

COMPETITIVIDADE, POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SOBERANIA NACIONAL: AVALIAÇÕES SOBRE O CASO BRASILEIRO

Abraham Benzaquen Sicsú* e
Murilo Otávio Lubambo de Melo*

Introdução

A produção capitalista tem, em sua essência, a lógica de decisões individuais. As empresas buscam garantir interesses próprios, em geral movidas pela busca da maximização de seu lucro, e/ou de posições que permitam maior concentração de mercado e eliminação de concorrentes ou potenciais entrantes. Este sistema anárquico, visto que se baseia em objetivos individuais, pode se chocar com interesses maiores da Sociedade na busca do bem estar coletivo. É função de Estado coibir abusos e procurar regular a Concorrência nos Mercados tendo como norte que os ganhos de eficiência auferidos no processo produtivo devem ter, nitidamente, impactos na melhoria das condições de vida dessa Sociedade e não, exclusivamente, reverter-se em ganhos das empresas. Nesse sentido, em toda Sociedade Moderna, é fundamental a Construção de um aparato regulatório, ágil e vigilante, que permita dar ao setor produtivo esse balizamento.

O presente artigo procura ressaltar como um Sistema de Defesa da Concorrência é básico para garantir interesses legítimos da população de um País. Contudo, pressupostos que são admitidos limitam a lógica de desenvolvimento nacional, principalmente para países periféricos e tendo por base as céleres mudanças do paradigma tecnológico que se tem constatado.

Num primeiro tópico, são ressaltadas as características de Defesa da Concorrência no Brasil e sua estrutura institucional. Numa segunda seção, destacam-se pressupostos de uma visão da Concorrência, os quais foram gestados mundialmente, sob uma visão que se aproxima à visão e pilares da chamada economia neoclássica. Na terceira seção, é destacada visão alternativa que os autores deste texto consideram mais condizente com o estágio atual de desenvolvimento nacional. Na seção seguinte, são apresentados alguns modelos de casos que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC tem enfrentado e como uma visão da concorrência pode levar a conclusões não muito condizentes com interesses nacionais. Por fim, na quinta seção, são propostas adequações conceituais aos sistemas.

· Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Pesquisador Titular da Fundação Joaquim Nabuco. Doutor em Economia pela UNICAMP. Pesquisador do Núcleo de Estudos para América Latina (NEAL) da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Contato: abraham.sicsu@cade.gov.br

* Gestor Público Federal com atuação no CADE. Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Extensão Derecho Económico Universidad de Salamanca. Contato: murilo.lubambo@cade.gov.br O presente artigo é fruto de contribuição acadêmica dos autores e não reflete necessariamente a opinião da instituição.

Neste sentido, a premissa da qual o texto parte é a necessidade de o Brasil ampliar sua inserção competitiva nos mercados globalizados, associada a políticas que permitam garantir os interesses da Sociedade Brasileira, principalmente no que tange ao aumento de emprego e renda.

1. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sua Estrutura Organizacional

Em breve resumo, a defesa da concorrência no País está estruturada em torno do SBDC, cujo modelo institucional abarca, no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Direito Econômico - SDE e, na estrutura do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. A Lei base do SBDC é a Lei nº 8.884 de 11 de maio de 1994 e, no decorrer de sua vigência, já teve vários dispositivos alterados e acrescentados.

A atuação do SBDC tem como focos principais o controle de concentrações nas diferentes estruturas de mercado, via apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas e a repressão a condutas anticoncorrenciais como o uso de poder de mercado para fixação de preço e/ou práticas abusivas em detrimento de potenciais concorrentes.

Compete ao CADE, como Tribunal Administrativo, zelar pela observância da lei e seu regulamento, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas, além de aprovar os atos de concentração submetidos ao sistema.

Compete à SDE acompanhar permanentemente as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços para prevenir infrações à ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários. Deve proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo. Além disso, deve fornecer parecer jurídico nos atos de concentração de empresas.

À SEAE, por sua vez, compete, no âmbito do Ministério da Fazenda, acompanhar os mercados e investigar as práticas anticompetitivas. Além disso, cabe à SEAE proceder à análise econômica dos atos de concentração apresentados, do ponto de vista dos impactos sobre a concorrência, através da análise dos custos e dos benefícios. Nessa linha de atuação, fornece parecer para a análise da operação antes do pronunciamento da SDE.

Algumas observações sobre o CADE são necessárias para compará-lo com as agências de regulação. Primeiramente, trata-se de agência independente, o que se infere da autonomia orgânica e funcional a ele conferida. Os Conselheiros, uma

vez indicados, só perdem o cargo por justa causa apurada. Além disso, é a última instância decisória¹.

Por outro lado, o CADE lida com o mercado como um todo, e não de maneira setorial. Além disso, não tem funções reguladoras, já que não possui poder normativo abstrato e, portanto, só pode expedir atos de efeitos concretos e os referentes à sua organização interna e funcionamento. No entanto, vale reconhecer que as diversas Resoluções do CADE constituem verdadeiras cartilhas com vistas a indicar os critérios utilizados na análise dos casos, no sentido de orientar os setores alvos da averiguação concorrencial.

