

Políticas de Defesa da Concorrência e de Regulação Econômica: As Deficiências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Autoria: José Matias Pereira

Resumo: É essencial, numa economia de mercado como a brasileira, que o governo possa contar com dois importantes instrumentos - que interagem e se complementam -, para garantir o crescimento econômico: a legislação antitruste e a política de regulação econômica. Nesse sentido, este artigo - apoiado na denominada Nova Economia Institucional (WILLIAMSON, 1975, 1985, 1996; NORTH, 1984, 1997; OLSON, 1996; STIGLITZ et. al., 1990) -, tem o objetivo de retratar em linhas gerais a política e o sistema de defesa da concorrência no Brasil, bem como avaliar se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a partir da abertura da economia brasileira nos anos noventa, estão contribuindo para o fortalecimento institucional do sistema de defesa da concorrência no Brasil, com destaque para os atos de concentração examinados pós-1994. Concluímos que, o sistema de defesa da concorrência no Brasil necessita de maior celeridade na apreciação de determinados atos, e aperfeiçoar o mecanismo de coordenação dos órgãos do sistema, para consolidar-se institucionalmente no Brasil.

1. Introdução

A relevância das políticas de defesa da concorrência no Brasil aparece com maior nitidez com as mudanças do papel do Estado, no início dos anos noventa, em decorrência do avanço nas privatizações das empresas estatais, afastando-se de sua função de Estado empresário (FARINA; AZEVEDO, 2001). É oportuno lembrar que, nas décadas de setenta e oitenta, havia sido consolidada uma economia essencialmente apoiada nas grandes empresas estatais. Esta situação permitiu que o Estado se transformasse num fornecedor privilegiado de bens e serviços para o consumidor ou na referência de garantia de produtos e serviços pela iniciativa privada. Dessa forma, o Estado empresário consolida-se e, em muitos casos, se sobrepõe à própria administração pública direta. Com a dificuldade de exercer um maior controle de preços, em decorrência da consolidação do fenômeno da formação dos conglomerados estatais, o Estado brasileiro passou a incentivar as formações empresariais cartelizadas. A reconhecida importância das decisões que eram adotadas pela Comissão Interministerial de Preços (CIP), nesse período, decorre dessas disfunções econômicas, que geraram uma degeneração no sistema concorrencial do país. Verifica-se, assim, que a economia brasileira se encontrava apoiada, no final da década de oitenta, nas grandes empresas estatais e nas estruturas cartelizadas (MATIAS-PEREIRA, 2004a).

O Cade, com a relevância dada pelo Estado para a sua função de regulador, ampliou significativamente a sua dimensão. A abertura da economia e a promulgação da Lei nº 8.884, de 1994 criam as condições para garantir a defesa da concorrência no país (SALGADO, 1997). Procura-se evitar, assim, que as empresas estabelecidas abusem de suas posições dominantes, impondo restrições à competição nos mercados em que atuam, ou ainda incrementem seu poder de mercado por meio de alianças ou fusões com empresas concorrentes. Assim, as políticas de defesa da concorrência, além de coibir que as barreiras suprimidas pelo governo sejam recompostas pelos agentes com elevado nível de poder econômico, propõe-se a criar uma cultura concorrencial entre produtores e consumidores, cujas normas de competição passam a ser necessárias para garantir a própria existência do mercado (CONSIDERA; ARAÚJO, 2002).

Observa-se que a regulação do mercado, especialmente em setores em que a estrutura do livre mercado apresenta elevado grau de concentração – visto que concentrar é restringir o espaço de mercado - é uma condição indispensável garantir um adequado ambiente concorrencial (VAZ, 1993). A presença do Estado na organização da economia aumentou significativamente no mundo atual com os danos causados pelas grandes concentrações ao mercado, notadamente diante da possibilidade de ocorrer um dano potencial para as outras empresas que estavam atuando no citado mercado. A concentração deve ser vista como uma ação que, mesmo quando não inviabiliza a concorrência, altera o nível de competição, prejudicando em última instância o consumidor. Registre-se que, a regulação de setores específicos na economia tem como propósito corrigir eventuais falhas de mercado (LE MOAL, 1979).

É perceptível que o mercado se apresenta como instrumento essencial para atender as demandas materiais do ser humano, atuando como poupador de recursos e tempo, na medida em que permite a troca entre pessoas de uma maneira impessoal. Os mercados são instituições humanas que funcionam apoiadas num conjunto de regras sociais que variam no tempo e no espaço. Assim, o mercado para cumprir a função, como as demais instituições humanas, necessita de que determinadas normas sejam preservadas, entre as quais destacamos duas: a liberdade de concorrer no mercado e a autonomia de escolha do consumidor. Para que ocorra o funcionamento adequado do mercado é preciso que o Estado disponha de instituições de salvaguarda sólidas na área de defesa da concorrência (MATIAS-PEREIRA, 2003).

2. Tradição em Defesa da Concorrência nos Países em Desenvolvimento

Sendo a concorrência a regra do mercado torna-se possível sustentar que a ela deve ser creditada a elevação do nível de competitividade e de qualidade dos bens e serviços ofertados pelas empresas ao mercado consumidor. As empresas para sobreviver nesse ambiente hostil, conforme argumenta Schumpeter no seu estudo *Theory of Economic Development* (1912), tende a criar, em muitos casos, algum tipo de restrição à atuação e de entrada de novos concorrentes no mercado. Ao Estado cabe a responsabilidade de atuar como garantidor da cidadania econômica (OCDE, 1992).

