
DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: ASPECTOS DA EXPERIÊNCIA DO BRASIL E DO MERCOSUL

Gesner Oliveira¹

**Trabalho apresentado na 42^a Reunião do Fórum Permanente da
Concorrência e disponível no endereço do CADE na Internet:
www.mj.gov.br/cade**

L3FASE2.doc 09/02/98 12:58

¹ Gesner Oliveira, 41, é Presidente do CADE e professor adjunto da FGV-SP. Eventuais méritos deste trabalho resultam de estimulantes discussões com meus colegas de Conselho e com os participantes do Fórum Permanente da Concorrência. Agradeço em particular os comentários de Cesar Mattos, a competente assessoria de Marcelo Nishimoto na elaboração dos quadros e de Evelin Celso na compilação da legislação. As opiniões contidas neste texto são de minha inteira responsabilidade, não refletindo necessariamente as posições do CADE.

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Defesa da Concorrência: Modelo de Desenvolvimento Institucional e Processo Histórico

3. Aspectos da Experiência Brasileira: Necessidade de Consolidação da Fase II

4. Aspectos da Experiência Brasileira: Ingressando na Fase III

5. Aspectos da Experiência do Mercosul

6. Perspectivas da Defesa da Concorrência no Brasil: Rumo à Maturidade Institucional

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 Número de Países com Leis de Defesa da Concorrência

QUADRO 2 Ondas de Legislações de Defesa da Concorrência no Mundo

QUADRO 3 Evolução da Defesa da Concorrência na Virada do Milênio

QUADRO 4 Duas Vertentes na Legislação Reguladora do Mercado

QUADRO 5 Principais Períodos da Regulação dos Mercados no Brasil

QUADRO 6 Evolução da Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil

QUADRO 7 Evolução Histórica do Número de Julgados/Mês do CADE

QUADRO 8 Composição dos Julgados entre Conduta e Atos de Concentração no Período 1994-97

QUADRO 9 Julgados de Processos Administrativos por Tipo de Conduta: 1997

QUADRO 10 Julgados de Atos de Concentração por Tipo de Decisão

QUADRO 11 Julgados de Atos de Concentração por Origem do Capital

QUADRO 12 Julgados de Atos de Concentração por Tipo de Operação

QUADRO 13 Exame de Atos de Concentração no Brasil - antes da Resolução 5 de agosto de 1996

QUADRO 14 Exame de Atos de Concentração no Brasil - depois da Resolução 5 de agosto de 1996

QUADRO 15 Comparação entre as Resoluções 1 e 5: Cumprimento do Prazo Legal em Dias

QUADRO 16 Racionalização da Análise na Instrução e Julgamento: Resoluções 1 e 5

QUADRO 17 Fases da Privatização no Brasil

QUADRO 18 Formato da Análise Concorrencial das Operações de Privatização.

QUADRO 19 Operações de Privatização Submetidas ao CADE

QUADRO 20 Fronteiras entre Concorrência e Regulação

QUADRO 21 Interação entre Defesa da Concorrência e Regulação

QUADRO 22 Defesa da Concorrência no Mercosul

QUADRO 23 Procedimento Previsto no Protocolo de Fortaleza

QUADRO 24 Etapas de um Processo no Mercosul

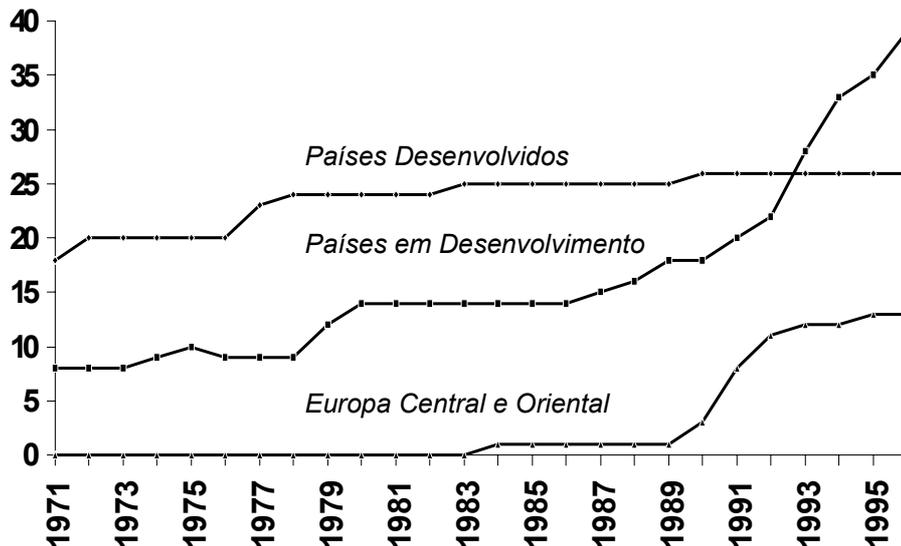
1. Introdução

A última década deste século tem sido marcada pela disseminação de legislações de defesa da concorrência em diferentes jurisdições, especialmente em países em desenvolvimento. O Relatório Mundial de Investimento de 1997 da Unctad, por exemplo, registra mais de 70 países com leis de concorrência na atualidade em contraste com menos de 40 até os anos oitenta².

O Quadro 1 mostra este crescimento especialmente em países da Europa do Leste. Tal fenômeno marca nova onda de legislações nos anos noventa, a exemplo daquilo que ocorreu no final do século XIX na América do Norte e no período posterior à Segunda Guerra nas nações européias, conforme indicado no Quadro 2.

QUADRO 1

NÚMERO DE PAÍSES COM LEIS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA



FONTE: CNUCED, *World Investment Report 1997*, p.189

² Unctad (1997, p.187).

QUADRO 2

ONDAS DE LEGISLAÇÕES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO

PERÍODO	P A Í S E S
1890-2a. Guerra	<i>Estados Unidos, Canadá e Austrália.</i>
Pós 2a. Guerra- Anos 80	<i>Alemanha, Comunidade Econômica Européia, Reino Unido, Japão, Suécia, França, <u>Brasil (1962)</u>, Argentina, Espanha, Chile, Colômbia, Tailândia, Índia, África do Sul e Paquistão.</i>
Anos 80	<i>Quênia, Sri Lanka e Coréia.</i>
Anos 90	<i>Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca, Eslováquia, Costa do Marfim, Bulgária, Kazaquistão, Polônia e iniciativas em dezenas de outros países.</i>

FONTE: Informações de Khemani e Dutz (1994), Boner e Krueger (1992), Boner (1995) e Rowat (1995).

Tais evidências desautorizam assertivas infundadas de que a defesa da concorrência teria perdido importância com a globalização da economia. Ainda que em contexto histórico distinto do momento em que surgiram as legislações antitruste nos EUA e Europa, o tema adquire enorme relevância para os países em desenvolvimento na atualidade, possivelmente maior do que nas experiências pioneiras.

Nos EUA, o Sherman Act de 1890 surgiu como resultado de uma demanda social para coibir as falhas e excessos do próprio mercado no âmbito nacional. A onda de legislações recentes nos países em desenvolvimento registrada no Quadro 2 está associada, em contraste, com a desregulamentação e o desenvolvimento em muitas jurisdições dos elementos fundamentais do próprio mercado. A concorrência, neste sentido, não constitui algo que virá naturalmente como uma preocupação posterior à liberalização, mas como um de seus elementos catalisadores mais importantes, sem o qual torna-se difícil a integração no plano internacional.

O objetivo deste trabalho é situar a defesa da concorrência no Brasil e no Mercosul. A Seção 2 sugere uma trajetória idealizada de desenvolvimento institucional que pode servir como referência para comparação do grau de avanço entre as diferentes jurisdições.

As Seções 3 e 4 descrevem os principais aspectos da experiência brasileira recente no tocante, respectivamente, à evolução das últimas décadas e às perspectivas para os próximos anos. A Seção 5 aborda o estágio em que o tema se encontra no Mercosul. Uma seção final aponta as principais tarefas a serem realizadas para dotar

o país de um regime eficiente e moderno de defesa da concorrência, em compasso com o desenvolvimento institucional que se vislumbra na virada do milênio.

2. Defesa da Concorrência: Modelo de Desenvolvimento Institucional e Processo Histórico

O desenvolvimento da defesa da concorrência de um país não ocorre subitamente. Trata-se de processo histórico que requer tempo, mudança cultural e investimento em instituições adequadas. Não é casual que estas últimas variem tanto nos diferentes países, conforme demonstram os levantamentos de legislações e jurisprudência existentes.³

A despeito deste caráter eminentemente histórico do desenvolvimento institucional, é útil estabelecer possíveis fases de evolução que, pelo menos do ponto de vista teórico, poderiam servir como referência para a comparação entre jurisdições distintas.

Como a construção institucional é custosa e os recursos são escassos, é preciso estabelecer prioridades e um ritmo ótimo de implementação da defesa da concorrência.

Admita-se, por exemplo, que um consultor seja chamado para desenhar um programa de desenvolvimento de uma agência de defesa da concorrência em um país que não possua legislação ou órgão com esta atribuição específica.

Há dois riscos a serem evitados. De um lado, o atraso na constituição das instituições básicas da concorrência inibe a modernização e integração da economia. É ilusório pensar que é possível liberalizar antes para defender a concorrência depois, pois esta última é parte integrante do próprio processo de liberalização.

De outro lado, o acúmulo de atribuições da agência em um país com pequena dotação de recursos pode comprometer a qualidade do trabalho e prejudicar, em vez de estimular, o funcionamento do mercado.

Vários poderiam ser os critérios para sugerir uma seqüência de fases. O Quadro 3 apresenta uma possível sugestão de nosso consultor hipotético, baseada no grau crescente de dificuldade em efetuar uma análise de custo/benefício sobre o impacto da ação da agência a ser criada. Sua fonte de inspiração se encontra em Khemani e Dutz (1995).

A receita contida no Quadro 3 é simples: supõe-se que em estágios iniciais se privilegiem providências visando sanar falhas de mercado flagrantemente nocivas ao mercado para, gradualmente, incluir no escopo de atuação da agência questões menos triviais.

À medida que o país desenvolve recursos humanos e materiais para uma análise criteriosa de custo/benefício da ação estatal, a autoridade deveria atuar sobre operações que encerram eficiências ao lado de aspectos negativos à concorrência. Supõe-se que, com a devida maturidade e dotação de recursos, a agência de defesa da

³ Merecem particular atenção OEA (1997), OCDE (1996) e Comissão Européia (1997).

concorrência iniba e/ou impeça operações que apresentem fortes desvantagens ao mercado sem uma contrapartida razoável de eficiências.

QUADRO 3

EVOLUÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA VIRADA DO MILÊNIO

<i>NÍVEIS</i> \ <i>FASES</i>	<i>I</i>	<i>II</i>	<i>III</i>	<i>Maturidade Institucional</i>
<i>NACIONAL</i>	1) <i>Advocacia da Concorrência</i> + 2) <i>Repressão a Acordos Horizontais</i> + 3) <i>Assistência Técnica</i>	<i>I</i> + 4) <i>Controle de Atos de Concentração</i> + 5) <i>Acordos Verticais</i>	<i>II</i> + 6) <i>Regulação</i> + 7) <i>Acordos de Cooperação Internacional</i>	<i>III</i> + 8) <i>Acordos Internacionais de Segunda Geração</i> + 9) <i>Advocacia da Concorrência Pró-Ativa</i>
<i>BLOCOS REGIONAIS</i>	<i>Pauta de Harmonização</i> / <i>Acordos Comunitários e Transformação da Defesa Comercial em Defesa da Concorrência</i>			
<i>INTERNACIONAL</i>	<i>Fixação de Princípios Básicos</i>			

As próximas duas sub-seções discutem em maior detalhe as duas dimensões indicadas no Quadro 3: as diferentes fases de evolução institucional de acordo com o critério sugerido acima e os distintos níveis - nacional, regional e multilateral - em que a defesa da concorrência pode ocorrer.

Esta segunda dimensão é particularmente importante em um contexto de difusão rápida da cultura de concorrência em jurisdições das mais variadas, uma vez que lacunas nacionais associadas ao descompasso de desenvolvimento institucional entre os países podem ser preenchidas por acordos regionais.

2.1 As Quatro Fases de Evolução Institucional

A sugestão do consultor registrada no Quadro 3 contém uma seqüência de nove pontos distribuídos em quatro fases para um desenvolvimento equilibrado rumo à maturidade institucional.

Fase I : em um primeiro momento, uma agência com relativo grau de independência deveria:

1) disseminar valores concorrenciais junto aos setores público e privado. Este papel de difusão da cultura da concorrência, freqüentemente denominado de “advocacia da concorrência”, é particularmente importante em países recém-egressos de regimes estatistas como os da Europa do Leste e da América Latina.

2) reprimir nos termos da lei as infrações mais flagrantemente nocivas como os acordos de preços entre empresas concorrentes (cartéis) que inequivocamente prejudicam o mercado e o consumidor. Tais ações coordenadas entre concorrentes em um mesmo mercado são chamadas de acordos horizontais, conforme indicado no Quadro 3.

É comum se fazer uma associação direta entre a Fase I e a aplicação de regras de *per se*, segundo as quais determinadas práticas são consideradas ilícitas independentemente de uma análise de sua razoabilidade econômica. No entanto, mesmo em estágios iniciais, parece mais adequado adotar critérios de razoabilidade⁴.

3) absorver assistência técnica de agências mais maduras e organismos internacionais.

Fase II: neste estágio, além dos componentes da Fase I deveriam ser introduzidos:

4) controle de caráter preventivo, isto é, de atos de concentração como fusões e aquisições;

5) atenção sobre acordos verticais, definidos como ações coordenadas entre fornecedor/produtor/distribuidor, isto é, entre empresas em diferentes pontos de uma cadeia produtiva⁵.

Tal ação requer critérios mais sofisticados de análise, uma vez que tais operações encerram aspectos positivos e negativos, sendo necessária criteriosa análise de custo/benefício para averiguar se uma transação deve ou não ser contestada pela autoridade. Isto é particularmente verdadeiro para os acordos verticais que tendem a reduzir significativamente os custos de transação.

Fase III: crescem-se, neste momento, mecanismos de articulação institucional:

6) no plano doméstico, com as diferentes agências de regulação incumbidas de zelar pela competição em setores regulamentados, geralmente caracterizados por monopólios naturais.

7) no plano mundial, em prol da cooperação com outras jurisdições de sorte a fazer convergir com as tendências internacionais a legislação e sobretudo a jurisprudência. Neste ponto, a relação com outros países transcende a mera assistência técnica das Fases I e II para envolver maior intercâmbio técnico e esforço de uniformização de critérios e procedimentos processuais.

Fase IV: a maturidade institucional é obtida quando além das tarefas acima, logra-se:

⁴ A discussão acerca dos prós e contras da chamada regra da razão *vis-à-vis* critérios *per se* data do início do século nos EUA. Leopoldino da Fonseca (1995, p. 42-45) contém trechos interessantes da discussão sobre este tema entre os juízes White e Harlan no caso *Standard Oil Company of New Jersey et alli v. EUA*. ALD (1997, p. 40-71) ilustra a jurisprudência dos EUA. Legislações mais recentes como a do Brasil e Mercosul não encerram ilícitos *per se*. A discussão da Macroeconomia desde os anos setenta acerca dos prós e contras da discricionariedade *vis-à-vis* a utilização de regras fixas guarda analogia com este debate.

⁵ Os atos de concentração também podem ser definidos como horizontais ou verticais, conforme envolvam empresas em um mesmo mercado ou em diferentes pontos da cadeia produtiva.