Deve-se considerar ainda que o CADE atua, de maneira geral, quando provocado, diferentemente das autoridades de regulação, as quais atuam de forma essencialmente dinâmica e *ex officio*. (ARAGÃO, 2004, p. 305). No entanto, pode o CADE ter atuação de escopo educativo e de promoção da abertura de espaços concorrenciais, dispondo de mecanismos suficientes para esse fim.

a) Instrumentos Disponíveis

a.1 - Controle de Estrutura de Mercado: Concentração de Empresas

Os atos de concentração que, sob qualquer forma manifestados, possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Incluem-se aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento (20%) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00². Tais atos devem ser apresentados previamente ou com quinze dias úteis de sua realização.

a.2 - Controle de Condutas: Práticas Horizontais e Verticais

¹ Há precedente administrativo isolado mesmo diante da vedação expressa de recurso hierárquico (o então Ministro da Justiça Nelson Jobim, o admitiu no Despacho n. 266/95 do MJ no Recurso Hierárquico da Siderúrgica Laisa S.A., DOU de 14/11/95, p. 18.223 e sgs.). No entanto, recente decisão do STJ reafirmou tal impossibilidade: *PROCESSO CIVIL – RECURSO HIERÁRQUICO – NÃO CABIMENTO – LEI 8.884/94* 1. Da decisão do CADE não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa (art. 50 da Lei 8.884/94). 2. Recurso hierárquico interposto pelo MPF ao Ministro da Justiça, contra decisão colegiada do CADE, devidamente arquivado. 3. Mandado de segurança extinto sem julgamento do mérito, por falta de interesse. (MS 10138/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09.11.2005, DJ 28.11.2005 p. 172).

² “Súmula n° 1 do CADE: Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3o, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.” (DOU 18/10/2005 n° 200, Seção 1 p. 49) Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/sumula.asp>> Acesso em: 26 ago. 2006

Vale ressaltar que, no Brasil, o Direito Concorrencial tira seu fundamento de validade constitucional do Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, parte do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”. O artigo inaugural (art. 170) estatui que “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; [...] IV- a livre concorrência.*”

Para a atuação dos agentes antitruste as legislações dos países se dividem com relação ao tipo de figura legal indesejável. Enquanto em certos países se usa monopolização, no Brasil, tem-se o conceito de abuso da posição dominante, que derivou do conceito constitucional de abuso do poder econômico³.

*Tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não representa indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.
(BRUNA, 1997, p. 177-178).*

O abuso da posição dominante objetiva o domínio ou a monopolização através de diversas práticas, como a diminuição ou aumento da produção, o preço predatório e a limitação do acesso dos concorrentes às matérias primas, insumos e canais de distribuição, no qual se inclui a recusa de venda. (NUSDEO, 2002, p. 165-166). As empresas que atuam nos setores regulados podem agir de maneira anticompetitiva, configurando as condutas dispostas nos incs. do art. 21 da Lei Concorrencial, com os efeitos previstos no art. 20. São vários os exemplos desse tipo de conduta.

As práticas horizontais, isto é, as que afetam concorrentes em um mesmo mercado, são as consideradas de maior potencial de dano. No entanto, admite-se que a economia moderna exige determinadas práticas cooperativas, as quais não trazem impacto à concorrência, e por isso não devem ser qualificadas como ilícitas. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 40-41).

³Inscrito no § 4º do art. 173 da CF.

Os cartéis são acordos horizontais restritivos à concorrência, no qual os entes de um mesmo mercado relevante ajustam regras, sobretudo no tocante aos preços ou outras condições de venda ou prestação de serviço. A prova da existência do cartel muitas vezes é trabalho árduo, pois consiste na busca de evidências no sentido de ser o comportamento dos agentes interdependente e intencional. (NUSDEO, 2002, p. 166-167). Alguns fatores propiciam o aparecimento de cartéis. A ocorrência de licitações freqüentes, comum nos setores regulados, induz a um processo de aprendizado das políticas de preços dos concorrentes. Também a homogeneidade do produto e condições de demanda estáveis. (OLIVEIRA & RODAS, 2004, p. 43). Estas últimas características fazem com que no setor de combustíveis, alvo de regulação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), sejam recorrentes a práticas de cartelização.

Os acordos verticais envolvem empresas relacionadas dentro da mesma cadeia produtiva ou de distribuição⁴. Prática mais comum é a divisão dos mercados entre os distribuidores, a exclusividade e a fixação do preço final do bem. Também, recorrente, é a venda casada (*tying*), na qual o produtor de um bem, em posição dominante, condiciona a sua venda à aquisição de outro bem de sua produção pelo distribuidor. A lesividade ao mercado dos acordos verticais, porém, é objeto de intenso debate já que algumas restrições verticais conduzem a maior eficiência e redução dos custos. (NUSDEO, 2002, p. 166-167).

Conceito fundamental para a compreensão do impacto da análise do direito concorrencial nos setores regulados é o de *essential facility*, cuja formulação tem origem jurisprudencial⁵. Tal situação ocorre diante de situações de dependência absoluta ou relativa de um agente econômico com relação a outro, quando a oferta de certos produtos ou serviços fica inviabilizada por falta de acesso ou fornecimento do essencial. A dependência se dá quando não existem alternativas viáveis ou suficientes para o agente econômico ou consumidor sujeito a negociações. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 40).

