

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS

CENTRO DE FORMAÇÃO ACADÊMICA E PESQUISA

CURSO DE MESTRADO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

POLÍTICA ANTITRUSTE:

ASPECTOS RELEVANTES PARA O CASO BRASILEIRO

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE.

CARMEN DIVA BELTRÃO MONTEIRO

Rio de Janeiro - 2003

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ESCOLA BRASILEIRA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE EMPRESAS

CENTRO DE FORMAÇÃO ACADÊMICA E PESQUISA

CURSO DE MESTRADO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

TÍTULO

**POLÍTICA ANTITRUSTE:
ASPECTOS RELEVANTES PARA O CASO BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA POR

CARMEN DIVA BELTRÃO MONTEIRO

E APROVADA EM: ____/____/____.

ISTVAN KAROLY KASZNAR
PhD em Business Administration

DEBORAH MORAES ZOUAIN
Dra. em Engenharia de Produção

GESNER JOSÉ DE OLIVEIRA FILHO
Dr. em Economia

À minha família.

*A meu avô
Inocêncio Beltrão,
de cuja tenacidade me fiz herdeira
de sangue e de opção.
In memoriam.*

AGRADECIMENTOS

À energia divina que governa tudo o que existe, e que me permitiu participar da contínua reinvenção do universo.

A meus pais Carlos e Divair pela dádiva da vida, especialmente à minha mãe que em seu incondicional amor forjou-me o caráter e ensinou-me o gosto pela busca do saber.

A meus irmãos Carlos Daniel e Cassio Diel, o primeiro pelas horas inesquecíveis de companheirismo e rivalidade da infância, e o segundo pelo carinho e empatia que vai além dos laços de sangue.

À minha família pelo suporte emocional, especialmente a meu marido Misael pelo amor e incentivo ininterruptos e a meu filho Alan Daniel pela compreensão nos momentos em que a multiplicidade de tarefas me assoberbava.

A meus professores da EBAPE/FGV pelos tesouros de conhecimento transmitidos, especialmente ao Prof. Istvan Kaszner pela valiosa orientação deste trabalho, à Profa. Deborah Zouain, tanto pela participação na banca examinadora quanto pela paciência e encorajamento largamente demonstrados durante o convívio na escola, e às Profas. Sylvia Vergara e Anna Maria Campos, pela particular atenção e amizade durante o curso.

Ao Prof. Gesner Oliveira da EAESP/FGV, tanto pela significativa contribuição auferida da leitura de seus trabalhos na área deste estudo, quanto pela honra concedida ao

integrar a banca examinadora do mesmo.

A meus colegas de trabalho pela solidariedade durante o tempo em que esta pesquisa foi desenvolvida, especialmente a meu chefe Aloísio Araújo e às amigas Sandra Zisman e Andrea Macera pelos sempre oportunos incentivos e admoestações.

Aos funcionários da EBAPE/FGV pelo atendimento cordial e prestativo, especialmente a Joarez Oliveira, Jorge Luiz Silva, Francisco Manoel Benedito e Paulo César Costa.

A todos os meus professores, amigos e incentivadores neste momento inominados, mais por impossibilidade do que por esquecimento, que participaram, direta ou indiretamente, de maneiras várias, da construção deste trabalho, quer seja através de seus conselhos e opiniões, quer seja na concessão de seu precioso tempo para se quedarem a meu lado ou a meu alcance quando se fez necessário; a todos, minha sincera e incomensurável gratidão.

Este trabalho pretende mostrar alguns dos aspectos, insertos no contexto de política antitruste, que sejam relevantes para o caso brasileiro. Para tanto, o presente estudo é dividido em cinco partes. O *Capítulo I – Introdução*, que, conforme a sugestão do título, simultaneamente introduz e sublinha o que será tratado nos capítulos subseqüentes. O *Capítulo II – Visão geral ou compreendendo o antitruste*, que esboça uma visão panorâmica do assunto, primeiramente fazendo um apanhado histórico, em seguida discutindo os temas atuação do Estado, globalização e competitividade e concluindo com a apresentação de alguns conceitos essenciais no âmbito do antitruste. O *Capítulo III – A política antitruste no Brasil*, que aborda a política antitruste nacional, discorrendo sobre a evolução legal dos institutos antitruste, destacando a dimensão estratégica da disciplina e a sua inserção no planejamento de longo prazo do governo brasileiro e apresentando, como fecho, o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, sua composição e formas de atuação. O *Capítulo IV – Política antitruste, conexões e desdobramentos*, que pontua as ligações e inferências no tema julgadas relevantes para o caso brasileiro: as interações com o desenvolvimento de vantagens competitivas, o peso na formulação de estratégias competitivas, os objetivos e instrumentos de política antitruste amplamente aceitos, os princípios para um desenho institucional desejável para o arcabouço antitruste e, por fim, os aspectos críticos que o modelo nacional exhibe, com os respectivos melhoramentos sugeridos. Finalmente, à guisa de conclusão, o *Capítulo V – Considerações finais*, que tece algumas reflexões consoantes à matéria focalizada ao longo do texto.

ABSTRACT

This work intends to show some aspects of antitrust policy that are relevant to the Brazilian case. For this purpose, it has five parts. *Chapter I – Introduction*, as the title suggests, simultaneously introduces and emphasizes what will be shown in the next chapters. *Chapter II – General view or understanding the antitrust* gives a comprehensive view of the historical evolution on antitrust matters, explores the relationship between State action, globalization and competitiveness and presents some of the essential concepts on antitrust field. *Chapter III – The antitrust policy in Brazil* focuses on the legal evolution of antitrust institutes in Brazil – highlighting its strategic dimension and insertion on “Plano Plurianual – PPA”, the Brazilian official long-run plan – and presents the “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC”, the Brazilian system for defence of competition. *Chapter IV – Antitrust policy, connections and consequences* shows the relevant links and inferences to the Brazilian case such as the development of competitive advantages, the formulation of competitive strategies, the well-known objectives and instruments of antitrust policy, the acceptable principles to an antitrust institutional design and, finally, the critical aspects of the Brazilian current model together with the suggestions to improve it. To finish, *Chapter V – Final considerations* outlines some reflections regarding the previous exposed antitrust matters.

*Alheias e nossas
as palavras voam.
Bando de borboletas multicolores
as palavras voam.
Bando azul de andorinhas,
bando de gaivotas brancas,
as palavras voam.
Voam as palavras
como águias imensas.
Como escuros morcegos
como negros abutres,
as palavras voam.*

*Oh! alto e baixo
em círculos e retas
acima de nós, em redor de nós
as palavras voam.*

E às vezes pousam.

Vôo, Cecília Meireles

<u>LISTA DE QUADROS</u>	<u>viii</u>
<u>LISTA DE FIGURAS</u>	<u>ix</u>
<u>I - INTRODUÇÃO</u>	<u>10</u>
<u>II- VISÃO GERAL OU COMPREENDENDO O ANTITRUSTE</u>	<u>20</u>
2.1. VISÃO HISTÓRICA	20
2.2. ATUAÇÃO DO ESTADO, GLOBALIZAÇÃO E COMPETITIVIDADE	26
2.3. CONCEITOS RELEVANTES EM ANTITRUSTE OU TRADUZINDO O “ECONOMÊS”	32
<u>III - A POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL</u>	<u>41</u>
3.1. EVOLUÇÃO LEGAL	41
3.2. A DIMENSÃO ESTRATÉGICA E O PPA	47
3.3. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: COMPOSIÇÃO E ATUAÇÃO	54
<u>IV - POLÍTICA ANTITRUSTE, CONEXÕES E DESDOBRAMENTOS</u>	<u>64</u>
4.1. VANTAGENS COMPETITIVAS E POLÍTICAS ANTITRUSTE	64
4.2. ESTRATÉGIAS COMPETITIVAS E AÇÃO ANTITRUSTE	77
4.3. POLÍTICA ANTITRUSTE: OBJETIVOS, INSTRUMENTOS E DESENHO INSTITUCIONAL	91
4.2. ASPECTOS CRÍTICOS DO MODELO BRASILEIRO	106
<u>V - CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	<u>121</u>
<u>VI - BIBLIOGRAFIA</u>	<u>134</u>
<u>ANEXO I - RESOLUÇÕES DO CADE</u>	<u>141</u>
<u>ANEXO II -QUANTITATIVO DE JULGADOS DO CADE</u>	<u>143</u>
<u>ANEXO III - LEI Nº 8.884 DE 11 DE JUNHO DE 1994</u>	<u>144</u>

LISTA DE QUADROS

Quadro 2.1 – Modelo de Concorrência Perfeita vs Mundo Real	34
Quadro 3.1 – Legislação Antitruste no Brasil	42
Quadro 3.2 – Programa Defesa Econômica e da Concorrência	51
Quadro 3.3 – Programa Gestão da Política de Regulação de Mercados	53
Quadro 3.4 - Práticas Restritivas Horizontais	61
Quadro 3.5 - Práticas Restritivas Verticais	62
Quadro 4.1 – Evolução da Defesa da Concorrência: Abordagem Gradualista	109

LISTA DE FIGURAS

Figura 3.1 – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	54
Figura 3.2 – Formas de atuação dos órgãos do SBDC	58
Figura 4.1 – Determinantes da vantagem nacional: o sistema completo	67
Figura 4.2 – Formulação de estratégias competitivas dinâmicas	78
Figura 4.3 – Quantitativo de julgados do CADE 1996-2000	115

INTRODUÇÃO

“Tudo o que não sei é que constitui a minha verdade.”
Clarice Lispector

Cenário: anos 40, chove torrencialmente na noite de uma cidadezinha norte-americana¹. Sobre uma ponte, um homem, desalentado, observa as águas escuras do rio, cogitando que não deveria ter nascido, quando lhe aparece um estranho. Este, na verdade, é um enviado dos céus que, para demovê-lo de seu intento suicida, mostra-lhe o que teria acontecido às pessoas e à cidade se ele não existisse.

Cenas que exibiram, em *flashback*, a vida do protagonista, são lembradas quando ele descobre sua influência no destino de amigos e familiares, em decorrência dos papéis de filho, irmão, marido, pai, amigo e profissional, por ele assumidos ao longo de sua vida, tanto em acontecimentos individuais – como morte, condenação criminal, alcoolismo, solidão –, quanto coletivos – como condições de trabalho de companheiros, urbanização de terreno subaproveitado e até na economia local, já que a oposição da pequena empresa cuja administração ele herdara do pai impediria que o poderoso banqueiro da cidade ditasse sozinho as regras, tomando conta do lugar.

Resumindo, esta é a mensagem do filme: uma ode à importância de cada vida humana, pois cada indivíduo afeta as pessoas com quem convive de um modo que mal se pode imaginar, quanto mais entender completamente, dadas as múltiplas e intrincadas relações sociais possíveis de serem estabelecidas. Analogamente, a matéria *defesa da concorrência*² –

¹ Alusão à cena do filme de 1946, *“It’s a wonderful life”* (A felicidade não se compra), de Frank Kapra, estrelado por James Stewart e Dona Reed.

² Cf. Mello (2002:485), “*defesa da concorrência* não se resume apenas à lei antitruste e ao arcabouço institucional voltado para a sua aplicação, mas também a todas as ações do Estado relacionadas a ela; todos os

ou *antitruste*³, como preferem alguns especialistas –, também guardando vasta complexidade de relações, reveste-se de importância poucas vezes percebida pelo cidadão comum, face a sua capacidade de influir no bem-estar social.

Não obstante sejam diversos e complexos os fatores que afetam as sociedades modernas, o desenvolvimento sustentável parece tomar seu lugar de destaque entre as preocupações de todos os governos. Do ponto de vista econômico, a competitividade é condição necessária para a viabilidade do desenvolvimento sustentável a longo prazo. Dessarte, os instrumentos de política econômica – mais precisamente a política de concorrência, que fomenta a competitividade – trazem em seu bojo vieses sociais que, a despeito da possibilidade de passarem despercebidos, não são menos importantes que os que concernem às políticas sociais propriamente ditas, e, portanto, devem ser cuidadosamente considerados.

De fato, políticas de concorrência – entendidas como aquelas medidas governamentais que afetam diretamente o comportamento das empresas e a estrutura industrial – incluem tanto o incentivo à competitividade nos mercados local e nacional, como as políticas destinadas a coibir práticas anticompetitivas e evitar a intervenção desnecessária do Estado no mercado. Modernamente, políticas antitruste têm merecido reconhecimento internacional como um dos instrumentos de política econômica indispensáveis para garantir a competitividade das economias. Temas relacionados encontram-se amiúde em pauta em congressos, publicações e em toda a rede de informações gerada pela comunidade acadêmico-

agentes do poder público que tomam decisões que possam afetar as condições de concorrência devem levar em conta o princípio [da livre concorrência, consubstanciado no art. 170, IV da Constituição Federal de 1988]”.

³ O termo “antitruste” provém do anglicanismo “*antitrust*”, muito difundido na literatura especializada, de vez que os EUA têm longa tradição no assunto e influenciaram o estabelecimento desse tipo de política em praticamente todos os países que hoje utilizam mecanismos antitruste, mormente mediante a imposição de seu modelo no período pós-2ª Guerra Mundial (Salgado, 1992:8).

científica e, mais diligentemente, são presença obrigatória nos fóruns políticos dos governos.

Por outro lado, tais políticas não deixam de ser parte do pacote de políticas públicas a ser administrado pelos governantes e, desse ponto de vista, devem ser entendidas não apenas em termos de suas conseqüências pontuais, mas em um contexto macro que identifique e personalize a ação global de cada governo. No dizer de Monteiro (1997), dadas as preferências dos agentes de decisão envolvidos, os resultados das escolhas públicas serão decorrentes das regras que predominam no processo político, a serem observadas pelos participantes⁴ na escolha e execução de suas estratégias no desenrolar desse mesmo processo; é esse conjunto de elementos que identifica um modelo de governo (ou de Estado). Assim, a opção por um instrumento de política econômica, qual a ação antitruste, não somente faz parte do pacote econômico administrado, mas também do conjunto de regras válidas para todo o modelo, uma vez que se insere no arcabouço institucional subjacente à ação governamental, inerente ao próprio processo democrático⁵.

Há um delicado equilíbrio a ser mantido entre políticas antitruste propriamente ditas – aquelas que promovem a competição no mercado doméstico de cada país – e políticas de concorrência em um sentido mais amplo, que são as que promovem a competição nos chamados mercados abertos, entre firmas estrangeiras. Ademais, a despeito de serem dirigidas às empresas, políticas antitruste têm, em última análise, o fito de melhorar a vida do cidadão

⁴ O mesmo autor identifica seis classes de participantes no jogo das escolhas públicas: os *políticos*, em sua atuação nas escolhas majoritárias da legislatura (especialmente pela atribuição de decidir sobre mudanças de regras constitucionais); os *burocratas*, que têm uma relação de monopólio bilateral com a legislatura patrocinadora; o *presidente da República*, sob cuja autoridade opera a burocracia governamental; os *juizes*, que fazem a revisão das decisões da legislatura e da burocracia; os *grupos de interesse especiais*, como identificados nas ações dos cidadãos no processo político, exclusivo o uso do voto; e os *cidadãos*, no seu papel de eleitores da representação legislativa e do presidente da República.

⁵ Neste ponto cabe um parêntesis para anotar interessante assertiva constante em estudo do Group of Lisbon (1995:126): democracia baseia-se tanto em competição política (entre os participantes do jogo político) quanto em cooperação. O acordo fundamental sobre o conjunto de regras é o que mantém os participantes capazes de administrar os conflitos através de contínua negociação/renegociação, ao invés de se destruírem mutuamente.

comum, e nesse sentido refletem particularmente a história e a cultura de cada povo, daí porque podem diferir (e realmente diferem) de lugar para lugar. Assim, conquanto geralmente não seja uma política pública tão visível quanto outras suas congêneres, tais como as políticas de saúde e educação, as políticas de concorrência são fundamentais nos tempos hodiernos de economias globalizadas e célere difusão de um volume incontável de informações.

Dentro deste contexto, o Brasil não está apartado da tendência mundial de promover o reforço em suas ações de prevenção e combate a práticas anticompetitivas. Prova disso são os recentes movimentos de reestruturação que estão ocorrendo nos bastidores do governo, como os estudos para a reorganização institucional (consubstanciado no projeto de formação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANC) e para a modificação da lei antitruste, ambos no sentido de dar mais efetividade ao sistema atualmente em vigor.

Evidentemente uma tarefa de tal envergadura não poderia descurar da cooperação internacional entre governos e entidades, conclusão esta que só recentemente alcança proporções mundiais na comunidade econômica, mais pelas dificuldades de se descobrir e comprovar a existência de condutas anticompetitivas altamente danosas, como os cartéis, do que por razões meramente geográficas. No intuito de perseguir este objetivo de cooperação, pouco a pouco os países – inclusive o Brasil – começam a implementar mecanismos que facultem tanto a comunicação e a troca de informações, quanto a assistência mútua em investigações de condutas anticompetitivas. Apesar de tais progressos, o arcabouço antitruste em âmbito nacional ainda não prescinde de ações de aperfeiçoamento e fortalecimento contínuos, conforme se irá comprovar ao longo deste texto, tanto nesta quanto nas demais direções, visto que as esferas de atuação das políticas antitruste se ligam igualmente aos aspectos educacional – relacionado à cultura, difusão e tradição antitruste no

país –, repressivo – relativo ao combate às práticas anticompetitivas propriamente ditas –, e preventivo, no qual se dá o controle da estrutura dos mercados existentes.

Esta pesquisa pretende colaborar com o contínuo esforço de aperfeiçoamento já desencadeado no país ao focalizar os pontos-chave do processo de construção e adaptação dessa política, utilizando-se da técnica de *benchmarking* aplicada ao setor público⁶. De tudo o que foi exposto promana a necessidade de se estudar o tema mais a fundo, com o duplo propósito de difundi-lo e de se extrair de tal estudo os ângulos que carecem de atenção e aperfeiçoamento tanto por parte dos legisladores quanto das autoridades antitruste, passando, ainda, pelo crivo dos profissionais do setor privado envolvidos com a questão e pelos mecanismos do controle social exercido pelos cidadãos que, como já mencionado, são seus beneficiários últimos.

Por conseguinte, o cerne deste texto consiste em assuntos vinculados à política antitruste cuja observação convém ao caso brasileiro, ou, dito de outro modo, *o objetivo deste trabalho é levantar alguns dos aspectos, insertos no contexto de política antitruste, que sejam relevantes para o desenvolvimento e consolidação de práticas nesta área em território nacional*, pelas diversas razões adrede elencadas, credenciadas, ainda, pela crescente importância que o tema tem merecido não somente na agenda governamental brasileira, mas também no seio da comunidade internacional.

Para tal mister, este estudo percorrerá um caminho em etapas, buscando responder a três questões básicas. Em primeiro lugar, visto de uma maneira ampla, *o que é antitruste?*

⁶ A idéia básica do *benchmarking*, embora obrigatoriamente ele tenha de ser adaptado às necessidades do setor público, é a mesma já difundida na esfera privada: encontrar referenciais de excelência nas organizações, estudar seus processos e adaptá-los à sua própria realidade, implementando-os e monitorando seus resultados.