8) no plano internacional, desenvolver os acordos de cooperação de forma a fazer valer a extraterritorialidade da lei, garantindo que infrações efetuadas em outras jurisdições com efeitos no mercado doméstico sejam efetivamente punidas. Tais arranjos, ao requererem grau de integração mais elevado com agências de outros países comparativamente aos da Fase III, ganhou o nome de “acordos de segunda geração” no Quadro 3;

9) no plano interno, sedimentar a cultura da concorrência nas diferentes esferas de governo e da sociedade de sorte a permitir uma advocacia da concorrência mais pró-ativa e abrangente. Analogamente àquilo que ocorre em vários países com a legislação ambiental, a dimensão da defesa da concorrência tende a tornar-se mais importante nas economias maduras institucionalmente. Isto pode se refletir, por exemplo, pela previsão legal de análise da defesa da concorrência em um número crescente de legislações específicas e em níveis estaduais e municipais de governo.

Dificuldade de Avaliação versus Dificuldade de Implementação

Note-se que embora a avaliação de custo/benefício possa ser mais difícil nos casos de atos de concentração pelas razões apontadas anteriormente, a demonstração de forma juridicamente sólida da ocorrência de uma conduta ilícita pela agência requer elevado grau de sofisticação técnica, nem sempre disponível em países em desenvolvimento. Isto quer dizer que a Fase I do Quadro 3 não é necessariamente mais fácil do que as fases subsequentes, embora constitua ponto de partida natural.

Assim, por exemplo, um eventual viés em favor da estrutura e em detrimento da conduta pode resultar da dificuldade técnica de conduzir uma investigação bem feita de sorte a assegurar o padrão de prova necessário para dar prosseguimento ao processo administrativo.

2.2 Níveis Regional e Multilateral

Concorrência e Blocos Regionais

As fases discutidas na sub-seção 2.1 dizem respeito à evolução institucional de um determinado país, ressalvadas as peculiaridades de cada jurisdição. O desenvolvimento no âmbito dos blocos regionais envolve, em um primeiro momento, a harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência.

Um passo seguinte importante é a substituição da defesa comercial (com ações *antidumping*, por exemplo) pela defesa da concorrência. Em um estágio mais avançado em que já se consolidou um mercado comum, como aquele obtido pela União Européia, é possível conceber um órgão supranacional, como a DG-IV da Comissão Européia.

Cumprе realçar a interação entre as fases no plano nacional e a defesa da concorrência nos blocos comerciais. Países sem legislação podem “saltar etapas”, adotando eventuais determinações estabelecidas no plano subregional. Assim, por exemplo, jurisdições como Portugal, Dinamarca, Holanda e Reino Unido têm adaptado suas legislações nacionais de acordo com a Comissão Européia.

Se a complementação entre os níveis nacional e regional é satisfatória, é razoável supor que para jurisdições menores as últimas fases indicadas no Quadro 3 possam ser obtidas antecipada ou exclusivamente no plano regional. Assim, por exemplo, em economias pequenas, como a do Uruguai, o controle de atos de concentração poderia, em tese, ser feito apenas no plano regional.

Na mesma direção, o desenvolvimento rápido da legislação e prática da defesa da concorrência no México está associado ao Nafta. De fato, a lei mexicana de 1992, incorporou vários dos desenvolvimentos prévios das jurisdições maduras, inclusive no tocante ao exame de privatizações. A União Européia apenas introduziu o controle de atos de concentração em 1989, mais de três décadas após o Tratado de Roma; em contraste, o Protocolo de Fortaleza do Mercosul prevê um tratamento da questão em um espaço de dois anos após a ratificação do referido acordo.

Concorrência e Organização Mundial do Comércio

Desde a reunião de Cingapura, a defesa da concorrência constitui tema da agenda da OMC. Há crescente consenso entre especialistas de que esta área deverá representar uma das mais importantes da pauta da próxima rodada da OMC⁶. Países sem um sistema maduro de defesa da concorrência não poderão aproveitar novas oportunidades que seguramente vão surgir neste terreno.

Na atualidade, as discussões do Grupo de Defesa da Concorrência da OMC se concentram sobre aspectos preliminares e servem de guia para a criação de novas legislações.

Seria razoável supor que a discussão deverá evoluir para o intercâmbio de experiências, harmonização de jurisprudência e finalmente, a exemplo daquilo que ocorre com comércio e investimento, para a fixação de certos princípios básicos que deverão nortear a aplicação de leis nacionais ou regionais de defesa da concorrência.

Note-se a peculiaridade desta área no tocante à criação de uma Lei ou Código internacional de defesa da concorrência. As especificidades institucionais de cada jurisdição são tão acentuadas que não seria razoável imaginar, pelo menos dentro de um horizonte de tempo previsível, uma legislação comum.

Tampouco parece provável, em um horizonte previsível de tempo, uma substituição as regras de defesa comercial pelas de defesa da concorrência, como está em curso nos âmbitos dos blocos regionais.

A ênfase deverá recair sobre procedimentos e critérios de análise comuns para o que o estreitamento de relações entre as diferentes agências nacionais parece fundamental⁷.

2.3 Globalização e os Seqüenciamentos “Desiguais e Combinados”

Ressalte-se que não se está afirmando que todos os países devam obrigatoriamente percorrer as quatro fases descritas na sub-seção 2.1. O mais

⁶ Sem prejuízo de alertas sobre o caráter incipiente da discussão como em Wood (1996).

⁷ Os principais pontos acerca das tendências de convergência no plano internacional estão discutidos em Waverman, Comenor e Goto (1997, parte V).

provável é que, dadas as diferentes circunstâncias históricas, nenhum país reedite trajetórias precedentes ou reproduza a seqüência sugerida no Quadro 3. Esta última continua servindo, no entanto, como referência analítica útil para a construção institucional.

Analogamente ao processo de industrialização, quanto mais recente a experiência em defesa da concorrência do país, mais freqüentes se tornam as áreas de superposição das fases descritas, fazendo com que a seqüência sugerida antes convirja para uma implementação simultânea.

Tal fenômeno de superposição das fases e encurtamento do intervalo de implementação ocorre em função da globalização da economia. A transmissão da experiência se processa mais rapidamente, atendendo à exigência dos agentes privados por espaços jurídicos harmonizados. Some-se a isto o fato de que no âmbito dos blocos comerciais o padrão de referência tende a ser a jurisdição mais madura, acelerando dessa forma a velocidade de transformação institucional dos países emergentes.

Diante deste desafio, as autoridades destes últimos deveriam evitar duas posturas equivocadas. De um lado, o mimetismo institucional que ignora as especificidades da tradição e cultura locais. De outro, a resistência à mudança e introdução de valores concorrenciais que tende a atrasar a integração, condenando o país a se tornar mercado de segunda categoria.

3. Aspectos da Experiência Brasileira

O esquema discutido na seção anterior é útil para situar a situação brasileira. A atuação do CADE no período recente coloca o Brasil em posição de relativo destaque entre as economias emergentes, especialmente em comparação aos países da Ásia.

Isto constitui fator de atração para o investimento estrangeiro na medida em que oferece segurança jurídica para capitais que desejam efetuar inversões produtivas no Brasil. Cumpre, no entanto, atentar para o fato assinalado anteriormente de que o desenvolvimento institucional constitui processo lento, restando um longo caminho a ser trilhado para se atingir o nível das jurisdições mais maduras.

3.1 Breve Retrospectiva da Legislação Brasileira

A exemplo de outros países em desenvolvimento, a experiência brasileira foi marcada pela mescla de duas vertentes distintas e até certo ponto contraditórias de legislação na esfera econômica.

O Quadro 4 sintetiza tal evolução. De um lado, desde a Constituição de 1937, normatizou-se a intervenção direta no mecanismo de mercado como forma de defesa da “economia popular”. De outro, desenvolveu-se em paralelo, a partir dos anos quarenta, uma legislação “antitruste” que, embora inspirada na experiência norte-americana, encerrou, desde o início, peculiaridades da jurisdição nacional⁸.

⁸ Uma discussão pormenorizada das tendências históricas da legislação transcenderia o escopo deste trabalho. A distinção entre as duas vertentes identificadas no Quadro 4 é tratada em outro contexto em Forgioni (1997). A peculiaridade do sistema de crenças e valores que inspiraram o desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil

Do ponto de vista da eficácia material, a primeira vertente preponderou dos anos trinta até meados dos anos noventa. Sua importância declinante é anunciada com a mudança do marco constitucional em 1988, induzida pela abertura e desregulamentação de preços do início dos anos noventa e concretizada com a Lei 8884 e estabilização dos preços do Plano Real de 1994.

QUADRO 4

DUAS VERTENTES NA LEGISLAÇÃO REGULADORA DO MERCADO

PEÇA LEGAL	DATA	MARCO CONSTITUCIONAL	ÓRGÃO APLICADOR	VERTENTES		
				PROTEÇÃO DA ECONOMIA POPULAR	TRANSIÇÃO	DEFESA DA CONCORRÊNCIA
DL 869	18/11/38	CF 1937, Art. 141				
DL 7666 "Lei Malaia"	22/06/45		Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)			
LEI 1521	26/12/51					
LEI 1522	26/12/51		Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP)			
LEI 4137	10/09/62	CF 1946, Art. 148	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)			
LEI DELEGADA N.º 4	26/09/62	CF 1946, Art. 146	Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB)			
DL 52025	20/05/63	Regulamenta Lei 4137				
DECRETO 63196	29/08/68	CF 1967, Art. 83, II Revogado em 25/04/91	Conselho Interministerial de Preços (CIP)			
DL 92323	23/01/86	Revoga DL 52025 Regulamenta lei 4137				
DL 99244	10/05/90		Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)			
LEI 8137	27/12/90	Retorno à configuração de atos contrários à ordem econômica como crimes				
LEI 8158 (MP 204/90)	9/01/91		Secretaria de Direito Econômico (SDE)			
LEI 8884	11/06/94	CF 1988, Art. 170 e 173	Transforma o CADE em autarquia			
LEI 9021	30/03/95	Implementação da Autarquia criada pela Lei 8.884/94				
LEI 9069	29/06/95	Altera a Lei 8.884/94				
LEI 9470	10/07/97	Acrescenta parágrafo ao art. 4º da Lei 8.884/94				

está discutido em Salgado (1997). Sampaio Ferraz (199), Leopoldino da Fonseca (1995, p.20-29) e Vaz (1993, p.243-303) contêm inúmeras reflexões acerca do período abrangido pela retrospectiva desta seção.

Note-se, contudo, que tal movimento não significa que as vertentes identificadas no Quadro 4 existam sob forma pura ou preponderem de forma exclusiva em determinado período histórico.

De um lado, os normativos de cada vertente contaminam-se mutuamente. Conforme assinala Forgioni (1997, p. 73), por exemplo, “a Lei 1521 de 26 de dezembro de 1951, embora alterando, como diz em sua epígrafe, “dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste”. Da mesma forma, o disposto no inciso XXIV do artigo 21 da Lei 8884 acerca de “imposição de preços excessivos” pertence mais à tradição de tutela imediata do mercado do que à matriz internacional de defesa da concorrência.

De outro lado, a vertente não dominante adquire alguma materialidade, mesmo sob a preponderância da outra. Assim, o Brasil apresenta uma jurisprudência administrativa precoce na área de defesa da concorrência, apesar da pronunciada intervenção estatal nas seis décadas posteriores ao primeiro período Vargas e nítido predomínio do controle de preços. Analogamente, a inércia burocrática explica a sobrevivência de dispositivos anacrônicos na atualidade, como a Lei Delegada No 4 de 1962.

Note-se, depois de mais de seis décadas de forte intervenção estatal, o Brasil se enquadra nos casos mencionados antes de baixa cultura de concorrência. Daí a importância da advocacia da concorrência, que inclui a difusão de conceitos e normas indispensáveis para o cumprimento da Lei.

QUADRO 5

PRINCIPAIS PERÍODOS DA REGULAÇÃO DOS MERCADOS NO BRASIL

PERÍODOS VERTENTES	1937-1988	1989-1994	1994-
DEFESA DA ECONOMIA POPULAR			
DEFESA DA CONCORRÊNCIA		PERÍODO DE TRANSIÇÃO	

O Quadro 5 ilustra de forma sintética as principais tendências da legislação desde o Estado Novo. Da Carta de 1937 à de 1988, prevaleceu a tendência de proteção da economia popular, típica de uma economia marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica.

O período entre o final dos anos oitenta e o Plano Real abriu, por sua vez, uma etapa de transição na medida em que:

- promoveram-se as mudanças em direção a um novo modelo de desenvolvimento com maior exposição à economia mundial e em contraste com a industrialização por substituição de importações. Isto tornou anacrônico o aparato de controle de preços pre-existente, ao mesmo tempo em que abriu períodos de ajuste estrutural em vários mercados previamente regulados.

- agudizou-se a crise macroeconômica marcada pela superinflação. A estabilização em uma economia indexada como a brasileira requeria estratégia específica de coordenação dos agentes para a passagem de uma taxa de inflação que atingiu níveis convencionalmente definidos como hiperinflacionários para uma inflação de um dígito. Poder-se-ia argumentar que, pelo menos do ponto de vista da estabilização, isto exigiria papel centralizador da autoridade no sentido de coordenar as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada.

Tais fatores explicam, em parte, o sentido das mudanças contidas na Medida Provisória 204/90, posteriormente Lei 8158/91. A criação de uma secretaria ligada à administração central (SNDE) para conduzir a investigação e com poderes de decisão visava preservar alguma forma de controle. Tratava-se, no entanto, de estrutura nova criada na área da Justiça com uma lei na tradição *antitruste*.

Na prática, esta nova estrutura não substituiu integralmente a antiga, tendo coexistido com a atuação de outros órgãos de política de preços na área econômica. Sua concepção parece de qualquer forma ter correspondido a uma fase de transição em que as condições da defesa da concorrência não estavam plenamente preenchidas⁹.

Com a estabilização dos preços obtida pelo Plano Real, foi possível deslocar a ênfase da política sobre aspectos estruturais, abrindo nova etapa na qual preponderou a defesa da concorrência sobre a vertente intervencionista.

No plano jurídico, a Lei 8884 de junho de 1994 reaproximou a legislação brasileira à tendência internacional de defesa da concorrência em três aspectos¹⁰:

- restabeleceu-se o poder de decisão de uma comissão de caráter técnico como o CADE, restringindo a atuação da administração central à instrução dos processos por intermédio de órgão sucedâneo da SNDE, a SDE;

- conferiu-se maior grau de autonomia ao CADE com a sua transformação em autarquia e criação de mandato de dois anos para seus membros;

⁹ Oliveira (1996, p.59-73) contém uma discussão acerca da política de preços nesta fase de transição.

¹⁰ Curiosamente, no entanto, a motivação política que levou à edição da Lei 8884/94 foi ainda inspirada na noção das etapas anteriores de maior intervenção do Estado nos mercados.

- introduziu-se de forma mais adequada o controle de atos de concentração ao amparo do artigo 54 da referida lei¹¹.

3.2 O Brasil na Fase II

O Quadro 6 sumaria a evolução histórica da segunda vertente da legislação de defesa da concorrência, incluindo a Lei 8158/91. Uma primeira leitura sugeriria que o Brasil se encontra na Fase II da evolução proposta no Quadro 3 da seção anterior.