⁴ Comum nas indústrias dependentes de redes e malhas para transportar sua mercadoria para o consumidor, tais como a indústria de gás, energia elétrica ou saneamento, cuja principal característica é a forte interdependência e complementaridade entre os diversos segmentos da cadeia produtiva, e que formam o cerne dos setores regulados. Constituem ambientes que estimulam condutas anticompetitivas, principalmente quando estas dependem de recursos essenciais (*essential facilities*) controlados por aquelas.

⁵ Em *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* [224 US 383, (1912)], a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso a determinada infra-estrutura poderia caracterizar uma infração ao Sherman Act. Posteriormente, no caso *MCI Communications Corp. vs. AT&T* [740 F. 2d 1081, 1132-1133, (7th Circuit), 104 S Ct. 234 (1983)], desenvolveram-se os critérios para sua configuração. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 39-40).

Outro tipo de conduta está relacionado aos preços de interconexão, isto é, os cobrados pelos serviços prestados intra-rede no sentido de integrar as várias partes do sistema. (OLIVEIRA & RODAS, p. 156). Além disso, podem ocorrer a elevação artificial dos preços mediante discriminação, a recusa de negociação ou a exigência de venda casada, todas as condutas verticais com impactos concorrenciais que devem ser analisados caso a caso⁶. Se a conduta causa a elevação dos custos dos rivais, o abuso de posição dominante para exploração ou exclusão pode ser caracterizado. A negação ou discriminação do acesso à rede configura as hipóteses de abuso de preços (inc. XXIV) e de criação de dificuldades ao funcionamento de empresa (inc. V) da Lei 8.884/94.

2. Fundamentos do Sistema

A análise dos textos orientadores dos Sistemas de Defesa da Concorrência, em nível mundial, pode demonstrar que alguns princípios conceituais norteadores são apresentados. No caso brasileiro, procura-se seguir tais ditames, sendo ressaltados três pilares considerados básicos, quais sejam:

a) Concorrência como Dogma

O primeiro pilar norteador do SBDC, e da quase totalidade dos Sistemas internacionais na área, é a execração pública de modelos concentradores e a consideração de que oligopólios, e principalmente monopólios, são os inimigos públicos número um. Considera-se que a simples existência de um oligopólio concentrado, e muito mais de um monopólio, é, de *per si*, uma ameaça à sociedade. A idolatria à livre concorrência, idealizada em mercados de concorrência perfeita, é sustentáculo do Sistema. Basta dizer que o principal fundamento para se analisar qualquer processo de concentração é o potencial mal social que esta poderá causar. Não se ressaltam geralmente os benefícios sociais que essas condutas também podem trazer.

Na realidade, como ressalta Sapir (2006), trata-se apenas da utilização retórica dos credos da concorrência e do livre comércio como supostas verdades científicas com evidências comprovadas, mas que se fundam em hipóteses pouco realistas.

b) Legitimidade Internacional

⁶ “A disciplina jurídica dos acordos verticais, mais do que qualquer outro instituto antitruste, mostra-se avessa ao estabelecimento de regras fixas e imutáveis, como lhe quer emprestar parte da moderna teoria econômica. Fixados os princípios gerais que devem reger a matéria (a exemplo do que ocorre na Europa), a análise caso a caso permitirá que essa normas sejam aplicadas para concretizar uma política econômica previamente determinada.” (FORGIONI, 2005, p. 461-462, grifos nossos).

O mimetismo e a cópia de modelos dos países centrais são os balizadores do Sistema. Uma das constatações que mais impressionam aqueles que entram em contato com o SBDC é o fato de que as poucas avaliações existentes sobre o mesmo são estruturadas pela Câmara de Comércio Brasil - Estados Unidos da América ou pela OECD (2000; 2005) através das revisões pelos pares (*peer reviews*) periodicamente realizadas.

É curioso que, quando se fala em defeitos no Sistema, jamais se refere a condutas que ferem a estratégia de desenvolvimento nacional ou aos interesses do povo brasileiro. Sempre, o critério é a adequação ao modelo internacional. É curioso notar que nas visitas feitas por autoridades ao CADE, o exemplo de sucesso que se dá é que o Brasil começa a ser bem aceito nos Fóruns Internacionais e a ser respeitado pelos Organismos Internacionais. Evidentemente, porque se está cumprindo a “tarefa de casa” e se está enquadrando na lógica da inserção competitiva que eles definem. Cabe salientar, por fim, que se trata do atrelamento à lógica concorrencial do capitalismo atual, com a hegemonia dos interesses dos países centrais e das organizações em que exercem o poder.

Vale salientar que já é reconhecido na doutrina que os escopos políticos do direito antitruste brasileiro compreendem a promoção da soberania econômica e do interesse nacional, o que deve influenciar a aplicação de suas normas, em especial no que se refere a: aprovação de ato de concentração econômica, ainda que provoque a redução substancial da concorrência existente se realizado com vistas ao interesse nacional (promoção da competitividade da empresa doméstica, por exemplo); isenção antitruste para atos de concentração e práticas comerciais anticompetitivas, cujos efeitos serão produzidos apenas no exterior (cartel ou fusão de exportadores, por exemplo); e repúdio às defesas calcadas em eficiência econômicas geradas apenas no exterior. (GOMES, 2006, p. 144) ⁷.