É perceptível - particularmente nos países em desenvolvimento - com pouca tradição em defesa da concorrência, as interferências políticas e empresariais para rever as decisões dos órgãos de defesa da concorrência. Esse fenômeno também se verifica no Brasil, onde as decisões do Cade não são aceitas pacificamente pelas lideranças políticas e empresariais dos Estados afetados pelas decisões do órgão. Para Matias-Pereira (2004a) essas pressões que questionam a decisão e a própria existência do Cade podem ser creditadas, entre outros aspectos, à carência de uma cultura no campo da defesa da concorrência no Brasil. Isso é agravado pelo desconhecimento das lideranças políticas e empresariais de que o objetivo maior da defesa da concorrência é definir se determinada operação entre agentes econômicos ou a prática restritiva à concorrência estão produzindo efeitos indesejáveis ao mercado relevante analisado. Essas constatações demonstram que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC encontra-se parcialmente frágil institucionalmente, o que se vem refletindo na sua capacidade de assegurar a aplicação das regras de concorrência no país, em conformidade com o princípio da economia de mercado e da livre concorrência (NORTH, 1990).

Diante dessas evidências formulamos as seguintes perguntas: *A aplicação da legislação antitruste no Brasil, traduzidas nas decisões adotadas no âmbito do CADE, no período 1994 a 2004, em*

particular nos exames dos atos de concentração, estão contribuindo para a consolidação institucional do sistema de defesa da concorrência no Brasil? Como são percebidas pela sociedade, em particular pelos usuários, as deficiências e fragilidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no Brasil?

Assim, tendo como ponto de partida a pergunta acima, temos como objetivo principal neste artigo, contribuir para o aprofundamento da compreensão dos aspectos relacionados as duas classes de políticas econômicas essenciais para apoiar o crescimento econômico: a regulação econômica e a defesa da concorrência, com ênfase nesta última; bem como analisar se as decisões do Cade – a partir da promulgação da legislação antitruste de 1994 -, estão contribuindo para o fortalecimento institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). Vamos debater, ainda, as questões conceituais e teóricas mais relevantes nessas áreas e analisar como a teoria econômica está sendo utilizada para elevar a consistência das análises dos casos que envolvem a defesa da concorrência no Brasil, e de forma específica, sobre os atos de concentração.

3. Enfoques Teóricos das Políticas de Defesa da Concorrência

A política de defesa da concorrência está tradicionalmente apoiada na teoria de organização industrial. Essa teoria foi desenvolvida a partir dos anos 50 pela Escola de Harvard, em que a estrutura da empresa, traduzida no número de produtores e compradores, diferenciação do produto, barreiras à entrada, estruturas de custos, integração vertical e diversificação, determinaria a sua conduta. Ou seja, na definição de políticas de preços, pesquisa e desenvolvimento (P&D), estratégia e investimento, e esta, o seu desempenho - alocação eficiente dos recursos, satisfação aos consumidores, progresso técnico, equidade de renda, entre outros. Desta forma, toda concentração de mercado seria ineficiente. Esse enfoque criou o denominado paradigma **estrutura-conduta-desempenho**.

Na atualidade, a literatura econômica vem dando destaque a uma nova visão, que incorporou nas suas análises o conceito de eficiência. Assim, da análise *per se*, ou seja, restrição a qualquer ato de concentração, evoluiu-se para a utilização da regra da razoabilidade, na qual um ato de concentração pode ser acatado, desde que ele implique em ganhos de eficiência. A partir dessa percepção, buscamos apresentar, a seguir, as proposições normativas mais relevantes deste enfoque, que procura levar em consideração a **eficiência** que pode reduzir os efeitos negativos provocados por configurações de mercado mais concentrado.

3.1. Instituições Econômicas e a Teoria da Nova Economia Institucional

Argumenta Kwoka e White (1999) que a revolução na política antitruste americana, nas últimas duas décadas, é resultado da aplicação da teoria econômica no debate judicial dessa área. Essa constatação ajuda a explicar a razão da existência de um consenso entre os economistas de que, se há algum corpo de leis que deve sua existência à teoria econômica, certamente é o caso das leis de concorrência. A teoria aplicada ao estudo das organizações, focalizando a análise microeconômica, que foi desenvolvida por Williamson (1985) no seu livro *The Economic Institutions of Capitalism* – apoiado nas contribuições de Coase (1937), Arrow (1985), Simon e de Macneil (1974, 1978) -, utiliza dois pressupostos comportamentais básicos: o da racionalidade limitada de Simon (1972) e o seu corolário, os contratos incompletos que, associados ao pressuposto do oportunismo, fornecem as bases para a análise das formas de governança das organizações.

É importante, também, para este estudo, ressaltar a relevância da farta literatura que mostra as evidências teóricas e empíricas sobre as vantagens do livre mercado para atingir maiores taxas de crescimento econômico. Entre esses estudos destacamos, por exemplo, Barro (1991; 1994); Friedman (1962); Hayek (1978); e North (1997).

Este artigo está apoiado na teoria do neoinstitucionalismo econômico. Essa teoria, no amplo conjunto de temas e enfoques que cuida, incorpora os atritos sociais, os conflitos distributivos e as estruturas de poder que surgem no mundo real, quando se relacionam à economia e às instituições, por meio de contratos, regulações, direitos de propriedade e, em geral, leis que regulamentam essas questões. O neoinstitucionalismo, é relevante ressaltar, enfoca as estruturas de poder desde uma dupla perspectiva: a organização e o controle do sistema econômico e o processo jurídico, ou seja, o nexos entre marco jurídico-processo econômico, que é o processo central que organiza a estrutura da relação jurídico-governo-política-economia.