QUADRO 6

EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

<i>Lei</i>	<i>4 1 3 7 (1962)</i>	<i>8 1 5 8 (1991)</i>	<i>8 8 8 4 (1994)</i>
<i>Características</i>			
<i>Órgãos</i>	<i>C A D E</i>	<i>S N D E C A D E</i>	<i>C A D E S D E S E A E</i>
<i>Escopo</i>	<i>Conduta</i>	<i>Conduta</i>	<i>Conduta Estrutura</i>
<i>Autonomia</i>	—	—	<i>CADE é transformado em autarquia; mandato de dois anos para os membros</i>

De fato, os principais elementos das Fases I e II do Quadro 3 estão presentes, ainda que de forma imperfeita:

- há dispositivos legais que realçam a importância da advocacia da concorrência. Com efeito, o legislador incluiu entre as atribuições do Plenário do CADE a de “*instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica*”.¹²

- há um controle da conduta das empresas, abrangendo acordos horizontais desde 1962;

- um sistema preventivo de apreciação de atos de concentração tem sido implementado desde 1994.

Uma avaliação cuidadosa revela, contudo, a necessidade de melhorar a instrução dos processos, aperfeiçoar o controle de atos de concentração, perseverar no

¹¹ Este artigo manteve parte da estrutura do artigo 13 da Lei 8158/91 que, por sua vez, se originou no artigo 74 da Lei 4137/62.

¹² Conforme Inciso XVIII do artigo 7o da Lei 8884/94 que constitui ligeira modificação da alínea r) do artigo 17 da Lei 4137 de 1962.

esforço de desburocratizar os procedimentos e assegurar transparência e celeridade. Para comentar estes pontos vale à pena discutir o universo da jurisprudência administrativa, o controle de condutas e o de atos de concentração.

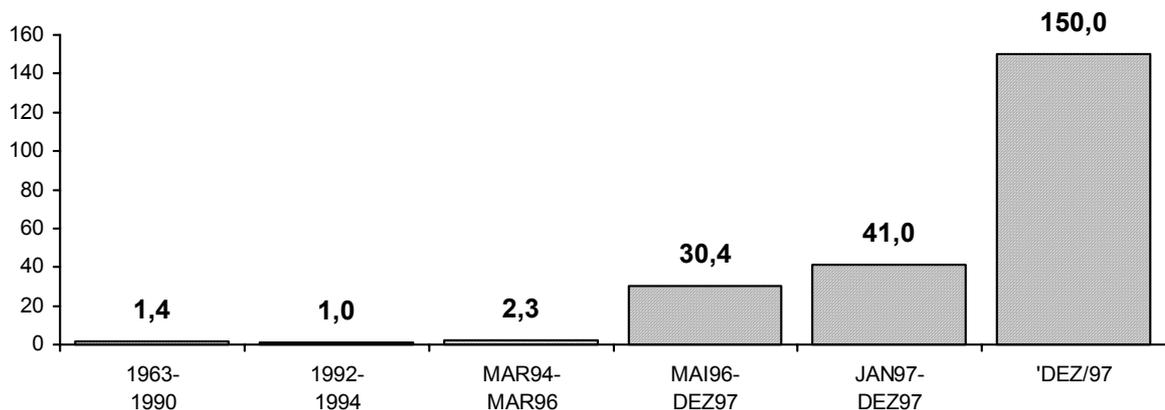
3.2.1 Universo da Jurisprudência Administrativa

Diferentemente da maioria dos países emergentes, o Brasil possui maior experiência na área de defesa da concorrência, tendo o CADE adquirido certa tradição com 35 anos de existência desde sua criação pela Lei 4137 de 1962.

A evolução histórica do número de julgados da autarquia confirma a análise prévia de preponderância do controle direto sobre o mercado em detrimento da defesa da concorrência. Conforme mostra o Quadro 7, até o início dos anos noventa o número de julgados/mês é apenas ligeiramente superior a um, aumentando para 2,3 em 1994-96. Apenas nos últimos dois anos verificou-se crescimento exponencial, atingindo médias de 41 e 150 no ano de 1997 e em dezembro de 1997, respectivamente (ver Quadro 7). Isto equivale a dizer que mais da metade dos julgados da autarquia (57%) ocorreram nos últimos vinte meses.

QUADRO 7

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO NÚMERO DE JULGADOS/MÊS DO CADE



Este quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores. De fato, identificam-se mais de centena de peças interessantes com repercussão à época e que encerram questões atuais, bem como razoável debate doutrinário. Chama a atenção em relação a este último, as discussões do início dos anos sessenta no Congresso acerca do projeto de lei que daria origem à Lei 4137 de 1962¹³.

Os depoimentos do ex-ministro da Justiça Nelson Hungria e do então diretor da FGV e consultor da extinta SUMOC, Alexandre Kafka, contêm embriões preciosos de temas atuais sobre o papel do Judiciário em matéria de Direito Econômico, a consideração das eficiências em atos de concentração e em restrições verticais, as

¹³ Este debate se encontra registrado em trabalho inédito de Franceschini. Ainda que com lacunas, a jurisprudência do CADE pode ser encontrada na Revista de Direito Econômico e na Revista do IBRAC. Franceschini e outros (199) e Franceschini (1996) contêm ementário comentado, documentos e pareceres selecionados.

especificidades da defesa da concorrência em um país de industrialização recente, para citar alguns exemplos.

O cotejo entre os dois depoimentos - de um jurista e de um economista - revela, ademais, os matizes conceituais das duas disciplinas, ora nuançados, ora exagerados, pelos códigos herméticos do jargão profissional. Assim tem evoluído ao longo das décadas as linguagens do Direito e da Economia, cujo diálogo permanente é tão imprescindível quanto complexo no Direito Econômico, tornando-o, talvez por isso mesmo, uma das áreas de conhecimento e política pública mais fascinantes da atualidade.

A exemplo daquilo que ocorreu em outras jurisdições de países emergentes, a introdução do sistema de controle de atos de concentração demandou parcela excessiva de recursos da agência em um primeiro momento em prejuízo da necessária atenção às condutas das empresas no mercado¹⁴.

Note-se o caráter complementar deste tipo de controle preventivo àquele da repressão das condutas anticoncorrenciais, carecendo de sentido a discussão de se o controle das condutas é mais ou menos importante do que o das estruturas, ou vice-versa. Trata-se antes de uma questão de equilíbrio entre as diferentes frentes de ação de uma agência de defesa da concorrência em cada estágio de desenvolvimento institucional.

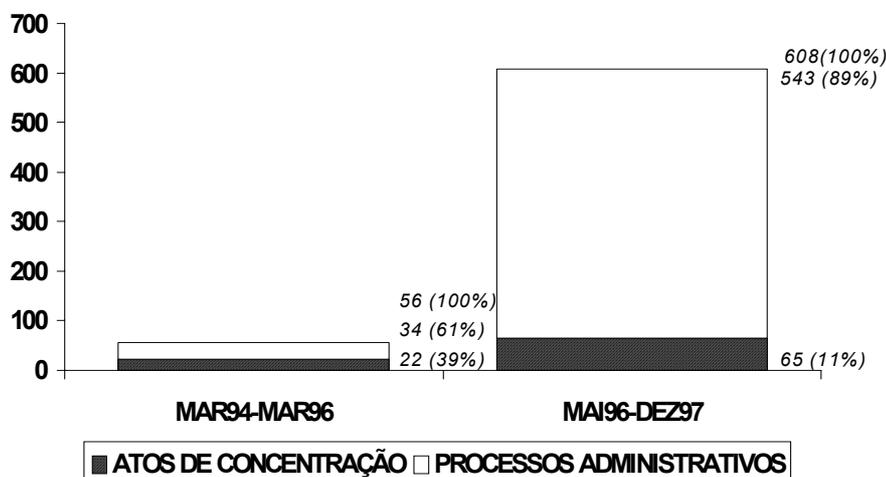
Se a atividade da agência se restringir indefinidamente à repressão das condutas, a conformação de estruturas de mercados não competitivas aumentariam a frequência de infrações à ordem econômica, frustrando parcial ou totalmente a ação da autoridade. Por outro lado, negligenciar a repressão às condutas equivale a abandonar a própria razão de ser do controle de estrutura, que é coibir o abuso do poder econômico. O desafio constitui, portanto, em dosar corretamente as duas frentes de trabalho, bem como em assegurar ganhos de produtividade de forma a permitir que ambas possam ser realizadas com uma dotação limitada de recursos.

O Quadro 8 mostra a composição dos julgados entre as duas categorias mencionadas no período 1994-97. De fato, no período 1994-96, os atos de concentração representaram 60% dos julgados, percentual superior à média das jurisdições mais maduras (inferior a um terço). Em 1996-97, contudo, este percentual declinou para 11% a despeito do número de julgados de atos de concentração ter mais que duplicado.

¹⁴ Esta parece ter sido, por exemplo, a experiência do Procompetencia na Venezuela.

QUADRO 8

COMPOSIÇÃO DOS JULGADOS ENTRE CONDUTA E ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO PERÍODO 94-97



FONTE: CADE.

Do ponto de vista estritamente quantitativo, portanto, as estatísticas recentes desabonam a afirmação freqüente de que o CADE concentraria sua atividade no controle da estrutura em detrimento da conduta. Uma avaliação mais criteriosa requer, no entanto, a análise pormenorizada de cada uma das duas categorias de processos.

3.2.2 Controle de Condutas: Acerto de Contas com o Passado

Embora os julgados de conduta já sejam majoritários, freqüentemente se argumenta que a maioria dos casos se referem a processos antigos que, por falhas de instrução, terminam por ser arquivados¹⁵.

Urge, de fato, melhorar a investigação e assegurar uma repressão eficiente às condutas anticoncorrenciais. Esta é a principal tarefa para a consolidação da Fase II do Quadro 3, conforme discutido adiante.

Ressalte-se, no entanto, que não se deve perder de vista o fato de a maioria dos processos terem sido considerados improcedentes e terem sido arquivados constitui, em grande medida, um acerto de contas com o passado, até certo ponto inevitável em países de forte tradição de intervenção estatal como o Brasil. Conforme lembrado por Forgioni (1997, p. 78), a ementa do primeiro Processo Administrativo do CADE, envolvendo o caso da barrilha¹⁶, assinala que,

¹⁵ Argumenta-se também que os principais casos de formação de jurisprudência continuam sendo aqueles relativos a atos de concentração. Tal assertiva é apenas parcialmente verdadeira, conforme demonstrado no capítulo sobre jurisprudência do Relatório Anual do CADE de 1997.

¹⁶ Trata-se do primeiro processo administrativo do CADE, em que a Associação Técnica Brasileira das Indústrias Automáticas de Vidros e suas Associadas foram iacusadas de importação irregular e dumping. O processo foi instaurado em 1963 e concluído em 1966. O voto do Conselheiro-Relator Luiz Garcia, a ementa e o acórdão fazem parte do acervo de jurisprudência do Centro de Documentação do CADE.

“É salutar a existência de um órgão como o CADE, capaz de promover levantamentos e análises em setores de produção e comercialização para apurar possíveis abusos do poder econômico. Apurar para julgar e punir, mas também para reconhecer a improcedência de denúncia que não encontre prova nos fatos. É pelo julgamento imparcial e sem paixões que se deve firmar o CADE”(grifo meu)

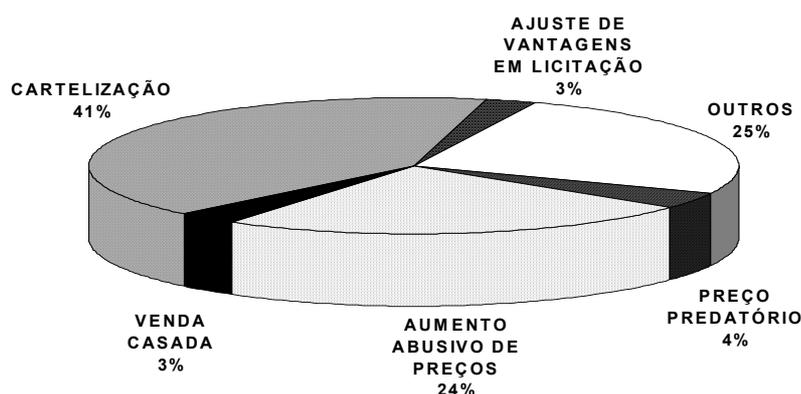
Pois as circunstâncias da industrialização brasileira criaram um ambiente de ingerência da autoridade em variáveis de mercado, com base na vertente normativa identificada como de “proteção à economia popular” no Quadro 4. Uma das tarefas primordiais de economias em processo de modernização é precisamente a de desonerar o setor privado de pendências administrativas que não encontram amparo em uma legislação moderna de defesa da concorrência.

Arquivamento como Redutor da Barreira à Entrada Representada pela Insegurança Jurídica

Subestima-se, com freqüência, o efeito positivo da eliminação de pendências administrativas do setor privado. Décadas de intenso intervencionismo provocaram uma série de processos inconsistentes que não podem ter outro destino se não o arquivamento. Verificaram-se, no passado, surtos de representações sem base técnica com o objetivo exclusivo e raramente colimado de inibir as expectativas inflacionárias.

QUADRO 9

JULGADOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS POR TIPO DE CONDUITA EM 1997



FONTE: CADE.

O Quadro 9 é ilustrativo a este respeito. Chama a atenção o elevado percentual (24%) de casos de “aumento abusivo de preços” que em sua maioria guardam mais relação com uma economia onde o conteúdo informacional do sistema de preços era precário e não com abuso do poder econômico.

Apesar da escassa chance de condenação, tais pendências envolvem custos administrativos, aumento da incerteza e impacto negativo sobre a reputação da

empresa com efeito daninho sobre seu patrimônio. A “limpeza de prateleiras” que está ocorrendo tem, portanto, o impacto positivo de reduzir custos e riscos jurídicos, elevando a segurança e rentabilidade do capital com efeito positivo sobre o investimento produtivo.

Este argumento é particularmente verdadeiro para o capital estrangeiro que, por não deter maior conhecimento do mercado e instituições nacionais, arca com maior custo informacional. Neste caso, o respeito ao devido processo legal e a transparência de regras são ainda mais cruciais como estímulo à inversão.

O elevado índice de arquivamento é compreensível dada a frequência de averiguações preliminares instauradas no início dos anos noventa a respeito de operações de privatização. O arquivamento de tais pendências no segundo semestre de 1997 constitui, assim, inegável sinalização positiva.

A questão em tela diz diretamente respeito à defesa da concorrência, pois a insegurança jurídica constitui barreira à entrada de caráter institucional, em prejuízo de potenciais entrantes no mercado.

Tais considerações servem não apenas para demonstrar a importância do trabalho recente na área de conduta, mas demonstram o efeito negativo sobre o investimento da preservação de dispositivos anacrônicos, como aqueles contidos na Lei Delegada No 4, que geram insegurança jurídica ao não respeitarem o devido processo legal.

Necessidade de Melhorar a Instrução

A argumentação anterior não reduz a necessidade imperiosa de melhorar a instrução dos processos. Este ponto constitui, de fato, a principal fragilidade da defesa da concorrência na atualidade. Vários processos terminam por serem arquivados em virtude de má definição do objeto de investigação, desrespeito ao contraditório, entre outras falhas processuais. Os principais aspectos, a serem atacados estão indicados na seção final.

3.2.3 Controle de Atos de Concentração: Avanços na Curva de Aprendizado

O controle das agências de defesa da concorrência sobre a estrutura dos mercados constitui prática comum em países maduros e vem ganhando importância crescente em economias emergentes. Tal atividade envolve exame de atos de concentração econômica tais como fusões, aquisições, *joint ventures* e incorporações.