Apesar de serem os países desenvolvidos os principais propagadores do dogma da concorrência a qualquer preço, a análise da aplicação do direito concorrencial nesses países, em especial na União Européia, no Canadá e nos Estados Unidos, mostra claramente que a interpretação da regras incorpora, de maneira substancial, tais finalidades políticas ⁸.

Infelizmente, o que se admite na Doutrina não norteia as decisões dos diferentes agentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

⁷ “A busca da integração dos mercados internos constitui escopo político do direito antitruste, como se depreende dos princípios conformadores da ordem econômica relacionados à soberania nacional (art. 170, I), erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, inc. III c/c art. 170, inc. VII), garantia ao desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II) e tutela ao mercado interno como elemento integrante do patrimônio nacional (art. 219).” (GOMES, 2006, p. 139)

⁸ Como exemplo, podem-se ver as recentes exigências do governo canadense para autorizar a incorporação pela Companhia Vale do Rio Doce da canadense INCO, ambas gigantes do setor de mineração. Entre estas, encontram-se os compromissos de não demissão de empregados, não desmobilização de operações ou desativação de unidades da empresas e proposição de planos para o futuro da empresa, tudo em nome do interesse nacional (in “*Oferta só em dinheiro é o trunfo da VALE*” Valor Econômico. p. B1 Data 14 ago. 2006.) Mais recentemente, a CVRD conseguiu o aval das autoridades antitruste dos Estados Unidos e Canadá. (*London Free Press* 02 set. 2006 in <http://lfpres.ca/newsstand/Business/2006/09/02/pf-1795467.html>)

c) Base conceitual

Para poder justificar esse modelo decisório, a base conceitual que tem de ser assumida não deve incluir agentes que regulem e estruturem os mercados. O mercado deve se regular independentemente de forças exógenas, evidentemente consideradas nocivas para a “Concorrência”. Nessa linha de pensamento, as questões de estratégia de desenvolvimento nacional não podem aparecer, pois afetariam o perfeito funcionamento dos mercados. Não é sem razão que os fundamentos de análise atuais estão centrados no aprofundamento da discussão dos custos de transação e das economias de rede. Williamson e seus seguidores são o referencial teórico. Raramente se utilizam as boas teorias da Organização Industrial e do Papel do Estado como regulador de mercado e defensor dos interesses da Sociedade⁹. Trata-se o periférico, ignora-se a essência.

3. Concepção Alternativa

Diante desse quadro, cabe, aos autores do texto, fazer algumas observações frente a uma concepção alternativa de mundo e de concorrência:

▪ Visão de Mundo

Parte-se de uma estruturação baseada no que vem sendo chamado de Economia da Tecnologia. Nesta área, em uma de suas correntes Teóricas, acredita-se que o Sistema Produtivo Capitalista é eficaz, no sentido de propiciar situações de rápido avanço nos processos de mudanças tecnológicas, justamente por existirem Barreiras à Entrada suficientes para maturar o Novo, ou seja, para amortizar os investimentos feitos e acumular para investimentos cada vez maiores em escala. Foi esse o motor dessa economia desde fins do século XIX. Nesse contexto, a concentração, embora carregue riscos de exploração da situação de domínio de mercado, mesmo quando se chega a monopólios, pode ser necessária para a consecução de eficiências produtivas, principalmente através de economias de escalas e melhor posicionamento frente a novas lógicas de comercialização e distribuição. Não pode ser, a priori, considerada como uma ameaça em si. Deve-se lembrar que numa análise retrospectiva pode-se dizer que essas estruturas colaboraram para se alcançar significativos avanços da Sociedade¹⁰.

⁹ A teoria da organização industrial tem evoluído muito na análise dos aspectos estruturais da concorrência nos mercados. De Bain e Labini até os representantes da SPRU (Science Policy Research Unit, da University of Sussex) muito se avançou na caracterização dos mercados concentrados, suas lógicas, suas vantagens e suas eficiências. A Economia baseada apenas em custos de transação passa ao largo desse rico instrumental teórico.

¹⁰ A respeito ver, por exemplo, SCHUMPETER (1961). Evidentemente, esta visão não nega que a inovação pode e é gestada muitas das vezes em empresas menores.

E mais, mesmo nas empresas monopolistas, após a criação das Sociedades Anônimas, administradas por profissionais qualificados, estes têm que alcançar metas de aumento de eficiência e de produtividade de crescente magnitude e complexidade, e é através desse comportamento “competitivo com eles próprios” que eles são avaliados embora isso não garanta o surgimento de distorções. Com essa visão, o problema não estaria necessariamente localizado na produção, mas sim, como ponto mais complexo, na distribuição dos frutos do Progresso Técnico. Como garantir que parte desse avanço retorne para a Sociedade? Isso é o que a Sociedade precisa monitorar.

Evidentemente que essa assertiva pode ser considerada uma heresia aos defensores das Doutrinas da Defesa da Concorrência que em qualquer Ato de Crescimento de Escala, ou de ganhos de produtividade, vêm um risco potencial para a Sociedade *per si*.

A eficiência produtiva é fundamental para reformar a Sociedade. E esta necessita, obrigatoriamente, de crescimento de escala e de concentração. O que é necessário discutir é a apropriação dos frutos desse aumento de eficiência. E, nessa direção, o Estado tem papel fundamental para evitar distorções alocativas que beneficiem apenas o grande capital em detrimento dos interesses sociais ¹¹.