Na análise da evolução das principais relações e influências das escolas do pensamento econômico iremos constatar que os antecedentes do neoinstitucionalismo são bastante remotos, visto que vamos localizar as suas origens nos estudos dos economistas clássicos, no historicismo alemão, na escola austríaca e no marxismo, com destaque para Adam Smith, John Stuart Mill e Karl Marx (HODGSON, 1996). Privilegiaremos, também, em nossa análise, distintos autores, como por exemplo, Kwoka e White, 1999; Posner, 1998; Macneil, 1974 e 1978; Kahn, 1988; Dahl e Lindblom, 1992; Coase, 1937, 1988; Ross, 1973 e 1993; Kaplan, 1980; Farina, 1990, 1996; Matias-Pereira (2004a), Pondé et ali, 1997, Possas et ali, 1995; 1998a, 1998b; Sullivan e Harrison, 1988; Dosi, Teece e Winter, 1992. Em particular, daremos especial atenção às vertentes que compõem a denominada **Nova Economia Institucional**: a economia dos custos de transação de Williamson (1975, 1985, 1996); a teoria de evolução institucional de North, 1984 e 1997; além dos autores da vertente que cuida das **instituições e desempenho econômico**, como, por exemplo, Olson (1996), North (1997), e Stiglitz et al. (1990), por entenderem que as instituições jogam um papel decisivo na dinâmica e no desenvolvimento de qualquer sistema econômico. Por meio delas é possível explicar o êxito ou fracasso, o crescimento ou a estagnação de um sistema socioeconômico. Assim, as instituições (formais e informais) definem o marco de restrições legais e extralegis (econômicas, sociais e culturais, etc) no meio do qual os indivíduos atuam, se organizam e promovem intercâmbios.

4. Economia e Prática Antitruste no Mundo

A economia e a prática antitruste no mundo, nas duas últimas décadas, passaram por uma série de transformações que introduziram, de forma crescente, argumentos de eficiência econômica, sobretudo de caráter produtivo, como justificativa para atos de concentração e determinadas condutas empresariais (KWOKA; WHITE, 1999). Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países passaram a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos, como na antiga tradição, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência econômica no julgamento de condutas horizontais e verticais, fusões, aquisições e *joint ventures* entre empresas (BRAULT, 1995).

A justificativa teórica mais relevante, no campo da economia, em que pese não ser a única, para a regulação encontra-se no argumento do monopólio natural. As mudanças tecnológicas, por sua vez, reduziram a importância das economias de escala na determinação de tamanhos mínimos eficientes

de planta, desafiando a existência de um significativo *trade off* entre eficiência produtiva e alocativa, *rationale* econômica da regulação dos monopólios naturais. Assim, a preocupação de caracterizar tecnicamente a existência de monopólio natural em determinado setor deixou de ser relevante. O que passou a ser relevante foi o esforço de se comprovar se os ganhos de eficiência e custos derivados da escala monopolística são suficientes para compensar os custos e riscos da regulação.

4.1. Regulação Setorial, Defesa da Concorrência e Parâmetros Regulatórios do Estado

Dentre as funções desempenhadas pelo Estado, destaca-se a regulação setorial e a defesa da concorrência nas economias de mercado. Essa atividade é de fundamental importância para as empresas e para a economia em geral. Muitas empresas atuam em mercados sujeitos à regulação setorial específica, com implicações decisivas na sua atividade, que podem ir desde as formas de organização empresarial às estratégias de preços e investimentos (KAHN, 1988). As empresas, em outros casos, decorrentes da posição relevante que detêm nos mercados em que atuam, necessitam dispensar especial atenção às regras de defesa da concorrência, em áreas como de preços, descontos, compras de bens e serviços, bem como nas operações de concentração em que se envolvem. A regulação e a defesa da concorrência, dessa forma, são indispensáveis para uma economia de mercado saudável e competitiva, com repercussões em todos os setores de atividade econômica.

A atividade de regulação se apresenta como um grande desafio para a Administração Pública, pois está relacionada com a própria modernização do Estado na atualidade, por meio das mudanças na forma e no conteúdo das suas relações com as empresas e o público em geral (CONSIDERA; ALBUQUERQUE, 2001). É um processo que envolve a análise e o diagnóstico dos problemas, o estudo de possibilidades de atuação e a fundamentação das decisões tomadas, em matérias de grande exigência técnica. Assim, torna-se evidente que a formação de competências nas áreas de economia da regulação e da concorrência representa um fator indispensável na atividade empresarial e em diferentes áreas da Administração Pública.

A maneira e a forma peculiar pelas quais as políticas e os sistemas de defesa da concorrência enfrentam essas questões é alterada de país para país, embora várias semelhanças possam ser observadas, sobretudo no que diz respeito ao objetivo básico da legislação antitruste de exercer **algum tipo de controle** sobre atos de concentração e sobre as condutas das empresas que detêm poder de mercado (BRAULT, 1995). Percebe-se que, para cada área de aplicação das políticas de defesa da concorrência, determinadas linhas orientadoras no que se refere à concepção econômica que as baliza. A esse respeito, veja o trabalho de Posner (1998), *Economic Analysis of Law*, que aborda a análise econômica do direito.

5. Indicadores de Avaliação do sistema de Defesa da Concorrência do Brasil

Diante das limitações das avaliações nacionais na área de defesa da concorrência no Brasil, iremos utilizar a pesquisa denominada *Rating Enforcement: Our annual ranking of the world's 27 senior competition regimes, 2003*, publicada em 2004 pela *Global Competition Review* (www.globalcompetitionreview.com/news/frontpage.cfm) para apoiar as nossas argumentações na parte das conclusões. Trata-se de uma classificação, em que pesem as eventuais restrições, especialmente dos órgãos que se encontram numa posição desfavorável, que está apoiada em

parâmetros objetivos e entrevistas feitas com advogados de várias partes do mundo. Os advogados e economistas entrevistados opinam sobre as agências de seus e de outros países, ou seja, a avaliação brasileira foi feita por advogados e economistas brasileiros e de alguns de outros países. Esse método, por si só, pode resultar em algumas distorções, visto que é possível que os especialistas de outras nacionalidades escondam as falhas das agências de seus respectivos países.