Desde a Lei 8.884 o CADE julgou 87 atos de concentração, em contraste com a experiência secular dos EUA e mais recentemente da Austrália, Canadá e várias nações européias. Apesar de curta, tal experiência parece densa relativamente às demais economias emergentes. Além disso, algumas circunstâncias comuns com países onde a cultura da concorrência ainda não se encontra consolidada tornam o exemplo brasileiro útil como referência para o esforço de construção institucional em nações em desenvolvimento ou em blocos regionais como o Mercosul.

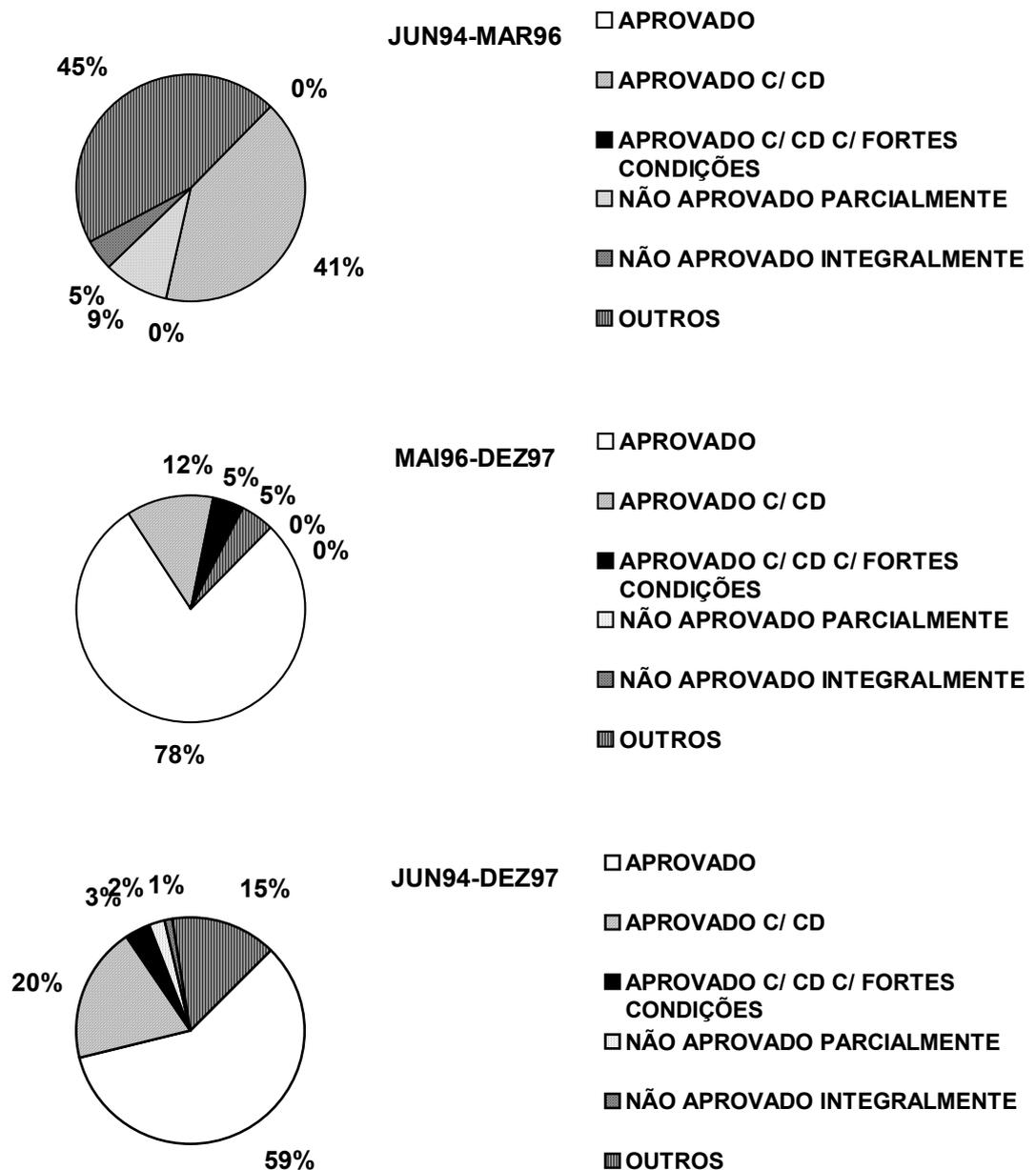
Os seguintes aspectos merecem destaque: baixa taxa de reprovação das operações submetidas ao CADE, a inexistência de viés contra o capital estrangeiro e os avanços obtidos na aceleração do exame dos processos.

O CADE não obstrui a Reestruturação Produtiva

Observadores menos informados argumentam, por vezes, que o controle do CADE sobre atos de concentração poderia obstruir a reestruturação da economia brasileira, necessária decerto para a globalização. Isto porque um excesso de rigor poderia impedir que determinadas operações de concentração fossem concretizadas.

Poder-se-ia contra-argumentar que a ausência de tal controle em discrepância com a tendência internacional representaria, este sim, fator inibidor para a integração do Brasil em uma economia global.

No entanto, importa, neste ponto, restringir-se ao fato registrado no Quadro 10 e que é similar à experiência internacional. Desde a aprovação da Lei 8884 em junho de 1994, em apenas 6% dos casos verificou-se não aprovação da operação (1%) ou imposição de condições que significassem uma reformulação significativa da operação originalmente submetida a exame (5%). Apenas para efeito de ilustração, este último caso está descrito no Quadro 10 como aprovações com compromisso de desempenho que contenha “condição forte”.

QUADRO 10**JULGADOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO POR TIPO DE DECISÃO**

Destaque-se que a ausência de “excesso de rigor” é inclusive mais nítida no atual Colegiado, relativamente ao do período 1994-96. De fato, em 1996-97 não se verificou reprovação e a taxa de imposição de condicionalidades fortes foi de 5% (ver Quadro 10).

Ressalte-se, igualmente, no Quadro 10 a maior parcimônia na imposição de condições de qualquer natureza para a provação dos atos de concentração. No período junho/94 a marco/96 todas as aprovações vieram acompanhadas de compromissos de desempenho sob a forma do artigo 58 da Lei 8884. O atual Conselho aprovou mais de três quartos das operações sem condições.

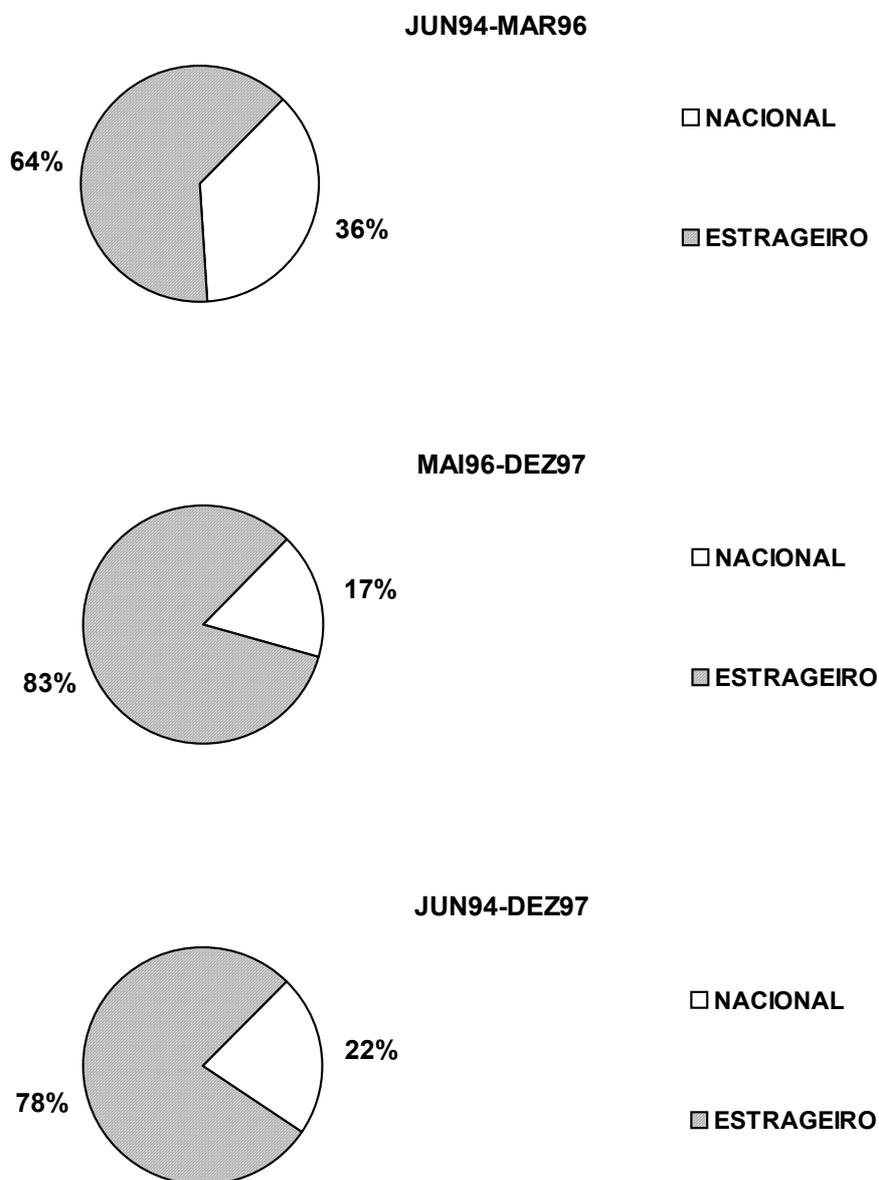
É evidente que aspectos qualitativos importantes escapam aos números agregados do Quadro 10. Mas estes últimos são suficientemente eloqüentes para descartarem afirmações de que o CADE estaria retardando o processo de reestruturação produtiva da economia brasileira. A obtenção de economias de escala e escopo associada a determinados atos de concentração constitui fator importante, entre outros, na apreciação de atos de concentração.

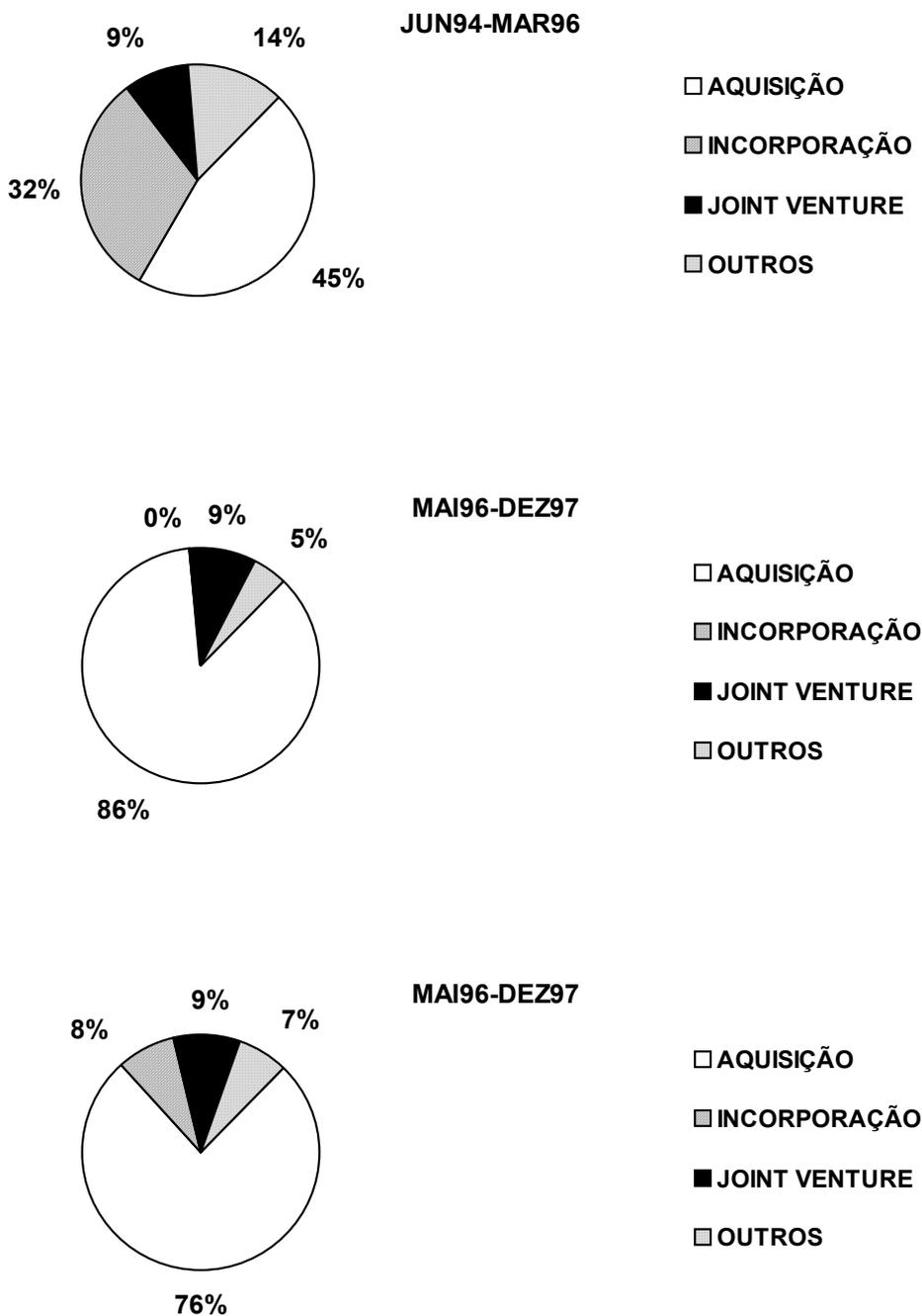
Prevalência das Aquisições e de Capital Estrangeiro

Coerentemente com as informações disponíveis acerca do forte crescimento do investimento externo no país, verificou-se a prevalência de empresas de capital estrangeiro, conforme mostra o Quadro 11.

QUADRO 11

JULGADOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO POR ORIGEM DE CAPITAL



QUADRO 12**JULGADOS DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO POR TIPO DE OPERAÇÃO**

O Quadro 12 registra, por sua vez, a preponderância de operações de aquisição sobre as demais modalidades.

Uma parcela razoável das operações refletiu no mercado brasileiro os desdobramentos de transações realizadas no plano mundial, redefinindo estratégias de grupos internacionais. O caso brasileiro ilustra, assim, a forte mudança estrutural de

mercados nacionais promovida pela globalização, que constitui um dos temas centrais do Relatório de Investimentos da Unctad de 1997.

Note-se, neste ponto, a importância de um controle eficiente e estritamente técnico de atos de concentração em uma economia como a brasileira. Sua ausência poderia permitir um domínio excessivo por grupos específicos com o conseqüente desestímulo a novos entrantes e amortecimento dos fluxos de capitais externos. É compreensível, portanto, que outros países de porte médio, como a Argentina, estejam prestes a introduzir o controle de atos de concentração, tendo o sistema mexicano precedido o brasileiro.

Alerte-se, naturalmente, para o risco oposto e igualmente nocivo de substituir as antigas restrições ao capital estrangeiro nos marcos de uma economia fechada por qualquer tipo de discriminação contra o capital forâneo. A entrada de fluxos externos de investimento é, em princípio, benéfica à concorrência ao propiciar a entrada de novas empresas e/ou aumentar a rivalidade entre os participantes do mercado doméstico.

Ressalte-se, a propósito, que no segmento de *non tradeables* o principal indutor da concorrência externa deixa de ser, por definição, o comércio exterior. Com a diminuição do período de instalação de redes de serviços em diferentes partes do mundo, a ocorrência de lucros monopolistas neste setor pode induzir a entrada de competidores externos em benefício da concorrência.

