

DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL:

Tendências recentes e desafios à frente

Gesner Oliveira

Professor do Departamento de Planejamento e Análise Econômica Aplicados à Administração da EAESP/FGV e Presidente do CADE.

RESUMO

Este artigo aborda os principais aspectos da trajetória recente da política antitruste no Brasil, no qual se destaca a mudança do perfil de atuação do CADE no que diz respeito ao aumento do número de decisões após 1996, associado à mudança do cenário macroeconômico em direção à estabilidade. A partir daí, o CADE pôde retomar seu verdadeiro papel, qual seja o de advogado da concorrência, instrumentalizado pela Lei nº 8.884, de junho de 1994. Segue o desafio de operar com recursos humanos e materiais escassos, provocado pela rigidez orçamentária vigente, ao mesmo tempo em que cresce sua importância institucional.

ABSTRACT

This paper approaches the main aspects of the recent development of antitrust policy in Brazil, where the outstanding aspect is the change in CADE's action concerning the increasing number of decisions after 1996, as well as the changes in the macroeconomic scene towards stability. From that point on, CADE was able to play its true role, as the competition attorney, made possible by Law #8884 of June 1994. It faces the challenge of working with few human and material resources, caused by the stick actual budget, at the same time that its institutional importance increases.

PALAVRAS-CHAVE

Lei antitruste, política de concorrência, Reforma do Estado, cooperação internacional, agências antitruste.

KEY WORDS

Antitrust law, competition policy, State reform, international cooperation, antitrust agencies.

INTRODUÇÃO

A legislação de defesa da concorrência no Brasil remonta aos anos 30, sendo a Lei nº 4.137, de 1962, a primeira peça legal convergente com a legislação antitruste internacional. Todavia, foi somente na década de 90 que a política de concorrência se tornou uma questão importante na agenda pública. O objetivo deste artigo é prover um breve panorama desse processo, com ênfase nas tendências recentes e na perspectiva futura do tema no país.

DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA E REFORMA ECONÔMICA

Diferentemente do contexto histórico do Sherman Act, o surgimento da política de concorrência nos países desenvolvidos, desde o final da década de 80, está associado à mudança do papel do Estado na direção de menor intervenção nos mercados. Esse, na verdade, tem sido o caso do Brasil, no qual a liberalização comercial, a desregulamentação e a privatização têm alterado a economia desde o início da década de 90.

A defesa da concorrência é ao mesmo tempo um **produto** da reforma econômica e um **catalisador** da transformação recente. Trata-se de um produto da reforma econômica, porquanto a privatização, desregulamentação e liberalização comercial criam genuína demanda social para a repressão e a prevenção do abuso de poder econô-

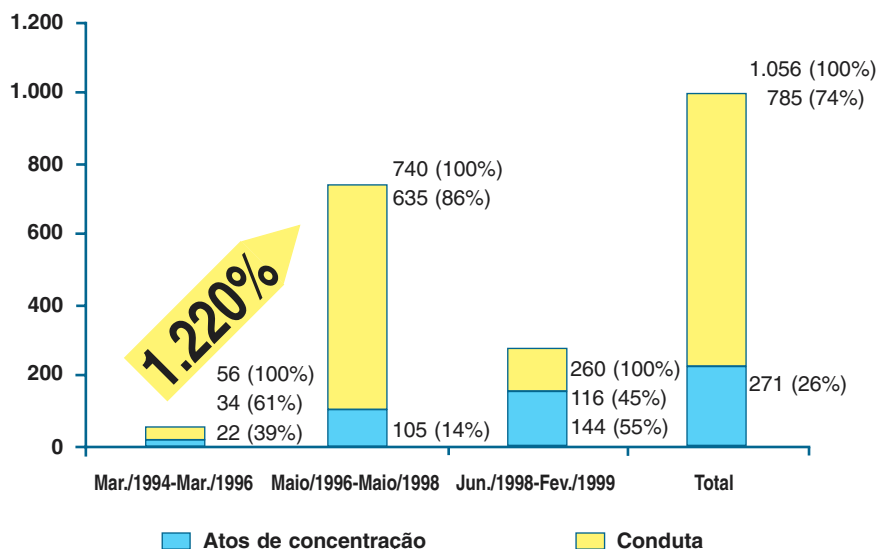
mico, agora mais concentrado nas mãos dos agentes privados. Trata-se de um fator catalisador da reforma econômica no sentido de que a implementação da política de concorrência – especialmente em sua dimensão de advocacia da livre concorrência – representa um elemento importante para a continuidade do processo de liberalização.