Segundo, tendo em vista o foco delimitado, *qual o estado d'arte da política antitruste no Brasil?* Finalmente, em terceiro lugar, *quais as possíveis conexões e desdobramentos, em política antitruste, que reclamam mais acurada observação (estendendo-se para o caso brasileiro) por parte dos agentes (públicos e privados) envolvidos, dos estudiosos de modo geral e dos demais interessados no tema?*

A resposta à primeira pergunta demanda a compreensão de assuntos multidisciplinares, que passam não apenas pelo conhecimento da evolução histórica da disciplina da concorrência e da relação que esta mantém com as ciências sociais em seus aspectos econômicos, jurídicos, políticos, administrativos e culturais – daí a importância de uma discussão em torno das relações existentes entre a atuação do Estado no contexto da globalização e a disciplina da concorrência –, como também não prescinde da sedimentação dos conceitos básicos no âmbito do antitruste, que precipuamente advêm do fato de as raízes deste tema estarem fortemente fincadas na confluência entre as ciências econômica e jurídica.

Para responder à segunda indagação, faz-se necessário acompanhar a evolução da defesa da concorrência no Brasil, registrando seus principais marcos históricos e institucionais, daí depreendendo a importância efetivamente conferida à política antitruste no contexto das políticas públicas levadas a cabo pelos agentes governamentais, identificada, entre outras razões, pela sua inserção no planejamento oficial do governo brasileiro. Ainda, deve-se conhecer o atual arcabouço institucional do país em matéria de antitruste e como se dá o funcionamento dos órgãos que compõem esse sistema.

No que concerne à terceira pergunta, de balde se intentaria fornecer respostas fechadas e peremptórias, excludentes de todas as demais, face à miríade de aspectos – possíveis de

serem levantados em um estudo desse tipo –, capazes de beneficiar o aperfeiçoamento da disciplina do antitruste, não sendo intenção desta pesquisa, ao enumerar vários deles, esgotar as possibilidades de exploração do assunto. Cabe, portanto, atentar-se para o fato de que o veio escolhido é uma forma de abordar analiticamente um tema tão vasto quanto complexo. Trata-se, assim, de um exercício de delimitação subordinado tanto ao alvedrio da autora deste trabalho quanto à tentativa de focalizar pontos já amplamente discutidos na literatura mundial, bem como as lições subtraídas de práticas amplamente difundidas, no intuito de reunir as contribuições mais relevantes sobre a matéria.

Tendo em vista tal ressalva, optou-se por discutir as relações existentes entre as vantagens competitivas nacionais e as políticas antitruste, como também entre estas e as estratégias competitivas empresariais. Além disso, focaliza-se os objetivos de política antitruste que são credores de anuência geral, bem como os tipos de instrumentos de que aquela se utiliza para alcançá-los, para em seguida se chegar a recomendações que devem ser observadas no desenho institucional de uma agência antitruste e na ação propriamente dita de tal órgão. Naturalmente, toda essa análise é estendida ao caso brasileiro, sendo que o texto procura explicitar os pontos críticos do modelo atualmente em voga no país, sugerindo, oportunamente, os melhoramentos passíveis de implementação.

No que tange à metodologia, utilizar-se-á neste item a taxionomia proposta por Vergara (1997). Assim, a pesquisa proposta será classificada segundo os dois critérios básicos: (a) quanto aos fins; (b) quanto aos meios.

Quanto aos fins será descritiva, explicativa e aplicada. Na exposição das características de política antitruste mencionadas, será eminentemente descritiva. Entretanto,

ao se abordar os seus aspectos relevantes, necessariamente se fará a correlação entre tais assuntos e sua importância, baseando-se nesta última a justificativa para tomar aqueles como referenciais de excelência; neste ponto a pesquisa tornar-se-á explicativa, ultrapassando a mera descrição. E já que se pretende propor implementos para que o Brasil aperfeiçoe o seu modelo de defesa da concorrência – visando aumentar a sua efetividade nas três vertentes de atuação da política antitruste – ela também será pesquisa aplicada.

No que tange aos meios utilizados a pesquisa será bibliográfica, telematizada (uso da Internet) e documental (já que é facultado à autora o acesso a informações no âmbito dos Ministérios da Fazenda e Justiça não disponíveis ao público em geral). Ela também será uma investigação *ex post facto*, visto que se arbitrou como data-limite para a compilação das informações o primeiro semestre do ano de 2002, tanto pela previsão de disponibilidade das mesmas nos meios de divulgação pesquisados, quanto pela viabilidade de utilização dos dados obtidos neste texto.

O presente estudo é dividido em cinco partes. O *Capítulo I – Introdução*, que, conforme a sugestão do título, simultaneamente introduz e sublinha o que será tratado nos capítulos subsequentes. O *Capítulo II – Visão geral ou compreendendo o antitruste*, que esboça uma visão panorâmica do assunto, primeiramente fazendo um apanhado histórico, em seguida discutindo os temas atuação do Estado, globalização e competitividade e concluindo com a apresentação de alguns conceitos essenciais no âmbito do antitruste. O *Capítulo III – A política antitruste no Brasil*, que aborda a política antitruste nacional, discorrendo sobre a evolução legal dos institutos antitruste, destacando a dimensão estratégica da disciplina e a sua inserção no planejamento de longo prazo do governo brasileiro e apresentando, como fecho, o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, sua composição e

formas de atuação. O *Capítulo IV – Política antitruste, conexões e desdobramentos*, que pontua as ligações e inferências no tema julgadas relevantes para o caso brasileiro: as interações com o desenvolvimento de vantagens competitivas, o peso na formulação de estratégias competitivas, os objetivos e instrumentos de política antitruste amplamente aceitos, os princípios para um desenho institucional desejável para o arcabouço antitruste e, por fim, os aspectos críticos que o modelo nacional exhibe, com os respectivos melhoramentos sugeridos. Finalmente, à guisa de conclusão, o *Capítulo V – Considerações finais*, que tece algumas reflexões consoantes à matéria focalizada ao longo do texto.

Considerar-se-á atingido o objetivo deste trabalho se as considerações procedidas puderem, de algum modo, agregar valores de percepção a todos aqueles direta ou indiretamente interessados em trabalhar com políticas antitruste. Qualquer esforço resultante de pesquisa científica, independentemente de fatores como tempo, disponibilidade de instrumentos ou acessibilidade de informações será sempre incompleto, haja vista ser o produto do exercício da visão limitada do pesquisador, porquanto eivado de toda a sua bagagem de conhecimentos, convicções e influências. Assim, oferece-se este exercício particular na esperança de sua utilidade, precípua motivação de sua existência aqui registrada. Não são poucas as vezes em que contribuições pequenas porém relevantes são dadas através do olhar de outrem, e isso, certamente, será sempre a maior satisfação de qualquer expositor de idéias no campo da ciência, inclusive na ciência da Administração.

No mais, antes de que o leitor vá ao texto: que não nos esqueçamos de que, sob todos os rótulos, somos humanos, e que a busca do conhecimento é apenas uma face desse milagre multifacetado que se chama vida. Que a cada dia se renova, na reconstrução diária do ser, ao mesmo tempo em que se sente e se frui, tal qual e além do que exprimem as palavras da

genial Clarice Lispector aqui transcritas. E, já que o ato de indagar é da natureza da vida que usufruímos, resta legitimada qualquer perquirição como a científica, qual esta jornada que ora se inicia neste trabalho.

“Na Itália il miracolo é de pesca noturna. Mortalmente ferido pelo arpão, larga no mar sua tinta roxa. Quem o pesca desembarca antes de o sol nascer - sabendo com o rosto lívido e responsável que arrasta pelas areias o enorme peso da pesca milagrosa, amor. Milagre é lágrima na folha, treme, desliza, tomba: eis milhares de milágrimas brilhando no chão. The miracle tem duras pontas de estrelas e muita prata farpada. Para passar da palavra a seu sentido, destrói-se em estilhaços, assim como fogo de artifício é objeto opaco até ser fulgor no ar e a própria morte. (Na passagem de corpo a sentido, o zangão tem o mesmo atingimento supremo: ele morre.) Le miracle é um octógono de vidro que se pode girar lentamente na palma da mão. Ele está na mão, mas é de se olhar. Pode-se vê-lo de todos os lados, bem devagar, e de cada lado é o octógono de vidro. Até que de repente - arriscando o corpo, e já toda pálida de sentido - a pessoa entende: na própria mão aberta não está um octógono, mas um milagre. A partir desse instante não se vê mais nada. Tem-se.”

*“O mundo filtra-se pelos ouvidos
de quem, como eu, só vê a própria noite.”
Lya Luft*

2.1. Visão histórica

Pode-se dizer que o fenômeno da concorrência é contemporâneo da atividade mercantil, existindo, assim, desde a antiguidade. Forgioni (1998:30), identifica três momentos evolutivos do fenômeno da concorrência, ou da regulamentação do comportamento dos agentes econômicos:

- (i) Da Antiguidade até a Revolução Industrial (final do século XVIII). Visava-se a correção de efeitos danosos, pontuais, decorrentes da prática mercantil.
- (ii) Após a Revolução Industrial até o início do século XX. A correção de efeitos danosos, autodestrutíveis do mercado, era empreendida visando a manutenção de um sistema de produção entendido como ótimo. A concorrência, aqui, assume o sentido técnico dado pela ciência econômica, de solução para conciliar a liberdade econômica individual – competição entre os agentes econômicos – com o interesse público – o bem-estar social.
- (iii) A partir da crise de 1929. A correção dos efeitos tópicos danosos visa não apenas a manutenção, mas a condução do sistema, função esta assumida pelo Estado que, para tanto, vale-se da regulamentação da concorrência como instrumento de implementação de políticas públicas.

Destarte, a moderna acepção da regulamentação da concorrência – e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos – como instrumento de implementação de políticas

públicas somente surgiu a partir da crise de 1929, quando o Estado, que já se fazia presente no contexto econômico, foi chamado a desempenhar a nova função de direção da economia. Visava-se, a partir daí, não apenas a mera correção das distorções típicas decorrentes da atividade comercial ou a manutenção do sistema produtivo, mas, precipuamente, a condução do mercado, tomando definitivamente a política antitruste a feição de um dos instrumentos de que se serve o Estado para atingir os fins colimados no cenário sócio-político em que se insere.

Há controvérsias sobre a origem dos primeiros atos específicos de políticas antitruste. Autores pesquisados por Forgioni (1998:65) informam que o modelo de legislação de disciplina da concorrência pode ter seu berço na Áustria, na última década do século XIX, e posteriormente se disseminado para a Alemanha e demais países europeus. Por outro lado, Salgado (1992:1) menciona no continente americano o *Act of Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraints of Trade*, do Canadá (1889) e o *Sherman Act* dos EUA (1890)⁷, sendo este último, para muitos, o marco inicial da legislação sobre a matéria.

Já Oliveira (1998:6) sistematiza o aparecimento de legislações de defesa da concorrência no mundo em ondas, que teriam ocorrido em quatro momentos: (i) entre 1890 e a 2^a Guerra, incluem-se Canadá, EUA e Austrália; (ii) do período pós 2^a Guerra até o início dos anos 80, encontram-se Alemanha, Comunidade Econômica Européia – CEE, Reino Unido, Japão, Suécia, França, Brasil, Argentina, Espanha, Chile, Colômbia, Tailândia, Índia, África do Sul e Paquistão; (iii) nos anos 80, tem-se Quênia, Sri Lanka e Coreia; (iv) finalmente, a partir dos anos 90, tem-se Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca, Eslováquia, Costa do Marfim, Bulgária, Kazaquistão, Polônia e outros.

Não obstante a política antitruste tenha adquirido arranjos institucionais diversos, adaptados às especificidades de cada país, a execução de tais políticas pode ser administrativa ou judicial. Nessa linha, Boner e Krueger (1991) vêem dois tipos de sistema: (i) o de natureza político-administrativa, que confere a um órgão administrativo, mais ou menos independente politicamente, a aplicação da lei; (ii) o de natureza judicial, no qual a aplicação da lei é jurisprudencial e conseqüentemente de interpretação mais estrita.

Existem basicamente dois grandes modelos de políticas de concorrência em nível mundial, quais sejam, o modelo americano e o modelo europeu, oriundos de contextos sócio-econômicos diferenciados⁸.

O modelo americano enraíza-se no caráter fortemente ideológico de preservação das liberdades individuais da sociedade estadunidense, vale dizer, da soberania do consumidor como substituto do poder econômico. Tem como alicerces legais, além do já mencionado *Sherman Act*⁹, o *Clayton Act* (1914)¹⁰, que tipifica condutas potencialmente anticompetitivas. Além disso, há uma dualidade na condução da política, repartida entre a *Federal Trade Commission* – FTC e a *Antitrust Division* do *Department of Justice* – DOJ norte-americano¹¹.

⁷ A mesma autora informa que o caráter “draconiano” da lei canadense tornou-a inaplicável até sua alteração em 1986, sendo outro fator (além da supremacia econômica dos EUA) que provavelmente contribuiu para o pioneirismo do *Sherman Act*.

⁸ Cf. Salgado (1992:36).

⁹ Cf. Day e Reibstein (1999:325), a Seção 1 do *Sherman Act* proíbe todas as conspirações que limitem excessivamente o comércio, entre elas: conspirações para fixar preços, dividir os territórios de marketing ou grupos de clientes, boicotar outras empresas ou usar táticas coercitivas com a intenção ou o efeito de prejudicar os concorrentes a fim de obter vantagem competitiva. Mello (2002:487) resume dizendo que proíbe, essencialmente, cartéis explícitos.

¹⁰ Cf. Mello (2002:487), o *Clayton Act*, essencialmente, proíbe: discriminação de preços com efeitos anticompetitivos (Seção 2, posteriormente emendada pelo *Robinson-Patman Act*); práticas de venda casada (*tie-ins*) e de acordos de exclusividade (*exclusive dealing*), quando gerem prejuízos à concorrência (Seção 3); fusões que possam prejudicar a concorrência (Seção 7, posteriormente emendada pelo *Celler-Kefauver Act*); o controle de empresas competidoras por meio de participações cruzadas nas respectivas direções executivas (*interlocking directorates*) (Seção 8).

¹¹ Cf. Forgioni (1998:75), a FTC foi criada em 1914 pelo *Federal Trade Commission Act* com funções gerais de fiscalização e aplicação da lei antitruste. Completam o arcabouço legal básico norte-americano o *Robinson-Patman Act* (1936) sobre discriminação e o *Celler-Kefauver Act* (1950) que reforça dispositivos do *Clayton Act* a respeito de fusões.

Cabe, aqui, ressaltar as influências da Escola de Harvard e da Escola de Chicago no direito da concorrência norte-americano¹². A primeira prima pela manutenção ou incremento do número de agentes econômicos atuantes no mercado, pulverizando sua estrutura, buscando evitar, deste modo, as disfunções potenciais causadas por excessivas concentrações de poder. Assim, para esta escola, é possível alcançar o estágio de uma concorrência viável, ou seja, *a concorrência é buscada como um fim em si mesma*.

A Escola de Chicago, cuja influência se fez presente nos Estados Unidos a partir da década de 80, traz para a análise antitruste, no bojo de várias críticas lançadas sobre a matéria, o conceito de *eficiência alocativa de mercado* (ou *eficiência de Pareto*). Esta ocorre quando os recursos são alocados de tal forma que não há possibilidade de melhora de um dos membros sem que se piore a de um outro membro da sociedade. Do ponto de vista da produção, tal situação ótima significa que se está produzindo ao menor custo (portanto, da maneira mais eficiente)¹³. Dito isso, a concentração de poder de mercado em si não é um mal, desde que seja vista em termos de eficiência e ganhos para o consumidor. Bork, um dos expoentes dessa corrente de pensamento, identifica o paradoxo do antitruste ser “uma política em guerra consigo mesma”, de vez que simultaneamente preserva e combate a concorrência¹⁴.

A grande crítica ao pensamento da Escola de Chicago reside justamente na associação que esta faz entre a ciência econômica e o direito antitruste, induzindo ao perigoso hábito de se buscar todas as respostas naquela para o caso concreto tutelado por este. Tal procedimento seria perfeito não fosse o viés reducionista que confere ao antitruste, definindo-o apenas em termos de eficiência econômica, qual se estivesse livre dos conflitos de interesses inerentes à

¹² Para tanto utiliza-se a análise feita por Forgianni (1998:154-164).

¹³ Cf. Glossary (1990:65), tradução livre desta autora. A expressão *ótimo de Pareto* é às vezes usada como sinônimo de *eficiência de Pareto* e de outras é reservada para casos em que ambas as eficiências (alocativa e de produção) são obtidas.

aplicabilidade da lei. Ressalte-se que tal crítica não significa que, ao contrário, deve-se desprezar as contribuições que a visão econômica efetivamente pode dar à compreensão dos fenômenos da concorrência.

Conquanto os EUA, no período pós-2^a Guerra Mundial, tenham imposto aos seus aliados e aos países derrotados a sua visão das políticas antitruste, a solução dada pelos países da Europa Ocidental que culminou no modelo europeu, por outro lado, deflui da resolução dos conflitos de sua herança feudal – que permitiu tanto a formação de grandes conglomerados econômicos quanto o comando do poder público no processo de desenvolvimento – com a necessidade de uma política estratégica de inserção competitiva em nível internacional. Impende destacar o caso da Alemanha, que conseguiu aliar a ideologia do capitalismo liberal à singularidade de sua organização industrial fortemente concentrada, de modo que seu sistema político-institucional de concorrência serviu de modelo tanto para os demais países europeus (inclusive a CEE) quanto para países como o Japão, Canadá e Coréia do Sul¹⁵.

A concorrência, aqui, tem um sentido eminentemente instrumental, ou seja, não é um fim em si mesma, mas um meio de se atingir o objetivo do bem-estar social, expressamente delineado no Tratado de Roma, de 1957, que deu origem à Comunidade Econômica Européia – CEE. A Comissão Européia é o agente aplicador da lei antitruste entre os Estados-membros, que admite revisão judicial pela Corte de Justiça Européia e pelas Cortes Nacionais¹⁶.

Não obstante a busca de um ideal de prosperidade, um dos maiores problemas enfrentados pela União Européia recai no paradoxo concorrência interna/competitividade

¹⁴ Para mais informações ver Bork (1978).

¹⁵ De acordo com Salgado (1992:10).

externa: na medida em que fomenta a concentração para garantir a competitividade das empresas no mercado internacional (diminuindo a concorrência doméstica), igualmente combate políticas protecionistas dos Estados-membros (aumentando a concorrência interna), ainda bastante presentes, visto que estes chegam a utilizar as próprias legislações antitruste com este intuito protecionista¹⁷.

Outra preocupação dos países influenciados pela interpretação alemã reside na conduta das grandes empresas, para que não se iniba a ação das empresas de pequeno e médio porte: a idéia, que passa ao largo da fragmentação do mercado, é a de preservar o dinamismo e o foco de inovação deste – que são impulsionados pelas firmas menores –, além da pluralidade de ofertantes. Assim, diferentemente da legislação original americana, a concentração não é proibida *per se* (isto é, sempre), qual ocorre com as práticas restritivas e predatórias, mas apenas caso não se comprove nenhum ganho para a sociedade (aplicação da *regra da razão*: avaliação das eficiências líquidas geradas, isto é, se as eficiências econômicas decorrentes da prática compensam seus efeitos anticompetitivos). Este é o modelo mais difundido entre os países industrializados¹⁸.

Ainda, destaque-se, como fulcro de cada modelo, dois conceitos: o de *poder de mercado* (ou *poder de monopólio*), advindo do modelo americano e o de *dominância do mercado* (ou *posição dominante no mercado*), advindo do modelo europeu¹⁹. Por poder de mercado se entende a habilidade de uma empresa ou grupo de empresas aumentar e manter preços acima do nível que prevaleceria sob livre competição²⁰, e depende do tamanho relativo

¹⁶ Idem, *ibidem*, p.40.