Desburocratização e Decisão em Tempo Econômico

Conforme salientado antes, o controle de atos de concentração pode consumir razoável parcela dos poucos recursos disponíveis, sobretudo no momento imediatamente após sua introdução em que a experiência dos quadros técnicos e dos agentes privados é escassa.

Diante de tais circunstâncias o CADE promoveu mudanças no procedimento de análise de atos de concentração de maneira a torná-lo mais célere e claro, dando tratamento distinto aos casos simples e complexos.

A edição da Resolução 5, de 28 de agosto de 1996, constituiu passo importante nesta direção ao promover: (1) criação de procedimento simplificado de análise; e (2) integração e coordenação das atividades do CADE com os órgãos de governo que também têm atribuições legais nesta matéria: a SDE/MJ e a SEAE/MF.

Criação de procedimento simplificado de análise

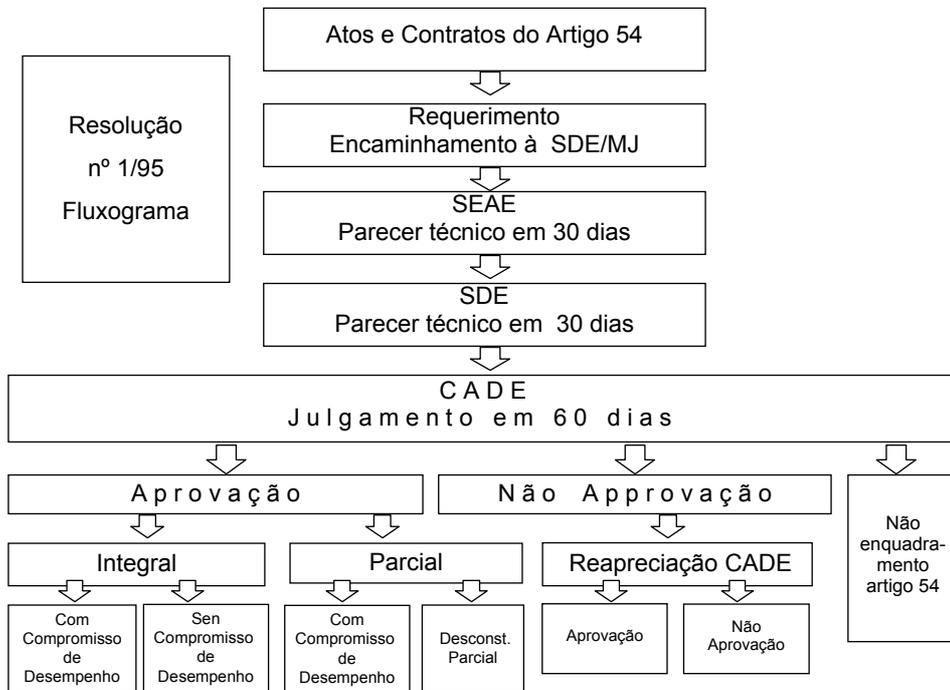
A aplicação do art. 54 da Lei 8.884/94 requereu regulamentação por parte da autoridade no sentido de estabelecer o universo e formato das informações a serem prestadas pelos agentes econômicos de sorte a permitir uma análise dos custos e benefícios para o mercado associados a um ato de concentração. A Resolução 1/95 do CADE constituiu um primeiro passo nesta direção.

No entanto, a exemplo daquilo que ocorreu em outras jurisdições, faltaram mecanismos de discriminação de casos de diferentes naturezas, bem como uma rotina

mais eficiente de integração dos órgãos encarregados de analisar as operações. O Quadro 13 sumaria o procedimento previsto pela Resolução 1/95.

QUADRO 13

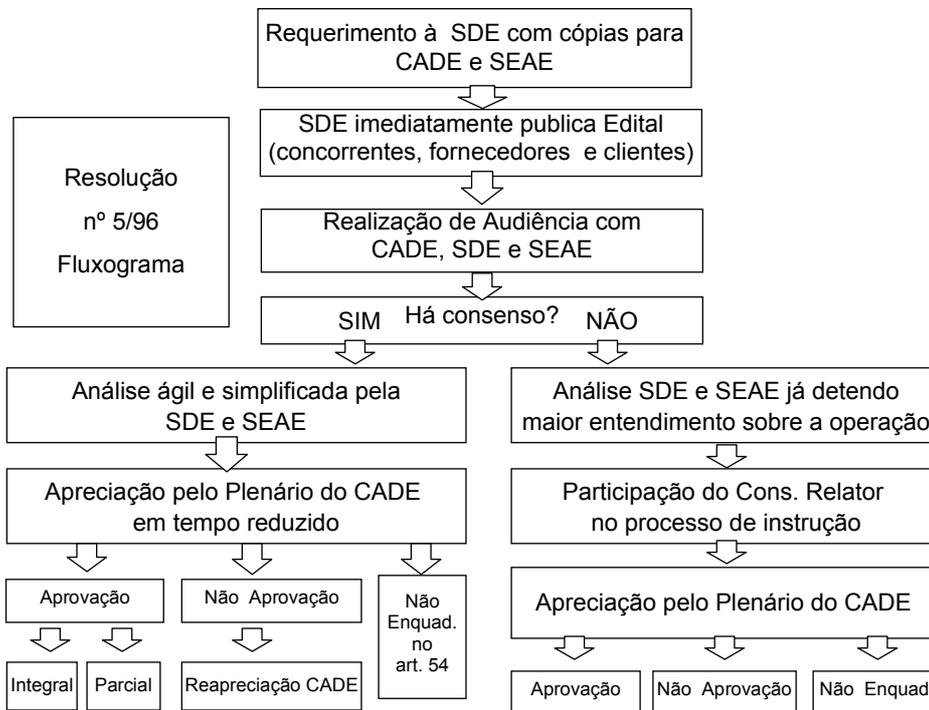
EXAME DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL - ANTES DA RES. 5 DE AGOSTO DE 1996



O procedimento simplificado mostrou-se eficaz em termos de segurança jurídica e economia de riscos e custos operacionais, justificando-se sua aplicação na análise dos atos de concentração, cujo grau reduzido de complexidade requer volume menor de informações para a decisão. O Quadro 14 sumaria a análise prevista pela Resolução 5/96.

QUADRO 14

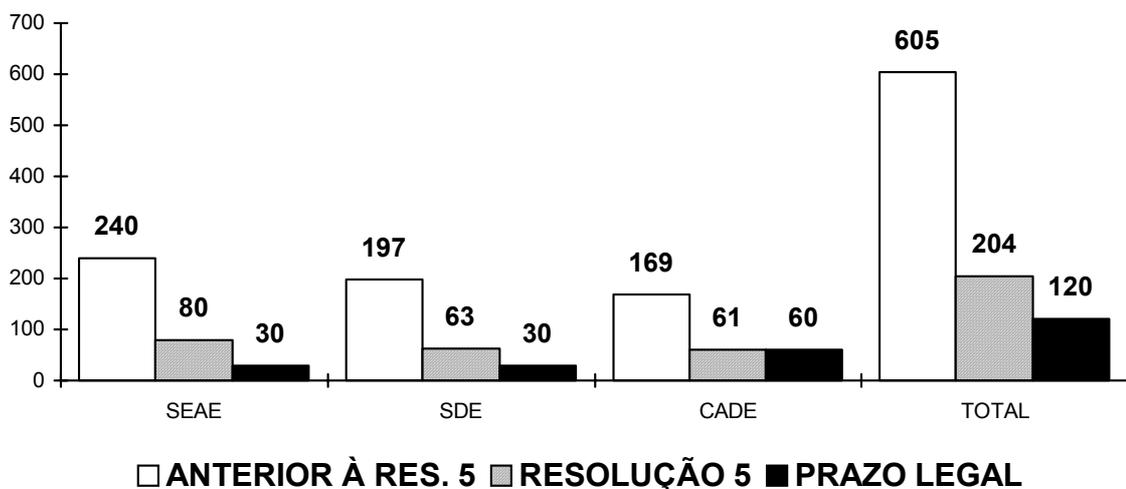
EXAME DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL - DEPOIS DA RES. 5 DE AGOSTO DE 1996



Confirmando as experiências europeia e norte-americana, o modelo brasileiro contribuiu decisivamente para diminuir o tempo de exame dos atos, conforme comprava o Quadro 15.

QUADRO 15

COMPARAÇÃO ENTRE AS RESOLUÇÕES 1 E 5: CUMPRIMENTO DO PRAZO LEGAL EM DIAS



Fonte: CADE.

De fato, antes da introdução do procedimento simplificado, o CADE, SDE e SEAE estavam, em média, bastante acima do prazo de análise previsto na Lei

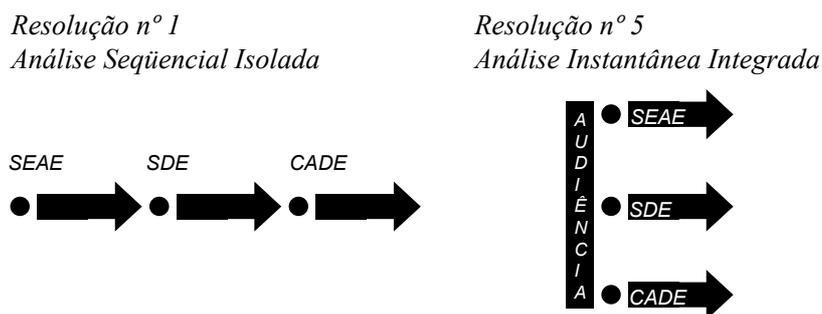
8.884/94: o resultado conjunto dos três órgãos somava 605 dias, 404% acima dos 120 dias previstos em lei¹⁷.

A situação se alterou a partir da aplicação da Resolução 5/96, sendo que em pouco mais de 1 ano o CADE já praticamente alcançou uma média de tempo de análise dentro do prazo legal. Some-se a isto o fato de os órgãos responsáveis pela instrução terem apresentado redução significativa do tempo de análise o que acarretou um saldo positivo em relação à Resolução anterior.

A Resolução 5/96, ao substituir o procedimento de análise seqüencial isolada pela análise instantânea integrada, abriu as portas institucionais para a garantia de maior agilidade no processo decisório. A natureza da inovação, que eliminou a morosidade gerada pelo seqüenciamento temporal dos pareceres, pode ser visualizada no Quadro 16.

QUADRO 16

RACIONALIZAÇÃO DA ANÁLISE NA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO: RES. 1 E 5



Reduziram-se os custos de procedimento em dois aspectos principais:

- diminuíram os custos de transação das empresas que passaram a receber orientação mais clara e a estar sujeitas a menor burocracia e eliminou-se a duplicação de trabalho de fornecimento não simultâneo de informações a vários órgãos da administração pública;
- minimizou-se o custo de análise por parte do setor público ao propiciar maior coordenação e sinergia entre o CADE e os órgãos de governo, permitindo a otimização de recursos escassos.

O sucesso da Resolução 5/96 não deve ser visto como uma panacéia e como o fim dos problemas associados à análise de atos de concentração, mas como um primeiro passo dentro de um processo contínuo de aprimoramento dos

¹⁷ Segundo o parágrafo 6o do artigo 54 da Lei 8884/94, “após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida, encaminhará o processo, devidamente instruído, ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.”

procedimentos de controle estrutural. A seção final contém um conjunto de recomendações para o aperfeiçoamento da análise de atos de concentração.

De qualquer maneira, o relativo êxito da Resolução 5/96 demonstra a possibilidade de obter consideráveis ganhos de eficiência na defesa da concorrência sem necessidade de alterações na legislação. Tal observação é importante dada a frequência com que se alteram determinadas legislações sem o devido teste de aplicação. Isto provoca insegurança jurídica que, conforme enfatizado anteriormente, constitui mais uma barreira institucional à entrada.

A redução no período de análise se reveste de particular importância quando se consideram o aumento significativo de atos apreciados pelo Conselho e a necessidade de manter e aprimorar a repressão a condutas anticoncorrenciais. Tudo isto a despeito dos escassos recursos disponíveis.

Some-se a tais fatores a peculiaridade da Lei 8884 que, discrepando da maioria das jurisdições maduras, permite a notificação *a posteriori*. Isto é, as requerentes podem - e o fazem na maioria dos casos - realizar o ato e somente após sua conclusão submetê-lo à aprovação pelo CADE. Tal fato é tanto mais nocivo quanto mais moroso for o exame pela autoridade ao permitir que:

- os eventuais efeitos negativos à concorrência de determinada operação sejam concretizados enquanto a transação se encontra sob análise;
- o custo de uma eventual desconstituição se eleve em virtude da necessidade de desfazer um conjunto crescente de operações derivadas da transação original;
- aumente a insegurança jurídica para o agente privado dada a eficácia limitada no plano jurídico do ato sob exame.

Embora uma mudança na lei seja desejável neste particular, a questão transcende a mera alteração formal. Mais importante do que a mudança normativa é o aumento da produtividade de sorte a garantir um exame rápido e sólido dos atos de concentração sem retardar o processo de reestruturação produtiva da economia. Daí a relevância de prosseguir no esforço de simplificação iniciado com a Resolução 5/96, bem como de novas iniciativas discutidas na seção final.

4. Aspectos da Experiência Brasileira: Ingressando na Fase III

A seção anterior mostrou que apesar dos significativos avanços do período recente ainda há muito a ser feito para consolidar a defesa da concorrência em seus aspectos básicos de difusão da cultura da concorrência, repressão e prevenção do abuso do poder econômico.

Embora tal consolidação deva receber tratamento prioritário, a modernização da economia coloca dois novos temas inadiáveis, associados à articulação institucional nos planos doméstico e mundial: a privatização e re-regulação dos setores de infra-estrutura e a cooperação com jurisdições de outros países e blocos comerciais.

Assim, além de superar as falhas das Fases I e II do Quadro 3 será necessário avançar na Fase III de forma a preparar a economia para a maturidade institucional na virada do milênio.

4.1 Privatização e Concorrência no Ambiente Pós-Privatizado

Concorrência e Privatização

As evidências disponíveis sugerem uma relação de fortalecimento mútuo entre privatização e concorrência. De um lado, os avanços em diversos indicadores de desempenho de empresas privatizadas tendem a ser superiores em ambientes concorrenciais. De outro, a própria privatização fomenta as relações de mercado em substituição a critérios de alocação de firmas estatais, tipicamente sujeitas a pressões políticas diversas¹⁸.

Analogamente ao investimento externo, a privatização requer um sistema de defesa da concorrência equilibrado e eficiente, evitando-se duas posições extremas. De um lado, deve-se assegurar um padrão de análise estritamente técnico e em tempo econômico, impedindo que a preocupação com a concorrência dos mercados sirva de pretexto para retardar ou impedir o programa de desestatização.

De outro lado, a negligência em relação à defesa da concorrência pode induzir mudanças estruturais de mercado que terminam por inibir a concorrência e eliminar parcial ou totalmente os efeitos que se almejam com a privatização.

Assim, para evitar a formação de estrutura de mercados desnecessariamente pouco concorrenciais, deve-se contemplar a dimensão da concorrência na própria montagem da privatização. Em se tratando de monopólios naturais, deve-se conceber, desde o início, um marco regulatório proconcorrencial.