Assim, a disseminação de leis de concorrência é, em princípio, positiva para o investimento direto. Bem implementadas, as legislações de concorrência podem ajudar a manter e aprofundar o processo de liberalização.

PONTOS SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA¹

A legislação brasileira não difere significativamente dos padrões internacionais. Embora a primeira peça legal importante seja de 1962, a política de concorrência ganhou maior importância a partir da Lei nº 8.884, de 1994, que introduziu o controle de atos de concentração² e transformou o CADE em um órgão mais independente, inaugurando o formato que viria a ser adotado para as agências de regulação recentemente criadas nos setores de infra-estrutura. O CADE tem um presidente, seis conselheiros e um procurador-geral, todos com mandato de dois anos. As decisões do CADE só podem ser recorridas no Judiciário.

Figura 1 – Composição das decisões do CADE (conduta e atos de concentração)



A EXPERIÊNCIA RECENTE DO CADE

Em contraste com a maioria das economias emergentes, o Brasil já tem um número considerável de decisões administrativas, a esmagadora maioria delas ocorridas após 1994, sob a Lei nº 8.884.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA É AO MESMO TEMPO UM PRODUTO DA REFORMA ECONÔMICA E UM CATALISADOR DA TRANSFORMAÇÃO RECENTE.

A Figura 1 provê informações sobre as 1.001 decisões durante o período de 1994 a 1998. Os três subperíodos indicados na Figura 1 correspondem a diferentes composições do plenário do CADE, que mostram distintos padrões de voto.

Cumpre-se apontar dois aspectos:

- a) O rápido aumento no número de decisões após 1996, associado ao novo ambiente criado com a estabilização da economia e a modernização do CADE. Como a Figura 2 demonstra, a média mensal foi mais do que dez vezes o pico do período anterior desde 1962.

- b) Casos de conduta prevalecem no período de 1994 a 1998 (77%), mas decisões sobre fusão alcançam 51% no subperíodo de junho a dezembro de 1998. Isso parcialmente reflete a análise relativamente mais eficiente dos atos de concentração; à medida que a investigação de práticas anticompetitivas melhora em qualidade e velocidade, espera-se uma maior participação dos casos de conduta.

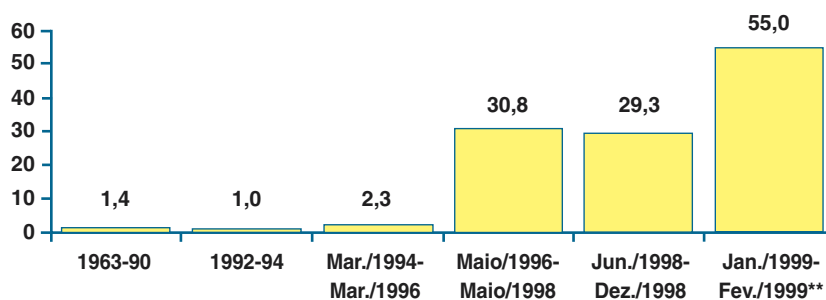
Em relação aos casos de conduta, quatro aspectos merecem atenção:

- a) Uma alta porcentagem de casos (24%) está relacionada ao tipo de ilícito chamado, na lei brasileira, de “preço excessivo”. No passado, um grande número de processos foi aberto sob essa rubrica sem maior atenção à base da teoria econômica e à observância do devido processo legal.
- b) O item anterior explica em boa parte a alta proporção de casos arquivados sem qualquer penalidade. Note-se que a eliminação de tais pendências é positiva, tendo em vista que findam ações arbitrárias do Estado, que constituíam fonte de incerteza dos agentes privados.
- c) A investigação precisa ser acelerada em um grande número de casos para diminuir os custos públicos e privados associados à infração.
- d) A porcentagem de casos de cartel é alta, mas a participação de certos tipos de ilícitos, tais como cartéis em licitações públicas, é ainda baixa.