¹⁷ Para exemplo de utilização protecionista da legislação antitruste, ver Forgioni (1998:168).

¹⁸ Informações de Salgado (1992:15).

¹⁹ Idem, *ibidem*, p.16.

²⁰ Cf. Day e Reibstein (1999:326) o poder de monopólio é proibido pela Seção 2 do *Sherman Act* e consubstancia-se no poder de elevar os preços ou restringir a produção (junto com a redução da qualidade) sem que a concorrência mine a lucratividade das medidas.

(participação de mercado ou *market share*) e da estrutura do mercado, do número de concorrentes, das barreiras à entrada e da disponibilidade de produtos substitutos.

Já a dominância do mercado depende de características próprias do ofertante, como seu tamanho absoluto, seu relacionamento com clientes e fornecedores e sua habilidade para determinar a viabilidade econômica de parceiros comerciais. O conceito de *market share*, a partir dos anos 80, foi incorporado para definir dominação de mercado (geralmente considera-se dominante a empresa que detém 40% ou mais de participação de mercado).

2.2. Atuação do Estado, globalização e competitividade

Não é difícil perceber que a disciplina da concorrência e o modo de atuação do Estado encontram-se estreitamente ligados. Na verdade a evolução do paradigma de intervenção estatal, decorrente da nova correlação hegemônica apontada pela configuração do regime capitalista no contexto mundial, impôs regras não somente ao processo produtivo e de acumulação do capital, como também redesenhou as relações políticas e sociais, aí incluídas as de trabalho.

Toma-se como ponto de partida desse mosaico Adam Smith e sua tese do liberalismo econômico (1776)²¹, que preconizava o ideal do *laissez-faire* (literalmente, “deixar fazer”): o Estado abstém-se de intervir no mercado, cuja dinâmica baseia-se no livre jogo das forças de oferta e demanda. Reserva-se ao Estado o papel de cuidar da ordem pública, da defesa das instituições e da salvaguarda contra agressões externas, interferindo no domínio econômico apenas onde não houvesse interesse da iniciativa privada²². Entretanto, transformações

²¹ Apresentada no mesmo ano em sua obra *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*.

²² Cf. Nascimento (1998:26). A autora informa que a idéia de abstenção total do Estado permaneceu em nível de ideal: tanto o próprio Adam Smith admitia papéis para o Estado, como também nunca se chegou à prática da

econômicas, sociais e políticas, aliadas ao fato de que as forças de mercado mostraram-se insuficientes para responder às crescentes demandas que pressionam o sistema capitalista, levam, no final do século XIX, à crise do paradigma liberal, crise esta que culmina com a publicação da *Teoria Geral de Keynes* (1936), a qual defende a maior participação do Estado na vida econômica, precipuamente para sanar as distorções do mercado, complementando a atuação da iniciativa privada.

A partir daí observa-se o estabelecimento do “Estado Keynesiano” ou “*Welfare State*”²³, marcado pelo robustecimento das funções públicas, que intervinha diretamente na economia e regulava políticas salariais e sociais, institucionalizado durante os anos 50-60. Em verdade, às idéias de Keynes se somou a expansão das funções do governo nas economias liberais, tanto em países desenvolvidos quanto subdesenvolvidos, provocada por diversos fatores²⁴. Desde então um longo caminho vem sendo percorrido até a concepção, no final dos anos 80, do novo “Estado Liberal”²⁵, que intervém residualmente na economia apenas para resolver conflitos e falhas do mercado, a fim de assegurar o seu funcionamento eficiente.

A crise do Estado Keynesiano foi detonada pela crescente globalização econômica, na qual ele aparece como obstáculo à circulação de bens, capitais e serviços. Estudiosos do assunto afirmam que estaria ocorrendo uma mudança na direção do “Estado Concorrencial Nacional”, que aceita integralmente a lógica das duras condições da concorrência no mercado mundial, envidando esforços para aumentar a competitividade de grupos de capital

submissão integral às forças de mercado com o advento dos Estados Liberais trazidos pelas Revoluções Francesa e Industrial (século XVIII).

²³ Também chamado de ‘Estado-Providência’, ou ainda “Estado-Interventor”.

²⁴ Cf. Nascimento (1998), fatores como as duas grandes guerras, as crises econômicas (como a grande depressão de 30), o crescimento do setor industrial, o avanço da legislação social, o progresso tecnológico etc., além das especificidades de cada país.

²⁵ Também chamado de “Estado Neoliberal” ou “Estado-Mínimo”.

espacialmente definidos²⁶.

Hoje, tem-se um ambiente caracterizado por um ritmo acelerado de transformações (a mudança é a norma) e, além disso, pela imprevisibilidade em relação às mesmas. O paradigma “pós-burocrático”, voltado para os resultados, elege como suas as necessidades e perspectivas do cliente (ou do cidadão, falando em termos de objetivos do poder público), buscando o aumento da eficiência e a melhoria da qualidade dos serviços, para o que utiliza os recursos estratégicos da capacidade de antevisão, agilidade e flexibilidade para adaptar-se às mudanças externas²⁷.

Não se pode pensar em desenho do aparelho estatal sem se ater à questão da sua funcionalidade. Fleury, citada por Monteiro (1998a), define quatro funções principais do Estado, quais sejam: (i) *a defesa do território e da soberania nacionais*, que se trata acima de tudo da defesa do poder de Estado, este assentado sobre a capacidade tecnológica e incremento do capital social que promovam o domínio do território e de seus recursos; (ii) *a inserção vantajosa do país no cenário internacional*, função relativa ao poder internacional de influência sobre regras que regem as negociações entre os Estados; (iii) *a redução das disparidades regionais e das desigualdades entre os cidadãos*, através de políticas públicas que eliminem as exclusões regionais e sociais; (iv) *a implementação de um modelo de desenvolvimento social e econômico*, o que inclui desde o planejamento/coordenação das atividades econômicas até o investimento no capital social, qualidade de vida e preservação ambiental.

²⁶ Cf. citação em Monteiro (1998a). A ênfase na definição espacial, e não geográfica, de grupos econômicos, vem ao encontro da nova configuração “em rede” que se estabeleceu com o progresso tecnológico, notadamente na área de microinformática, e a velocidade de difusão do conhecimento, características da atual Era da Informação.

²⁷ Cf. citações de Monteiro (1998a).

Pode-se dizer que o modelo de Estado que vem se delineando, a partir dos anos 90, vem consolidando um movimento que claramente exhibe a busca do equilíbrio não somente entre possíveis extremos²⁸, em termos de forma de intervenção, mas também no balanceamento da capacidade de atuar efetivamente no âmbito de todas as funções mencionadas. Por toda parte o Estado interventor, centralizado e burocrático cede lugar a um Estado regulador, ágil e descentralizado, capaz de fomentar a participação social, estimular a organização e a qualificação da cadeia produtiva e sustentar o padrão acumulativo baseado na alta tecnologia e na gestão da informação. Em suma, um Estado capaz de atuar estrategicamente para desincumbir-se de suas funções, desenvolvendo continuamente vantagens competitivas no ambiente globalizado em benefício de seus tutelados.

A principal razão para a apropriação dessa habilidade estratégica por parte do Estado é a complexidade de matizes decorrentes da globalização das economias. Bauman, citado por Lages (1998), vê o fenômeno da globalização sob quatro aspectos: financeiro, comercial, institucional e de política econômica.

Do ponto de vista financeiro, a globalização corresponde a um aumento de volume e velocidade de recursos financeiros, podendo tal mobilidade gerar movimentos especulativos em grande escala, desestabilizando as economias²⁹. Comercialmente falando, o processo aponta para uma homogeneização de estruturas de demanda e oferta, refletindo a possibilidade de ganhos de escala, uniformização de técnicas produtivas e administrativas e redução do ciclo do produto. Institucionalmente a globalização significa uma crescente aproximação das diferentes configurações nacionais e uma convergência dos requisitos de

²⁸ Neste sentido, pode-se traçar uma linha imaginária que mostra o “*Welfare State*”, de um lado, e o “Estado-Mínimo”, de outro. O equilíbrio buscado pelo atual movimento do “Estado Regulador” situar-se-ia entre tais extremos.

²⁹ Como recentemente ocorreu no sudeste da Ásia e na Argentina.

regulação em diversas áreas. Aqui, surgem regras e temas comuns para negociações em organismos multilaterais ao tempo em que outros atores, como as empresas transnacionais, ganham influência junto às nações. Do ponto de vista de política econômica, principalmente para os países em desenvolvimento, há uma relativa perda de graus de liberdade para efetivação de políticas macroeconômicas, de vez que a sua formulação deve considerar as restrições impostas por acordos internacionais. Dessarte, cabe ao Estado regulador lidar com todas as questões decorrentes desse fenômeno, interferindo como planejador, articulador, estruturador e até gerenciador de processos de reestruturação produtiva e patrimonial³⁰.

Na definição e redefinição de vantagens competitivas relevantes, os atores envolvidos – quais sejam competidores, consumidores e o Estado – influenciam o ambiente tanto quanto são por ele influenciados, o que limita, desse modo, sua capacidade de mudá-lo. Lages (1998) aponta vários elementos que influenciam o processo de concorrência e competitividade na definição do ambiente seletivo³¹, ou, dito de outro modo, os aspectos determinantes das regras de seleção, podendo-se pensar (em termos de área de competência) em quatro tipos básicos:

- (i) *aspectos econômicos*, tanto do ponto de vista microeconômico, como os inerentes à própria estrutura de mercado – grau de concentração, características dos insumos e fornecedores disponíveis, fontes de financiamento, dimensão do mercado etc. –, quanto macroeconômicos, como taxa de câmbio e de juros;
- (ii) *aspectos políticos, jurídicos e institucionais* no que tange às leis e normas que regulam a atividade econômica e sua execução, como impostos, tarifas, legislação ambiental, trabalhista, previdenciária, de propriedade industrial, de

³⁰ Cf. Possas, citado por Lages (1998:9).

³¹ Cf. Lages (1998:11-12), com adaptações. O mesmo autor ressalta que alguns desses elementos são endógenos (i.e., resultam da evolução interior do próprio processo concorrencial), como o grau de concentração, tamanho do mercado, trajetórias tecnológicas percorridas, treinamento de mão-de-obra, entre outros.

concorrência, de regulação, bem como políticas específicas de apoio a regiões/produtos ou à pesquisa e inovação;

- (iii) *aspectos geográficos ou ambientais*, definidos pelas suas características físicas (fauna, flora, relevo etc.) e humanas (densidade demográfica, pirâmide etária etc.);
- (iv) *aspectos sócio-culturais*, como a distribuição de riqueza/renda, níveis educacionais e de organização da força de trabalho (sindicatos), cultura, idioma, religião, costumes, hábitos alimentares, ganhos de aprendizagem etc.

Visto que o ambiente condiciona não somente a forma de ação dos agentes, mas o próprio ritmo do processo seletivo, as características ambientais em si mesmas representam vantagens competitivas cruciais em uma economia globalizada, o que torna imperativo, para qualquer Estado que queira se inserir no cenário internacional, a existência, nesse ambiente, de determinadas condições, como a efetivação do que Possas, citado por Lages (1998), chama de *fatores sistêmicos de competitividade*, que são:

- (i) *fatores que favoreçam a criação de um ambiente competitivo*, com mecanismos de pressão competitiva sobre empresas e mercados para inibir práticas anticoncorrenciais. Basicamente, instrumentos de defesa da concorrência e proteção ao direito do consumidor;
- (ii) *fatores associados a aspectos político-institucionais*, definidos em um estratégia de política industrial com o fito de garantir uma eficiência seletiva. Aqui se refere a políticas macroeconômicas específicas aliadas a políticas de fomento e promoção, como incentivos à ciência e tecnologia (C&T), pesquisa e desenvolvimento (P&D), apoio fiscal e financeiro na formação de parcerias tecnológicas etc.;

- (iii) *fatores associados à geração de externalidades* no quadro social (oriundas dos investimentos em educação em qualificação de recursos humanos), na infraestrutura material e de serviços (oriundas dos investimentos em transportes, telecomunicações e energia) e na infra-estrutura de ciência e tecnologia (C&T)³², na qual o governo desempenha importante papel através de participação direta ou indireta (políticas de suporte à pesquisa).

Compete notar que, embora imposta pela globalização, sob pena de inviabilizar o processo de inserção daqueles que não a desenvolvam, a construção de vantagens comparativas é de responsabilidade de cada país e afeita às suas especificidades, dependendo precipuamente do espaço político-social em que é negociada e da consolidação dos arranjos institucionais a ela inerentes. Nesse sentido, o papel do Estado torna-se mais relevante na medida em que aumenta a distância da fronteira tecnológica e de conhecimento, visto que tal condição exige uma maior presença do mesmo na formulação de políticas para alcançar esta fronteira.

2.3. Conceitos relevantes em antitruste ou traduzindo o “economês”

O ponto de partida para o entendimento dos conceitos relacionados à análise antitruste deve ser a compreensão da estrutura do mercado ofertante, ou, dito de outro modo, de como se organiza o mercado do ponto de vista da oferta de produtos (concorrência entre produtores)³³. Imagine-se uma reta em que se represente as formas de como se dá a concorrência nos mercados, indo da concorrência perfeita, em um extremo, até a ausência de

³² O autor chama a esta infra-estrutura de C&T de *Sistema Nacional de Inovação*, um sistema estratégico para garantir a competitividade no contexto da globalização e que açambarca o esforço de P&D das empresas, inclusive o cooperativo com instituições públicas e/ou privadas, a base institucional de C&T e diversas formas de relações interinstitucionais. Cf. Lages (1998:18).

concorrência, em outro. Entre os dois extremos, classificações divergentes à parte, os estudiosos costumam situar as formas de concorrência imperfeita³⁴: a concorrência monopolista e o oligopólio³⁵.

Basicamente, diz-se que a *concorrência perfeita* ocorre quando: (i) há um grande número de empresas ofertantes, relativamente pequenas e agindo independentemente, de modo que nenhuma, isoladamente, possa afetar o preço de mercado do produto; (ii) o produto é homogêneo e os compradores não distinguem os vendedores por nenhum critério de preferência, exceto o preço; (iii) há perfeita informação no mercado; (iv) é livre o acesso de qualquer empresa à oferta do produto.

No outro extremo, não há concorrência quando um produto, sem substitutos próximos, é ofertado em um mercado exclusivamente por uma empresa. Diz-se que este mercado é um *monopólio*, e chama-se a empresa ofertante de monopolista. O acesso à oferta do produto (barreiras à entrada no mercado) se supõe suficientemente difícil a ponto de o monopolista não considerar iminente o perigo da entrada de concorrentes no mercado.

O *oligopólio* ocorre quando um pequeno número de empresas controlam a oferta do produto³⁶ e, ainda, supõe-se difícil a entrada de novas concorrentes nesse mercado. Na *concorrência monopolista* há mais competição que no oligopólio, pois várias empresas oferecem produtos diferenciados, todos eles substitutos próximos entre si, e se supõe o acesso

³³ Salvo se observados os conceitos econômicos presentes neste item baseiam-se em Simonsen (1988) e Stiglitz (1996).

³⁴ Segundo Stiglitz (1996:337), porque ocorre alguma competição, embora mais limitada do que na concorrência perfeita.

³⁵ Simonsen (1988:4) acrescenta ainda as *associações monopolistas*, que consistem em diversas formas de coalizão entre concorrentes, por meio de cartéis, *pools* etc., com o objetivo de aumentar o lucro à custa da coordenação de suas decisões.

³⁶ No caso de haver apenas duas ofertantes, chama-se de *duopólio*.

ao mercado por parte de novas firmas razoavelmente fácil³⁷.

Os economistas desenvolveram suficientemente o modelo de concorrência perfeita com as ressalvas de que, salvo sua adaptação a pouquíssimos mercados, trata-se de uma simplificação para se compreender o funcionamento dos mercados reais. As diferenças básicas entre o modelo e a realidade são sintetizadas no Quadro 2.1.

Quadro 2.1 – Modelo de Concorrência Perfeita versus Mundo Real

Característica	Modelo de Concorrência Perfeita	Mundo Real
Mercados competitivos ³⁸	Todos.	Praticamente nenhum.
Conhecimento tecnológico	Fixo e imutável.	Em permanente mutação.
Acesso à informação relevante	Simétrico.	Assimétrico.
Apropriação de custos e benefícios	Ofertantes assumem todos os custos de vender e consumidores alcançam todo o benefício de comprar.	Há externalidades que provocam custos ou benefícios extras aos vendedores/consumidores e bens públicos são inadequadamente providos pelo mercado.
Mercados desejáveis	Existem todos.	Não existem todos.
Desemprego involuntário	Não há.	Há.
Alocação eficiente de recursos	Há.	Não há ³⁹ .
Espaço para ação governamental	Pouco.	Considerável e importante ⁴⁰ .

Fonte: Stiglitz (1996), com adaptações.

³⁷ Cf. Stiglitz (1996:337), um exemplo de concorrência monopolista seria o mercado americano de roupas fornecidas por cadeias de lojas como a Sears, J. C. Penney, Kmart etc. Cada uma tem sua própria linha de modelos, diferenciada das demais, porém similar o bastante para haver considerável competição. Cf. Glossary (1990:58-59), a concorrência monopolista descreve uma estrutura industrial que combina elementos do monopólio e da concorrência perfeita (vários ofertantes e entrada relativamente fácil). Diferentemente desta última, entretanto, os produtos são um tanto diferenciados, de maneira a conferir a cada ofertante certo poder sobre o preço de seu produto, e neste sentido cada firma age como um monopolista. Em verdade, a despeito de tal diferenciação, há substituíbilidade de produtos, de modo que a curva de demanda de cada firma dependerá do preço dos produtos similares rivais.

³⁸ Competição sob as condições da concorrência perfeita.

³⁹ No sentido de que a eficiência não é o bastante, visto que a distribuição de renda gerada pelo mercado pode ser socialmente inaceitável.

⁴⁰ O governo desempenha importante papel, por exemplo, na correção de falhas de mercado, no provimento de assistência social e na redistribuição de renda.

Na prática real do jogo de oferta e consumo, a análise antitruste assenta-se na máxima de que em um mercado competitivo, não há que se permitir perdas ao consumidor. Assim, qualquer comportamento por parte das empresas que prejudique o consumidor, fazendo-o pagar por produtos e serviços mais do que pagaria na ausência de tal comportamento, é considerado anticompetitivo.

Firmas concorrentes podem fazer acordos com termos e condições implícitos ou explícitos que impliquem benefícios mútuos. Arranjos que restringem a competição podem versar sobre preços, produção, mercados ou consumidores e são referidos como formação de cartel ou colusão, sendo tratados, na maioria das jurisdições, como violações à lei de concorrência por força de suas conseqüências adversas para o consumidor. Um arranjo explícito pode não ser “aberto”, vale dizer, observável por quem não participa do mesmo. De fato, aqueles que dão ensejo a práticas anticompetitivas são “fechados” (no sentido de ocultos) e não facilmente detectáveis pelas autoridades antitruste.

