuja duração total não deveria exceder sessenta dias;²¹ se esse exame não levantar preocupações antitruste, o ato seria automaticamente aprovado. No entanto, caso fossem levantadas preocupações, as requerentes seriam orientadas a aguardar conclusão do Cade, em até 180 dias.²² Ao aproximar-se do fim do prazo, se houver necessidade de um tempo adicional para a análise e de sorte a reduzir incentivos ao comportamento estratégico de parte das requerentes de sonegar informações ou de apresentar grande volume delas ao findar o prazo, o Cade comunicaria, em plenário, decisão fundamentada sobre necessidade de instrução suplementar, determinando o retorno dos autos à superintendência. Assim, estaria instituído o filtro pelo qual operações envolvendo danos à concorrência, que não representam, no Brasil ou no exterior, mais que 5% dos atos examinados, seriam tratados com o cuidado devido, enquanto a celeridade no tratamento estaria garantida à grande maioria das operações.

Conforme previsto nos projetos de lei objeto de exame pela comissão especial, a lei esclareceria que os atos de concentração não podem ser consumados previamente à manifestação do Cade ou decurso do prazo legal de análise.²³

Toda ênfase é pouca para destacar a importância de se evitar que o esforço de simplificação de critérios e de procedimentos gere efeitos perversos. Nesta perspectiva, destaca-se que critérios para notificação de operações com base apenas no faturamento das requerentes excluirão do controle prévio²⁴ concentrações em mercados relevantes de dimensão econômica modesta, embora cruciais para o bem-estar dos consumidores. Mercados relevantes por vezes apresentam proporções econômicas pequenas e dimensões geográficas também reduzidas.²⁵ Concentrações realizadas em mercados dessa natureza estariam fora do alcance da lei de defesa da concorrência, deixando os consumidores à mercê da concentração do poder econômico. Sugere-se, alternativamente, que o parâmetro de indicação de poder de mercado retorne ao nível originalmente definido pelo Congresso Nacional quando da promulgação da Lei nº 8.884, em 11 de junho de 1994,²⁶ de 30% para a empresa adquirente que, ao adquirir outro negócio, tenderia a aproximar-se – senão superar – da marca de um terço de controle do mercado.

A eficácia da função repressiva da legislação antitruste depende da credibilidade²⁷ e do rigor das punições. Lembre-se ainda que o principal objetivo da repressão a práticas lesivas à concorrência é dissuadir sua adoção. Assim, a manutenção do critério para

21. Seriam casos identificados na segunda categoria de atos, tal como descrita anteriormente.

22. Mais 120 dias, portanto, a partir dos decorridos sessenta dias.

23. Conforme redação do § 3º do art. 88 do PL nº 3.937/2004.

24. Ou seja, do desempenho da função preventiva do Cade de exercício abusivo do poder econômico.

25. Basta imaginarem-se as conseqüências para o bem-estar dos consumidores de eventual concentração elevada de atividades como comércio de medicamentos, alimentos e combustíveis, de importância vital para populações localizadas em espaços geográficos circunscritos.

26. Com base na jurisprudência internacional, o anteprojeto incluía, em 1993, o parâmetro de 40% de participação de mercado, percentual que foi reduzido para 30% pelo Congresso quando da promulgação da lei e, no mês seguinte, por medida provisória, foi instituído o percentual de 20%, tido pela experiência antitruste como muito reduzido para indicar existência de poder de mercado.

27. Que, por sua vez, depende da qualidade da investigação e da execução das condenações.

imposição de multa correspondente a percentual de 1% a 30% do faturamento da parte representada é fundamental para dissuadir a adoção de práticas infrativas. As propostas constantes de ambos os projetos de lei, de instituir um valor em reais mínimo e máximo, a serem eventualmente corrigidos, seja por portaria interministerial²⁸ seja por decreto presidencial,²⁹ podem levar a que, no cálculo do custo e benefício de adoção de prática infrativa para grupos empresariais de grande porte, esta ainda pareça lucrativa. No entanto, de modo que respeite o princípio da proporcionalidade da punição, é fundamental indicar que o faturamento sobre o qual será calculada a multa deverá ser o correspondente ao mercado relevante no qual o ilícito foi identificado.