Com respeito a casos de atos de concentração, assinalam-se cinco aspectos:

- a) Como mostra a Figura 3, tem havido uma clara tendência à redução da participação de transações que estão sujeitas a condições para a aprovação sob o artigo 58 da Lei nº 8.884. No período de junho a dezembro de 1998, quase to-

Figura 2 – Aumento na produtividade



** 20/01/99-11/02/99

- das as transações foram aprovadas sem quaisquer condições, em contraste com um percentual nulo desse tipo de transação de 1994 a 1996.
- b) No período de junho a dezembro de 1998, tal tendência foi reforçada e nenhum compromisso de desempenho foi estabelecido. Nos casos de aprovação parcial, o parágrafo 9º do artigo 54 tem sido usado no lugar do artigo 58, o que é consistente com a preferência por medidas estruturais em vez de compromissos com agentes privados, os quais devem ter monitoramento regular. A Mahle-Metal Leve (1998) constitui um caso ilustrativo a esse respeito.
- c) Como será explicado adiante, verificou-se sistemática eliminação de burocracia excessiva, especialmente nos casos mais simples.
- d) Como em outras jurisdições, a taxa de não-aprovação tem permanecido baixa (menos de 5%) e decrescente.
- e) As decisões têm se tornado mais detalhadas e têm sido dadas alternativas para as empresas sempre que possível. Novamente, a Kolynos-Colgate (1996) foi um caso paradigmático, sendo a Gerdau-Pains (1996) e a Mahle-Metal Leve (1998) também bons exemplos.

Por fim, o CADE tem dado ênfase ao seu papel educacional. Ações das mais diversas têm sido estimuladas nessa direção, envolvendo desde a argumentação em prol da desregulação da aviação civil ou do projeto de implementação de um mercado de genéricos para remédios até a ação judicial contra indivíduos que tentam inibir a prática de descontos nas corridas de táxi em Brasília.

O CADE E O JUDICIÁRIO

Uma importante dimensão da defesa da livre concorrência é a interação com o Poder Judiciário. Na América Latina, tal tarefa representa um dos maiores desafios para as autoridades responsáveis pela política de concorrência. Como mostra a Figura 4, há 70 casos no Judiciário e espera-se que esse número cresça exponencialmente nos próximos anos, à medida que a Lei nº 8.884 se torne mais conhecida pelos agentes econômicos.

O número de recursos também deve aumentar devido à ação mais ativa que o CADE tem adotado, aumentando o número de penalidades pecuniárias aplicadas. Como verificado nas Figuras 5a, 5b e 5c, as multas têm aumentado em número e em valor, especialmente para apresentações intempestivas de atos de concentração.

Note que, no Brasil, assim como nos Estados Unidos, apesar do fato de a Lei nº 8.884 ser federal, prevalece alto grau de autonomia dos estados da federação. Isso explica a existência de muitos casos na esfera estadual (veja Figura 4).

MUDANÇAS RECENTES NOS PROCEDIMENTOS INTERNOS DO CADE E NA LEGISLAÇÃO

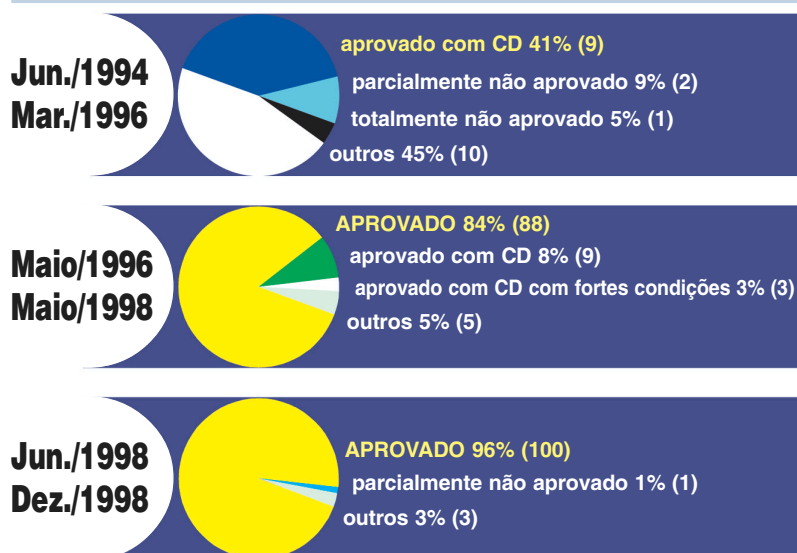
Visando a adaptar-se a uma economia globalizada, o CADE empreendeu uma reforma abrangente:

a) O regimento interno foi modificado, visando a agilizar o processo de decisão, assim como assegurar o estrito respeito ao devido processo legal.

b) Um código de ética próprio ao CADE foi criado de forma pioneira, introduzindo regras simples mas úteis no exercício das funções da autarquia.

c) Os procedimentos de controle de atos de concentração foram totalmente revistos, introduzindo-se o processo de análise em dois estágios: harmonização com as formas de notificação da OCDE e simplificação da informação

Figura 3 – Ato de concentração por tipo de decisão



e documentação requeridas. Com a Resolução nº 15, de agosto de 1998, o período de análise caiu de 7 para 2,4 meses, contra 20 meses antes de a primeira inovação ter sido introduzida em 1996.