A *Global Competition Review* para realizar a sua pesquisa busca obter dados sobre as agências: número de funcionários, orçamento e número total de casos (dividindo-os em atos de concentração, cartéis, abusos de posição dominante e outros). Com vista a uma possível comparação entre a estrutura das agências norte-americanas e do Brasil, podemos observar que a FTC conta com mais de mil funcionários para examinar menos de 300 casos por ano, dos quais cerca de 220 são atos de concentração. Já o DoJ tem 400 funcionários para cerca de 280 casos anualmente, dos quais 175 são atos de concentração. Os EUA aparecem no topo do ranking da GCR em 2003, com 4,5 estrelas.

Ressalte-se que, as duas agências norte-americanas (a *Federal Trade Commission* – FTC e o *Department of Justice* – DoJ) são classificadas separadamente. A comparação desses dados, sem considerar os orçamentos, evidencia a fragilidade do Brasil, cujo SBDC atua significativamente desaperilhado, em termos de recursos orçamentários e humanos. Esses dados explicam por que o resultado da pesquisa colocou o Brasil numa posição tão desconfortável.

Feitas essas observações, torna-se possível destacar os principais aspectos identificados na pesquisa divulgada pela GCR, que colocou o Sistema de Defesa da Concorrência do Brasil com uma menção de 2,5 estrelas num máximo de 5, na 23ª posição, no conjunto das 26 agências de defesa da concorrência avaliadas (Matias-Pereira, 2004a).

a) **Aspectos positivos apontados pela pesquisa.** A pesquisa da GCR registra como relevantes a adoção de diversas ações pelos SBDC em 2003, orientadas para melhorar o combate aos cartéis e o julgamento de fusões e aquisições, apesar da pouca estrutura que o governo lhes concede. Destaca-se na avaliação as providências inéditas de combate aos cartéis, feita pela Secretaria de Direito Econômico, como ações de busca de apreensão de provas na sede de empresas e sindicatos suspeitos e a assinatura do primeiro acordo de leniência do Brasil (no qual a empresa confessa participação num cartel e consegue redução de pena); início de um procedimento simplificado para a análise de fusões e aquisições; e a criação de um *site* que permite o acesso às informações dos três órgãos do sistema. Na avaliação também foi considerada a independência política nas agências brasileiras, que se mantiveram alheias a pressões políticas e empresariais. As autoridades, por sua vez, estão sendo vistas de maneira mais positiva pelo público pelas mudanças e mostraram disposição para reforçar a atuação.

b) **Aspectos negativos apontados pela pesquisa.** Entre os aspectos negativos, a pesquisa indica que a burocracia continua **intensa**. O Brasil é visto como um país que pede informações em excesso às empresas antes de julgar as fusões e aquisições. A evolução do sistema brasileiro de defesa da concorrência continua a sofrer pelas **questões irrelevantes** feitas às empresas e pelo quadro **jovem e inexperiente** dos funcionários. A pesquisa observa que a criação de um plano de carreiras no Cade dará mais estrutura e melhores salários, e é vista como necessária para a evolução do sistema de defesa da concorrência do país.

5.1. Matriz das Principais Decisões Adotadas pelo CADE pós-1994

Após a descrição dos principais aspectos apontados pela pesquisa divulgada pela *Global Competition Review*, procederemos a seguir, de forma sucinta, com vista a reforçar as nossas argumentações, uma análise sobre o nível de consistência das principais decisões do Cade após a promulgação da Lei Antitruste, em 1994. A referida análise foi baseada no exame do instrumental teórico contido nos votos dos conselheiros daquele órgão, em particular os votos dos conselheiros-relatores, conforme consta da matriz apresentada no Anexo 1.

A matriz permitir-nos uma melhor visualização da forma como o Cade avaliou e decidiu os atos de concentração selecionados. Registre-se que apenas em um caso – o que envolveu a Companhia Brasileira de Distribuição – se utilizou cálculos sofisticados. Nesse caso houve a presença de pesquisas de concorrência, realizadas por empresas externas, que fizeram o levantamento a respeito do *market share* das empresas envolvidas e a análise concorrencial visando apurar os preços praticados pela outra organização do processo. A análise do caso Pão de Açúcar – Companhia Brasileira de Distribuição – realizou também uma minuciosa avaliação dos prejuízos sofridos pela empresa CBD – Pão de Açúcar com a compra da Rede Sé, explicitados nos gráficos apresentados pela companhia. Nessa avaliação ficou constatado o enorme empenho do Grupo Pão de Açúcar em produzir informações consistentes sobre o citado ato de concentração, e dessa forma obter ganho de causa junto ao Cade.

Observa-se que nessas análises foi utilizado um adequado instrumental teórico, tanto na área microeconômica como na do direito antitruste (OLIVEIRA, 2001). Os debates acirrados em torno de todos esses casos, que ficaram restritos aos espaços políticos, empresariais e acadêmicos, e que foram explicitados pela mídia, aumentam as evidências de que a sociedade não tem recebido as informações sobre o tema em nível satisfatório. Quando examinamos os reflexos para a sociedade das decisões adotadas no âmbito daquele órgão, do ponto de vista administrativo, jurídico e político, torna-se perceptível que as regras na área da defesa da concorrência, analisada sob a ótica da mídia, são desconhecidas pela grande maioria da população do país.

Constata-se que o governo federal não se tem mostrado capaz de informar adequadamente a sociedade da importância das decisões adotadas pelo sistema de defesa da concorrência para o desenvolvimento econômico do país. Apesar dessa deficiência, fica evidenciado que a cultura da concorrência se materializa com decisões dessa natureza, conforme se evidencia na pesquisa realizada pela *Global Competition Review* junto aos profissionais que atuam na área.