Finalmente, os acordos de leniência deveriam ser aperfeiçoados de sorte a refletir ao máximo o objetivo de afetar o comportamento estratégico dos agentes, incentivando-os ao retorno a condutas compatíveis com o marco legal das economias de mercado. Para melhor atender aos objetivos de cessação de práticas lesivas e ao retorno às condições de funcionamento normal dos mercados, a lei não deve excluir da possibilidade de leniência os líderes de mercado, ao tempo em que deve prever cominação de multa – de modo que não incentive perversamente a adoção temporária de comportamento lesivo – e determinar a adoção de programa de *compliance*.³⁰

7 CONCLUSÕES

7.1 O SUBSTITUTIVO AOS PROJETOS DE LEI E PERSPECTIVAS

Recentemente, foi concluído e apresentado à comissão especial o Substitutivo de autoria do relator e deputado Ciro Gomes, para discussão e apresentação de emendas. O Substitutivo atende às expectativas de que se abriria caminho para o aperfeiçoamento do desenho institucional e do instrumental regulatório hoje vigente para a defesa da concorrência no país. Ele agrega objetividade e clareza aos projetos de reforma legal e desde já é um marco no aumento da segurança jurídica nos mercados e da eficácia e eficiência no exercício da defesa da concorrência.

O Substitutivo enfrenta todos os pontos em discussão para o aperfeiçoamento desse marco regulatório e apresenta solução para os principais deles, tais como: a unificação da autoridade antitruste; a racionalização de procedimentos para a análise de atos de concentração, de modo que garanta tratamento célere tanto a atos simples como complexos;³¹ a instituição da notificação prévia; a definição mais precisa de procedimentos envolvendo investigação de condutas; o afastamento da

28. PL nº 5.877/2005.

29. PL nº 3.937/2004.

30. Programas de comprometimento da empresa e de seus executivos e funcionários com a adoção de condutas estritamente condizentes com a lei de defesa da concorrência.

31. Os prazos para análise previstos pelo PL nº 5.877/2005 careciam de clareza, e a previsão de aprovação por decurso de prazo, instituída pelo PL nº 3.937/2004, deixava de incorporar salvaguardas contra eventuais comportamentos estratégicos por parte dos agentes econômicos, como a apresentação, ao findar do prazo legal, de informações relevantes, pareceres e trabalhos técnicos, inviabilizando a adequada tomada de decisão por parte da autoridade. A ausência de salvaguardas para condutas estratégicas como a descrita – o que deve ser esperado de parte de agentes racionais em ambiente de mercado – também é problema que se apresentava no projeto de lei do governo. O Substitutivo cumpriu a função de rever toda a redação legal dos prazos a ser cumpridos em cada uma das fases do exame de atos de concentração, tornando mais claro para o administrado o fluxograma a ser percorrido no trâmite administrativo.

previsão de exame pelo Ministério Público dos processos em curso, no âmbito do Cade;³² o aperfeiçoamento de institutos como acordos de leniência; e a manutenção de multas como proporção do faturamento. Estes são avanços na proposta de texto legal que merecem destaque.

Apenas alguns poucos pontos do Substitutivo mereceriam revisão, para que os objetivos de aperfeiçoamento do aparato institucional em exame venham a se concretizar de forma plena.

No art. 8º, § 1º, lê-se que a quarentena a que devem se submeter os membros do Tribunal, uma vez encerrados seus mandatos, seja de 120 dias. Vale reforçar o argumento, o qual foi apresentado, de que a previsão seja de 180 dias, tal como previsto hoje no Código de Ética do Cade,³³ período mínimo para que informações detidas por membros do Conselho percam importância estratégica. A previsão de quarentena é também uma proteção para os próprios ex-integrantes do órgão, uma vez que afasta suspeitas de ação ou intenção de advocacia administrativa em suas ulteriores atividades profissionais.

32. No PL de autoria do executivo, ia de encontro ao objetivo de simplificação e de racionalização da política de defesa da concorrência a inclusão expressa no projeto de lei do papel a ser exercido, em todos os processos no Cade, por parte do Ministério Público Federal (MPF). Vale lembrar, que a Lei Complementar nº 75/1983 confere, por sua vez, ao MPF poderes para atuar diante de qualquer Tribunal e examinar quaisquer processos, além dos poderes específicos que a mesma lei lhe confere para atuar em favor dos direitos difusos de qualquer natureza – como o de livre concorrência, conforme se vê:

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

VI - ingressar e transitar livremente:

a) nas salas de sessões de Tribunais, mesmo além dos limites que separam a parte reservada aos Magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, escritórios da justiça, inclusive dos registros públicos, delegacias de polícia e estabelecimento de internação coletiva;

c) em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio;

VII - examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

[...]