- d) Foi disciplinada e estimulada a consulta ao CADE por parte do setor privado, assim como do público em geral.
- e) Foram introduzidas taxas processuais e de serviços para o controle de atos de concentração, além de consultas ao CADE por meio da Medida Provisória nº 1.793, de 30 de dezembro de 1998, transformada na Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, assegurando recursos complementares para o orçamento do CADE.

GLOBALIZAÇÃO E IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Em uma economia global, a cooperação internacional na área de concorrência reveste-se de vital importância. Dado o alto grau de interdependência das economias nacionais, freqüentemente as transações têm impactos sobre várias jurisdições. No caso Kolynos-Colgate (1996), por exemplo, a concentração ocorrida no mercado brasileiro de creme dental foi o resultado de uma transação envolvendo duas firmas dos EUA (American Home Products e Colgate) que afetou a estratégia de uma terceira companhia daquele país (Procter & Gamble).

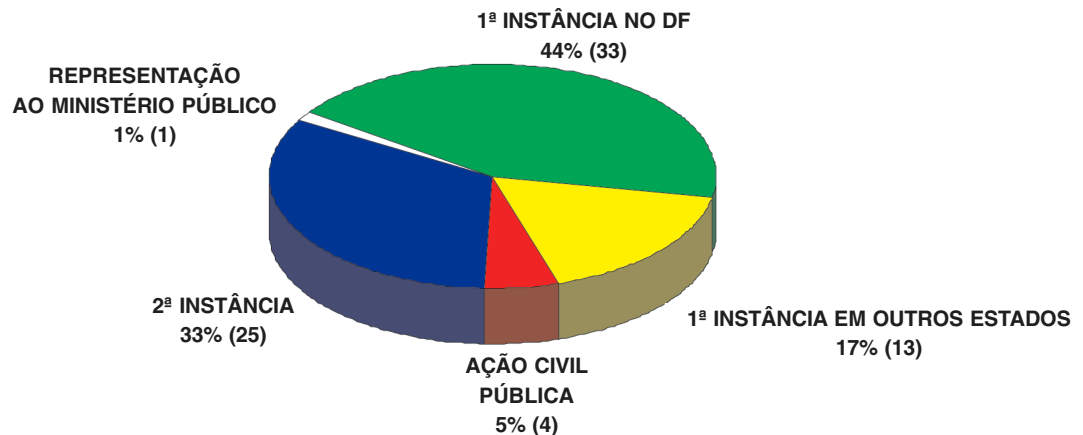
A aplicação de cláusulas de extraterritorialidade por si só é insuficiente para lidar com a nova agenda global. O Quadro 1 apresenta algumas operações recentes que foram examinadas pelo CADE,

O COMÉRCIO MUNDIAL E O BEM-ESTAR SOMENTE CRESCERÃO SE LEIS NACIONAIS FOREM BEM IMPLEMENTADAS, OBSERVANDO OS PRINCÍPIOS DE TRANSPARÊNCIA E NÃO-DISCRIMINAÇÃO ENTRE PAÍSES.

assim como por outras jurisdições. A harmonização de procedimentos e a cooperação permanente entre as várias autoridades nacionais podem certamente reduzir os custos privados e públicos incorridos na aplicação do controle de atos de concentração. Esse é um dos maiores objetivos da Resolução nº 15 do CADE, mencionada anteriormente.