Nem todos os acordos são necessariamente danosos à competição ou proscritos pelas leis de defesa da concorrência. Há exceções, naturalmente variáveis de uma jurisdição para outra, que permitem acordos cooperativos que facilitam a eficiência e a dinâmica de inovação do mercado, entre os quais se inserem os que promovem determinadas economias de escala⁴¹, o crescimento do consumo de um produto específico ou a difusão de uma tecnologia. Analogamente, firmas podem ser incentivadas a operar conjuntamente na área de desenvolvimento e pesquisa (P&D), trocar dados estatísticos ou formar *joint ventures* para

⁴¹ O termo *economias de escala* refere-se ao fenômeno no qual o custo unitário médio por unidade produzida decresce com o aumento da produção de uma firma. Similarmente o conceito oposto, *desperdícios de escala*, ocorre quando os custos unitários de produção crescem além de um certo nível de produção (Glossary (1990:39), tradução livre desta autora). De acordo com Kasznar (1990), há mercados onde ocorrem sérias economias de escala e em decorrência há uma “concentração natural” em apenas um ou em poucos produtos. Nestes casos, a abertura do mercado ao capital estrangeiro pode inviabilizar as firmas já instaladas, que então se opõem ferrenhamente a novos competidores, criando barreiras à entrada destes.

minimizarem riscos ou se capitalizarem para grandes projetos, com a ressalva de que cumpre prover para todas essas exceções as garantias necessárias para que tais arranjos não dêem embasamento a práticas anticompetitivas.

Embora quaisquer acordos ou práticas concertadas entre concorrentes que resultem na fixação de preços, na divisão de mercados, no estabelecimento de quotas ou na restrição da produção e na adoção de posturas pré-combinadas em licitações públicas⁴² sejam prejudiciais à economia de um modo geral, os chamados cartéis clássicos, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente.

O pai da moderna economia, Adam Smith, já anotava a *colusão*, isto é, o ato das firmas agirem conjuntamente, comportando-se de forma mais próxima possível a de um monopolista com o intuito de aumentar lucros. Stiglitz define *cartel* como um grupo de firmas que operam em colusão⁴³, abstendo-se de considerações acerca da sua legalidade, e cita como exemplo o cartel do petróleo no oriente médio, o cartel da OPEC⁴⁴.

A definição encontrada em Simonsen (1988) reza que cartel é uma associação formal

⁴² Esta última é também conhecida como *bid rigging*. Vide nota 47.

⁴³ Cf. Glossary (1990:20), tradução livre desta autora, a *colusão* se refere a combinações, conspirações ou acordos entre ofertantes para aumentar ou fixar preços e reduzir a produção a fim de maximizar os lucros. Distintamente do termo *cartel*, a colusão não necessariamente requer um acordo formal (seja público ou privado) entre os membros. Entretanto, deve-se ressaltar que os efeitos econômicos da colusão e do cartel são os mesmos e freqüentemente os termos são usados como sinônimos.

⁴⁴ Cf. Stiglitz (1996:364), *The Organization of Petroleum Exporting Countries* – OPEC age colusivamente para restringir a oferta de óleo, aumentar preços e conseqüentemente os lucros dos países-membros.

de empresas de um mesmo ramo com o objetivo de restringir a concorrência e aumentar lucros⁴⁵. Existem vários tipos de cartel, com regras diferenciadas de funcionamento, embora todos persigam o mesmo objetivo, vale dizer, a maximização dos lucros à custa do dano ao consumidor⁴⁶. Dentre os tipos mais comuns destacam-se:

- (i) *Cartel de limitação simples dos preços ou fixação dos preços*. Pode tomar várias formas, além dos acordos de fixar o mesmo preço, tais como acordos relativos a descontos, margens, diferenciais de preço, majoração de preços ou preços mínimos. Usualmente tem o objetivo de assegurar preços líquidos comuns.
- (ii) *Cartel de limitação simples da produção*. Atribui-se a cada empresa uma cota máxima de produção, deixando-se que o mercado estabeleça livremente os preços.
- (iii) *Cartel de zoneamento do mercado*. As empresas dividem o mercado em zonas, cada uma a cargo de um dos membros do cartel, e acordam entre si não vender na zona do outro (ou não vender para os clientes alheios), de modo a possibilitar a fixação do preço do produto em sua área sem que haja concorrência. Aqui, dois aspectos são importantes: primeiro, as empresas decidem que fração do mercado ou nível de negócio compete a cada um; segundo, para tanto, as empresas devem reunir-se regularmente para decidir a qual (ou quais) caberá este ou aquele contrato particular. Esta última prática é também conhecida como ação combinada em mercados de leilões (*bid rigging*

⁴⁵ Cf. Simonsen (1988:483). A tipificação dos cartéis a seguir é do mesmo autor, p. 483-484, com adaptações.

⁴⁶ O mencionado autor explica que a maximização de lucros seria um ideal, visto que para tanto cada participante deveria ter o custo marginal – o mesmo para todos – igualado à receita marginal do mercado; entretanto, é impossível obter toda a informação para solucionar tal problema. O custo marginal é o acréscimo no custo total para produzir uma unidade a mais; a receita marginal é a variação da receita total devido à venda de uma unidade a mais.

ou *collusive tendering*)⁴⁷.

- (iv) *Cartel de repartição de encomendas*. O cartel fixa o preço de venda do produto, todas as encomendas são recebidas por um escritório central e então repartidas entre os participantes do cartel, de acordo com porcentagens pré-estabelecidas.
- (v) *Cartel de duplo tabelamento de preços*. Fixa, além do preço de venda do produto, uma contribuição que cada membro deverá pagar por unidade vendida. O montante obtido com tal contribuição seria repartido entre os membros do cartel de acordo com critérios pré-estabelecidos.
- (vi) *Cartel de centralização das vendas*. Centraliza toda a comercialização do produto. O escritório central tabela o preço do produto, recebe as encomendas, reparte-as entre os participantes e depois encarrega-se da própria venda. Estabelece ainda cotas de contribuição, repartidas posteriormente por algum critério pré-estabelecido.

Vários fatores concorrem para a estabilidade do cartel a longo prazo: (i) que este, efetivamente, monopolize o mercado em que atua; (ii) que a entrada de novos participantes seja controlada, limitando-se, quando muito, à proporção do crescimento do mercado; (iii) que os participantes tenham grande disciplina para resistir à tentação de quebrar as regras do cartel⁴⁸; (iv) que os membros sejam capazes de detectar a possibilidade de violações do

⁴⁷ *Bid rigging* é uma forma particular de comportamento colusivo de fixação de preços mediante o qual as firmas coordenam as propostas ofertadas em leilões (licitações) de compras ou contratos de projetos. Há duas formas usuais de *bid rigging*: (i) as firmas concordam em submeter propostas comuns, eliminando assim a competição por preço; (ii) as firmas acordam entre si qual delas irá apresentar a proposta vencedora (geralmente a de menor preço) e revezam-se de maneira que a cada uma seja garantido o ganho em termos de número ou valor de contratos. Visto que a maioria das licitações envolvem governos, são estes que mais freqüentemente são alvo deste tipo de prática, uma das mais condenadas formas de colusão. Cf. Glossary (1990:16), tradução livre desta autora.

⁴⁸ Referido na literatura econômica como o *dilema do prisioneiro* (conceito advindo da teoria dos jogos): ao mesmo tempo em que a ação conjunta do cartel é vantajosa para todos os participantes, incentivando a sua

acordo e reforçá-lo via sanções efetivas contra os infratores. Tais condições não são facilmente alcançáveis e constituem a explicação mais freqüente para a tendência desse tipo de acordo não se sustentar no tempo.

Cabe, por oportuno, fazer uma distinção entre os cartéis privados, amplamente mencionados, e os cartéis públicos⁴⁹. No caso destes últimos, o governo pode estabelecer e reforçar regras relativas a preços, produtos e outros pontos por razões várias⁵⁰, como a busca da estabilidade de preço ou produção em determinados setores industriais, ou para permitir a racionalização da estrutura industrial (fechamento de fábricas ineficientes e realinhamento da produção com o fim de aumentar a eficiência e o desempenho da indústria como um todo) e minimizar a ocorrência de excesso de capacidade (situação na qual uma fábrica está produzindo em uma escala menor do que aquela para a qual foi projetada e que pode ser medida como o crescimento no atual nível de produção que é requerido para reduzir os custos unitários de produção ao patamar mínimo). O excesso de capacidade é uma característica do monopólio natural ou da competição monopolística. Pode ocorrer porque quando a demanda cresce, as firmas têm que investir e assim expandem sua capacidade produtiva de uma só vez ou em porções indivisíveis. As firmas podem igualmente escolher manter o excesso de capacidade como uma estratégia deliberada para impedir a entrada de novos competidores no mercado⁵¹.

permanência, cada um individualmente é tentado a quebrar o acordo visto que auferiria, com isso, vantagens econômicas maiores do que os demais membros.

⁴⁹ *Cartéis de exportação* (acordos entre firmas para impor um preço de exportação específico e/ou dividir mercados de exportação) e *shipping conferences* (referem-se a companhias marítimas que formaram uma associação para cooperar e estabelecer, entre outras práticas, preços de fretes e de passagens relativos a diversas rotas) são exemplos de cartéis públicos. Cf. Glossary (1990) p. 18-80 *passim*, tradução livre desta autora.

⁵⁰ Países onde ocorreu a cartelização referendada pelo governo: Japão (setores de aço, alumínio, construção de navios e várias indústrias químicas), EUA, durante a depressão de 30 e até o período pós-2ª Guerra (mineração de carvão e produção de óleo), e Alemanha, no período inter-guerras. Acordos internacionais abrangendo produtos como café, açúcar, estanho e, mais recentemente, petróleo (acordo da *Organization of Petroleum Exporting Countries* – OPEC) são exemplos de cartéis internacionais que têm publicamente acarretado acordos entre diferentes governos. Cf. Glossary (1990:18-19), tradução livre desta autora.

Impende, por fim, uma breve explicação acerca dos monopólios naturais. Um *monopólio natural* existe em um mercado particular se uma única firma pode suprir tal mercado com o custo menor do que qualquer combinação entre duas ou mais firmas. Monopólios naturais surgem da propriedade de tecnologias produtivas, freqüentemente em associação com a demanda de mercado e não das atividades de governos ou competidores, de tal modo que somente há espaço para apenas uma firma explorar as economias de escala (ou economias de escopo⁵²) daí decorrentes e suprir o mercado. Ocorrem em setores industriais como eletricidade, transporte rodoviário, gás natural e telecomunicações e mormente pelo fato de que a eficiência produtiva requer a presença de uma única firma, estão tipicamente sujeitos à regulação governamental, que pode incluir preço, qualidade e/ou condições de entrada⁵³.

⁵¹ Cf Glossary (1990:42-43), tradução livre desta autora.

⁵² *Economias de escopo* existem quando é mais barato produzir dois produtos juntos (produção conjunta) do que produzi-los separadamente (Glossary (1990:40) , tradução livre desta autora).

⁵³ Cf. Glossary (1990:62), tradução livre desta autora.

“Reconheceu que aquela era exatamente a terra para a qual se preparara: não errara, pois, o mapa do tesouro tinha as indicações certas.”
Clarice Lispector

3.1. Evolução legal

Forgioni (1998:105) informa que o primeiro diploma brasileiro antitruste – o Decreto-Lei nº 869/38 – nasce sob a égide da Constituição Federal de 1937, regulamentando o art. 141, com a função expressamente definida de tutelar a economia popular e, portanto, o direito do consumidor. A mesma autora corrobora que tal gênese – diversa da norte-americana⁵⁴ – mescla-se também ao protecionismo característico do Estado brasileiro.

Oliveira (2001a:2-3) identifica duas vertentes distintas, paralelas, e até certo ponto contraditórias, na legislação econômica brasileira⁵⁵, vertentes estas que, coexistindo e influenciando-se mutuamente, subdividem as tendências de regulação do mercado brasileiro em três períodos:

- (i) 1937-1988, em que se observa a prevalência da defesa da economia popular, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços;
- (ii) 1989-1994, uma etapa de transição inaugurada pelo marco constitucional de 1988, revelando a opção por uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando o terreno para as privatizações que se seguiram no período posterior;

⁵⁴ Cf. Forgioni (1998:106), nos EUA o antitruste nasce como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e a manutenção da liberdade de concorrência.

- (iii) 1994-, marcando a preponderância da defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal.

O Quadro 3.1 faz uma síntese da evolução da legislação antitruste no Brasil desde o mencionado decreto. As peças legais foram arroladas partindo do pressuposto de que, a despeito de não serem especificamente de antitruste, guardam relação com ou contêm dispositivos típicos de antitruste.

Quadro 3.1 – Legislação Antitruste no Brasil

Base Constitucional	Legislação	Data	Ementa	Observações
CF/1937 Art. 141	Decreto-Lei nº 869	18/11/1938	Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.	Nasce para reprimir o abuso do poder econômico e proteger o interesse do consumidor.
CF/1937	Decreto-Lei nº 7.666	22/06/1945	Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica.	Conhecido como "Lei Malaia". Cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE).
CF/1946	Lei nº 1.521	26/12/1951	Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.	Conhecida como "Lei de Economia Popular". Contém dispositivos antitruste.
CF/1946	Lei nº 1.522	26/12/1951	Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	Contém dispositivos antitruste. O órgão executor da lei é a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).
CF/1946 Art. 148	Lei nº 4.137	10/09/1962	Regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).
CF/1946 Art. 146	Lei Delegada nº 4	26/09/1962	Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	

(continuação)

⁵⁵ A que normatiza a intervenção no mercado para defesa da economia popular, presente dos anos 30 até meados dos anos 90; e a que, a partir dos anos 40, embora inspirada na experiência norte-americana, desenvolveu uma legislação antitruste que guarda peculiaridades da jurisdição nacional. Cf. também Oliveira (1998:12-14).

Quadro 3.1 – Legislação Antitruste no Brasil (cont.)

Base Constitucional	Legislação	Data	Ementa	Observações
CF/1946 Art. 146	Lei Delegada nº 5	26/09/1962	Organiza a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), e dá outras providências.	Cria a SUNAB como autarquia federal.
CF/1946	Decreto-Lei nº 52.025	20/05/1963	Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Regulamenta a Lei nº 4.137.
CF/1967 Art. 83, II	Decreto nº 63.196	29/08/1968	Dispõe sobre o sistema regulador de preços no mercado interno e dá outras providências.	Conselho Interministerial de Preços (CIP).
EC nº 1/1969	Decreto-Lei nº 92.323	23/01/1986	Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico	Revoga DL nº 52.025 e regulamenta a Lei nº 4.137.
CF/1988 Art. 170 e 173	Decreto nº 99.244	10/05/1990	Dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 8.137	27/12/1990	Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.	
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 8.158	09/01/91	Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências.	
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 8.884 “Lei Antitruste”	11/06/1994	Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.	Configura o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 9.021	30/03/1995	Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	Permite que a SEAE investigue possíveis violações à lei de concorrência.

(continuação)

Quadro 3.1 – Legislação Antitruste no Brasil (cont.)

Base Constitucional	Legislação	Data	Ementa	Observações
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 9.069	29/06/1995	Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.	Altera a Lei nº 8.884/94.
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 9.470	10/07/1997	Acrescenta parágrafo 5º ao art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	
CF/1988 Art. 170 e 173	Lei nº 10.149	21/12/2000	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.	Cria programa de leniência e aumenta poderes de investigação da SDE e SEAE.

Fonte: Homepages institucionais: CADE <<http://www.cade.gov.br>>, SDE/MJ <<http://www.fazenda.gov.br/sde>>, e SEAE/MF <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>; Base de Dados do Senado Federal <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras>>; Informações de Forgioni (1998) e Oliveira (1998).

Em 1962 a Lei nº 4.137 – uma lei específica de concorrência – foi decretada, criando uma agência para aplicá-la. Todavia somente nos últimos dez anos a defesa da concorrência galgou lugar de destaque na agenda política brasileira, mormente pelo fato de que as condições da economia até então – forte intervencionismo estatal, proteção à indústria nacional altamente concentrada, altos patamares inflacionários, alheamento da política econômica nacional à disciplina antitruste – impediam ou obstavam uma política eficaz nesse campo.

A Lei nº 8.884/94, conhecida como *Lei de Defesa da Concorrência* ou *Lei Antitruste*⁵⁶, não por acaso contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real)⁵⁷, inaugura a era moderna da política de concorrência no

⁵⁶ Vide referida lei no Anexo III deste trabalho.

⁵⁷ Cf. Oliveira (1998), na verdade ela faz parte das reformas empreendidas na ocasião, já que a estabilização mudou o foco da política econômica de aspectos estruturais para os conjunturais.

Brasil⁵⁸, revigorando as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e transformando-o em uma agência independente para efetivamente proceder a aplicação da legislação da concorrência⁵⁹.

Impende mencionar outras leis que, embora não arroladas no quadro anterior, são igualmente relevantes para a política de defesa da concorrência. Uma das mais importantes é a Lei nº 8.078 de 11.09.90, mais conhecida como *Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC*. Em verdade a política antitruste guarda estreita relação com o consumidor, porquanto esta tem o fim último de garantir o seu bem-estar. Tanto assim que a Secretaria de Direito Econômico – SDE, um dos órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, objeto de análise do próximo item deste trabalho, além do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, conta ainda com o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, com atividades voltadas para o controle e análise de mercados.

Daí deflui que a SDE tem importante atuação tanto em aspectos relativos à defesa da concorrência quanto no que tange à defesa do consumidor. Tais frentes de atuação não se encontram dissociadas, de vez que se conectam via argumentação de base econômica. Do ponto de vista do equilíbrio de mercado (que se dá quando a quantidade ofertada é igual à quantidade demandada) pode-se considerar o aspecto da concorrência concernente aos setores produtivos, portanto à ligado oferta de produtos; o consumidor, por sua vez, é o adquirente das unidades produzidas em determinado mercado, constituindo assim a demanda por bens e serviços ou, dito de outra forma, a demanda por produtos.

⁵⁸ Vide Clark (2000:5).

Conquanto o DPDE atue, por assim dizer, no lado da oferta, pode-se observar que o fim último do monitoramento do mercado é o bem estar do consumidor, de vez que é a ele que se vai lesar caso não existam condições para a livre concorrência. De onde se conclui que, embora mais diretamente em foco no DPDC⁶⁰, o consumidor é na verdade o ápice da pirâmide para a qual convergem todas as ações da SDE.

A política de concorrência também está relacionada à questão da regulação. De acordo com Clark (2000:35), está em curso a reestruturação de vários setores da economia brasileira, antigamente caracterizados por monopólios governamentais ou monopólios aceitos pelo governo. *Pari passu* com a política de privatização e retirada de controles governamentais levada a cabo nos últimos anos, órgãos reguladores têm sido criados para atuarem em setores específicos, como telecomunicações, eletricidade, gás natural e petróleo, saúde, transportes e recursos hídricos. A Lei nº 8.884/84 se aplica integralmente aos setores regulados, não havendo quaisquer isenções especificadas, o que vai demandar cuidado e clareza na definição de critérios para resolver os conflitos de competência que provavelmente terão lugar com o amadurecimento do projeto regulatório.

Neste contexto, cabe destacar as leis que instituíram as agências nos setores regulados: a Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Engenharia Elétrica – ANEEL; a Lei nº 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; a Lei nº 9.478/97, que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a Lei nº 9.656/98, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; a Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; a Lei nº 9.984/00, que criou a Agência Nacional de Águas –

⁵⁹ O CADE emite resoluções, no âmbito de sua competência, em matéria de defesa da concorrência. As resoluções do CADE encontram-se listadas no Anexo I deste trabalho.

ANA; e a Lei nº 10.233/01, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANAQ.

3.2. A dimensão estratégica e o PPA

Desde meados dos anos 80 têm aumentado as pressões sobre as empresas que desejam continuar no mercado com êxito. As transformações por que passa a nossa época são bastante diferenciadas daquelas trazidas no bojo da Revolução Industrial que motivou a reorganização das relações mundiais de produção e trabalho. Várias foram as forças que delinearão este novo cenário organizacional⁶¹, dentre as quais pode-se citar a tecnologia, a competição, o excesso de oferta, a globalização, as expectativas do cliente, a participação governamental, as relações de propriedade e a dinâmica das forças de trabalho.