Os principais atores nesse contexto, especialmente os empresários, reclamam sistematicamente que são prejudicados pela burocracia, e o longo tempo despendido nessas análises. Isso reforça a constatação da pesquisa realizada pela *Global Competition Review* em 2002 e 2003 sobre a necessidade de o Estado disponibilizar os recursos necessários, tanto em estrutura como em recursos humanos, para que o órgão possa cumprir adequadamente a sua função, incluindo a adoção de um sistema de notificação prévia das operações de fusões (FRANCO NETO et al., 2004). Fica evidenciado, dessa forma, que o Brasil ainda necessita evoluir significativamente no campo da defesa da concorrência. Assim, é fundamental para o perfeito funcionamento da economia que os atos e as decisões sob a responsabilidade dos órgãos que integram o sistema de defesa da concorrência passem a ter maior celeridade.

Na busca de aprofundar a análise sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência do Brasil (SBDC), realizamos diversas entrevistas qualitativas, num total de 6 (seis), com distintos especialistas na área. Os temas abordados nestas entrevistas foram: defesa da concorrência, regulação e proteção ao consumidor. Apresentamos no anexo 2, de forma sintética, os argumentos utilizados por esses atores nessas entrevistas.

Conclusões

Observa-se que o esquema protecionista, que prevaleceu nos anos oitenta e início de noventa, isolava as empresas nacionais da concorrência estrangeira. Isso explica parcialmente porque o tema sobre *defesa da concorrência* não tenha recebido uma atenção especial dos governos e dos diferentes agentes econômicos. A ausência de antecedentes sobre a aplicação da legislação de concorrência e, conseqüentemente, a falta de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema é evidente no caso brasileiro (CONSIDERA; CORRÊA, 2002). Por sua vez, a carência de uma cultura na área de defesa da concorrência no Brasil explica em parte as pressões e a resistência de setores políticos e empresariais às decisões do Cade (MATIAS-PEREIRA, 2004a).

É inegável que o adequado funcionamento da economia depende que o Estado exerça de maneira eficiente, eficaz e efetivo o seu papel de orientar e tutelar a liberdade de concorrência e proibir, restringir ou sancionar condutas que atentem de forma ilegítima contra esta (POSNER, 1998). Assim, é responsabilidade do Estado dar maior celeridade e tornar mais seletivos os critérios que definem quais atos de concentração precisam ser submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência.

Está evidenciado que o Brasil, apesar das deficiências assinaladas, destaca-se entre os países em desenvolvimento, na administração e aplicação das regras de defesa da concorrência. Isto é uma realização relevante, especialmente em país que tem ampla história de intervenção governamental na economia e onde a cultura da concorrência é fraca, tanto na comunidade empresarial como junto à população. Na medida em que o processo de globalização da economia avança, o Brasil tem que lidar com diversos casos de fusões internacionais que envolvem grandes empresas multinacionais, nos mais distintos setores, como fertilizantes, chocolates, cervejas, aço e saúde, entre outras. Está evidenciado (vide quadro 1), que os casos apreciados pelo Cade – em particular os atos de concentração - tem sido tratados de acordo com os princípios da melhor prática identificada na área de defesa da concorrência. Estas práticas, entretanto, necessitam ser constantemente aperfeiçoadas, em particular nas questões que envolvem as agências reguladoras.

A adoção de medidas para aumentar a articulação entre os órgãos de defesa da concorrência com os demais órgãos de governo nos três níveis, em particular com as agências reguladoras de serviços públicos, se apresenta como uma medida essencial para aumentar a concorrência e a eliminação de distorções que existem nestes setores. Isso exige uma crescente convergência na interface entre as autoridades de defesa da concorrência e das agências regulatórias. Observa-se que, as normas editadas pelas agências reguladoras, em boa parte, não levam em consideração o impacto dessas medidas na concorrência entre os agentes econômicos, e os benefícios que isso pode causar para o consumidor final. Ressaltamos, por fim, a importância da busca permanente do fortalecimento da legislação antitruste e da gestão das políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica, por serem indispensáveis no processo de crescimento econômico do país.

Bibliografia

- ARROW, K.J. (1985): The economics of agency; en: Pratt, J. / Zeckhauser, R. (eds). (1985). Principals and Agents: The Structure of Business. Boston: Harvard Business School Press. pp. 37-51.
- AXELROD, Robert. (1984). *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books.
- BAIN, J. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- BASILE, Juliano. (2004). “Uma revolução à brasileira pela concorrência”, *Caderno Valor*, 9-11 de janeiro, nº 175, p. 16-18. Valor Econômico, São Paulo.
- BRAULT, D. (1995). *Droit de La Concurrence Comparé*. Colection Droit des Affaires de L’Entreprise. Série: Recherches. Paris: Economica.
- BOBBIO, Norberto. (1992). *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: Campus. P. 61
- CAMARA AMERICANA DE COMÉRCIO. (2003). *Relatório sobre o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, AMCHAM, São Paulo.
- COASE, R. H. (1937). “The nature of the firm”, *Economica*, v. 4, p. 386-405.
- _____. (1988), *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. (2003). *Relatórios anuais, período 1996-2003*. Cade/MJ, Brasília, DF. www.cade.org.br.
- _____. (1995). *Decisão do Ato de Concentração que Analisou a Compra da Siderúrgica Pains pela Gerdau*. Cade/MJ, Brasília, DF.
- _____. (2004). *Decisão do Ato de Concentração que Analisou a Compra da Empresa de Chocolates Garoto pela Nestlé*. Cade/MJ, Brasília, DF. www.cade.org.br.
- CONSIDERA, Cláudio M. e ARAÚJO, Marina T. (2002). *Competition Advocacy in Brazil – Recent Development*, Ministério da Fazenda/SEAE, pp. 1-12.
- _____, e CORRÊA, Paulo (2002). “The political Economy of Antitrust Policy in Brazil – from price control to competition policy”, in *Barry E. Hawk, Ed. 2001 Annual Proceedings of the Fordham University School of Law, International Antitrust Law and Policy*, New York, Juris Publishing, pp. 533-68.
- _____, e ALBUQUERQUE, Kélvia (2001). “The Relationship Between Competition Policy and Regulation Brazilian Economy”, Ministério da Fazenda / SEAE, Working Paper 10, August.
- DEMSETZ, Harold. (1995). *The Economic of the Business Firm. Seven Critical Commentaries*. Cambridge University Press (trad. Esp. 1997: *La economía de la empresa*. Madrid: Alianza).
- DOBSON, J. (1994). *Theory of the Firm - Beyond the Sirens*. In: *Economics and Philosophy*, 10, pp. 73-89.
- DAHL, Robert e LINDBOM, C. (1992). *Politics, Economics and Welfare*, Transaction Publishers, London.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. (1986). *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: p.74-76.
- DUTRA, Pedro (org.). (1999). *A Concentração do Poder Econômico: Jurisprudência Anotada*, vol. 1, São Paulo: Editora Renovar.
- EISENHARDT, K.M. (1989): Agency Theory: An Assessment and Review; en: *Academy of Management Review*, 1, pp. 57-74.
- FAMA, E.F. e JENSEN, M.C. (1983a): Separation of ownership and control; en: *Journal of Law and Economic*, 26: pp. 301-325.