Note-se que uma abertura comercial concomitante à privatização, como ocorreu no Brasil, é positiva ao elevar a concorrência externa, mas não substitui a defesa da concorrência. Isto porque persistem as barreiras técnicas, os custos de transporte e o caráter não comerciável de vários segmentos, entre outras razões.¹⁹

Tampouco o argumento de que a negligência da dimensão da concorrência se justifica pela necessidade de maximizar o efeito fiscal decorrente da venda das empresas públicas resiste a uma análise teórica rigorosa. De fato, os ganhos fiscais mais relevantes decorrem da arrecadação derivada das inversões que acompanham a privatização. Estas últimas tendem a declinar, no entanto, quando não se assegura um ambiente suficientemente concorrencial²⁰.

Concorrência e Privatização no Brasil

¹⁸ Tandon (1994) argumenta que o ambiente concorrencial é fundamental para o sucesso da privatização. Nellis (1997) aceita esta tese, mas argumenta no sentido de que a probabilidade de obter um ambiente concorrencial depende de forma decisiva da desestatização. Castelar (1996) contém evidências particularmente relevantes para o caso brasileiro.

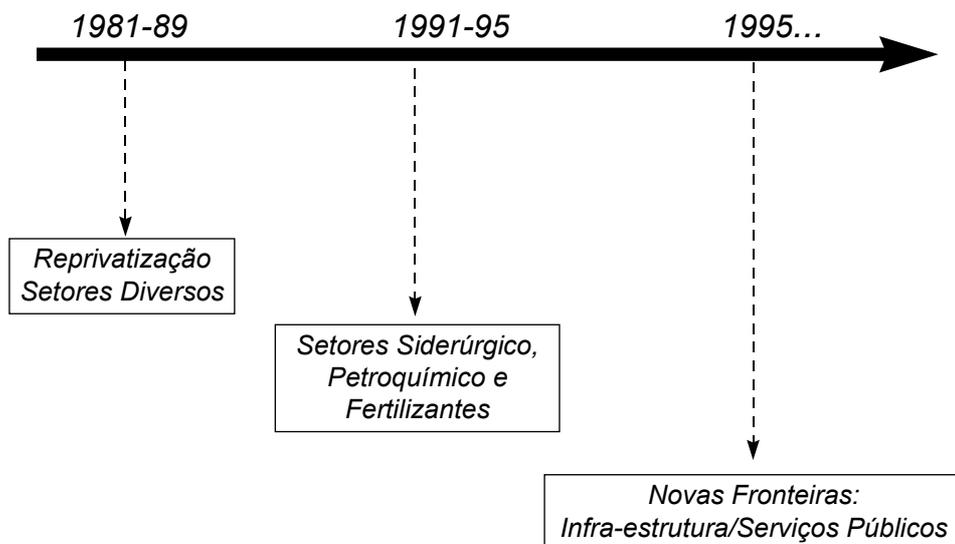
¹⁹ Para uma argumentação de porque a abertura não substitui a defesa da concorrência ver, entre outros, Oliveira (1996). Note-se que mesmo em casos de *commodities* internacionais, a preocupação com a estrutura doméstica do mercado é pertinente quando o país dispões de vantagem comparativa no produto relevante em tela.

²⁰ Este ponto se encontra desenvolvido em pesquisa em andamento sobre privatização e concorrência patrocinada pelo Núcleo de Pesquisa da FGV.

Embora conceitual e historicamente interligados, a privatização e a defesa da concorrência obedeceram ritmos diversos de desenvolvimento institucional. Enquanto esta última ainda atravessava o período de transição descrito no item 3.2, a privatização se deu de forma mais acelerada a partir de 1991 nos segmentos siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes, conforme registrado no Quadro 17.

QUADRO 17

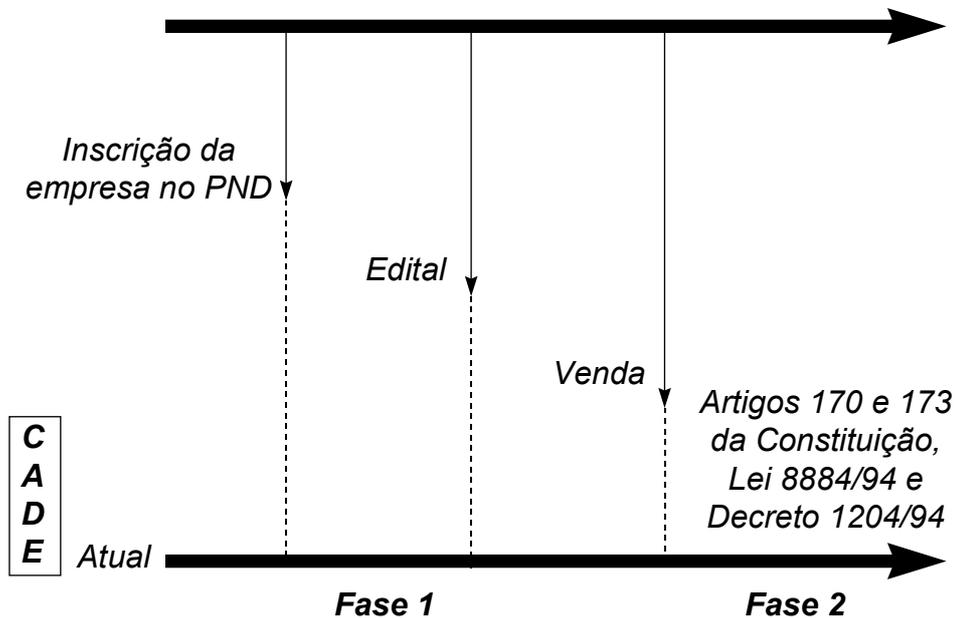
FASES DA PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL



Tal descompasso explica em parte a relativa desarticulação entre os órgãos de defesa da concorrência e os de privatização até 1996, bem como a demora e inadequação de certos procedimentos.

O Quadro 18 descreve sumariamente a forma pela qual se dá o exame concorrencial de operações de privatização no Brasil. A exemplo daquilo que ocorre com a maioria das transações do setor privado, a análise pelo CADE ocorre *a posteriori*. Depois da inscrição da firma no programa, divulgação do edital e da venda, regidas pela Lei 9491/97, verifica-se a aplicabilidade da Lei 8884²¹.

²¹ A Lei 9491 de 9 de setembro de 1997 revogou a Lei 8031 de 12 de abril 1990 que constituiu marco na aceleração do programa de desestatização da administração Collor.

QUADRO 18**FORMATO DA ANÁLISE CONCORRENCIAL DAS OPERAÇÕES DE PRIVATIZAÇÃO**

Este é o caso dos atos de concentração indicados no Quadro 19 que contém todas as operações de privatização submetidas de alguma forma à análise do CADE²².

QUADRO 19**OPERAÇÕES DE PRIVATIZAÇÃO SUBMETIDAS AO CADE**

EMPRESA	NÚMERO	ESTÁGIO DO PROCESSO
Caraíba Metais/Mineração Caraíba	AC 29/95	devolvido à SDE
Fosfertil e Ultrafertil	AC 02/94	aprovado com condições
Petroflex	08000.020260/94-11	arquivado
Cia. Nacional de Álcalis	08000.020256/94-44	arquivado
Usiminas	08000.015932/94-59	devolvido à SDE
Copesul	08000.020252/94-93	concluso ao Conselheiro
Poliolefinas	08000.020253/94-56	arquivado
Compania Brasileira de Estireno - CBE	08000.020254/94-19	arquivado
Compania Siderúrgica Nacional - CSN	08000.020255/94-81	arquivado
Polisul	08000.020259/94-32	arquivado
Nitriflex	08000.020257/94-15	arquivado

²² No caso da venda da Companhia Vale do Rio Doce indicada no Quadro 19, destacam-se duas peculiaridades: i) o CADE elaborou uma nota técnica preliminar a pedido da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado antes da realização do leilão de venda; ii) a operação foi dividida para efeito de análise em cinco macro-setores dada a abrangência da atividade de empresa privatizada.

Acesita	08000.020258/94-84	arquivado
Compania Industrial de Polipropileno - PPH	08000.020261/94-84	arquivado
Ferrovias Centro-Atlântica	AC 95/96	em instrução
Malha Sudeste	AC 108/96	em instrução
Ferrovias Sul-Atlântica	AC 115/97	em instrução
Companhia Vale do Rio Doce	AC 155/97	em instrução

Tal formato padece de problemas semelhantes àqueles apontados na Seção 3.2.3 ao suscitar no agente a dúvida acerca de possível objeção à operação em virtude de efeitos anticoncorrenciais. Isto aumenta a incerteza e insegurança jurídica, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento e conseqüentemente a atratividade e valor do patrimônio público a ser alienado.

Naturalmente quando se trata de operação envolvendo leilão de empresas, não se conhecem com antecedência os adquirentes finais, tornando insuficiente uma análise exclusivamente *a priori* por parte do órgão responsável pela defesa da concorrência²³. Mas seria desejável que a arquitetura da operação e especialmente o edital de venda contemplassem eventuais preocupações com os efeitos concorrenciais, tarefa que pode ser executada já por ocasião da avaliação das empresas realizado por consultoras licitadas. Isto permitiria maior celeridade e qualidade da análise *a posteriori*, aumentando a segurança jurídica.

O principal desafio não reside, como de hábito, em mudanças formais na legislação. Importa antes uma boa articulação entre os órgãos públicos competentes. Os resultados positivos obtidos no âmbito do convênio de cooperação entre o BNDES e o CADE para acelerar o exame de operações de privatização demonstram de forma eloqüente este fato.

Tal cooperação contribuiu, por exemplo, para que se eliminassem pendências administrativas geradas pelo conjunto de averiguações preliminares acerca de operações ocorridas antes de 1994 e impropriamente instauradas à época (ver Quadro 19).

Re-Regulação e Concorrência: Sistema de Competências Compartilhadas

A articulação inter-institucional se torna particularmente importante quando se considera a atual fase do programa de privatização envolve setores de infra-estrutura, conforme registra o Quadro 17.

Tais segmentos são cruciais para a redução do Custo Brasil e aumento da produtividade macroeconômica. Do ponto de vista específico da concorrência, são determinantes para parcela ponderável da cesta dos consumidores, bem como para as condições de acesso do capital privado e conseqüentemente para determinação das barreiras à entrada de um amplo conjunto de setores.

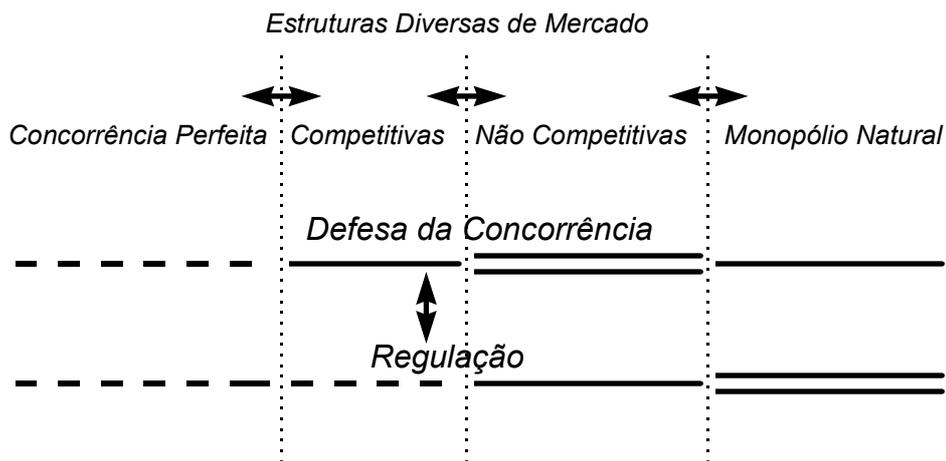
²³ Este ponto está enfatizado em Salgado (1997a)

A transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil com escassa tradição e quadros técnicos na área, transcende o escopo deste trabalho²⁴. A questão de relevo aqui se restringe à interação entre o CADE e as novas agências regulatórias.

O Quadro 20 indica a crescente área de intersecção entre a defesa da concorrência e a regulação. Para fins de simplificação, os mercados estão divididos em concorrência perfeita, competitivos, não competitivos e monopólios naturais. A concorrência perfeita constitui uma abstração para fim teórico e uma raridade na prática. Por sua vez, vários mercados funcionam de forma suficientemente concorrencial, não exigindo maior atenção por parte da autoridade.

QUADRO 20

INTERAÇÃO ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO



O foco da agência de defesa de concorrência reside nos mercados não competitivos, nos quais ocorrem maior número de ilícitos. Porém, uma parcela razoável dos problemas está associada a falhas de regulação. Assim, o estabelecimento de regras pró-concorrenciais pode eliminar, ou pelo menos atenuar, as falhas de mercado. Por exemplo, uma regulamentação adequada dos planos de saúde poderia diminuir o número de problemas nesta área. Portanto, a autoridade de defesa da concorrência não prescinde da autoridade regulatória nestes mercados.

O foco da agência regulatória setorial reside, por seu turno, nos monopólios naturais. As condições de produção nestes últimos fazem com que uma única empresa

²⁴ Recente pesquisa do IPEA ainda não publicada contém ampla discussão sobre a questão regulatória atual. Dutra (1997) discute vários aspectos jurídicos do problema.

tenha custos sempre decrescentes à medida em que aumenta sua atividade, fazendo com que a maneira mais eficiente (isto é, de menor custo) seja a produção por uma única firma²⁵. Daí a necessidade de o regulador estabelecer regras setoriais específicas que impeçam o monopólio natural de abusar de sua posição.

Tal atividade guarda estreita relação com a da autoridade de defesa da concorrência. Isto porque a boa regulação é aquela que mimetiza da melhor maneira possível o mercado, fazendo convergir o objeto de análise dos dois tipos de autoridade. Além disso, na prática um segmento regulado abrange vários sub-segmentos que não necessariamente são monopólios naturais e que portanto, prescindiriam de regulação específica.

Os argumentos acima justificariam, por si mesmos, uma articulação institucional entre regulação e defesa da concorrência. Porém, dois fatores adicionais merecem particular destaque:

(i) caráter dinâmico da delimitação entre monopólios naturais e mercados competitivos: como as condições de demanda e tecnologia (e, portanto, de seu dual, o custo) variam significativamente no tempo, os monopólios naturais são temporários. Portanto, aquilo que deveria ser regido por uma agência regulatória pode passar a requerer apenas a regra de mercado. Tal fenômeno tem se tornado mais freqüente com a aceleração do processo de inovação em determinados setores, como os de telecomunicações e transportes.

Neste sentido, a defesa da concorrência tem caráter mais geral do que a regulação. Esta última pressupõe uma determinada estrutura de mercado, cuja natureza de monopólio natural a justifica. A primeira atua sobre a própria estrutura de mercado, prevenindo, quando for o caso, configurações anticoncorrenciais.

(ii) minimização do risco de captura: a experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade daquilo que a literatura especializada denomina “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveriam ser regulados²⁶. Independentemente de problemas éticos, verificou-se elevada propensão dos “regulados capturarem os reguladores” em virtude de insuficiência de recursos e informação adequada por parte da agência comparativamente às empresas privadas e pela identidade de interesses e cultura profissionais entre os técnicos especializados da agência e o segmento regulado.

Embora agências de defesa da concorrência não estejam isentas de captura, os argumentos acima justificam um sistema de competências compartilhadas (ou concorrentes) em que mais de uma agência poderia ter jurisdição sobre assuntos referentes a um setor, ainda que sob óticas distintas. Assim, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece competências complementares entre o CADE e a Anatel.

²⁵ A definição técnica de monopólio natural é a do segmento em que a função de custo é subaditiva para os intervalos relevantes de produção. Ver a respeito, por exemplo, Viscusi e outros (1995, p. 351-358).