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

[...]

c) à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; OU

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

[...]

e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

Ou também:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XIV - promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto:

[...] b) à ordem econômica e financeira

[...] Assim, prever que representante do Ministério Público deveria intervir em todos os processos em andamento no Cade inviabilizaria o alcance do objetivo de dar celeridade ao andamento dos processos e aumentar a segurança jurídica dos administrados, sem ganhos para a coletividade, visto que as competências do MPF já lhe conferem todas as condições para atuar em defesa dos interesses difusos, sempre que tal se fizer pertinente.

33. Resolução nº 16 de 9 de setembro de 1998.

Uma mudança significativa introduzida no Substitutivo em relação aos projetos anteriores foi a extensão da quarentena de 120 dias ao superintendente-geral, ao procurador-geral e ao chefe do departamento econômico. O instituto da quarentena consiste em mecanismo fundamental para garantir o isolamento dos ocupantes de cargos públicos em relação ao eventual assédio após sua saída do cargo. A extensão do instituto a cargos de gerência e de direção aumenta a independência do corpo técnico, o que reduz sua atração pelos interesses privados, eleva custos de cooptação e garante que o esforço e os recursos públicos envolvidos no treinamento de funcionários dêem-se em benefício exclusivamente da coletividade.

Mereceria reflexão adicional à manutenção da proposta de um mandato menor (de apenas dois anos) e com previsão de recondução para o cargo de superintendente-geral (art. 12, § 2º), uma vez que há um consenso construído em torno da necessidade de homogeneização de mandatos e da perda relativa de autonomia política ao fim do primeiro mandato, diante da perspectiva de recondução.

No art. 19, as competências previstas para Seae no âmbito da lei de defesa da concorrência são redundantes com suas funções no Ministério da Fazenda, mas também não prejudicam, visto que não se prevê prazos adicionais para pareceres proferidos por essa secretaria tampouco se prevê obrigação para sua confecção. O artigo consolida o papel da Seae como “advogada da concorrência” e nesse sentido homenageia o papel cumprido por ente de governo. Sabiamente, foi evitada redação legal que conferisse papel adicional à Seae como autoridade antitruste e, com isso, afastou-se a temida possibilidade de perpetuação da ineficiência institucional hoje vigente. Contudo, parece ter passado despercebido, no capítulo que trata das disposições transitórias, o art. 123, que estabelece a divisão de 200 cargos a serem criados entre Cade e Seae. Ora, tal divisão não faz sentido técnico, uma vez que as funções de acompanhamento econômico na área de concorrência a serem desempenhadas por Seae devem ser exercidas com base em seus recursos, e não à custa da redução de pessoal especializado que tanto requerem as funções de investigação, análise econômica e decisão a serem desempenhadas pelo Cade. A supressão da menção à divisão de cargos entre Seae e Cade afastaria essa distorção.

Outro avanço no texto do Substitutivo em relação aos projetos anteriores foi a manutenção da presunção de posição dominante como participação de mercado.³⁴ A redação anterior, que previa a presunção de posição dominante exclusivamente como função de capacidade de empresas ou de grupo de empresas alterarem unilateralmente condições de mercado, sem indicação objetiva de um percentual de participação de mercado, poderia aumentar a incerteza jurídica e afetar negativamente a boa aplicação da lei. A previsão de um percentual, tal como está no Substitutivo, não constitui medida arbitrária e sim fornece um parâmetro objetivo para a própria condução dos agentes econômicos de suas atividades no mercado.

As multas previstas nos arts. 39, 40 e 41 para casos de continuidade da infração, recusa, retardamento ou omissão na prestação de informações e falta injustificada foram reduzidas em relação aos valores monetários vigentes desde 1994, o que

34. Art. 36 § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

implica dizer que foram significativamente reduzidas em termos reais. Para garantir que se atinja o objetivo de coibir as referidas condutas, seria necessário corrigir monetariamente os valores previstos já passados treze anos, entretanto, criam-se incentivos perversos ao descumprimento da lei.

Merecem revisão os prazos previstos nos arts. 58 e 59, pois não há esclarecimento quanto ao fato se correm ou não simultaneamente. Pareceu ser a intenção contrária, o que faria sentido técnico, mais um motivo para a revisão desse ponto.

Prevê-se no § 4º, do art. 65, punição à litigância de má-fé, mas não há indicação sobre qual será o processo condenatório. Se estiver previsto em outro diploma legal, seria conveniente essa remissão.³⁵

Outro ponto importante refere-se à estrutura de cargos e de carreiras da nova instituição. Será uma perda de oportunidade irreparável quando, no momento em que se revisa a estrutura institucional da defesa da concorrência no país, deixa-se de criar carreira de técnicos especialistas na matéria, bastante complexa e cuja teoria e prática já se encontram bastante desenvolvida. O projeto prevê, em seu art. 123, a criação de 200 cargos de gestores, não especialistas, na contracorrente da criação de carreiras técnicas, como é fato em todas as agências a órgãos típicos de estado, um dos principais fatores associados ao aumento de eficácia e eficiência do aparelho do estado. O recomendável seria que, a exemplo do que vem se passando em todas as agências, fosse criado um tabela técnico especializado em defesa da concorrência, para o qual são criadas 200 vagas.