- FARINA, E. (1996). “Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação”. *Revista do IBRAC*, 3 (8).
- _____. (1983b): Agency problems and residual claims; en: *Journal of Law and Economic*, 26: pp. 327-349.
- _____, e AZEVEDO, P. (2001). Política Industrial e Defesa da Concorrência: A experiência brasileira dos anos 90, *Economia*, Niterói, RJ, v. 2, nº 2, p. 513-547.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. (1995). Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCO NETO, Afonso A. de Mello et. ali. (2004). “Nestlé sem Garoto”, *Folha de São Paulo*, 03 de março, p. A3.
- GRAU, Eros Roberto (2000). A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 5ª ed., São Paulo, Malheiros.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW. (2004). *Rating Enforcement – Our annual ranking of the world’s 27 senior competition regimes, 2003*. GCR, London.
- HEIMLER, & SABA, (1996). *Role and Enforcement of Competition Policy in regulated Sectors*. DEPARTMENT OF JUSTICE and FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*, Department of Justice and Federal Trade Commission, EUA.
- HODGSON, G. (1996). *Economics and Evolution. Bringing Life Back into Economics*, The University of Michigan Press, Michigan.
- JACQUEMIN, A. e SCHANS, G. Apud. FONSECA, João Bosco L.da. (1995). Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 59.
- JENSEN, M. e MECKLING, W. (1976): Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Capital Structure. En: *Journal of Financial Economics*, nr. 1/2: pp. 305-360.
- KAHN, A.E. (1988). *The Economics of Regulation: Principles and institutions*, Cambridge, MIT Press.
- KAPLAN, L. (1980). “Potential Competition and Section 7 of the Clayton Act”, *The Antitrust Bulletin*, XXV (2).
- KWOKA, J. e WHITE, L. (eds.). (1999). *The Antitrust Revolution – Economics, Competition and Policy – Third Edition*, Oxford University Press, Oxford.
- NASSIF, Luis. (1997). Prefácio, in SALGADO, Lúcia H. *A Economia Política da Ação Antitruste*, Ed. Singular, São Paulo.
- NORTH, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- _____, (1984). *Estructura y cambio en la historia económica*, Alianza Universidad, Madrid.
- MACNEIL, I. R. (1974). “The Many Futures of Contracts”, *California Law Review*, v. 47, pp. 691-816.
- _____. (1978). “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”, *Northwestern University Law Review*, nº. 72, pp. 854-906.
- MATIAS-PEREIRA, J. (2003). *Economia Brasileira*, Editora Atlas, São Paulo.
- _____. (2004). “Defesa da Concorrência no Brasil: Os efeitos do veto do CADE no ato de concentração da Empresa Garoto pela Nestlé”, *Jus Navigandi – Doutrina*, São Paulo. www.jus.com.br. Pesquisa feita em 20.04.2005.
- MATTOS, César Mattos (org.). (2003). *A Revolução Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*, Editora Singular, São Paulo.
- MCCLOSKEY, D. (1985): *The rhetoric of economics*; University of Wisconsin. (Trad. Esp. La retórica de la economía, 1990, Madrid-Alianza).