A transformação tecnológica influiu radicalmente nas atribuições de competência necessárias à manutenção da vantagem competitiva, além de privilegiar o fator tempo; o acirramento da competição ocorreu devido ao surgimento de um número maior de competidores eficientes contrapondo-se ao predomínio monopolista do passado; a oferta da maioria de produtos e serviços, exceção feita ao setor primário, cresceu em maior proporção do que a demanda; a globalização dos mercados implodiu o modelo doméstico onde concorrentes e consumidores eram conhecidos e comparáveis; e em consequência de todos os fatores anteriores, que proporcionam variedade de escolhas e alternativas de mercado, as expectativas do consumidor em termos de qualidade, valor e serviço estão aumentando.

⁶⁰ De acordo com o art. 106 do CDC, O DPDC é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). O art. 105 da mesma lei estatui que integram o SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

⁶¹ Para melhor compreensão acerca dos aspectos que envolvem cultura e mudança organizacional, ver Monteiro et al. (1999).

Por outro lado, sendo a competição econômica o principal fator de desenvolvimento mundial, a participação dos governos tornou-se ativa no mercado, através do apoio implícito ou explícito a políticas industriais. As relações de propriedade também se modificaram, passando de um estágio de alta distributividade e concentração individual para a propriedade institucional centrada nas empresas, colocando os acionistas como elementos mais militantes em torno de seus interesses nas organizações. E, finalmente, transformou-se sensivelmente a dinâmica das forças de trabalho, devido a fatores como sexo (aumento da participação feminina), raça (minorias raciais mais participantes), nível educacional (exigência de maiores qualificações) e faixa etária (trabalhadores ativos chegando à aposentadoria).

Neste contexto, é fácil perceber que as organizações para sobreviverem devem enfrentar todos estes desafios, o que pressupõe uma capacidade de prever mudanças e administrá-las, privilegiando a adaptabilidade, a flexibilidade, a sensibilidade, a decisão e a rapidez; daí a crucial importância do desenvolvimento antecipado de estratégias, ou, dito de outra forma, o que faz a diferença fundamental entre as empresas no mundo moderno é a qualidade do seu planejamento estratégico.

Os governos e suas instituições, tanto quanto catalisadores das transformações, são igualmente afetados por elas. Assim sendo, não podem se esquivar de seguir as tendências mundiais que se impõem às organizações, sob pena de atuarem na contramão do desenvolvimento e sobrevivência dos Estados que administram. Tem-se visto ao longo das duas últimas décadas os movimentos de reforma do aparelho estatal em diferentes países, tanto nos industrializados, como Inglaterra, EUA, França e Nova Zelândia, como em países menos desenvolvidos como Argentina, Costa Rica, Gana e Nigéria. O Brasil passa atualmente por um período de transformações deste teor que se iniciou na transição democrática,

legitimou-se na Constituinte de 1988 e tem buscado sedimentar-se nos governos a partir de então.

Não é por acaso que o instituto do planejamento foi resgatado na Carta de 88, mais precisamente no capítulo Das Finanças Públicas (Capítulo II), através do *Plano Plurianual – PPA*, instituído para atuar como elemento superordenador da política orçamentária do governo federal⁶². O PPA compreende um período de quatro anos, cobrindo os três últimos anos de um mandato presidencial e estendendo-se ao primeiro ano do mandato subsequente. Como elemento estratégico de planejamento de médio prazo que é, tal instituto foi estendido aos outros entes da federação brasileira – estados e municípios – estabelecendo de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas públicas e para as relativas aos programas de duração continuada⁶³. A Carta Magna estatui, ainda, que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais nela previstos sejam elaborados em consonância com o PPA e apreciados pelo Congresso Nacional⁶⁴.

O PPA influencia a *Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO*, que por sua vez compreende as metas e prioridades da administração pública federal e orienta a elaboração da *Lei Orçamentária Anual – LOA*, que é o orçamento propriamente dito. Para o período 2000-2003, o plano apresentado ao Congresso recebeu o nome de *Avança Brasil*, freqüentemente também referido como PPA 2000. Adotou-se nele um conceito inovador de programa, segundo o qual as ações e recursos do governo são organizadas e quantificadas de acordo com os objetivos a serem atingidos, atendo-se aos limites de receita previstos no Plano de Estabilização Fiscal para o período. Ademais, buscou-se contemplar um projeto de

⁶² Cf. art. 165, inciso I da Constituição Federal de 1988, “*leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais”.

desenvolvimento nacional, orientado pela definição dos chamados Eixos Nacionais de Integração e Desenvolvimento, os quais não somente balizaram a organização espacial e a seleção das ações, mas sobretudo intentam privilegiar a obtenção de resultados estruturais concretos, medidos pela sociedade⁶⁵.

Atualmente o PPA conta com um total de 397 programas, dos quais 52 são considerados projetos estratégicos do governo⁶⁶. Além deles, há os planos de ação integrada, cujo objetivo comum, ao focalizar a solução de problemas complexos, é a coordenação dos esforços e recursos nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal – em conjunto com a sociedade⁶⁷. Cada programa é subdividido em atividades e projetos, que por seu turno são individualmente descritos em termos de um produto e de um cronograma físico-financeiro que mede o percentual de realização no alcance de metas previamente definidas.

Para a construção do pretendido modelo de desenvolvimento, norteiam as ações governamentais as seguintes diretrizes estratégicas:

- (i) consolidar a estabilidade econômica com desenvolvimento sustentado;
- (ii) promover o desenvolvimento sustentável voltado para a geração de empregos e oportunidades de renda;
- (iii) combater a pobreza e promover a cidadania e a inclusão social;

⁶³ Vide Constituição Federal de 1988, art. 165, parágrafo 1º.

⁶⁴ Vide Constituição Federal de 1988, art. 165, parágrafo 4º.

⁶⁵ Para a aferição dos resultados o PPA prevê indicadores de desempenho para os programas, a fim de que as ações sejam avaliadas e se possa corrigir as distorções detectadas, preservando a continuidade do planejamento estratégico como um todo. Entretanto, nem todos os programas contam com indicadores adequados a essa finalidade; nestes casos, a criação e implementação dos referidos indicadores vem sendo feita concomitantemente com o desenvolvimento das ações do PPA. Para maiores informações a respeito dos indicadores dos programas mencionados nos Quadros 3.2 e 3.3 deste capítulo (*Defesa Econômica e da Concorrência e Gestão da Política de Regulação dos Mercados*, consultar os Relatórios de Gestão da SDE e da SEAE, disponíveis em <<http://www.mj.gov.br/sde>> e <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>).

⁶⁶ Para ver lista dos programas, consultar <<http://www.abrasil.gov.br>>.

⁶⁷ Como exemplo dos planos de ação integrada tem-se: o Projeto Alvorada, que combate a miséria e a exclusão social; o Plano Nacional de Segurança Pública, que combate a violência e a criminalidade; e o Brasil Empreendedor, um programa de suporte às pequenas e médias empresas para fomentar a geração de empregos.

- (iv) consolidar a democracia e a defesa dos direitos humanos;
- (v) reduzir as desigualdades inter-regionais;
- (vi) promover os direitos de minorias vítimas de preconceito e discriminação.

As diretrizes estratégicas deram origem a 28 grandes objetivos setoriais, também conhecidos como *macroobjetivos*, que na prática traduzem os esforços necessários para que o país atinja o desenvolvimento sustentável: melhoria da saúde, da educação, da habitação e do saneamento, combate à fome, redução da violência, desenvolvimento integrado do campo, crescimento das exportações, reestruturação do setor produtivo, melhoria da gestão ambiental, entre outros.

Para os fins colimados por este trabalho, merece destaque o Macroobjetivo 09, “*promover a reestruturação produtiva com vistas a estimular a competição no mercado interno*”, visto que ele inclui o programa *Defesa Econômica e da Concorrência*⁶⁸. Tal programa, gerenciado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça, visa proteger o mercado e os cidadãos, prevenindo ou coibindo o abuso do poder econômico e divulgando a cultura da concorrência, formando profissionais, promovendo eventos, atendendo consultas e agilizando processos que envolvam este tema. As atividades e projetos (e seus respectivos produtos) do indigitado programa são mostradas no Quadro 3.2.

Quadro 3.2 – Programa Defesa Econômica e da Concorrência

Natureza da ação	Nome	Produto
Atividade	ANÁLISES ECONÔMICAS SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CONDUTAS ANTICORRENCIAIS*	Análise realizada
Atividade	BANCO DE MATERIAL JURISPRUDENCIAL, LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Sistema mantido

(continuação)

⁶⁸ O Macroobjetivo 09 conta com sete programas no total, entre os quais, além do já mencionado programa *Defesa Econômica e da Concorrência*, também se inclui o programa *Defesa dos Direitos do Consumidor*.

Quadro 3.2 – Programa Defesa Econômica e da Concorrência (cont.)

Projeto	CAPACITAÇÃO E ESPECIALIZAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Pessoa capacitada
Projeto	EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICAÇÕES SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Exemplar distribuído
Atividade	HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COM OS BLOCOS ECONÔMICOS*	Norma publicada
Projeto	IMPLANTAÇÃO DE BANCO DE MATERIAL JURISPRIDENCIAL, LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Sistema implantado
Projeto	IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE INFORMAÇÃO SOBRE A ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS MERCADOS	Sistema implantado
Atividade	INSTRUÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS	Processo instruído
Atividade	JULGAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E CONSULTAS	Processo instruído
Projeto	PROMOÇÃO DE EVENTOS PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA	Evento realizado
Outras Ações	HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARA DEFESA DA CONCORRÊNCIA JUNTO AOS BLOCOS REGIONAIS	Norma publicada

Fonte: *Homepage* institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) <http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br>.

Legenda: (*) Ações gerenciadas pela SEAE/MF.

O PPA também contempla um grupo de programas diretamente atrelados às políticas públicas priorizadas pela agenda governamental, perfazendo um total de 37 programas – os *Programas de Gestão de Políticas Públicas*⁶⁹. Aí se inserem importantes ações no campo do gerenciamento de políticas diversas, tais como as sociais (saúde, previdência e assistência social, trabalho e educação); políticas de valorização da máquina estatal, como a capacitação de servidores públicos e melhoria da qualidade dos serviços prestados ao cidadão; políticas urbanas, ligadas ao desenvolvimento, promoção da cultura, esporte e lazer, transporte e turismo; políticas estratégicas, como o incentivo ao empreendedorismo e o gerenciamento de recursos hídricos e energéticos; além de políticas nas áreas patrimonial, financeira, orçamentária, econômica, industrial, comercial, agropecuária, entre outras.

⁶⁹ Para ver lista dos programas de gestão de políticas públicas, consultar <http://aval_ppa2000.planejamento>.

Nessa lista se inclui – atrelado ao Macroobjetivo 02, “*sanear as finanças públicas*”⁷⁰ – o programa *Gestão da Política de Regulação de Mercados*, o qual se encontra diretamente relacionado às questões de defesa da concorrência focalizadas neste texto e cujas ações e respectivos produtos são elencadas no Quadro 3.3. O programa, gerenciado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, busca estabelecer novos marcos regulatórios e instrumentos de políticas públicas setoriais, voltados ao crédito, ao abastecimento, à comercialização, à formação de estoques, à produção e ao consumo.

Quadro 3.3 – Programa Gestão da Política de Regulação de Mercados

Natureza da ação	Nome	Produto
Outras Ações	ACOMPANHAMENTO SISTEMÁTICO DE MERCADO	Boletim editado
Atividade	ESTRUTURAÇÃO DE REGIMES TARIFÁRIOS	Regime tarifário estruturado
Atividade	REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS EM MOLDES CONCORRENCIAIS	Norma publicada
Atividade	SISTEMA INFORMATIZADO DA SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO	Sistema mantido
Atividade	PROMOÇÃO E ESTÍMULO À CONCORRÊNCIA	Investigação realizada
Atividade	HOMOLOGAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE SORTEIOS COM FINS COMERCIAIS	Não informado

Fonte: *Homepage* institucional do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) <http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br>.

A presença desses dois programas no PPA por si demonstra a importância que a matéria defesa da concorrência tem para o desenho do modelo de desenvolvimento adequado às necessidades do país, voltado não somente para o bem-estar de seus cidadãos, como também para sua inserção de forma competitiva no cenário internacional, buscando auferir, de modo geral, os benefícios do processo de globalização, aí incluídos os investimentos do capital estrangeiro.

gov.br>.

⁷⁰ O Macroobjetivo 02 conta com 31 programas no total.

3.3. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: composição e atuação

Atualmente o *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC*, que é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ambos vinculados ao Ministério da Justiça, tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na aludida *Lei de Defesa da Concorrência*. Ao CADE, última instância decisória na esfera administrativa⁷¹, cabe julgar os processos em matéria concorrencial, após receber os pareceres da SDE e SEAE, que detêm funções de análise e investigação, levando em conta os aspectos jurídicos e econômicos dos fatos ocorridos, respectivamente.

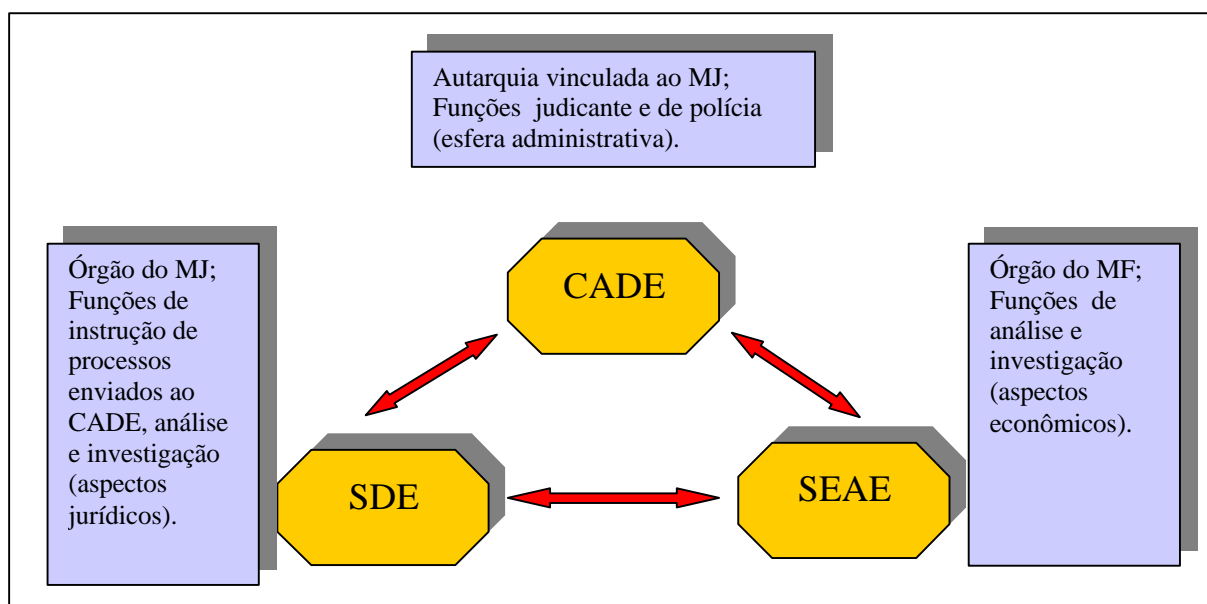


Figura 3.1 – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

⁷¹ As decisões do CADE que impõem multa ou obrigação de fazer ou não fazer constituem título executivo extrajudicial. A execução das mesmas pode ser promovida mediante ação do Judiciário. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Executivo, mas podem ser revistas no âmbito do Judiciário, pelas Varas Federais. Os recursos e apelações são dirigidos aos Tribunais Superiores.

De acordo com Oliveira (2001b:28 e ss.), as competências do Plenário do CADE, o órgão máximo da autarquia (elencadas no art. 7º da Lei nº 8.884/94), subdividem-se em cinco funções básicas:

- (i) *função julgante*, que lhe confere poderes para proferir decisões em todos os processos administrativos, requerimentos de autorização, recursos e consultas a ele submetidas⁷²;
- (ii) *função de polícia*, que lhe confere poderes para requisição de informações de entidades do poder público ou da iniciativa privada, determinação de diligências e contratação de especialistas para realização de perícias⁷³;
- (iii) *função de auto-organização administrativa e financeira*, inerente à natureza autárquica do CADE⁷⁴;
- (iv) *função de execução das decisões*, que consiste na atribuição para recorrer ao Poder Judiciário e lançar mão da Procuradoria da autarquia para impor suas próprias decisões⁷⁵;
- (v) *função de difusão da lei de defesa da concorrência*, a fim de instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica⁷⁶.

Ainda segundo o mesmo autor, as atribuições da SDE (arroladas no art. 14 da Lei nº 8.884/94) podem ser sistematizadas em seis categorias⁷⁷: (i) *monitoração de mercados*, consistindo no acompanhamento constante das práticas dos agentes econômicos, com vistas a identificar eventuais infrações contra a ordem econômica⁷⁸; (ii) *instrução de processos submetidos ao CADE*, consistindo na obtenção de informações e/ou documentos necessários à

⁷² Cf. o mesmo autor, presente nos incisos II, III, IV, V, VI, VII, XII e XVII do art. 7º da Lei nº 8.884/94.

⁷³ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos IX, X e XI do art. 7º da Lei nº 8.884/94.

⁷⁴ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos XIV, XVI, XIX, XX, XXI e XXII do art. 7º da Lei nº 8.884/94.

⁷⁵ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos XIII e XV do art. 7º da Lei nº 8.884/94. Esta função impede a auto-executoriedade das decisões do CADE, que deverá sempre recorrer ao Judiciário para impor suas decisões.

⁷⁶ Cf. o mesmo autor, presente no inciso XVIII do art. 7º da Lei nº 8.884/94.

⁷⁷ Cf. Oliveira (2001b:40 e ss.).

formação da convicção dos conselheiros do CADE⁷⁹; (iii) *decisão a respeito de medidas preventivas e compromissos de cessação*, competência restrita visto que sujeita à revisão do CADE⁸⁰; (iv) *fiscalização das decisões do CADE*, relativas ao cumprimento das determinações da autarquia (competência genérica) e ao cumprimento dos compromissos de cessação e de desempenho celebrados pelo CADE (competências específicas)⁸¹; (v) *papel consultivo em relação ao CADE*, consubstanciado nos pareceres e sugestões exarados relacionados aos processos submetidos ao CADE⁸²; (vi) *difusão da cultura da concorrência*, que consiste na atribuição de divulgar os preceitos da legislação de defesa da concorrência no mercado e no âmbito da administração pública⁸³.

Quanto à SEAE, suas competências⁸⁴ dividem-se em; (i) coordenação e execução de ações do Ministério da Fazenda no tocante à gestão de políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica; (ii) garantia da defesa da ordem econômica, em conjunto com os demais órgãos do SBDC, emitindo pareceres econômicos relativos ao controle de estruturas de mercado e práticas de condutas anticoncorrenciais; (iii) acompanhamento, em conjunto com as agências reguladoras e órgãos afins, da implantação de novos modelos de regulação de mercados⁸⁵; (iv) estabelecimento e acompanhamento da execução de marcos regulatórios, normativos e instrumentos de políticas públicas setoriais para os setores agrícola e agroindustrial; (v) promoção do funcionamento adequado dos

⁷⁸ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos I, II e III do art.14 da Lei nº 8.884/94.