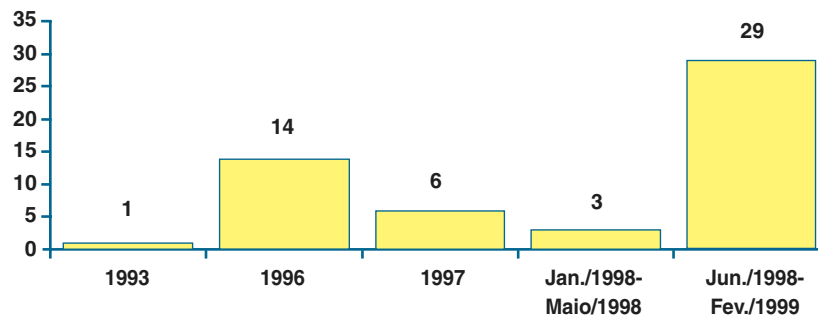
Embora as decisões possam diferir para uma mesma fusão, elas têm sido consistentes até agora, como no caso da Mahle-Metal Leve (1998). Note-se, nes-

Figura 4 – O CADE e o Judiciário



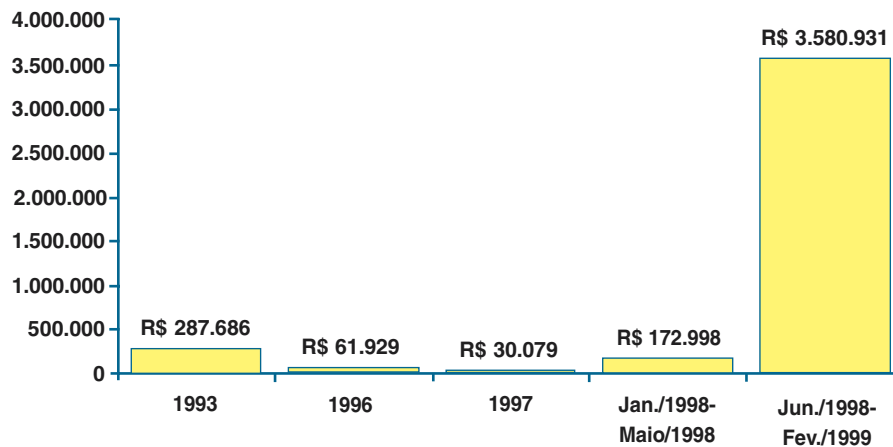
Fonte: CADE.

Figura 5a – Número de multas



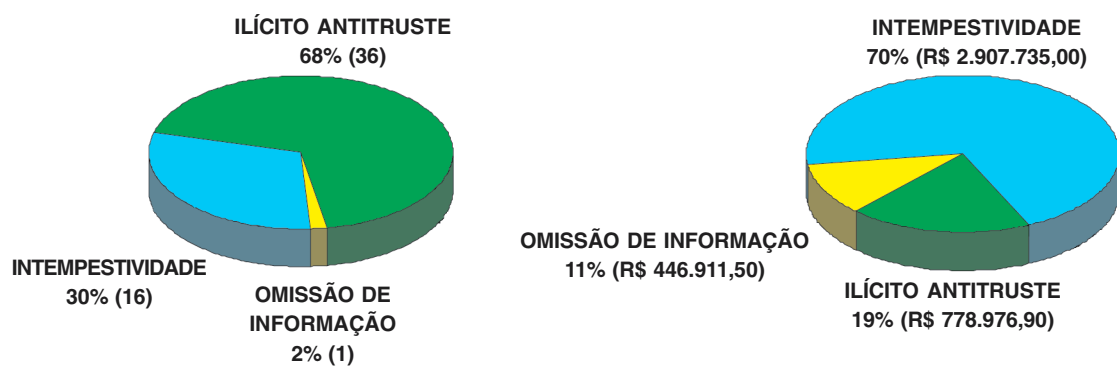
Fonte: CADE.

Figura 5b – Multas em valor



Fonte: CADE.

Figura 5c – Composição de multas (1993 a fevereiro de 1999)



Fonte: CADE.

se ponto, a peculiaridade da ação antitruste em oposição aos tratados tributários bilaterais. O grau de especificidade do país em antitruste é alto. Além da diferença no sistema legal e na jurisprudência, a mesma transação pode envolver – como na Mahle-Metal Leve (1998) – mercados relevantes diferentes e implicam decisões diferentes, ainda que consistentes, como apresentado no Quadro 2.

Além disso, como apontado na “Introdução”, o mero estabelecimento de uma Lei de Concorrência não é o suficiente para assegurar que os mercados funcionem bem. O comércio mundial e o bem-estar somente crescerão se leis nacionais forem bem implementadas, observando os princípios de transparência e não-discriminação entre países.