▪ **Como focar a concorrência**

Outro ponto a se destacar é que não se vê, na Sociedade Moderna, os preços como única Estratégia da Concorrência, no longo prazo.

Uma das estratégias principais das empresas é se diferenciarem de seus concorrentes e garantirem, cada vez mais espaços de mercado com altas barreiras à entrada. Nesse sentido, a Arma da Concorrência, relevante para a empresa, como diz Schumpeter (1961), é a busca do novo, de novas formas de produção, de distribuição, de comercialização, de novos Arranjos Institucionais. É a dinâmica de inovação que destrói antigas soluções e gera novas mais adaptadas (SAPIR, 2006).

Ao se focar o Poder de Mercado, quase que exclusivamente no poder de fixação de preços e de diminuição de custos de transação, perde-se a riqueza de uma análise mais estratégica de longo prazo. Fica-se no conjuntural, olvida-se o estrutural.

▪ **A Teoria e a Prática**

¹¹ Para análise mais particular sobre a questão, ver SICSÚ (2004).

Como conciliar uma visão de mundo na qual se tem convicção que as sociedades só evoluem com taxas crescentes de inovação e ousadia, com uma postura formal, de um agente social que tem que ter, necessariamente, uma visão conservadora, em geral reacionária e refratária a mudanças? Acredita-se que em todo processo de choque de culturas organizacionais, o contato com a realidade institucional mostra que as estruturas são mais rígidas do que se pensa, que mudanças, se houverem, serão de longo prazo.

A prática do dia a dia do SBDC mostra como os casos concretos não conseguem introduzir, de imediato, mudanças significativas na visão da concorrência.

4. Casos e Lições.

Concretamente, questões são tratadas e casos analisados no SBDC, dos quais se podem tirar conclusões. Vejam-se algumas:

a) Diversidade e dubiedade

A lei brasileira de Defesa da Concorrência atribui ao CADE a responsabilidade *de zelar pela competição saudável* em todas as áreas de atividades. Esta tarefa é de grandes proporções e difícil de ser realizada. Existem áreas cinzentas, em que outras legislações específicas atribuem a outros Órgãos atribuições similares. É o caso, por exemplo, de processos na área financeira ou de setores regulados em que, respectivamente, o Banco Central e as Agências Específicas se arvoram como legitimados para exercer poder de controlar e analisar atos de concentração e condutas atinentes à área da concorrência. Essa dubiedade de atribuições tem gerado conflitos institucionais, gerando desconforto e desorientação¹². Embora sempre se diga que esforços têm sido feitos para superar o impasse, a situação perdura de há muito, e não se avança em concessões de nenhuma parte.

b) Constituição de “Players” Mundiais e a Defesa Concorrencial

¹² Para aprofundamento sobre a questão ver, por exemplo, LUBAMBO (2005). No mesmo sentido, TINEO (2003, p. 175, grifos nossos): “[...] it is important that government authorities adopt clear and well-defined rules. Complying with competition regulations might be a time-consuming and cumbersome process for foreign investors, especially in countries where several agencies are involved and coordination and information are lacking.”

Em diversos setores, a participação de empresas em mercados mundiais necessita de concentração de mercado e especialização produtiva. As escalas são crescentes, em nível internacional, e, mesmo para poder continuar produzindo no mercado nacional, enfrentando potenciais concorrentes externos, é necessário certo nível de concentração de mercado que "assustaria" as autoridades de Defesa da Concorrência.

É fundamental não esquecer que, na Europa, as negociações para adotar uma regulação de atos de concentração duraram quase duas décadas¹³ e obtiveram sucesso apenas quando a estrutura produtiva já estava bem sedimentada, com grandes empresas no mercado interno e a economia precisava de instrumento para autorizar sem grandes delongas as concentrações que reduziam custos e aumentavam a produtividade. (GALARZA, 2002, p. 133). De fato, as maiores resistências a normas de controle de concentrações se deram para haver tempo suficiente (dezesseis anos) para que empresas de países em reestruturação como Portugal e Espanha pudessem crescer e ganhar escala e competir em nível internacional.

A especialização de plantas industriais, a redução de custos de logística de distribuição e a própria substituição de importações leva a esse processo. Mesmo para poder acompanhar a dinâmica tecnológica e fazer parcerias internacionais, tal concentração se faz necessária. Evidentemente, isso viria ao encontro dos interesses nacionais de ter "*players*" mundiais e de fazer políticas industriais para consolidar nossa competitividade em mercados externos. Em outras palavras, muitos dos novos empreendimentos só se viabilizam em escalas que transcendem o espaço nacional. O *locus* adequado para a discussão dos empreendimentos levaria a pensar os mercados relevantes como internacionais. No entanto, o conservadorismo do Sistema dificulta, em muito, esses processos e delimitações¹⁴.

Não é trivial caracterizar esses mercados como mundiais. Os próprios Guias elaborados para orientar o SBDC induzem a caracterizá-los como nacionais. É muito complexo provar que é melhor, para a Nação, ter uma empresa forte em setores estratégicos do que ver ameaçadas, permanentemente, empresas débeis, com pequena escala de produção em nível internacional e que, por isso, se tornam pouco competitivas. Novamente, o dogma da "livre concorrência" traz empecilhos à consecução dos reais interesses nacionais.

¹³ O que ocorre apenas com o Regulamento n. 4064 de 21 de dezembro de 1989.