⁷⁹ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos IV, V, VI, VII, VIII e XII do art.14 da Lei nº 8.884/94.

⁸⁰ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos IX e XI do art.14 da Lei nº 8.884/94.

⁸¹ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos IX, X e XII do art.14 da Lei nº 8.884/94.

⁸² Cf. o mesmo autor, presente no inciso X do art.14 e no parágrafo 6º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

⁸³ Cf. o mesmo autor, presente nos incisos XIII, XIV e XV do art.14 da Lei nº 8.884/94.

⁸⁴ Definidas no art. 10 do Decreto nº4.430 de 18 de outubro de 2002.

⁸⁵ Mediante acompanhamento e avaliação: (a) de reajustes e as revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos; (b) de processos licitatórios que envolvam a privatização de empresas pertencentes à União; e (c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de privatização e de descentralização administrativa.

mercados nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços e de infra-estrutura⁸⁶; e (vi) promoção da articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais envolvidos nas atribuições anteriores.

A atuação dos órgãos do sistema subdivide-se em três tipos: preventiva, através do *controle de estruturas de mercado*, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); repressiva, através do *controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais*, que busca verificar a existência de infrações à ordem econômica, das quais são exemplos as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a formação de cartel; e educacional, que corresponde ao papel de *difusão da cultura da concorrência*, via parceria com instituições para a realização de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, visando um maior interesse acadêmico pela área, o incremento da qualidade técnica e da credibilidade das decisões emitidas e a consolidação das regras antitruste junto à sociedade⁸⁷.

⁸⁶ De forma a permitir a livre distribuição de bens e serviços : (i) acompanhando e analisando a evolução de variáveis de mercado e a execução da política nacional de tarifas de importação e exportação; (ii) suplementando a ação executiva e fiscalizadora de outros órgãos na área do direito econômico, produção e abastecimento de bens e serviços; (iii) adotando medidas normativas sobre condições de concorrência para assegurar a livre produção, comercialização e distribuição de bens e serviços; (iv) avaliando e se manifestando expressamente acerca dos atos e instrumentos legais que afetem as condições de livre comercialização, produção e distribuição de bens e serviços; e (v) compatibilizando as práticas internas de defesa da concorrência e de defesa comercial com as práticas internacionais, visando a integração econômica e a consolidação dos blocos econômicos regionais.

⁸⁷ Vide Guia Prático do CADE (2000).

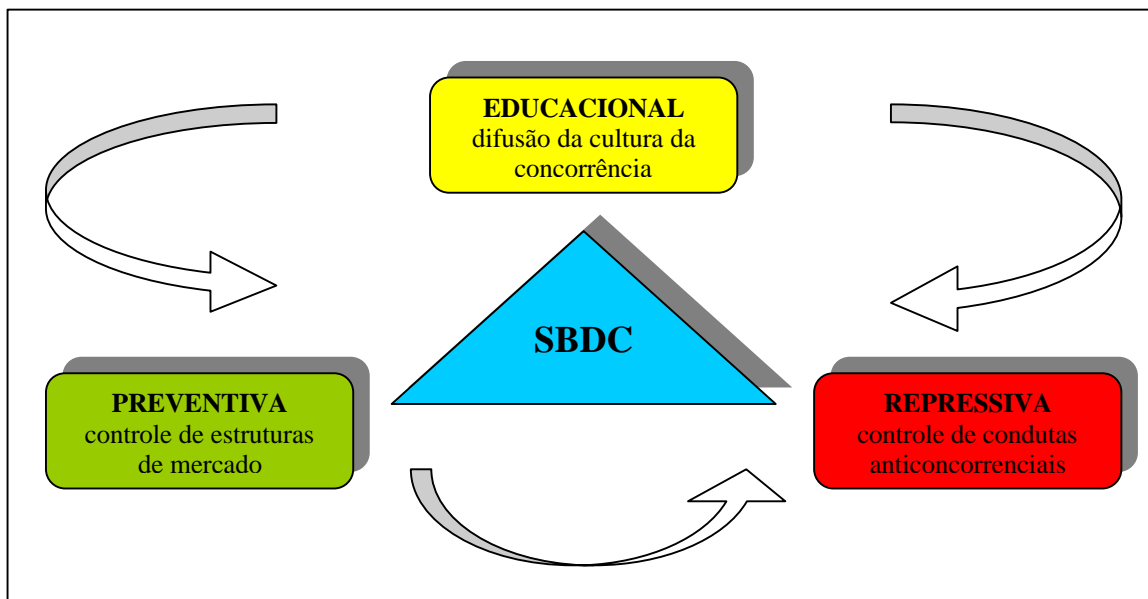


Figura 3.2 – Formas de atuação dos órgãos do SBDC

O controle de estruturas está expresso no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que reza que os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços devem ser submetidos à apreciação do CADE. Os atos devem ser apresentados para exame previamente ou em até 15 dias úteis após sua realização⁸⁸, quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu faturamento for de R\$ 400 milhões ou mais⁸⁹. O parágrafo 1º do mesmo artigo prevê que serão aprovados os atos que atendam as seguintes condições:

- (i) cujo objetivo seja aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- (ii) cujos benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado

⁸⁸ Lei nº 8.884/94, art. 54, § 4º. A polêmica sobre o marco inicial para contagem do prazo (também chamado de *trigger date*) será abordada em capítulo posterior.

relevante de bens e serviços;

- (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

O encaminhamento desse tipo de processo, comumente chamado ato de concentração⁹⁰, é feito via requerimento (com a documentação necessária apensa) protocolado em três vias junto à SDE, que automaticamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE. A SEAE tem trinta dias para emitir seu parecer técnico e encaminhá-lo à SDE que, uma vez o tendo recebido, deve manifestar-se no mesmo período (emitindo o seu próprio parecer) e então enviar o processo assim instruído ao plenário do CADE. Este, por sua vez, deve deliberar a respeito no prazo de sessenta dias, sob pena de, caso não ocorra a apreciação neste prazo, ser o ato automaticamente aprovado.

Se decidir pela não aprovação do ato, o CADE, após reapreciá-lo, determina as providências cabíveis no sentido de sua desconstituição. Se ocorrer a aprovação, esta pode ser integral ou com restrições, mediante a desconstituição parcial do ato ou a imposição de uma cláusula de compromisso de desempenho que assegure o cumprimento de certas condições estabelecidas na lei.

Quanto às infrações à ordem econômica, estas são definidas no art. 20 da Lei nº 8.884/94, e consistem em atos que produzam, ou objetivem produzir os efeitos de:

- (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

⁸⁹ Lei nº 8.884/94, art. 54, § 3º. O limite é válido para o faturamento anual bruto de uma empresa ou de qualquer das empresas participantes do grupo.

- (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- (iii) aumentar arbitrariamente os lucros;
- (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Neste último caso, presume-se a posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% ou mais de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. O art. 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica⁹¹ na medida em que configurem as hipóteses previstas no art. 20.

Para estas infrações existem procedimentos diferentes daqueles adotados para os atos de concentração. Ao detectar indícios da existência de conduta anticoncorrencial, a SDE promove, de ofício ou mediante representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, averiguações preliminares, que consistem em investigações de caráter sigiloso acerca da hipotética conduta. Se no curso da investigação a SDE coleta provas suficientes para corroborar a hipótese investigada, instaura então um processo administrativo, informando à SEAE desta instauração para que esta última possa, a seu alvedrio, emitir e enviar parecer econômico sobre o caso antes do encerramento da instrução processual que, uma vez concluída, concede ao representado o prazo de cinco dias para apresentar alegações finais. Em seguida a SDE encaminha os autos ao CADE para julgamento, ou determina o arquivamento do processo, recorrendo de ofício àquele órgão.

⁹⁰ Para esquema e análise detalhada das fases do procedimento de exame dos atos de concentração, consultar Oliveira (2001a:18 e ss.).

⁹¹ O estudo de Oliveira (2001b:123) faz uma classificação do universo de infrações previstas neste artigo, enquadrando seus incisos nas subcategorias de condutas horizontal/unilateral, horizontal/coordenada, vertical/unilateral e vertical /coordenada, bem como constata a existência de dispositivos cujo conteúdo pode ser enquadrado em duas subcategorias diferentes.

A Resolução nº 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações ao tempo em que explicita os passos básicos para a sua análise. As *práticas restritivas horizontais* consistem na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência. Dentre elas destacam-se a formação de cartéis e a prática de preços predatórios, conforme mostra o Quadro 3.4, que também exhibe as definições da aludida resolução.

Quadro 3.4 - Práticas Restritivas Horizontais

Cartéis	Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.
Outros acordos entre empresas	Restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica.
ILÍCITOS DE ASSOCIAÇÕES PROFISSIONAIS	Quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.
PREÇOS PREDATÓRIOS	Prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

Fonte: Resolução CADE nº 20/99, Anexo I.

Por seu turno, as *práticas restritivas verticais* são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”). As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Dentre elas, destacam-se a fixação dos preços de revenda, os acordos de exclusividade, a venda casada e a discriminação de preços, conforme mostra o Quadro 3.5, que igualmente exhibe as definições da resolução do CADE.

Quadro 3.5 - Práticas Restritivas Verticais

FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA	O produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores.
RESTRITÕES TERRITORIAIS E DE BASE DE CLIENTES	O produtor estabelece imitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões.
ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE	Os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais.
RECUSA DE NEGOCIAÇÃO	O fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.
VENDA CASADA	O ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço.
DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS	O produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

Fonte: Resolução CADE nº 20/99, Anexo I.

Em geral, as análises tanto das práticas restritivas verticais quanto das horizontais pressupõem a existência ou a busca de *poder de mercado* sobre o mercado relevante, como também não prescindem da aplicação do *princípio da razoabilidade* ou *regra da razão*, visando a avaliação da geração de eficiências líquidas, caso as eficiências econômicas delas decorrentes compensem seus efeitos anticompetitivos.

Recentes modificações na Lei de Defesa da Concorrência foram promovidas pela Lei nº 10.149/00, que conferiu maiores poderes de investigação à SDE e à SEAE e instituiu o *programa de leniência* brasileiro. As principais características do acordo são:

- (i) configura uma faculdade e não uma obrigação;
- (ii) somente a SDE, representando a União, poderá celebrá-lo com pessoas físicas ou jurídicas que tenham praticado infrações contra a ordem econômica sem liderá-las;
- (iii) não se sujeita à aprovação prévia do CADE, cabendo a este declarar o ato final de extinção ou redução da pena;
- (iv) o acordo busca a efetiva colaboração com a investigação (que resulte em identificação dos demais autores e obtenção de provas) em troca de extinção ou redução da penalidade administrativa da infração denunciada em até 2/3;
- (v) a proposta de acordo é sigilosa, salvo no interesse da investigação;
- (vi) a proposta rejeitada não será divulgada, não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada;
- (vii) a celebração do acordo determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90;
- (viii) o cumprimento do acordo extingue a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90.

*“A vida só é possível reinventada.”
Cecília Meireles*

4.1. Vantagens competitivas e políticas antitruste

A globalização das economias e dos mercados produtores e consumidores – para não falar na celeridade das transformações tecnológicas e no crescimento do volume e velocidade de difusão de informações – alçou a competitividade, de mero instrumento a serviço do funcionamento econômico, ao posto de ideologia dominante e de meta inexorável para a garantir a sobrevivência e hegemonia no cenário atual.

De acordo com Porter (1993:12), a clássica teoria da vantagem comparativa, que atrela o sucesso de competidores internacionais à disponibilidade de fatores de produção, não é suficiente para explicar todos os padrões de comércio existentes neste âmbito. Conforme o autor, a versão dominante de tal teoria assenta-se na idéia de que todas as nações têm tecnologia equivalente, mas diferem na disponibilidade dos fatores de produção, como terra, mão-de-obra, recursos naturais e capital. Assim, a disponibilidade de mão-de-obra abundante ou de terras cultiváveis determinaria para um país um padrão exportador de produtos com maior peso neste ou naquele fator⁹².

No entanto há vários padrões incompatíveis com essa explicação, como o fato de que parcela significativa do comércio mundial ocorre entre nações industriais avançadas detentoras de fatores semelhantes, ou dá-se com produtos em cuja produção se identificam proporções semelhantes de fatores, ou ainda, tem como partes envolvidas nas transações de

⁹² O autor cita o exemplo da Coreia, que ao dispor de mão-de-obra abundante e barata exporta produtos que consomem muito trabalho, como roupas e montagens eletrônicas, e da Suécia, cuja indústria de aço possui uma qualidade superior devido ao baixo conteúdo de impurezas de suas jazidas.

exportação e importação as subsidiárias nacionais de firmas multinacionais. Ademais, os pressupostos teóricos implícitos a tal teoria não contemplam a realidade de muitas indústrias, como por exemplo as suposições de inexistência de economias de escala⁹³ e de impossibilidade de movimentação dos fatores de produção entre as nações. Acresce ainda como agravante o fato de que a teoria das vantagens comparativas não prevê um papel para um relevante fator de competitividade real, qual seja, a estratégia das empresas – como a inovação tecnológica ou a diferenciação de produtos –, praticamente reduzindo-as à alternativa de tentar influenciar as políticas governamentais.

As transformações econômico-sociais trazidas pela Era da Informação levaram Porter a sugerir que a explicação para o sucesso de empresas concentra-se, em realidade, sobre as nações em que elas se baseiam, ou, dizendo de outro modo, no desenvolvimento de uma teoria que explicita as características decisivas de uma nação que permitem às suas empresas criar e manter a vantagem competitiva em campos diversos – a *teoria competitiva das nações*.

Tal vantagem origina-se e mantém-se através de características singulares de cada país: diferenças nas estruturas econômicas, valores, culturas, instituições e histórias nacionais são determinantes para o sucesso competitivo. Dentro do processo de globalização a nação adquire – embora à primeira vista paradoxalmente – papel preponderante, visto que é fonte do conhecimento e tecnologia que sustenta a vantagem competitiva. Considerando que as premissas que embasam esta teoria incluem: (i) a possibilidade de escolha de estratégias diferentes por parte das empresas para competir em segmentos determinados; e (ii) que tais estratégias, do ponto de vista global, prevêm a integração entre o comércio e o investimento no exterior, tem-se que a sede de competidores bem-sucedidos é a nação que conserva o controle efetivo, estratégico, criativo e técnico da atividade empresarial, auferindo para sua

⁹³ O termo *economias de escala* refere-se ao fenômeno no qual o custo unitário médio por unidade produzida decresce com o aumento da produção de uma firma (Glossary (1990:39), tradução livre desta autora). Oliveira

economia as vantagens e determinando o nível de produtividade do país, bem como sua capacidade de melhorá-lo ao longo do tempo⁹⁴.

A competição, longe de ser estática, é dinâmica e evolui⁹⁵, ponto que deve ser observado por qualquer teoria que tente explicar as vantagens competitivas. No dizer de Porter (1993:21) “*a competição é uma paisagem que varia constantemente e onde surgem novos produtos, novas maneiras de comercializar, novos processos de produção e novos segmentos de mercado*”. Outrossim, o incremento da qualidade e a inovação tecnológica devem ser elementos centrais dessa teoria, sendo pontos em que o papel da nação desdobra-se em aspectos de natureza diversa, variando desde investimentos em pesquisa, disponibilidade de capital físico e recursos humanos, até o estabelecimento de ambiente propício à mudança e do ritmo de incentivo à mesma. Destarte, ao invés de simplesmente redistribuir um limite fixo de fatores de produção, empresas e países melhoram a qualidade de tais fatores, aumentam sua produtividade e criam outros novos.

Segundo Porter⁹⁶ os determinantes da vantagem nacional, sintetizados na Figura 4.1 (o autor também se refere a este sistema como o “diamante” do país), dividem-se em:

- (i) *condições de fatores*, correspondente à posição do país nos fatores de produção (recursos humanos, recursos físicos, recursos de conhecimentos, recursos de capital e infra-estrutura);
- (ii) *condições de demanda*, consistindo na natureza da demanda para os produtos ou serviços da indústria (composição, tamanho, padrões de crescimento e

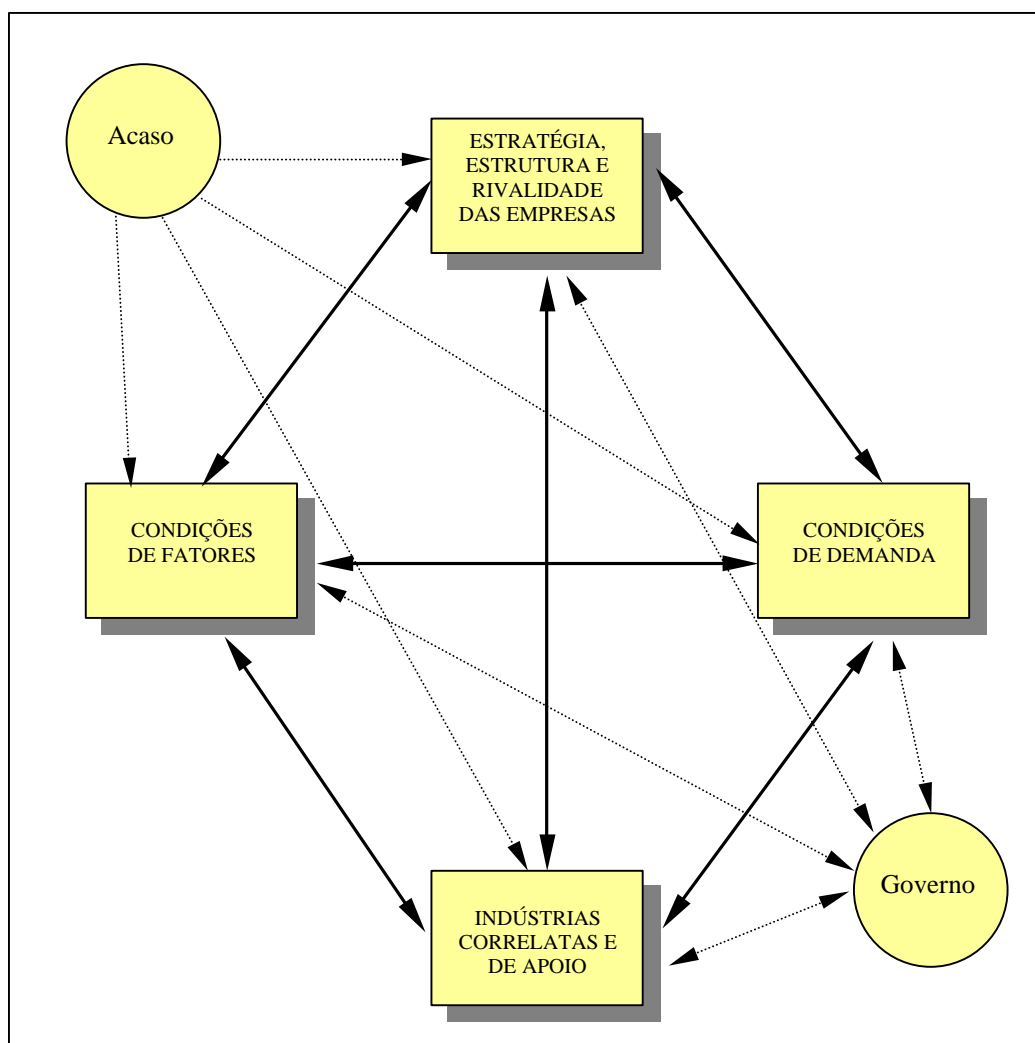
(2000:217) reproduz o mesmo conceito.