Essa é a razão pela qual a assistência técnica deveria enfatizar o investimento institucional. A questão mais importante não é escrever novas leis, mas sim promover agências de concorrência modernas, independentes e transparentes. Isso está de acordo com a Declaração do Panamá, que resultou do encontro de todas as agências de defesa da concorrência das Américas em outubro de 1998. O documento expressa a intenção dos participantes de “(...) cooperar um com o outro, em consistência com suas respectivas legislações, para maximizar a eficácia e eficiência do meca-

nismo de cumprimento da legislação de cada país, e ajudar a disseminar as melhores práticas para a implementação de políticas de concorrência, com ênfase sobre a transparência institucional”.

A AGÊNCIA QUE DEFENDE A CONCORRÊNCIA EM UM PAÍS EM DESENVOLVIMENTO DEVE AJUDAR A CRIAR TAL AMBIENTE PARA A EFETIVA APLICAÇÃO DA LEI.

O Grupo sobre Comércio e Defesa da Concorrência da OMC também tem se mostrado bastante útil como referência e disseminação da política de concorrência entre os países em desenvolvimento.

A natureza e profundidade da cooperação internacional varia de acordo com o estágio de desenvolvimento institucional. Muitos países estão em estágios iniciais e podem beneficiar-se enormemente da assistência técnica. Na verdade, há uma “falha de mercado” no tocante ao montante de recursos alocados para órgãos de defesa da con-

Quadro 1 – Exemplos multijurisdicionais

EMPRESA	MERCADO RELEVANTE		DECISÃO	DATA	OUTRAS JURISDIÇÕES
	PRODUTO	GEOGRÁFICO			
P&G Tambrands	Absorventes internos	Nacional	Aprovado com condições	04/03/98	Alemanha Inglaterra Canadá EUA
ICI Unilever	Sílicas	Nacional	Aprovado sem condições	25/03/98	EUA, UE
Mahle- Metal Leve	Pistões Peças sinterizadas Camisas	Nacional	Aprovado • pistões • peças sinterizadas Não aprovado • camisas	12/08/98	EUA
Guinness GrandMet	Whisky • de <i>luxe</i> • <i>standard</i>	Internacional	Aprovado sem condições	14/10/98	EUA, UE

corrência em cada país. Devido ao problema da carona (*free rider*), as agências tendem a ser subfinanciadas. O equilíbrio é alcançado a um ponto de subinvestimento institucional.

**EMBORA GRANDES
AVANÇOS TENHAM SIDO
VERIFICADOS NOS ÚLTIMOS
ANOS, A POLÍTICA DE
CONCORRÊNCIA
BRASILEIRA TEM UM
LONGO CAMINHO PELA
FRENTE ATÉ ALCANÇAR A
MATURIDADE
INSTITUCIONAL.**

O orçamento do CADE em 1998 foi 74 vezes menor do que o seu equivalente norte-americano, embora o PIB do Brasil seja 10 vezes menor que o PIB dos EUA. Dado que há economias de escala e de aprendizagem na implementação de Leis de Concorrência, principalmente em seus estágios iniciais, as novas agências de concorrência deveriam contar com um orçamento maior e não menor.

Além disso, a política de concorrência é agora mais extensa e complexa do que em décadas anteriores. Novas questões, tais como a interação entre agências de regulação e a agenda da OMC, devem ser contempladas concomitantemen-

te à capacitação de quadros, obtenção de equipamentos de informática, entre outras tarefas processuais indispensáveis para o bom funcionamento de uma agência pública. As agências antitruste devem aplicar os princípios da concorrência, dado um ambiente preexistente estável e adequado. A agência que defende a concorrência em um país em desenvolvimento deve ajudar a criar tal ambiente para a efetiva aplicação da lei.

Verifica-se um engajamento crescente de países em desenvolvimento em acordos bilaterais e/ou multilaterais. O CADE mantém um acordo com a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência da Argentina desde 1996. Espera-se, em breve, a assinatura de um acordo entre o Brasil e os EUA.

DESAFIOS À FRENTE

Embora grandes avanços tenham sido verificados nos últimos anos, a política de concorrência brasileira tem um longo caminho pela frente até alcançar a maturidade institucional. As seguintes tarefas apresentam os maiores desafios:

- a) melhorar a investigação dos casos de conduta;
- b) criar formas eficientes de cooperação entre agências de regulação e defesa da concorrência;
- c) intensificar a cooperação internacional por meio de engajamento ativo na assistência técnica, *benchmarking*, acordos bilaterais e regionais.