- OCDE/World Bank (1994). Conference on Competition and Regulation in Network Infrastructure Industries, Budapest. 28 June-1 July. OCDE/GD(95)87. www.oecd.org. Pesquisa feita em 31.03.2005.
- OCDE. (1992) "*Regulatory Reform, Privatization and Competition Policy*". Paris. www.oecd.org. Pesquisa feita em 12.04.2005.
- OCDE. (2000). *Mergers In Financial Services*, Paris, v. 2, n° 4. www.ocde.org. Pesquisa feita em 25.03.2005.
- OMC. (2004). *Cuestiones, competencia, contratación pública, procedimientos simplificados*, OMC, Ginebra.
- http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey3_s.htm. Pesquisa feita em 23.04.2004.
- OLIVEIRA, G. (1997). "CADE 35 Anos" Brasília, *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 26.
- _____. (2000). "Recent Trends and Prospects for Brazilian Antitrust", *Boletim Latinoamericano de Concorrência*, nr.9, <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>, CERES: Lima, Fev.
- _____. (2001). *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo, Saraiva.
- OLSON, M. (1982). *The Rise and Decline of Nations*, Yale University Press, New Haven.
- POSNER, R. (1998). *Economic Analysis of Law*. Fifth Edition. Asper Law & Business.
- POSSAS, M. (1996). "Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência". *Revista do IBRAC*, 3 (5).
- POSSAS, M.; FAGUNDES, J. e PONDÉ, J. (1995). "Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano". Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, Salvador.
- _____. (1997). Defesa da Concorrência e Regulação na Transição de Monopólios Naturais para Estruturas Oligopolistas. Relatório de Pesquisa, IPEA, Rio de Janeiro.
- PRATT, J. & ZECKHAUSER, R. (eds). (1985). *Principals and Agents: The Structure of Business*. Boston: Harvard Business School Press.
- ROSS, S.A. (1973). The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem; en: *American Economic Review*, Papers and Proceedings. 63: pp. 134-139.
- _____. (1993). *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press.
- SAFATLE, Claudia. (2004). "Agência de defesa da concorrência atrasa". *Valor Econômico*, 27-29 de fevereiro, p. A2.
- SALGADO, Lúcia H. (1997). *A Economia Política da Ação Antitruste*, Ed. Singular, São Paulo.
- SCHERER, F. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin (3ª ed.).
- SHEPHERD, W (1997). *The Economics of Industrial Organization*. Prentice Hall.
- SIMON, H. A. (1972). Theories of bounded rationality, in MCGUIRE, C. B.; RADNER, R. (Eds.). *Decision and organization*, American Elsevier, New York.
- _____. (1986). "Rationality in Psychology and Economics". En: *Journal of Business*, 59: pp. 209-224.
- SMITH, Adam. (1976). *The Wealth of Nations*, The University of Chicago Press, Chicago.
- STIGLITZ et al. (1990). *The Economic Role of the State*, Basil Blackweel, Oxford.
- SULLIVAN, E. & HARRISON, J. (1988). *Understanding Antitrust and its Economic Implications*. New York: Matthew Bender & Co.
- TESAURO, G. e D' ALBERTI, M. (coords.) (2000). *Regolazione e Concorrenza*, Editora Il Mulino, Bologna.
- VENANCIO FILHO, A. (1968). *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VISCUSI, W.; VERNON, J. & HARRINGTON, J. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Mass: The MIT Press.

WALD, Arnold e WAISBERG, Ivo. (2004). “A Missão do CADE”. *Valor Econômico*, 1 de abril, p. B2.

WILLIAMSON, O. (1988a). *Mercados y Jerarquías: Su análisis y sus implicaciones Antitrust*, FCE, México.

_____. (1975). *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press, New York.

_____. (1988b). “Economies as an Antitrust Defense Revised”. In: CALVANI, T. & SIEGFRIED, J. (org.). *Economic Analysis and Antitrust Law*. Boston: Little, Brown and Company.

_____. (1996). *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford.

Anexos

Anexo 1: Matriz das Principais Decisões Antitrustes Adotadas pelo CADE – 1994/2004

Ato de Concentração	Partes envolvidas	Assunto	Nível sofisticado do voto	Decisão
Caso Gerdau/Pains Ato de Concentração nº 16/1994	<i>Siderúrgica Pains</i> <i>Cabomat</i> <i>Gerdau</i>	Aquisição da Siderúrgica Pains pela Gerdau.	Média	Proibição do negócio. O Ministério da Justiça pediu a revisão da decisão e o Cade determinou a venda da Pains a Cabomat.
Caso Kolynos/Congate Ato de Concentração nº 27/1994	<i>Kolynos</i> <i>Colgate</i>	Aquisição da Kolynos pela Colgate.	Média	Suspensão da marca Kolynos por quatro anos. Criação da marca Sorriso.
Caso Biobrás Ato de Concentração 08012.007861/2001-81	<i>Novo Nordisk Holding do Brasil</i> <i>Biopart Ltda</i> <i>BNDES</i>	Aquisição pela Novo Nordisk Holding do Brasil Ltda de 27,4% do capital total da Biobrás	Média	Assinatura de APRO*
Caso Nestlé Ato de Concentração 08012.001697/2002-89	<i>Chocolates Garoto S/A</i> <i>Nestlé Brasil Ltda</i>	Aquisição pela Nestlé Brasil Ltda da totalidade do capital da Chocolates Garoto S/A	Média	Desfavorável à compra. Em andamento processo de venda da Garoto pela Nestlé.
Caso Varig e TAM Ato de Concentração 08012.001291/2003-87	<i>TAM Linhas Aéreas</i> <i>Varig S/A</i>	Acordo de “code share” entre as empresas e possível constituição de nova empresa	Média	Favorável ao “code-share”. Empresas sob investigação por possível formação de cartel.

Caso Companhia Brasileira de Distribuição Ato de Concentração 08012.0004897/02-93	<i>Companhia Brasileira de Distribuição - Pão de Açúcar</i>	Compra e posterior venda da Rede Sé de Supermercados pela CBD*	Alta	Favorável em parte à CBD. Companhia autorizada a utilizar suas bandeiras nas lojas da Rede Sé
	<i>Rede Sé Supermercados</i>			
Caso Bayer Ato de Concentração 0812.007176/2002-35	<i>Reckitt Benckiser Brasil</i>	Concentração de mercado pela S.C. Johnson & Son Inc. e Bayer AG.	Média	Desfavorável à Reckitt.
	<i>S.C. Johnson & Son Inc</i>			
	<i>Bayer AG</i>			
Caso CSN/Usiminas//Cosipa Ato de Concentração n° 08012.004166/98-9	<i>Companhia Siderúrgica Nacional – CSN</i>	Acusação de cartel por aumentos nos preços do aço realizado por CSN, Usiminas e Cosipa.	Média	Siderúrgicas multadas em valor igual a 1% do faturamento. Estas recorreram ao Poder Judiciário para não pagar a multa.
	<i>Usiminas</i>			
	<i>Cosipa</i>			
Ato de Concentração 08012.005846/99-12	<i>Brahma</i>	Fusão da Brahma-Antarctica.	Média	Venda da marca Bavária. A Molson comprou a Bavária e, adquiriu em seguida a Kaiser.
	<i>Molson</i>			
	<i>Antarctica</i>			

Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE): www.cade.gov.br. Pesquisa feita em 25.01.2005.