⁹⁴ Keegan (1998:319) informa que pesquisadores como o Prof. Alan Rugman da *University of Toronto* questionam a tese de Porter de que as somente as empresas sediadas no país seriam a principal fonte de competências centrais e inovação. O Prof. Rugman cita exemplos: o sucesso de companhias baseadas em pequenas economias como Canadá e Nova Zelândia, que derivam dos diamantes de um país anfitrião particular; ou uma companhia baseada na União Européia que pode contar com o diamante de um dos outros países membros; ou ainda, o impacto do *North American Free Trade Agreement* – NAFTA para as firmas canadenses faria o diamante dos EUA relevante para a criação de competências no Canadá.

⁹⁵ Porter (1993:21) cita Joseph Schumpeter, que há muito já reconhecera que não havia equilíbrio na competição.

mecanismos de internacionalização da demanda interna, além da mútua influência de tais condições);

- (iii) *indústrias correlatas e de apoio*, consubstanciando-se na presença ou ausência no país de tais indústrias internacionalmente competitivas;
- (iv) *estratégia, estrutura e rivalidade das empresas*, que corresponde às condições vigentes no país que governam o funcionamento do mercado (criação, organização, gestão e natureza da rivalidade interna das empresas).



Fonte: Porter (1993:88).

Figura 4.1 – Determinantes da vantagem nacional: o sistema completo

⁹⁶ Op. cit. p.87-88.

Os determinantes criam o contexto competitivo das empresas de um país: a disponibilidade de recursos e as competências necessárias para auferir vantagens, as informações que condicionam oportunidades de negócios e orientam estratégias, as metas do pessoal envolvido e as pressões para competir e inovar. Em um dado segmento industrial, o “diamante” mais favorável de um país aumenta a probabilidade de êxito das empresas que souberem aproveitar o ambiente nacional mais eficientemente. O “diamante” é um sistema mutuamente dependente, isto é, vantagens em um determinante fortalecem, criando ou aperfeiçoando, vantagens em outros. Dada a dinâmica do ambiente global, vantagens competitivas sustentáveis geralmente pressupõem vantagens por todo o “diamante”.

Duas outras variáveis adicionais importantes influenciam qualquer sistema nacional: o acaso e o governo. Por *acaso* se entendem os acontecimentos fortuitos que estejam fora de controle, tanto por parte das empresas quanto (geralmente) do governo, provocando discontinuidades no padrão de comportamento das indústrias de um país ao redesenhar suas estruturas e ensejar o movimento de transferências de vantagens competitivas entre países⁹⁷. Assim ocorre, por exemplo, com as invenções puras, descobertas de tecnologias básicas, guerras, acontecimentos políticos externos, modificações nos mercados financeiros mundiais e grandes mudanças na demanda do mercado externo.

No que concerne ao *governo*, este desempenha um papel crucial haja vista que sua ação, em termos de políticas públicas, pode adicionar ou retirar vantagens da indústria nacional. O que equivale a dizer que, qualquer que seja, a implementação de políticas sem a observância da maneira pela qual elas interferem em todo o sistema de determinantes pode produzir como resultado tanto o estímulo quanto o enfraquecimento das vantagens nacionais, razão pela qual muitos autores consideram que a ação do governo é o principal fator de

influência sobre a moderna competição internacional. No esquema de Porter, o governo age sobre os quatro determinantes, positiva ou negativamente, em uma via de mão dupla: influencia-os e é por eles influenciado.

As condições de fatores podem sofrer o impacto da condução de políticas econômicas que afetem os mercados de capital ou o ambiente industrial, da concessão de subsídios, de políticas de educação, saúde etc. As condições de demanda interna podem ser modificadas tanto por via indireta, através do estabelecimento de padrões ou regulamentos locais para os produtos, padrões estes por seu turno condicionantes das necessidades do consumidor, quanto por via direta, através das compras governamentais de produtos como aviões, artefatos para defesa, equipamentos de telecomunicações, entre outros. A ação governamental também pode influenciar a estrutura existente de indústrias correlatas e de apoio, controlando, por exemplo, seus serviços através de regulamentação ou a mídia publicitária. Quanto à estratégia e rivalidade das empresas, as políticas fiscal e de regulamentação de mercados de capital conduzidas pelo governo são exemplos de como se dá tal influência. Impende destacar, aqui, a especial relevância das políticas antitruste, visto que estas afetam diretamente a rivalidade interna das empresas.

Por seu turno, as políticas governamentais sofrem a influência dos determinantes. As destinações dos investimentos do governo podem, por exemplo, ser definidas pelo número de competidores locais, ou a forte demanda interna por um produto pode estimular o governo a adotar padrões de regulação diversos dos até então existentes (como padrões de segurança para comercialização).

Neste ponto cabe uma ressalva: conquanto significativo, não se deve superestimar o

⁹⁷ Por exemplo, criando oportunidades para que a indústria de um país suplante a de outro.

papel do governo no fomento e manutenção das vantagens nacionais, visto que sua influência será sempre parcial. Como já foi dito, as circunstâncias peculiares do país são imprescindíveis para o contexto em que se desenrola a vantagem competitiva. Daí depreende-se que políticas governamentais por si só são inócuas se não há condições nacionais subjacentes de suporte para a vantagem politicamente focada.

Qualquer política de governo tem como meta central, em termos econômicos, dispor os recursos nacionais de forma a obter altos e crescentes níveis de produtividade. Para tanto, há que se fomentar constantemente a melhoria e inovação no âmbito da capacidade industrial existente, bem como a competição em novos negócios, isto é, em indústrias novas. Tal estímulo ao dinamismo e aprimoramento da atividade industrial, entretanto, só alcança sua verdadeira dimensão se as políticas governamentais são definidas visando metas econômicas de longo prazo e se é escolhido um modelo adequado para sustentar o sucesso competitivo. Medidas governamentais, posto que estratégicas para o momento, podem ser prejudiciais em um maior lapso de tempo, ou ainda que adequadas para uma área podem não obter a mesma avaliação se consideradas no conjunto integrado de áreas sujeitas à ação do governo, visto que tais áreas são, as mais das vezes, interdependentes.

Porter procedeu a análise da interação das políticas governamentais com cada um dos determinantes que formam o “diamante”, da qual destaca-se, tendo em vista o escopo deste trabalho, a influência do governo sobre a *estratégia, estrutura e rivalidade das empresas*. Este determinante aborda as maneiras pelas quais as empresas são criadas, organizadas e administradas, suas metas e as formas de competição entre elas. No âmbito da tarefa de aprimorar a economia do país, ressuma a administração da rivalidade das empresas como uma das mais importantes facetas da atuação governamental, não somente para estimular a

inovação e o dinamismo da atividade industrial, como também para garantir a obtenção de vantagens por todo o “diamante”, isto é, para a construção da vantagem competitiva nacional como um todo.

A importância da rivalidade interna nessa construção apresenta fortes desdobramentos para a política antitruste, mormente a que vai de encontro a fusões e alianças. Com o advento da globalização, exsurtiu o questionamento da real necessidade de medidas antitruste, sob a égide da opinião generalizada de que a fusão de empresas locais habilitá-las-ia a competir globalmente, tendo em vista as economias de escala daí obtidas.

Entretanto, a idéia de um “campeão nacional” que compete eficientemente no plano internacional é tão falaz quanto contraproducente, de vez que tanto os registros históricos em diversos países exibem experiências malsucedidas desse teor⁹⁸, como, ao contrário, o sucesso internacional mostra-se grandemente associado a uma rivalidade interna ativa entre empresas. Ademais, tal idéia revela-se desastrosa se submetida ao crivo das práticas políticas: a presença de uma ou duas empresas no país embute a tendência de tratamento favorecido pelo governo (em termos de subsídios ou garantias de compras governamentais) que amortecem os incentivos, gerando pressão para fabricação e compras de produtos inferiores e levando a empresa a recorrer aos custos de fatores em lugar de melhorar a vantagem competitiva, o que retarda a inovação e justamente por isso aumenta sucessivamente a necessidade de subsídios governamentais.

Uma política antitruste tolerante com cartéis é igualmente danosa para o processo autofortalecedor de melhoria que deriva da rivalidade interna, uma vez que os cartéis reduzem

ou interrompem tal processo, a par do fato de que, a despeito dos lucros que obtêm no curto prazo, os cartéis ensejam o fim do sucesso internacional a médio e longo prazos. Segundo Porter⁹⁹, uma política antitruste forte, especialmente na área das fusões horizontais, alianças e comportamento colusivo, é ideal para manter o ritmo de melhoria em uma economia. Traduzindo, isso significa a proibição de fusões, aquisições e alianças envolvendo líderes de segmentos industriais e a ilegalidade para as colusões diretas. Por outro lado, também quer dizer que tais políticas não devem proteger competidores ineficientes – um mau uso que já ocorreu em diversos países –, não devem ser óbices para a colaboração vertical entre fornecedores e compradores envolvidos em um mesmo processo de inovação e não devem imiscuir-se em atividades não excludentes de associações de comércio ligadas à criação de fatores, como treinamento, infra-estrutura e pesquisa.

Com relação à regulamentação da competição mediante políticas de manutenção de monopólio estatal, controle da entrada e fixação de preços, Porter¹⁰⁰ argumenta que tais políticas funcionam geralmente na direção contrária do desiderato de melhorar a vantagem competitiva de uma economia, principalmente devido a duas conseqüências negativas: (i) a regulamentação sufoca a rivalidade e, com ela, a inovação e o dinamismo do mercado, já que as empresas se concentrarão em negociar com os regulamentadores e proteger o que já têm; (ii) a regulamentação faz surgir na indústria compradores e fornecedores menos desejáveis, visto que a falta de dinamismo e inovação reduz o patamar de exigência e sofisticação de insumos e resulta no fornecimento de produtos e serviços menos inovadores¹⁰¹.

⁹⁸ Porter (1993:738) refere-se ao exemplo inglês de empresas que falharam na construção de uma indústria nacional, e à falha do planejamento indicativo francês de incorporar a competição interna na consolidação de sua indústria.

⁹⁹ Op. cit. p.739.

¹⁰⁰ Op. cit. p.740.

¹⁰¹ No estudo do autor, o país em que a competição sofreu menos regulamentação é freqüentemente o que detém a liderança internacional nas indústrias estudadas.

O autor também ressalta que movimentos de desregulamentação e de privatização somente terão êxito sob uma rivalidade intensa dos setores desregulados. Aqui, outra vez, impõe-se a necessidade de uma política antitruste forte para garantir os efeitos esperados. Nada obstante, é razoável considerar o *trade-off* entre regulamentação e proteção: conceber uma regulamentação que proteja os consumidores e trabalhadores, desde que tal sistema não dificulte o surgimento de novos produtos e processos. Além disso, restrições governamentais a práticas associadas à inovação devem ser removidas, embora com a ressalva de que é necessário encontrar formas de abordar as preocupações sociais que elas refletem (como a redefinição de empregos impedida por legislação trabalhista ou restrições à escolha de localização de plantas).

A proteção da indústria nacional que a isola da competição internacional, largamente praticada em suas várias formas, encontra pelo menos duas justificativas para tanto: favorecer o crescimento de indústrias locais nascentes ou permitir que as indústrias existentes se ajustem a um determinado padrão. No primeiro caso, tal justificativa só é legítima em países em desenvolvimento cujas indústrias não possuem bases estabelecidas para concorrer com as congêneres estrangeiras. Ainda assim, não prescinde de três condições para lograr êxito, quais sejam:

- (i) *a presença de uma rivalidade interna efetiva*, que substitua a pressão competitiva internacional, de sorte a não arrefecer os incentivos à inovação e ao aprimoramento¹⁰². Note-se que não se trata de proteger da competição uma pequena empresa dominante, pois que tal proteção, ao contrário, refrearia o impulso de crescimento que a tornaria bem-sucedida internacionalmente;
- (ii) *a presença potencial no país de um “diamante” favorável*, já que

circunstâncias internas capazes de desenvolver vantagens sustentáveis em todos os determinantes são imprescindíveis para que a indústria possa competir no exterior;

- (iii) *a duração limitada dos mecanismos de proteção*, dado que toda indústria protegida acaba de um modo ou de outro sofrendo os ônus da falta de competição plena, seja em termos de restrições de atividades, seja o custo político de dependência da subvenção governamental. Nesse sentido, a suspensão progressiva da proteção pode ser benéfica à indústria se segmentos menos sofisticados precederem os demais, desde que outras partes do “diamante” também sejam melhoradas. Ressalte-se que a realização de uma política de proteção temporária exige independência excepcional da autoridade governamental, além da premissa de continuidade no governo, condições bastante difíceis de alcançar.

No caso da proteção para permitir a adaptação das indústrias existentes, o estudo do autor mostra que tal medida raramente tem êxito, logrando, no melhor dos resultados práticos observados, a redução de uma empresa a um núcleo sustentável. Isso ocorre porque esta prática, dada a sua gênese política, não inclui imposições drásticas como as falências e as reduções de capacidade necessárias, de sorte que não ataca a verdadeira causa do problema, que é o posicionamento atual da indústria em um “diamante” desfavorável (isto é, em áreas em que não tem força nem possibilidade de obtê-la), retardando, ao invés de estimular, o processo de reestruturação para auferir vantagens competitivas reais.

Com relação à cooperação direta (horizontal) entre empresas com o fito de melhorar a

¹⁰² O autor cita os exemplos do Japão e Coréia, cujas indústrias protegidas que obtiveram vantagem competitiva enfrentaram acirrada concorrência interna em produtos como automóveis, aço, máquinas-ferramentas e

competitividade, observa-se que seus benefícios são questionáveis, visto que as mais das vezes ela enfraquece a vantagem competitiva a longo prazo ao minar a rivalidade, limitar a inovação e estimular fusões e pedidos de proteção, razões suficientes para a recomendação de proibição de produção conjunta ou cooperação direta entre líderes. Não obstante, esforços cooperativos guindados por entidades independentes às quais as empresas tenham acesso equânime podem e devem ser estimulados, casos, por exemplo, de cooperativas de associações comerciais com vistas a criar fatores em forma de centros de treinamento, operações de infra-estrutura especializada e patrocínio de centros universitários de pesquisa. Simultaneamente, as empresas devem competir em outros aspectos como o desenvolvimento do produto, preços e estratégias. No que concerne à cooperação vertical (comprador-fornecedor), em princípio ela favorece a inovação (portanto, a obtenção de vantagem nacional), desde que cumpra o requisito de que seus partícipes não estabeleçam entre si uma relação excludente das demais empresas.

Para países em desenvolvimento como o Brasil, as observações aqui arroladas revestem-se de características ainda mais contundentes: o país enfrenta o desafio de escapar das amarras de uma estratégia baseada exclusivamente nos fatores e melhorar todas as quatro partes do “diamante” o suficiente para alcançar o patamar de competir internacionalmente em indústrias mais adiantadas. Da dependência mútua dos determinantes advém sua significação mais relevante, qual seja, a debilidade de qualquer deles limita o desenvolvimento, ou, dito de outro modo, o elo mais fraco retarda o progresso da economia do país. Dessarte, a criação de fatores adiantados como prioridade, assentada em condições preliminares como educação, capacitação técnica, base de informações e modernização da infra-estrutura, seguida da etapa de impulso via investimento são imprescindíveis para consolidar e acelerar uma estratégia de desenvolvimento baseada em uma vantagem competitiva sustentável.

Nesse contexto é que se espera que a política antitruste brasileira atue em consonância com os seus objetivos de proporcionar um ambiente competitivo que gere maior eficiência econômica para a sociedade – traduzida em inovação, qualidade de produtos e preços mais baixos – e, por conseguinte, maior bem-estar para seus cidadãos. Não apenas a política antitruste, mas a política industrial e as demais políticas governamentais, uma vez que o “diamante” torna interdependentes várias áreas, desempenham um papel importante – embora, como já mencionado, parcial – na construção da vantagem competitiva. Ao arrepio do que se supõe, as políticas governamentais não devem assumir o mero papel de auxiliares ou apoiadoras da indústria, e sim de pressionadoras das forças que criam e fortalecem a vantagem nacional. O assistencialismo excessivo, ao invés de estimular, enfraquece tais forças. O governo deve reconhecer suas áreas de maximização legítima de influência, isto é, aquelas nas quais ele é capaz de promover a prosperidade econômica, e atuar não no sentido de um jogo de perde-ganha (ganho para uns à custa de perdas para outros) e sim no intuito de fomentar as forças criativas e integradoras da economia, em que há lugar para vantagens tanto para países adiantados quanto menos adiantados¹⁰³.

Às políticas governamentais cabe a tarefa de viabilizar a competição mediante o empreendimento ativo de esforços para produzir a criação de fatores e, simultaneamente, criar uma certa adversidade e intensa pressão competitiva que conduzam à inovação e ao salto qualitativo dos segmentos industriais. Em plano mais abrangente, o governo deve agir como um farol sinalizador, influenciando a maneira pela qual as empresas competem, identificando e focalizando as prioridades e os principais desafios que enfrentam – precisamente daí dimana sua atribuição de definir ou aumentar o nível de prioridade que o país confere à competição.

¹⁰³ O contrário também é válido: Porter (1993:760) alerta que os prejuízos do retardamento da inovação e da melhoria continuada são igualmente sérias para países adiantados e menos adiantados.

Cumpra observar que tais instrumentos – criação de fatores avançados, estímulo à rivalidade interna, incentivo à sofisticação da demanda –, a par de sua natureza incômoda, comportam um horizonte temporal mais longo do que outros mais facilmente utilizados – como subsídios, proteção, administração macroeconômica –, conquanto estes se mostrem ineficientes ou mesmo contraproducentes face àqueles, inda mais em países no estágio de desenvolvimento em que se encontra o Brasil, onde grupos de interesse especiais detêm forte influência política ou nos quais não se formou convicção consensuada entre os participantes do jogo político (poder público e sociedade) acerca da estratégia de desenvolvimento adequada a ser perseguida.

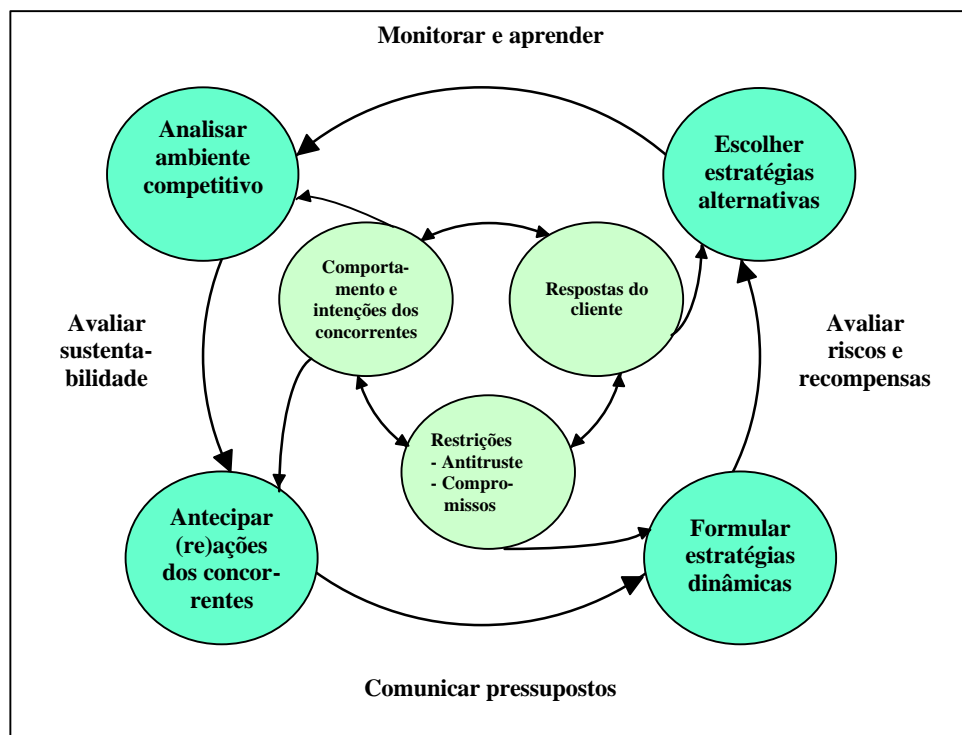
4.2. Estratégias competitivas e ação antitruste

Do ponto de vista das empresas, hodiernamente é mister uma visão integradora de estratégias competitivas a partir de perspectivas disciplinares diferentes, vale dizer, uma visão multidisciplinar que permita compreender não somente o ambiente complexo em que as empresas atuam, como também as possíveis interconexões presentes em seu *modus operandi*. Isto posto, não se pode descuidar de um dos importantes elementos¹⁰⁴ para as considerações estratégicas das empresas: a inserção das políticas governamentais – como definidoras ou redefinidoras da competição – e de suas limitações associadas – das quais destaca-se, dado o foco deste trabalho, a regulamentação antitruste. Observe-se que aqui as idéias desenvolvidas por Porter se encaixam perfeitamente, face os liames passíveis de serem observados entre as estratégias escolhidas pelas empresas e as políticas governamentais, não somente do ponto de vista do agente formulador e aplicador de tais políticas, como também sob a ótica gerencial dos condutores dos negócios.