²⁶ O trabalho original nesta área foi do economista George Stigler. Ver Stigler (1971).

Esquema similar existe em praticamente todas as jurisdições maduras de maneira mais ou menos formal. Em alguns casos, diferentes funções regulatórias se encontram contempladas em uma mesma instituição, como é o caso da Austrália.

Apesar de sua adequação conceitual, tal sistema de competências compartilhadas requer notável esforço de cooperação institucional e minimização de custos de coordenação das diferentes agências envolvidas.

A saída para evitar conflitos de competência e morosidade na resolução de problemas reside na cooperação inter-institucional mediante convênios operacionais. Na mesma direção, parece urgente treinar quadros e possivelmente criar carreiras em ambas as áreas - defesa da concorrência e regulação - nos setores público e privado. Tal agenda constitui, sem dúvida, um dos maiores desafios no atual processo de reforma da administração pública brasileira.

4.2 Cooperação Internacional

Além do esforço doméstico de articulação institucional, a eficácia da defesa da concorrência requer estreitamento de relações com agências de outros países.

Uma razão óbvia está na necessidade de manter um ritmo de desenvolvimento institucional compatível com a velocidade de integração da economia mundial. Os países que não tiverem sistemas modernos de defesa da concorrência terão maiores dificuldades de acesso a blocos regionais e atrairão menos investimento.

Queimando etapas...

Coerentemente com aquilo que foi discutido na sub-seção 2.3, seria desanimador se o Brasil tivesse que percorrer a trajetória de mais de um século desde o *Sherman Act* nos EUA para atingir a maturidade institucional. Cumpre, portanto, aproveitar a experiência de órgãos mais maduros na Europa e EUA, bem como de organismos multilaterais para obter a assistência técnica necessária e possivelmente cumprir mais rapidamente a evolução institucional proposta no Quadro 3.

Reitere-se a necessidade de se levar em consideração as especificidades da jurisdição nacional. Em relação às técnicas de investigação, por exemplo, alguns expedientes de estímulo à delação que são utilizados pelas agências dos EUA não teriam amparo legal no Brasil.

Na mesma direção, a diferente dotação de recursos e cultura do setor privado exigem soluções específicas, possivelmente distintas daquelas adotadas em jurisdições maduras. Neste sentido, a experiência brasileira talvez sirva de referência útil para outras economias emergentes que estejam montando mecanismos próprios de defesa da concorrência.

A importância do Intercâmbio Técnico Internacional

Mais do que em outras áreas de política pública, a defesa da concorrência requer intercâmbio técnico intenso. Isto decorre da natureza aberta dos tipos de infração à ordem econômica que impõem análise do caso específico para verificar a existência de ilícito.

A jurisprudência torna-se, assim, imprescindível para sinalização de critérios adotados e que devem ser seguidos pelos agentes privados domésticos e externos. Para um país adotar práticas convergentes com o resto do mundo é crucial promover o intercâmbio com as diversas agências. Assim, atividades de cooperação técnica assumem papel fundamental na integração subregional e multilateral.

Note-se, ademais, que tal esforço, se bem-sucedido, tende a eliminar o problema de assimetria de informação do investidor externo. Na medida em que a prática das autoridades nacionais é reconhecida como consistente com os padrões técnicos internacionais, o agente privado estrangeiro adquire mais segurança em relação aos procedimentos administrativos domésticos, aumentando a atratividade do mercado brasileiro e seu grau de concorrência.

Frequência das Operações e Casos Transfronteiras

Além da convergência de normas e jurisprudência, as agências de defesa da concorrência estão se defrontando com frequência com casos comuns para os quais seria desejável oferecer soluções, se não similares, pelo menos consistentes entre si.

No tocante aos atos de concentração, os exemplos são inúmeros e de grande visibilidade como a operação entre a Boeing e a McDonnell/Douglas que suscitou polêmica entre as autoridades dos EUA e da União Européia.

Conforme destacado na Seção 3.2.3, várias transações analisadas pelo CADE constituem desdobramentos de reestruturações privadas no plano internacional. A correta apreensão do significado da operação e seu impacto sobre a concorrência deve ser feita, portanto, à luz de uma visão global para a qual a cooperação internacional inter-agências é crucial.

Há também aspectos operacionais que passarão a se tornar importantes nos próximos anos. Algumas das transações submetidas ao CADE foram previamente analisadas por várias agências com duplicação de custos administrativos.

Encontram-se em discussão mecanismos de análise ou simplesmente de apresentação uniforme em múltiplas jurisdições. Países como o Brasil em integração competitiva à economia mundial devem se preparar para participar deste processo. Simplificações nesta área representarão ponderáveis reduções de custos de transação, estimulando a reestruturação produtiva.

Casos de conduta também assumem caráter multinacional e estão a exigir soluções consistentes entre as várias jurisdições. Há exemplos recentes de grande notoriedade, envolvendo empresas internacionalizadas como a *Microsoft*.

As razões acima justificam, portanto, atenção a ações de cooperação internacional. Note-se, contudo, que no atual estágio de desenvolvimento institucional seria irrealista tentar implementar acordos abrangentes e detalhados, similares àqueles que já existem entre jurisdições maduras, como EUA-Canadá e EUA-União Européia.

Em contraste a tais arranjos denominados de segunda geração na Fase IV do Quadro 3, a ênfase atual deve recair sobre atividades mais gerais de intercâmbio técnico e de esforço de harmonização conceitual e jurisprudencial.

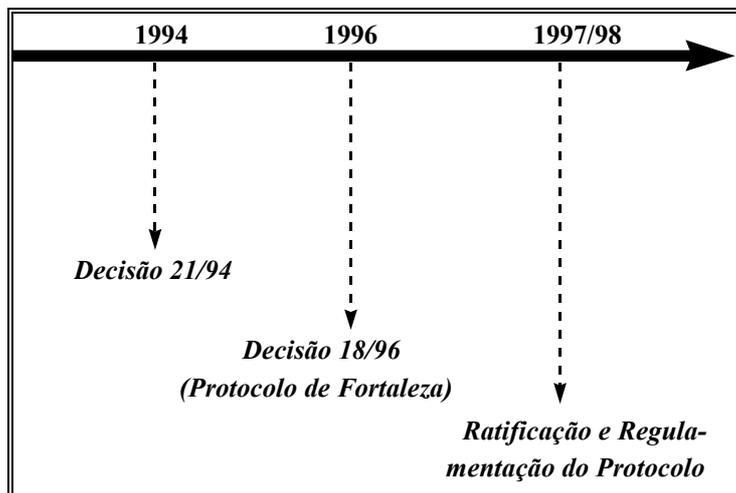
5. Aspectos da Experiência do Mercosul

A assinatura do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul por ocasião da 11ª Reunião do Conselho Mercosul em Fortaleza representou avanço no processo de construção da União Aduaneira. Com efeito, a harmonização das regras de funcionamento dos mercados constitui condição essencial para modernização da região.

O Protocolo de Fortaleza resultou de processo de discussão iniciado com a pauta de harmonização contida na Decisão 21/94, conforme indica o Quadro 21.

QUADRO 21

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL



Como sói ocorrer em documentos dessa natureza, o Protocolo poderá ser aperfeiçoado no futuro, sobretudo a partir de sua aplicação, e, em alguns casos, mediante adequada regulamentação, prevista em seu artigo 9º.

Principais Avanços

Ressaltem-se três pontos de avanço que aproximam o Protocolo da tendência moderna em defesa da concorrência:

- adoção da regra da razão, evitando-se critérios rígidos de infração *per se*;
- incorporação no artigo 7º de cronograma de implementação de controle preventivo de atos de concentração (como fusões e aquisições) ao lado das práticas de conduta anticompetitiva.
- previsão no Capítulo VIII de mecanismos de cooperação entre as agências nacionais de defesa da concorrência, cuja importância foi destacada em 4.2.

Principais Desafios

É forçoso reconhecer, contudo, que resta um longo caminho a percorrer para lograr um sistema eficaz de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. A exemplo de outros países latino americanos, os Estados-membros do Mercosul enfrentam dois desafios principais nesta matéria que ao contrário daquilo que pareceria à primeira vista não dependem exclusivamente da harmonização dos textos legais.

Em primeiro lugar, a falta de **cultura da concorrência**. Estado e setor privado ainda não se habituaram ao jogo inerentemente competitivo do mercado. Persistem resquícios de intervencionismo na regulamentação governamental e as lideranças empresariais ainda não estão suficientemente atentas à dimensão da defesa da concorrência.

O segundo desafio decorre em parte do primeiro. Os setores público e privado se encontram desparelhados para fazer valer as determinações legais. Os departamentos jurídicos e os executivos das empresas do Mercosul desconhecem aspectos básicos da legislação de defesa da concorrência dos países maduros e de seus próprios mercados domésticos. Os órgãos públicos padecem de crônica falta de recursos humanos e materiais.

Tais obstáculos dificultam a implementação da legislação. Um dos problemas mais graves é a morosidade na tomada de decisões. Pendências administrativas relativamente simples demoram anos para serem resolvidas, onerando as empresas e gerando insegurança jurídica e opacidade burocrática. Urge adequar o ritmo das agências de defesa da concorrência ao dinamismo da vida econômica; urge substituir o tempo burocrático pelo **tempo econômico**.

Some-se a tais desafios, a necessidade de implementar a legislação de defesa da concorrência em situação histórica bastante distinta daquela que inspirou os primeiros textos legais dos EUA e Canada e, depois da Segunda Guerra, dos países europeus.

De fato, a preocupação com o bom funcionamento dos mercados ocorre em momento de profunda reestruturação produtiva de economias pequenas e médias em processo de abertura. O entendimento deste fenômeno, bem como a aplicação flexível das legislações nacionais são essenciais para que as autoridades de defesa da concorrência acelerem e não atrasem o movimento de reforma econômica a que está submetido o Mercosul.

Se a descrição acima parece próxima das realidades de Brasil e Argentina que já possuem legislação e órgãos aplicadores, os desafios são ainda maiores no Uruguai e Paraguai que ainda não têm leis de defesa da concorrência.

A Importância da Cooperação Técnica

Daí o papel crucial da cooperação e assistência técnica assinalado antes. Não se trata apenas de estabelecer regras no papel, mas de viabilizar sua implementação

prática por meio de órgãos que efetivamente cumpram seu papel no âmbito da União Aduaneira.

Neste ponto reside uma das peculiaridades da área de defesa da concorrência comparativamente à grande maioria de temas que formam a agenda de integração subregional. Em contraste com a negociação que levou à Tarifa Externa Comum (TEC), não se trata de definir intervalos de compromisso a partir de parâmetros objetivos, ou de efetuar padronização de procedimentos ou medidas, como poderia ser o caso em vários outros Grupos Técnicos do Mercosul.

O sucesso da integração na área de concorrência requer não apenas regras similares, mas convergência em seu entendimento. Tal meta só pode ser obtida com o adensamento da jurisprudência e interação permanente entre as agências de defesa da concorrência da região.

Neste sentido, a cooperação que vem sendo desenvolvida entre o CADE e a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC) da Argentina, formalizada mediante Carta de Intenções, se reveste da maior importância. Estes dois órgãos acordaram um programa de trabalho comum, envolvendo o intercâmbio de técnicos, a organização de seminários e cursos e, mais importante, a discussão de casos comuns e a participação de observadores nas sessões de julgamento de ambas as instituições.

Devem se tornar cada vez mais frequentes as análises de processos onde o mercado relevante não é mais o nacional mas o do Mercosul, ou para os quais aspectos do Mercosul são particularmente importantes para determinar providências no sentido de estimular a concorrência. Assim, esta parceria entre CADE e CNDC tende a se tornar indispensável em um futuro próximo. Seria ocioso insistir na importância da inclusão neste programa de trabalho de representantes dos dois outros países membros, Uruguai e Paraguai, e do Chile e Bolívia.

Igualmente importantes são iniciativas no âmbito do setor privado de aproximação entre profissionais da área de Direito Econômico de Brasil e Argentina e demais países, devendo culminar possivelmente com a formação de associação supranacional nos moldes do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo (IBRAC) do Brasil.

Temas Relevantes para a Regulamentação do Protocolo

Várias questões terão de ser resolvidas para a consolidação da defesa da concorrência no Mercosul, muitas das quais já deverão ser abordadas por ocasião da regulamentação do Protocolo de Fortaleza que ora se inicia. Vale à pena destacar três pontos.

Delimitação Jurisdicional

A tarefa de estabelecer de maneira inequívoca critérios de definição jurisdicional para os órgãos nacionais vis-à-vis o CIDC não é trivial. Note-se que qualquer indefinição nesta área pode gerar incerteza com visões divergentes acerca de

se um processo deveria ser encaminhado por intermédio do órgão nacional ou pelos canais institucionais previstos no Protocolo de Fortaleza.

Seria ocioso assinalar que em determinados litígios uma jurisdição pode ser usada em contraposição a outra, como uma forma de recurso de decisão presumivelmente desfavorável. Problemas dessa natureza poderiam naturalmente suscitar conflitos de competência e gerar insegurança jurídica.

Para evitá-los, torna-se necessário:

- estabelecer critérios metodológicos claros para definição jurisdicional;
- construir a defesa da concorrência a partir dos órgãos nacionais, evitando dessa forma indesejável rivalidade entre estes últimos e as instâncias do Mercosul²⁷.

Tempo Econômico versus Tempo Burocrático

A implementação do Protocolo poderia, se não se tomar o devido cuidado, agravar o problema já existente nos órgãos nacionais de morosidade do processo de decisão. De fato, o número de passos necessários para a resolução de um caso é elevado, conforme sugerem os Quadros 22 e 23.

O Quadro 22 contém descrição esquemática do fluxograma de procedimentos previsto pelo Protocolo²⁸. A fluidez no fluxo de informações e decisões parece crucial nas relações entre:

- os órgãos nacionais e o Comitê Intergovernamental de Defesa da Concorrência (CIDC);
- o CIDC e a estrutura hierárquica do Mercosul, em particular a Comissão de Comércio (CM).