Ainda quando se trata da estrutura de outros cargos comissionados repete-se o mesmo padrão – quando o recomendável seria a criação de estrutura própria de cargos de chefia e de coordenação, nos moldes do que existe hoje nas agências regulatórias. No entanto, reproduzindo a estrutura de cargos da administração direta, a nova instituição de defesa da concorrência corre o risco de tornar-se um órgão de “segunda linha” diante dos órgãos congêneres – agências regulatórias – além de estar sujeita às regras ditadas pelo executivo para a definição dos ocupantes dos cargos, o que atenta de maneira evidente contra a autonomia política do Cade.

Finalmente, foi incorporada mudança significativa na lei, no que respeita aos critérios para apresentação de atos de concentração ao Cade. Os valores agora estabelecidos são significativamente superiores aos estabelecidos pela lei – que não limita ao faturamento realizado no país o montante de R\$ 400 milhões – e pelos projetos de lei em questão, que propunham o parâmetro de R\$ 150 milhões de faturamento como critério para apresentação de atos de concentração. Adicionalmente, incluir a previsão de que apenas no caso da segunda participante da operação ter faturamento de R\$ 30 milhões realizado no país significará a opção por reduzir de forma considerável o alcance da lei antitruste na manutenção de condições concorrenciais em mercado de dimensão econômica mais modesta e nem por isso menos importante para o bem-estar dos consumidores. É o mesmo dizer que o Cade passará a tratar apenas de grandes operações ocorridas entre empresas já atuantes no

35. Art. 65 § 4º O litigante de má-fé arcará com multa, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a ser arbitrada pelo Tribunal entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), levando-se em consideração sua condição econômica, sua atuação no processo e o retardamento injustificado causado à aprovação do ato.

país há algum tempo, criando-se um salvo-conduto para a concentração de mercado em inúmeras outras circunstâncias, em que a presença da lei, em defesa da coletividade, faz-se necessária.

Uma alternativa, para preservar o interesse público e ao mesmo tempo considerar a necessidade de reduzir o volume de casos atualmente examinados pelo Cade, seria o exposto no § 7º, do art. 88, ampliar para cinco anos. Tal fato é correspondente ao prazo da prescrição administrativa – o período no qual o Cade pode requerer que um ato de concentração – que não foi notificado por ter sido realizado em mercado relevante de menor expressão econômica, mas nem por isso de menor importância para os agentes econômicos – seja apresentado para exame. Essa ampliação será uma salvaguarda importante para mercados locais, regionais, onde as operações podem ser representadas por número menor de dígitos, mas nem por isso deixam de ter impacto sobre a vida da comunidade.

A par dessas ressalvas, as perspectivas são positivas de que, muito em breve, o país contará com desenho institucional e conjunto de instrumentos que consolidarão o esforço empreendido em direção à defesa de um dos principais alicerces das economias de mercado e das democracias, o direito à concorrência e à liberdade de escolha.

REFERÊNCIAS

CLARK, J. Competition law and policy developments in Brazil. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, v. 2, n. 3, 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *Relatório anual*. Brasília, 2006.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Lei e política da concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2005.

SALGADO, L. H. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

_____. Cuidado com a concorrência! *Revista Inteligência*, Ano II, n. 8, ago./set./out. 1999.

_____. A defesa da concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas. *In*: GIAMBIAGI, F. *et al.* (Coords.). *Reformas no Brasil – balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

SALGADO, L. H.; ALVES, C. P. *Avaliação de 12 anos da defesa da concorrência no Brasil (1994-2005)*. Rio de Janeiro: Ipea, 2007. Mimeografado.

EDITORIAL

Coordenação

Iranilde Rego

Revisão e Editoração

Danúzia Maria Queiroz Cruz

Laeticia Jensen Eble

Renata Frassetto de Almeida Rose

Valdineia Pereira da Silva

Erisnaldo Badé dos Santos

Livraria

SBS – Quadra 1 – Bloco J – Ed. BNDES, Térreo

70076-900 – Brasília – DF

Fone: (61) 3315-5336

Correio eletrônico: livraria@ipea.gov.br