¹⁴ Faz certo sentido dizer que a idéia de valorizar "*campeones nacionales*", como alcunham os hispânicos, pode ser válida, tendo em conta objetivos de política industrial e de competitividade global, quando for aplicada como critério racional do sistema de concorrência não de maneira seletiva.

Tais preocupações com a dinâmica da economia nacional foram contempladas no próprio sistema brasileiro adotado pelo legislador infraconstitucional. A redação do art. 54, §§ 1º e 2º da Lei 8.884/94 possibilita que o CADE reconheça motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum como critério de legitimidade para aprovar atos mesmo que, à primeira vista, eliminem parte substancial de mercado relevante de bens e serviços ¹⁵, desde que o usuário final não seja prejudicado.

c) Interesses sociais ou empresariais?

Por outro lado, casos interessantes têm sido analisados quando há denúncias de pequenas empresas nacionais contra gigantes internacionais. Tipicamente, a visão da passagem bíblica de David versus Goliath sempre vem à mente. Processos que duram vários anos nos quais sempre são anexados novos fatos para não deixar o caso morrer. Estratégias fundamentais para pequenas empresas visto que permitem a manutenção na defensiva da grande empresa no mercado nacional e dão fôlego adicional às pequenas para sobreviverem. Cabe perguntar se é função do CADE a defesa dos interesses individuais da empresa, mesmo que legítimos, ou os interesses da sociedade brasileira? A manutenção de processos como esses *ad infinitum* tem custos enormes para o Estado brasileiro e a não especificação de um objeto claro permite que permaneça no sistema por um período de tempo muito grande. Não é uma obrigação de o SBDC dar um ponto final a um processo, sem prejuízo que novos casos sejam aberto caso se tenha claramente tipificada a infração?

A tutela antitruste não pode ser deferida sem que haja qualquer demonstração de dano ou ameaça de dano ao mercado relevante sob análise, ou seja, não se presta a tutela do CADE à proteção deste ou daquele agente econômico sem face dos demais agentes do mercado, sob pena de se homenagear os interesses privados em detrimento da finalidade do ato administrativo final, o interesse público (da coletividade).

d) Áreas de competência e monopolista temporário

¹⁵ *In verbis* grifos nossos:

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os 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.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

São recorrentes situações em que há repasse de custos de agentes econômicos para exportadores nacionais, que devem arcar, por contrato, com despesas de variada natureza. A constante oneração desses custos muitas vezes é atribuída a contratos particulares que, segundo as visões tradicionais da Defesa da concorrência, deveriam ser discutidos em outra esfera que não a do CADE.

Não se percebe que os exportadores nacionais competem com outros, internacionalmente, e se os custos oneram em demasia as empresas, isso lhes tira competitividade. Também, o uso de poder monopolista temporário de repassadores de custos, cria integração vertical perversa. Mas as doutrinas da concorrência, por considerarem que o CADE tem jurisdição apenas no mercado nacional, desaconselham discutir neste Fórum tais problemas. Será que isso é defender os interesses da Sociedade Brasileira?

e) Interesses nacionais e falhas de regulação

Casos de fusão de grandes empresas gerando poder de mercado, às vezes, são tratados de maneira superficial, através de acordos negociados no seio do CADE. É comum não se concentrarem em questões principais como o próprio estudo da cadeia produtiva e a garantia dos interesses nacionais nesses mercados ou as falhas de regulação das agências governamentais.

Análises mais aprofundadas mostram que a tutela do espaço relevante para os interesses nacionais é a única forma de garantir significativo incremento de renda e emprego internalizado no País. Quem definirá a lógica do funcionamento da cadeia produtiva será a empresa resultante da fusão e, portanto, a quem se deveria exigir medidas em defesa dos interesses nacionais. Quanto ao funcionamento de mercado, observa-se que as Agências Reguladoras não dispõem muitas vezes de mecanismos eficientes para a garantia dos interesses nacionais. Se combinados esses dois aspectos, fica evidente a necessidade de uma ação mais objetiva do CADE em defesa da participação no mercado de empresas brasileiras.

Infelizmente, acredita-se que, para não se atritar com outras instâncias do Aparato Governamental, bem como por não aprofundar a análise das lógicas da cadeia produtiva, exigências feitas nesses casos chegam a ser inócuas, pois são feitas quase que exclusivamente no âmbito da empresa resultante da fusão, sem levar em consideração o papel indutor que a empresa desempenha na cadeia produtiva e os interesses nacionais dos demais elos dessa cadeia.

f) O reconhecimento de falhas no SBDC

Outro aspecto, relevante para os interesses da Sociedade Brasileira, é a extrema dificuldade de o plenário do CADE reconhecer erros do SBDC em seu passado e procurar corrigi-los. Houve época em que o Sistema tinha como foco principal o punitivo, aplicando pesadas multas e caracterizando-se por uma postura meramente reativa. Evidentemente que, nessa postura, muitas atitudes foram tomadas com visão de justiça pouco substancial. Muitos desses atos têm retornado e, para não contradizer decisões passadas, têm-se mantido as decisões. O Poder Judiciário tem reconhecido a inadequação dessas posturas e muitas vezes revogado as decisões do CADE que exorbitaram ou ultrapassaram os critérios legais ou de forma, além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A observação de que, na prática, a maioria das decisões punitivas não conseguem ser implementadas, sendo residual o poder de cobrança efetiva do SBDC, deveria levar, a repensar os mecanismos de punição bem como uma postura mais interativa com o Judiciário na busca de mecanismos eficazes de defesa da concorrência. E isso só será possível se as decisões do CADE forem vistas alicerçadas em dois pilares: na busca de uma maior eficiência do sistema produtivo nacional e na busca de decisões que defendam os interesses nacionais.