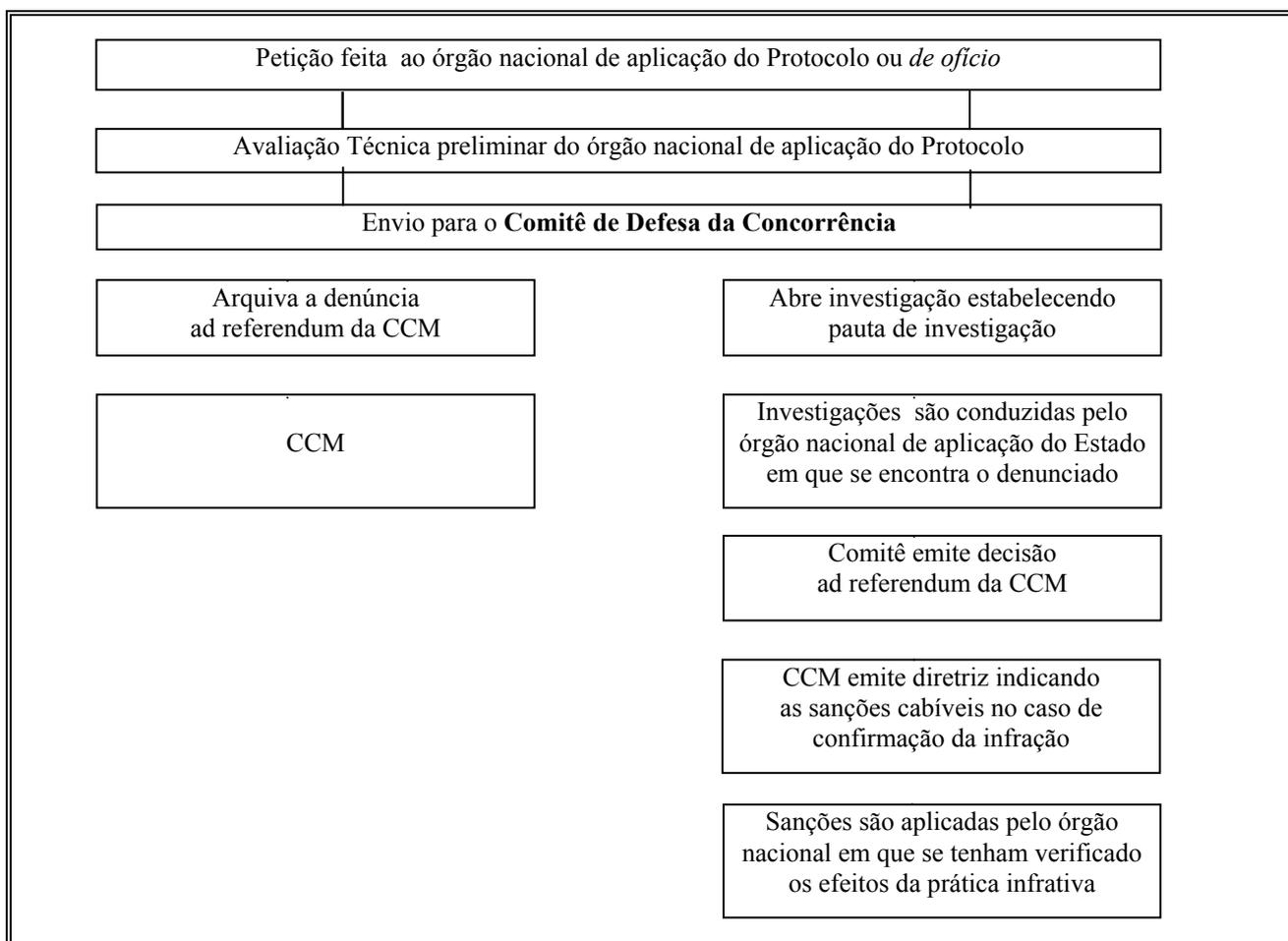
De fato, se as instruções do CIDC não forem emitidas com clareza e apreendidas e assimiladas nos âmbitos nacionais, corre-se o risco de falta de uniformidade e demora na apuração de infrações. Igualmente preocupante seria uma excessiva demora na ratificação das decisões *ad referendum* do CIDC pela CM.

²⁷ Embora não tenha evitado de forma plena nenhum dos dois problemas, a experiência da União Européia é útil para a elaboração de mecanismos similares para o Mercosul.

²⁸ Ver Capítulo V “Do Procedimento de Aplicação” do Protocolo de Fortaleza.

QUADRO 22

PROCEDIMENTO PREVISTO PROTOCOLO DE FORTALEZA

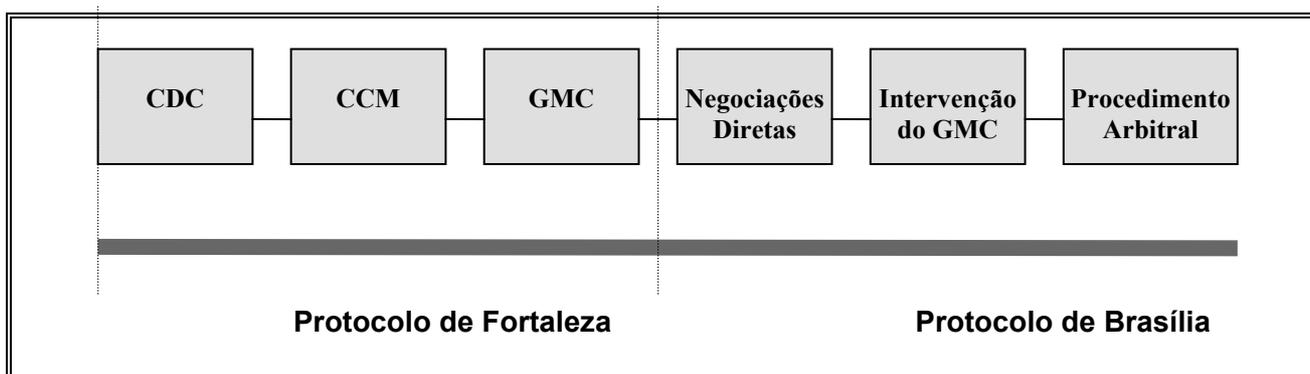


O Quadro 23 indica as sucessivas instâncias para resolução de eventuais divergências. Se rotinas adequadas não forem criadas, é razoável supor que a resolução de questões de concorrência pode se tornar morosa.

A chance de êxito depende em grande parte da capacidade dos órgãos nacionais estarem dotados dos recursos necessários para agilizar os procedimentos administrativos. Além disso, o mecanismo das câmaras de arbitragem previsto no Protocolo de Brasília pode constituir mecanismo útil de solução de conflitos.

QUADRO 23

ETAPAS DE UM PROCESSO NO MERCOSUL



Cr terio de Consenso versus Natureza Judicante

Há uma tensão natural entre a natureza judicante do CIDC e a ado o do critério de consenso. Este último, no entanto, constitui o mecanismo básico de decisão no âmbito da União Aduaneira.

Limite   Autonomia

A natureza intergovernamental do CIDC e sua posi o subordinada na estrutura de poder do Mercosul impede maior autonomia da instância de decisão, relativamente às administra es centrais.

Diretrizes para a Regulamenta o

As dificuldades acima são normais em um processo de consolida o de uma União Aduaneira e não justificam ceticismo quanto   possibilidade de avançar desde já no tema de defesa da concorrência no Mercosul. Quatro diretrizes parecem necessárias para enfrentá-las:

- a constru o gradual da defesa da concorrência no Mercosul deve ocorrer a partir do fortalecimento dos órgãos nacionais. Cumpre evitar qualquer paralelismo entre estes últimos e as atividades do CIDC;

- deve-se atribuir máxima prioridade ao fortalecimento institucional dos órgãos nacionais mediante dota o adequada de recursos por parte dos Estados membros e intensa troca de experiências através da coopera o técnica.

- cabe acelerar o processo decisório mediante procedimentos desburocratizados.

- cumpre criar desde agora tradi o de excelência técnica do CIDC, atribuindo-lhe na prática um maior grau de autonomia relativa.

Concorrência e Atratividade do Mercosul

No passado a atra o de investimentos externos foi motivada preponderantemente pela possibilidade de vantagens no mercado doméstico associadas   prote o. A globaliza o alterou, no entanto, este quadro e todas as economias do Mercosul passaram por processos abrangentes de abertura financeira e comercial.

Na atualidade os elementos de atra o de capitais estão mais diretamente associados a similitudes com os países maduros do que a fatores excepcionais que pudessem explicar margens elevadas de lucros extraordinários. Neste novo contexto, o fortalecimento de institui es de economia de mercado e a transparência e estabilidade de regras assumem particular relevância como estímulos ao investidor global.

A consolida o do Mercosul enquanto área economicamente relevante e integrada   economia global não pode prescindir, portanto, desta formidável tarefa de constru o institucional. O Protocolo de Defesa da Concorrência constitui passo

inicial importante deste esforço. Seu êxito continua a depender de processo histórico complexo, no qual a cooperação técnica e a formação de jurisprudência constituem os ingredientes essenciais.

6. Perspectivas da Defesa da Concorrência no Brasil: Rumo à Maturidade Institucional

A análise anterior revela algumas tarefas fundamentais para o fortalecimento da defesa da concorrência no Brasil e no Mercosul e preparação para a maturidade institucional na virada do milênio.

Conforme assinalado na Seção 2, há dois riscos a serem evitados. De um lado, o atraso na constituição dos pilares da defesa da concorrência e conseqüente inibição do processo de modernização e integração da economia. De outro, o acúmulo de atribuições da agência em um país com pequena dotação de recursos pode comprometer a qualidade do trabalho e prejudicar, em vez de estimular, o funcionamento do mercado.

Assim, urge consolidar as Fases I e II, aperfeiçoando os mecanismos de repressão e prevenção do abuso do poder econômico e promovendo a ampla difusão da cultura da concorrência. Cumpre, simultaneamente, desenvolver os elementos de articulação institucional nos planos doméstico e internacional da Fase III.

Os principais eixos de atuação deveriam, portanto, atender os seguintes pontos:

A) Consolidação das Fases I e II

A1) Aperfeiçoamento da Repressão às Conduas anticoncorrenciais

Conforme detectado antes, a principal falha reside na precariedade da instrução processual. A melhoria da instrução exige atenção dos seguintes cinco aspectos principais:

1. organização de um sistema eficiente de denúncias de infração à ordem econômica;
2. respeito ao sigilo, especialmente em averiguações preliminares;
3. respeito aos prazos legais para decisão em tempo econômico;
4. respeito ao devido processo legal, especialmente no tangente ao respeito ao contraditório;
5. sofisticação da análise econômica, especialmente no tocante à adequada definição do mercado relevante;

A2) Aperfeiçoamento do Controle Preventivo

O exame de atos de concentração pode ser aprimorado nos seguintes dez aspectos principais:

1. maior seleção na entrada dos atos, impedindo que casos que não se enquadrem no Art.54 venham a congestionar o sistema.

2. maior complementaridade e sinergia entre os pareceres da SDE e da SEAE. Seria esperável, por exemplo, que o parecer da SDE enfatizasse aspectos jurídicos em contraste com a SEAE, cuja contribuição deveria, normalmente, enfatizar os aspectos econômicos.

3. acelerar o trâmite processual dos casos mais simples. Ainda prevalece uma certa timidez na utilização da Resolução 8/97 do CADE que permite a aprovação sumária em casos óbvios. O sistema de análise deve caminhar no sentido de resolver 80% dos casos mediante procedimentos simplificado ou super-simplificado (Res. 8) em prazo não superior a trinta dias.

Mudanças no Regimento do CADE que deverão ocorrer até o primeiro trimestre de 1998 deverão permitir:

4. acelerar o andamento das sessões de julgamento mediante a dispensa de leitura do relatório.

5. a divulgação prévia do relatório viabilizaria este último ponto, além de permitir que as requerentes preparassem melhor sua intervenção, bem como pudessem aduzir elementos factuais considerados importantes para a apreciação do CADE.

Orientação à comunidade de negócios acerca dos critérios de apreciação mediante a elaboração de Diretrizes para a Análise de Atos de Concentração. O CADE deverá divulgar no primeiro trimestre de 1998 documentos contendo diretrizes para atos de:

6. concentração horizontal.

7. concentração vertical.

A capacitação da assessoria do CADE e utilização dos convênios com grupos de especialistas de universidades brasileiras e internacionais deverão permitir:

8. fiscalização rigorosa e sistemática do conjunto de decisões e, em particular, dos termos de compromisso.

9. avaliação sistemática dos efeitos das decisões sobre o mercado mediante pesquisa científica aplicada de Organização Industrial.

Os pontos 8 e 9 foram objeto da Portaria 30/97 que criou o CAD/CADE.

10. Orientação à comunidade de negócios mediante a divulgação de decisões que firmem jurisprudência acerca de famílias de contratos.

A3) Continuidade do trabalho de difusão da cultura da concorrência especialmente através do Fórum Permanente da Concorrência.

B) Articulação Institucional nos Planos Doméstico e Internacional

Plano Doméstico

B1) Convênios Operacionais com as Agências Regulatórias

B2) Continuidade da Estratégia de Convênios com outros órgãos

Plano Internacional

B3) Acordos de Cooperação com agências congêneres de outros países

B4) Semanas Internacionais do CADE

A consecução das tarefas elencadas acima exigirá mais recursos, sobretudo humanos. Daí a importância de enorme investimento em capacitação de recursos consubstanciado no Programa Permanente de Capacitação do CADE que estabelece a meta de 20% do tempo do funcionário para treinamento.

Torna-se evidente, igualmente, a importância de reformulação das normas regimentais de forma a adaptá-las aos novos tempos, objetivando transparência e decisão em tempo econômico e, em última instância, a segurança jurídica para a sociedade.

Em perseverando no ritmo de mudança dos últimos dezoito meses o CADE terá cumprido plenamente os passos das Fases I-III do Quadro 3, estando apto a almejar a maturidade institucional na virada do milênio. Tal objetivo é fundamental para a inserção competitiva do Brasil na economia global. **BIBLIOGRAFIA**

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, quarta edição, Volume I, 1997.

CASTELAR PINHEIRO, A. No que Deu, Afinal, a Privatização?, Textos para Discussão 40, BNDES, 1996.

COMISSÃO EUROPEIA DG-IV, Compilación de Legislación de la Competencia América Latina & Caribe, 1997.

DUTRA, P. *O Novo Estado Regulador Brasileiro*, Monitor Público, RJ, No 12, jan-mar, 1997.

FERRAZ JR., T. S. *Lei de Defesa da Concorrência - Origem Histórica e Base Constitucional*, Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, n.2, p.65-74.

FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste, tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, mimeo, 1997.

FRANCESCHINI, J.I. Legislação Brasileira Antitruste (e seus antecedentes históricos), encadernação não publicada, 199.

-----, Introdução ao Direito da Concorrência, Malheiros Editores, 1996.

FRANCESCHINI, J.I. e FRANCESCHINI, J.L.V., Poder Econômico: Exercício e Abuso, Editora Revista dos Tribunais, 1985.

KHEMANI, S. e DUTZ, M. *The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development*, em FRISCHTAK, C. (editor), Regulatory Policies and Reform: a Comparative Perspective, Banco Mundial, dezembro de 1995.

LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B. Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste, Editora Forense, 1995.

MATTOS, Cesar, Evolução Recente da Defesa da Concorrência no Brasil: uma Transição Incompleta Texto para Discussão Centro de Estudo para Reforma do Estado, CERES, FGV/RJ, outubro de 1997.

NELLIS, J. Competition and Privatization: Ownership Should not Matter - But It Does, apresentação no III Seminário Internacional sobre Direito da Concorrência no Rio de Janeiro, 1997.

OECD, Competition Policy in OECD Countries, 1997.

OEA Inventário de Leyes y Normas Referidas a las Praticas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental (informe preliminar), 1996.

OLIVEIRA, G. Brasil Real:Desafios da Pós-Estabilização na Virada do Milênio, Editora Mandarim, 1996.

----- *Globalização, Abertura e Concorrência* em Revista de Direito Econômico, CADE, No 23, abril/junho de 1996.

REALE, M. Aplicações da Constituição de 1988, Editora Forense, 1991.

SALGADO, L.H. A Economia Política da Ação Antitruste, Editora Singular, 1997.

----- O CADE e a Privatização: é Mesmo Preciso Levantar essa Discussão?, mimeo, 1997a.

STIGLER, G. “*The Theory of Economic Regulation*”, Bell Journal of Economics 2, p.3-21, 1971.

TANDON, P. The Efficiency of Privatized Firms: Evidence and Implications, mimeo., Boston University, 1994.

WAVERMAN, L., COMANOR, W. e GOTO, A. (editores) Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation, Routledge, 1997.

WOOD, D. International Standards for Competition Law: an Idea whose Time has not Come, PSIO Occasional Paper, WTO, No 2, 1996.

UNCTAD, Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, World Investment Report, 1997.

VAZ, I. Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, 1993.

VISCUSI, W.K., VERNON, J. e HARRINGTON, J. Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, segunda edição, 1995.