*APRO - Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

Anexo 2. Quadro Síntese das Entrevistas Qualitativas

Percepção sobre as falhas e deficiências no Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil

. A nova realidade econômica e a promulgação da Lei nº 8.884, de 1994, criaram as condições para colocar na agenda nacional a relevância das políticas públicas de defesa da concorrência e do consumidor no Brasil.

. Existe uma percepção de que ocorre uma excessiva morosidade dos processos de investigação e no julgamento feitos pela Sde, Seae e Cade. Essas dificuldades são observadas, em especial, na questão da análise prévia e na necessidade de redução do que deve ou não ser submetido ao Sistema de Defesa da Concorrência.

. A concorrência será tanto maior quanto mais livre for o comércio entre os países e quanto menor for a interferência do Estado no processo econômico.

. O controle efetivo de condutas anticompetitivas está vinculado a dois aspectos: a conscientização da sociedade sobre a importância da livre concorrência para garantir preços justos e a existência de um arcabouço jurídico-institucional que viabilize o cumprimento dessa vontade social.

As Funções de Defesa da Concorrência, Regulação e Proteção ao Consumidor:

. Observada a natureza das funções de defesa da concorrência, regulação e proteção ao consumidor se constata que os objetivos da função regulatória são mais amplos: cuidam da regulação técnica, sanitária, ambiental, econômica, além de fiscalização e ação preventiva. Envolve a substituição dos mecanismos de mercado, além de ser anterior à consumação das transações de mercado.

. O método adotado na proteção ao consumidor também envolve a substituição dos mecanismos de mercado, mas seus objetivos são mais restritos e sua atuação ocorre posteriormente à realização dos negócios.

. Os objetivos da defesa da concorrência também são restritos, mas para sua consecução emprega-se um método que prioriza a utilização dos mecanismos de mercado.

. A agência Antitruste preocupa-se com a defesa dos mecanismos de mercado (*ex-post*) e as agências de Regulação com a substituição dos mecanismos de mercado (*ex-ante*).

. No seu conjunto, todas as três atividades são justificadas sob a ótica da teoria econômica pela presença de falhas de mercado, sendo que a regulação e a defesa do consumidor têm origem em problemas de poder de mercado, informação assimétrica, existência de bens públicos ou de externalidades.

A Relevância do Direito de Defesa da Concorrência:

. O direito de defesa da concorrência – entendido como um conjunto de princípios e normas jurídicas capazes de regular o poder econômico, bem como suas manifestações nos mercados definidos como relevantes, está situado, tanto histórico quanto analiticamente, na interconexão de três vetores distintos: a política econômica, a dogmática do direito econômico e a teoria econômica.

. Os sistemas jurídicos e políticos reconhecem o poder econômico como um fenômeno naturalmente alcançável e, por isso, juridicamente permitido.

Relação entre Regulação Setorial e Defesa da Concorrência:

. A convivência entre as autoridades de defesa da concorrência e das agências regulatórias deve ser a mais convergente possível. A interface que existe entre o sistema de defesa da concorrência e as agências reguladoras seja priorizada. As normas editadas pelas agências reguladoras, em boa parte, não levam em consideração o impacto dessas medidas na concorrência entre os agentes econômicos, e os benefícios que isso pode causar para o consumidor final.

As ações de Defesa da Concorrência e do Consumidor:

. O sistema de defesa do consumidor brasileiro é baseado em um modelo descentralizado de órgãos e entidades governamentais e não-governamentais. A defesa da concorrência, por se tratar de questão de abrangência nacional, requer uma única análise, a qual é centralizada nas três entidades federais que compõem o SBDC (Seae, Sde e Cade).

. Verifica-se que a defesa da concorrência e a do consumidor guardam alguns aspectos em comum. Isso, entretanto, não é suficiente para justificar a unificação da proteção à concorrência e da defesa do consumidor em uma mesma entidade estatal. Essa proteção conjunta poderia propiciar medidas conflituosas, visto que o bem-estar do consumidor é apenas um dos objetivos visados pela defesa da concorrência.

Recomendações para modernizar o Modelo Regulatório Brasileiro:

. Não houve consenso como irá ocorrer a inserção entre a agência antritruste e as agências reguladoras setoriais. Esses órgãos, por possuírem natureza e objetivos distintos, cumprem funções complementares para a constituição de um marco regulatório adequado aos interesses da sociedade.

. Deve-se evitar a banalização do conceito de agência regulatória. Para as agências classicamente regulatórias defendem o formato de órgão colegiado – no qual as decisões de substância são tomadas por maioria –, para evitar as tentativas de pressão por parte de interesses dos agentes regulados, bem como das pressões oriundas do governo, por interesses eventualmente contrariados.

. A aplicação adequada da lei tende a gerar segurança nos investidores privados. Busca-se restringir, dessa forma, os riscos de captura, que dificultam a consolidação do modelo de Estado regulador da atividade econômica.

. O Brasil vive um momento histórico de amadurecimento de sua política de concorrência. Isso requer uma nova configuração do SBDC que, além de buscar uma clareza maior do sistema, seja priorizado o controle do planejamento antitruste, no sentido de compatibilizar a política de concorrência com a de desenvolvimento.

Fontes: As entrevistas tiveram como base, entre outros, os depoimentos dos especialistas que participaram do “Seminário sobre os Dez Anos da Lei de Defesa da Concorrência”, promovido pela Câmara Britânica de Comércio e Indústria no Brasil (Britcham), em especial: Gesner de Oliveira, Bárbara Rosenberg, Luciano Coutinho e Daniel Goldberg, realizado em São Paulo, 14 de setembro de 2004.