g) O conceito de Concorrência e de Governo

Outro caso interessante que se tem analisado é o de fixação de preços por Agências Reguladoras Locais. Numa visão estreita da concorrência, advoga-se que este não seria caso de Defesa da Concorrência, visto que existe uma instância estatal que regula os preços. Nada mais limitado do que acreditar que Governos e suas instâncias operacionais e regulatórias, são entes neutros. Não perceber que os Governos são composições de forças da Sociedade que através de seus mecanismos de pressão conseguem direcionar decisões, para seus interesses, em nome do Estado.

Observa-se a possibilidade de “captura” do ente regulador, expressão cunhada pela doutrina para indicar a situação em que o ente regulador se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. Nas relações de agência, a motivação do representante pode não coincidir com os interesses dos representados. O ente regulador perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. Trata-se de uma faceta dos fenômenos da distorção das finalidades dos setores burocráticos estatais

Nesse sentido, as concessões podem ser vistas como monopólios temporários e a fixação de preços, baseada em planilhas de custos apresentadas por esses monopolistas, e aprovadas por Organismos de Estado frágeis capturados por interesses específicos, tem necessariamente que ser analisada sob a lógica da Defesa da Concorrência. Caracteriza-se na privatização do Estado, uma das maneiras mais engenhosas, eficazes e perversas de garantir interesses individuais em detrimento do bem coletivo.

h) Conhecimento ou não conhecimento?

Atos de concentração enfrentados, em especial ritos sumários em que todos os agentes do SBDC concordam em seus pareceres, têm característica peculiar. Deveriam ou não ser apresentados ao Sistema? A título de exemplo, processos que se referem a reorganização societária, em que as empresas que possuíam a ampla maioria do capital societário e o total controle das atividades das empresas, simplesmente adquiriam participação de acionistas minoritários que não tinham nenhum controle sobre os rumos da empresa. No entendimento destes autores, entende-se que esses não são casos relacionados à área concorrencial e, portanto, não deveriam ser conhecidos pelo SBDC.

Por que são apresentados? Fica claro que tal postura tem outra motivação. Ao apresentar um ato de concentração, as empresas recolhem pesadas taxas. O não reconhecimento poderia significar uma diminuição de receitas que afetaria outros gastos do SBDC. Se hoje se consolidasse a tendência de não conhecer esses atos, recolhendo-se as taxas pela movimentação da máquina pública para induzir a apresentação e evitar interpretações divergentes, o problema será quando se resolver não mais apresentar esses casos ao CADE! Será que para os interesses nacionais a situação atual é a melhor socialmente? Têm-se muitas restrições à interpretação que hoje vigora. Isto pode parecer detalhe, mas onera empresas e dificulta a busca de competitividade, principalmente para as médias empresas.

i) Indicadores ou Definidores?

Os indicadores freqüentemente utilizados para avaliar o nível concentração, C4 e HHI, sofrem de imperfeições. Não obstante terem sido adotados como guias para racionalizar a análise das operações e, desta forma, diminuir os custos administrativos, têm sido usados de maneira irrestrita para definir as operações que devem ou não ser analisadas mais a fundo. Na realidade, como o próprio nome mostra, são apenas indicadores não definidores da análise e por isso, não podem representar “camisas de força” levando a considerar como adequadas operações dentro dos limites definidos como aceitáveis ou inadequadas operações que os extrapolam.

Destaca-se a existência de condições especiais que, mesmo dentro dos limites razoáveis dos índices, exigem atenção maior, especialmente quando há: rivais potenciais ou recém incorporados ao mercado com pequena cota de mercado; elevado volume de participações cruzadas entre os operadores de mercado; empresa agressiva (*maverick*) que exerce pressão competitiva. Por outro lado, mesmo quando os limites aceitáveis são extrapolados, pode-se ter caso de inovadores importantes no sentido que não são refletidos nas cotas de mercado ou mercado em si inovador que não suporte mais do que poucas empresas no mercado para garantir escalas e ajudar a gestar a inovação tecnológica.

5. À Guisa de Conclusão

Com o quadro descrito, diante de tantas adversidades, caberiam algumas observações finais:

- Acredita-se que muito deve ser mudado para que se tenha um SBDC orientado para a lógica defendida neste texto. E isso passa por mudanças profundas na composição do Estado e suas lógicas orientadoras. Como se tem consciência de que o Estado não é monolítico e que espaços podem ser abertos para posturas outras que não as tradicionais, articulações podem ser feitas para reorientar o Sistema. Evidentemente que isso foge à alçada deste texto. Em todo caso, acredita-se que mesmo na maneira atual o Sistema tem sentido, coibindo abusos que seriam muito maiores sem este estágio de regulação.
- Os moldes atuais em que é concebida a defesa da concorrência levam a uma contradição com um projeto nacional que privilegie segmentos e busque escalas crescentes para maior competitividade nos mercados internacionais. Ora, uma Política Industrial teria justamente essa função, qual seja, criação das bases de setores competitivos e de escalas mundiais¹⁶. A busca exarcebada de competição pode tolher tais princípios e dificultar interesses nacionais.
- É importante salientar que a clareza e a estabilidade do marco regulatório e concorrencial, através da eliminação de conflitos interinstitucionais e na adoção de interpretação das regras levando em conta interesses nacionais, são essenciais para o estímulo de investimentos produtivos, pois geram confiança e segurança aos agentes econômicos.