Isso terá que ser feito em um ambiente mais adverso do que nos últimos quatro anos,

Quadro 2 – Mahle-Metal Leve

	MERCADO RELEVANTE		DECISÃO	DATA
	PRODUTO	GEOGRÁFICO		
BRASIL	<ul style="list-style-type: none"> • Pistões • Peças sinterizadas • Camisas 	Nacional	Multa de R\$ 230.664 por intempestividade Aprovado <ul style="list-style-type: none"> • pistões, peças sinterizadas Não aprovado <ul style="list-style-type: none"> • camisas 	12/08/98
EUA	<ul style="list-style-type: none"> • Pistões articulados • Pistões duplos 	Nacional Internacional	Multa de US\$ 5,6 milhões por ausência de notificação Não aprovado	19/06/97

devido às dificuldades macroeconômicas enfrentadas pelo Brasil no ambiente que se configura após as crises russa e asiática e na mais recente crise, que levou a uma mudança do regime de câmbio.

Três questões relevantes para a política de concorrência derivam do novo quadro macroeconômico:

- a) As restrições orçamentárias continuarão a ser muito severas, evidenciando a utilidade das taxas processuais e de serviços criadas recentemente.
- b) A eliminação da taxa de câmbio como âncora nominal e a depreciação do real recoloca a preocupação com a evolução dos preços, exigindo um tratamento moderno da questão em contraste com as práticas intervencionistas do passado.
- c) Embora a economia brasileira esteja estruturalmente mais aberta, a taxa de proteção tenderá a ser mais alta do que no período de 1994 a 1998. Isso significa que os mercados estarão, em geral, menos sujeitos à competição das importações do que antes.

Para além das circunstâncias particulares presentes da economia, o objetivo de médio prazo é melhorar os três papéis do CADE: o repressivo, o preventivo e o educativo. No início da história antitruste, o papel repressivo ganhou maior destaque. Ao longo do século XX, o desenvolvimento do controle dos atos de concentração tem se tornado um importante complemento de caráter preventivo. Todavia, em uma economia moderna e globalizada, o papel educacional é a questão mais importante. Analogamente, a disseminação da cultura da concorrência e o marco institucional parecem ser as tarefas mais importantes no plano da cooperação internacional.

Nesse ponto, é preciso atentar para:

- a) a inutilidade de qualquer tentativa de controle de preços, disfarçado ou não;

- b) a maior probabilidade de tentativas de formação de cartéis, dado que as oscilações da taxa de câmbio podem servir de farol para movimentos solidários de preços e sobretudo de pretexto para majorações concertadas.

**O CONTROLE
INFLACIONÁRIO E O
EQUILÍBRIO EXTERNO
REQUEREM POLÍTICAS
MACROECONÔMICAS. A
DEFESA DA CONCORRÊNCIA
CONSTITUI UM INGREDIENTE
MICROECONÔMICO
IMPORTANTE QUE NÃO
SUBSTITUI, EM HIPÓTESE
ALGUMA, A DISCIPLINA
MACROECONÔMICA.**

Nesse contexto, a ação antitruste é funcional do ponto de vista macroeconômico ao inibir a ação coordenada de concorrentes e, dessa forma, remover do sistema qualquer rigidez que possa impedir a variação de preços relativos.³

Ressalte-se, no entanto, que o necessário combate aos cartéis constitui apenas uma peça em um amplo conjunto de políticas públicas indispensáveis para a superação das atuais dificuldades. O controle inflacionário e o equilíbrio externo requerem políticas macroeconômicas. A defesa da concorrência constitui um ingrediente microeconômico importante que não substitui, em hipótese alguma, a disciplina macroeconômica. ○

NOTAS

Este artigo está baseado em apresentação feita na Segunda Rodada Latino-Americana de Concorrência & Política Comercial, ocorrida em 22 de janeiro de 1999 em Miami. Agradeço a Marcelo Nishimoto pela preparação das figuras e a Eduardo Lamas e Beatriz Silva pela tradução do original em inglês.

1. O número 28 da *Revista de Direito Econômico* do CADE contém uma revisão atualizada da Lei nº 8.884, bem como as principais normas relevantes da área.

2. Fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle

de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário.

3. Note-se que a essência da depreciação cambial reside na variação de preços relativos, necessária para restabelecer o equilíbrio externo.