¹⁶ Posições díspares podem ser encontradas em diferentes autores que tratam do assunto. Por exemplo, Farina & Furquim (1999) não vêem divergências profundas entre Política Industrial e Política de Concorrência, baseando-se no fato de que a busca de eficiências alocativas e produtivas pode levar a uma convergência de interesses. Embora se reconheça que tal lógica tem mudado vagarosamente o posicionamento dos órgãos responsáveis pela áreas, na prática, ainda se observa posição conservadora nos casos em que o *market share* elevado é entendido quase como empecilho à concorrência e, portanto, deve ser evitado. Em outras palavras, Política Industrial que implique em concentração de mercado é mal compreendida como lesiva a interesses sociais.

- Embora, acredite-se que o fundamental é a busca de posturas coletivas que dessem maior eficiência à produção e distribuição de riquezas no País, a prática mostra a ineficácia prática das decisões do CADE. Os constantes recursos ao Poder Judiciário têm tirado efetividade do SBDC. Nesse sentido, o Sistema tem se caracterizado mais pela afirmação de princípios e posições do que como instância realmente decisória.
- Sendo o CADE um Tribunal Administrativo, entende-se que tem como missão principal resguardar os interesses sociais e não permitir que mudanças ocorram sem uma visão clara dos seus impactos. Essa postura leva a um comportamento em que as palavras chaves são cautela, conservadorismo e prudência. Como consequência direta dessa visão, chega-se em geral a uma quase “aversão” ao risco, ao não ousar como regra de conduta. A opção de decidir-se, em geral, baseado na tradição e no conservadorismo, é um fator que pode retardar mudanças estruturais na Sociedade. Com isso, é-se levado a aceitar uma lógica, internacionalmente construída sobre pilares ideológicos não incentivadores do Progresso Técnico Nacional. Acredita-se que um pouco de ousadia é necessária.

Portanto, a grande questão que fica é como viabilizar mudanças no SBDC, garantindo interesses sociais e nacionais, enfrentando conflitos institucionais e diminuindo o conservadorismo na interpretação das normas e nas análises econômicas, para que o sistema possa constituir mecanismo estatal autêntico de implementação de uma *política pública nacional* de defesa da concorrência.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos. (2004). **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 524 p.

BRUNA, Sergio Varella. (1997). **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 190 p.

FARINA, Elizabeth M.M.Q. & FURQUIM de Azevedo, Paulo. (1999). **Política Industrial e Defesa da Concorrência: Considerações sobre a Experiência Brasileira nos Anos 90** in Anais do XXVII Encontro Nacional de Economia Belém/PA. 07 a 10 de dezembro de 1999.

FORGIONI, Paula A. (2005). **Os Fundamentos do Antitruste**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 571 p.

GALARZA, Andrés Font. (2002). **General Lesson from the EU Anti-trust Experience for the Latin American anti-trust emerging systems** in Boletín Latinoamericano de Competencia) n° 14, abr. 2002, p. 131-133.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. (2006). **Os Escopos Políticos do Direito Antitruste. In Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. GICO Jr, Ivo Teixeira & BORGES, Antônio de Moura. (coord.). São Paulo: Lex Editora p. 121-147.

LUBAMBO de Melo, Murilo Otávio (2005). **Regulação e Concorrência: Interface Jurídica**. Monografia (Conclusão de Curso). Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 95 p.

NUSDEO, Ana Maria. (2002). **Agências Reguladoras e Concorrência. Direito Administrativo Econômico**. in SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) p. 159-189, São Paulo: Malheiros.

OECD (2000). **Competition Law and Policy Developments in Brazil**. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, October 2000, vol. 2. n. 3.

OECD. (2005). **Competition Law and Policy in Brazil - A peer review**. *IDB & OECD Competition Division*. Disponível em <http://www.oecd.org>

OLIVEIRA, Gésner & RODAS, João Grandino. (2004). **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar. 350 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). **Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)**. São Paulo: Malheiros. 208 p.

SAPIR, Jacques. (2006). **La Concurrence, un mythe**. *Le Monde Diplomatique*. Juillet, p. 3

SCHUMPETER, Joseph A. (1961). **The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle**. New York: Oxford University Press.

SICSU, Abraham Benzaquen. (2004). **Inovação Tecnológica e Novos Investimentos Produtivos: Estudos de casos no Nordeste Brasileiro.** *Episteme: Revista de Epistemologia e História das Ciências e das Técnicas da Universidade Técnica de Lisboa*, n. 13-14, p. 207-224.

TINEO, Luiz. (2003). **Foreign Direct Investment in a Globalizing Economy: The Role of Competition Policy** in *Boletín Latinoamericano de Competencia* n. 16, feb. 2003 Disponível em <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others> Acesso em: 28 ago. 06