¹⁰⁴ Outros elementos e perspectivas que agregam valor à visão integradora estratégica são: perspectivas baseadas em recursos e na estrutura que conduz o desempenho; teoria dos jogos e visões do comportamento; tecnologia;

Day e Reibstein (1999:26) sugerem quatro desafios principais para o desenvolvimento de estratégias competitivas, na forma de um fluxo auto-alimentador cujo esquema é mostrado na Figura 4.2:

- (i) a compreensão das vantagens em um ambiente competitivo de mudança;
- (ii) a previsão das ações dos concorrentes;
- (iii) a formulação das estratégias competitivas dinâmicas; e
- (iv) a escolha de estratégias competitivas alternativas.



Fonte: Day e Reibstein (1999:27).

Figura 4.2 – Formulação de estratégias competitivas dinâmicas

Tal fluxo é influenciado, também, por um fluxo interno, igualmente auto-alimentador, que inclui o comportamento e intenções dos concorrentes, as restrições existentes e as respostas dos clientes, sendo que cada um desses elementos age sobre diferentes dimensões

cenários, jogos de guerra e simulações; e sinalizações e ações. Para ver uma análise detalhada consultar o trabalho de Day e Reibstein (1999).

do fluxo principal. No escopo do terceiro item do parágrafo precedente, a exploração de opções estratégicas por parte das empresas comporta o exame de algumas das limitações da estratégia competitiva, como os usos dos compromissos (ações e serviços irreversíveis) e a legislação antitruste. Em se tratando desta última, algumas das restrições foram trazidas à baila pelos indigitados autores e, embora deduzidas da realidade da práxis norte-americana de tradição antitruste fortemente enraizada, facilmente encontram ressonância no âmbito de outras realidades nacionais.

Posto que a legislação antitruste no Brasil, entre outras diferenças, permita a notificação posterior com respeito às aquisições, fusões e incorporações de empresas, também aqui as alterações na estrutura do mercado freqüentemente são objeto de análise por parte das autoridades antitruste e tais análises podem alterar fundamentalmente uma estratégia adrede planejada. Obviamente a importância de tais considerações atrela-se diretamente à experiência do país na área, ou, dito de outro modo, tais considerações terão maior impacto quanto maior for a experiência do país com o uso de ferramentas antitruste. A abordagem gradualista de Oliveira (2001a:29) sugere um *continuum* de desenvolvimento em que se insere a evolução do desenho institucional em matéria de defesa da concorrência, e é nesse contexto que se pode afirmar que os avanços brasileiros ainda não prescindem do prosseguimento de práticas que efetivamente consolidem o recém-instalado¹⁰⁵ arcabouço antitruste no país, com vistas a fomentar a criação de uma tradição brasileira no tema. Nada obstante, é útil se valer da experiência de modelos alhures consolidados, qual o norte-americano, para que o processo de aprendizado desde o cerne se reverta em benefícios multiplicados para o caso brasileiro.

Na medida em que a lei antitruste brasileira prevê que atos que limitem ou prejudiquem a concorrência, ou ainda, resultem na dominação de mercados relevantes de bens

e serviços devem ser submetidos à apreciação das autoridades¹⁰⁶, o uso do poder de mercado daí decorrente admite considerações antitruste por parte das empresas que desejam viabilizar a implementação de suas estratégias, o que termina por restringir o leque de opções disponíveis para as mesmas. No dizer de Day e Reibstein (1999:323), de modo geral “o processo antitruste pode ocasionar atrasos (...) ou acarretar riscos à (...) implementação de uma estratégia”. Ações antitruste podem igualmente gerar óbices a futuras ações da empresa mediante exigências regulamentares para a aprovação do ato analisado. Os autores comentam que o maior impacto da política antitruste é, em verdade, o seu efeito invisível nas práticas da empresa, ao invés de ações observáveis¹⁰⁷.

A relevância das considerações antitruste nos estágios iniciais de formulação de estratégias depende de vários fatores, quais sejam: (i) a probabilidade de existência de efeitos anticompetitivos decorrentes da estratégia; (ii) o impacto de uma acusação baseada na lei antitruste sobre a formulação e implementação da estratégia, que será tanto mais forte quanto mais disseminada estiver a cultura da concorrência no país; (iii) a possibilidade de ações reparadoras a problemas anticompetitivos ou de considerações de eficiências líquidas geradas; (iv) o processo de tomada de decisões da organização.

O conhecimento das restrições antitruste provê importante ferramental para que a empresa avalie adequadamente as possíveis limitações faceadas pelos concorrentes. Daí para o uso de tal conhecimento em formulação de estratégias de defesa é o caminho mais recomendável, incluídos tanto a previsão de futuros acordos vantajosos com concorrentes

¹⁰⁵ Do ponto de vista da configuração do SBDC tal como é atualmente.

¹⁰⁶ Cf. art. 54 da Lei nº 8.884/94.

¹⁰⁷ Salgado (1997:155-156), comentando a experiência norte-americana, diz que “é razoável supor que os efeitos da aplicação da lei sobre a atividade econômica sejam mais indiretos que diretos (...). Isto significa dizer que o efeito é maior sobre as convenções que orientam comportamentos e estratégias do que sobre o desempenho observável através das variáveis cujas observações são coletadas convencionalmente, como lucro, preços etc.”.

quanto à prevenção contra alianças potencialmente perigosas eventualmente propostas por essa mesma concorrência.

A probabilidade de que se inicie uma investigação antitruste é uma característica fundamental a ser considerada em termos de impacto sobre a estratégia. O alerta dos autores diz respeito à limitação de recursos dos órgãos fiscalizadores, fato bastante afeito à conjuntura nacional¹⁰⁸, o que prejudica de maneira contumaz as investigações levadas a cabo pelas autoridades antitruste, tornando-as falhas ou incompletas. Nos EUA, os órgãos muitas vezes concentram-se em casos que podem envolver prejuízo significativo para o consumidor e cuja probabilidade de ganho de causa é maior¹⁰⁹. No Brasil as dificuldades são ainda maiores, uma vez que os poderes de investigação das autoridades antitruste são limitados tanto pela inexperiência advinda da falta de tradição na área quanto pelo desenho ainda lacunar do atual sistema, conforme será comentado em item ulterior.

A par da disparidade de objetivos da estratégia competitiva e da ação antitruste, há que se computar as diferenças de abordagem e formação existentes entre gerentes e autoridades reguladoras. Se a lei não recepciona totalmente o ideário econômico, tampouco o faz com as concepções da estratégia gerencial. A pouca familiaridade com questões estratégicas é igualmente válida para os profissionais envolvidos na aplicação da lei, sejam eles juristas ou economistas, posto que especializados em antitruste, estando aí a origem de perspectivas por vezes bastante contraditórias proferidas por reguladores e gerentes sobre o mesmo assunto. Deve-se atentar para o fato de que, nada obstante o preparo técnico cada vez maior desses profissionais na área de organização industrial, ainda é raro que eles tenham a mesma

¹⁰⁸ A questão de limitação de recursos no âmbito do sistema brasileiro de defesa de concorrência foi mencionada nos trabalhos de Clark (2000) e Schmidt (2002).

desenvoltura e experiência para lidar com questões específicas do setor privado, e ainda que seus afazeres diários lhes aumentem a compreensão dessas questões, tal compreensão passa pelo filtro do conhecimento jurídico e econômico que detêm, o que não é sinônimo de um arcabouço conceitual de política de negócios.

Destarte, nos exemplos dos autores – perfeitamente aplicáveis em um Brasil de gerentes, de um lado, raramente atentos às questões antitruste passíveis de serem suscitadas em suas ações, e de autoridades reguladoras, de outro lado, desconhecedoras dos aspectos gerenciais¹⁰⁹, até porque os profissionais envolvidos nas análises técnicas da SEAE e SDE, que instruem os processos levados ao CADE, têm formações heterogêneas, não se atendo somente às áreas econômica e jurídica¹¹¹ –, argumentações de gerentes acerca de ações que para eles são inerentes ao negócio, como trocas de informações, *benchmarking*¹¹², ou impedimentos de guerras de preços poderiam ser vistas pelos reguladores como prática de conluio danoso à concorrência. Da mesma sorte, vantagens estratégicas de um lado poderiam ser entendidas como poder de monopólio ou práticas anticompetitivas de outro, e estratégias

¹⁰⁹ A opção por investigar ou não um caso é denominada exercício da “discriminação processual”, cujo uso, dentro do razoável, pondera diversos fatores que podem ou não receber peso significativo por parte dos tribunais (Day e Reibstein (1999:327)).

¹¹⁰ Tanto a reorganização do arcabouço institucional quanto as preocupações antitruste no Brasil ainda são relativamente recentes, do que decorre, de modo geral, entre os profissionais envolvidos e mesmo na sociedade, a pouca desenvoltura no trato com a matéria.

¹¹¹ Em levantamento procedido em outubro de 2002, para fins de aplicação interna na SEAE, o Coordenador-Geral de Comércio e Serviços, Sr. Marcelo Ramos, fez um quadro do pessoal que trabalha nos três órgãos, assim distribuídos: SEAE, 59 funcionários (35 sem vínculo, 20 do quadro do órgão e 4 outros); SDE, 25 funcionários (15 sem vínculo, 2 do quadro do órgão e 8 outros); CADE, 25 funcionários (16 sem vínculo, 0 do quadro do órgão e 9 outros). Assim, dos 109 funcionários, apenas 20% pertencem ao quadro do SBDC. Além da característica de alta rotatividade daqueles que não têm vínculo com o sistema (ensejada porque ocupam cargos comissionados de baixa remuneração), o autor alerta para o fato de que a maioria dos funcionários do quadro é constituída por funcionários administrativos, que não têm nível superior.

¹¹² Na definição apresentada em Monteiro (1998b), que perfaz uma análise da aplicabilidade das técnicas de *benchmarking*, oriundas do setor privado, ao setor público, o termo *benchmarking* é uma palavra não traduzida do inglês e que se refere ao processo dinâmico de observância de referenciais de excelência, internos ou externos à realidade daquele que observa, buscando o aprendizado contínuo através das informações obtidas com vistas a uma ação transformadora da própria realidade. Dito de outro modo, em nota de Day e Reibstein (1999), *benchmarking* é “um processo através do qual empresas concorrentes podem buscar informações umas das outras com o objetivo de descobrir como melhorar suas várias práticas funcionais e instituir iniciativas a fim de emular a melhor prática – aprendendo com os sucessos e erros dos outros”, além de ser visto como “forma de mudar o pensamento de alguém”.

de cooperação entre empresas correriam o risco de ser malvistas pelos reguladores como restrições à concorrência. Tais diferenças de entendimento desempenham papel importante nos pesos atribuídos aos conceitos gerenciais na análise antitruste¹¹³.

Outra questão importante levantada pelos autores, que pode contribuir sobremaneira para as reflexões sobre a ação antitruste no Brasil, subjaz nas alianças estratégicas e outras formas de cooperação entre empresas, práticas deveras comuns, poder-se-ia mesmo dizer cruciais no complexo ambiente em que as empresas se movimentam. Há uma tênue linha divisória entre cooperação aceitável e conluio inaceitável por parte das autoridades antitruste, de vez que é inconteste a maior probabilidade de que as estratégias de cooperação, ao contrário das unilaterais, facilitem a prática de conluio, patenteando a relevância de considerações antitruste para o deslinde da questão. Atividades de cooperação que podem ser abordadas nesse sentido compreendem as trocas de informação entre concorrentes, o licenciamento da propriedade intelectual¹¹⁴ e as fusões e *joint ventures*¹¹⁵.

Com relação a trocas de informações, estas podem acontecer até por acaso, em congressos e outras ocasiões que reúnem profissionais de uma mesma área de negócios para tratar de um objetivo específico, nos quais eles terminam por intercambiar entre si

¹¹³ Para ilustrar tal situação os autores compararam explicações de economistas e gerentes acerca de resultados de mercado em diversos setores: os primeiros se concentraram tradicionalmente nos resultados da indústria como um todo, enquanto que os últimos focalizavam as estratégias empresariais específicas de cada empresa. Citam o professor Richard Nelson que observa que os economistas não conseguem se desligar do pressuposto de que, dadas as mesmas condições, as empresas farão a mesma coisa, enquanto que o pressuposto inicial da perspectiva gerencial é de que as empresas são intrinsecamente diferentes e possuem conjuntos de opções diferentes (Day e Reibstein (1999:329-330).

¹¹⁴ A propriedade intelectual envolve direitos sobre patentes, marcas e *copyrights* que permitem ao seu detentor exercer monopólio de uso do item por um período determinado. O poder de monopólio é conferido através de restrições à imitação ou duplicação, mas seus custos sociais devem ser superados pelos benefícios sociais advindos dos maiores níveis de atividade criativa por parte dos monopolistas (Glossary (1990:49), tradução livre desta autora).

¹¹⁵ Uma *joint venture* é uma associação de firmas ou indivíduos similar à parceria, porém formada para concretizar um projeto de negócios específico (como produzir determinado produto ou fazer pesquisa em uma determinada área). Geralmente é justificada em termos do risco e dos grandes aportes de capital inerentes a tal

informações indevidas. Para se decidir se é cabível a investigação antitruste, a intencionalidade, aqui, é menos importante do que o seu impacto sobre a concorrência.

As trocas de informações podem ser diretas – entre aqueles que as possuem (inclusive *benchmarking*), através de *joint ventures* ou outras alianças entre os envolvidos, ou através de terceiros, como as associações – ou indiretas, via sinalização ou outros mecanismos de facilitação, estes últimos entendidos como atividades que facilitam a coordenação de preços ou outro comportamento anticompetitivo pelas partes envolvidas e cujo problema é sua tendência anticompetitiva manifesta nas circunstâncias, e não seu resultado anticompetitivo comprovado em casos específicos¹¹⁶. Assim, menos a troca em si e mais as suas conseqüências são objeto de preocupação das leis antitruste, haja vista o potencial facilitador que pode conter uma informação para criar e manter um esquema colusivo.

As trocas de informações também são freqüentes no curso das discussões de negócios entre concorrentes, seja por causa de relacionamentos formais já existentes entre eles (como *joint ventures*), seja pela intenção de celebrar acordos ou alianças estratégicas futuras. De todo modo, o cuidado para não gerar conflitos antitruste deve ser o grau de liberalidade das informações veiculadas – o que, quando e para quem liberar –, bem como as responsabilidades e limitações que isso impõe ao gerenciamento do fluxo de informações no projeto organizacional. Nos EUA, problemas costumam surgir quando discussões entre concorrentes horizontais chegam a estágios avançados e o acordo pretendido não é consumado, pois nestes casos é provável que tenha havido quebra de confidencialidade suficiente para facilitar a colusão. No Brasil, a possibilidade de notificação posterior de

projeto e implica considerações antitruste quando estabelecida entre concorrentes (Glossary (1990:51), tradução livre desta autora).

¹¹⁶ Os mecanismos ou práticas de facilitação foram definidos por Phillip Areeda, transcrito por Day e Reibstein (1999) na p. 333 de seu trabalho.

acordos, prática preferida das empresas, deixa pouco espaço para que se cogite a respeito, visto que as mais das vezes as análises dos órgãos antitruste são concluídas muito tempo após a consumação dos mesmos¹¹⁷. De qualquer forma valem, como estratégias de defesa possíveis, além da conscientização das implicações anticompetitivas, a divulgação estrita de informações plenamente justificadas por uma lógica competitiva e somente para aqueles que dela necessitam.

No que tange ao controle da propriedade intelectual e à estratégia para explorá-lo, a lucratividade de muitas indústrias se baseia nestes aspectos, visto que eles podem conduzir à superioridade de desempenho, de onde se origina a necessidade de considerações antitruste que contenham o grau de alavancagem competitiva daí decorrente. Nos EUA o licenciamento do principal concorrente (efetivo ou potencial) pode ser avaliado como redução na concorrência, bem assim o uso do poder da patente como alavanca para dominar o mercado ou para criar barreiras à erosão de seu domínio pode ser considerado anticompetitivo. As estratégias de defesa são evitar cláusulas duvidosas e justificar como pró-competitivas as que assim pareçam.

No que concerne às fusões e aquisições, as considerações antitruste atêm-se ao aumento de capacidade das empresas (ou de uma única empresa) coordenar ações com o objetivo de aumentar preços, em um dado mercado relevante. Tanto nos EUA quanto no Brasil a análise açambarca, após o exame dos mercados geográfico e do produto (considerações estruturais) e das condições de entrada, a avaliação dos efeitos competitivos gerados (como eficiências específicas), assentada, esta última, na determinação da

¹¹⁷ Oliveira (2001a:19) informa que antes da introdução de procedimento simplificado, os três órgãos do sistema levavam 605 dias em média para analisar os casos, 40,4% acima dos 120 dias previstos em lei. Com a aplicação das Resoluções nº5/96 e nº15/98 houve significativa melhora, embora no entender do autor ainda sejam

concentração (ou sua mudança) nos mercados afetados¹¹⁸.

Já as *joint ventures*, embora suscitem questões semelhantes, chamam menos atenção do que as fusões horizontais pelo fato de possuírem uma meta de eficiência clara e não propiciarem extensa integração entre as participantes. Entretanto, há aspectos particulares que interessam às autoridades antitruste, em especial relativos aos efeitos que tais alianças exercem nas ações das empresas controladoras, tais como: (i) diminuição da intensidade de competição entre as acordantes; (ii) redução da possível concorrência, que não aconteceria na ausência da *venture*; (iii) estabelecimento de condições, como trocas de informação, para prática de conluio; (iv) criação de barreira à entrada via controle de um insumo essencial. A par disso, podem-se permitir *joint ventures* claramente anticompetitivas devido ao quesito inovação, como por exemplo a criação de um novo produto de existência improvável sem tal acordo. Aí se percebe um viés de eficiência (análise de custo-benefício) que de forma geral justifica a maioria das *joint ventures*. Ressalte-se ainda que é possível o questionamento de cláusulas específicas da *joint venture*, ao invés do acordo inteiro, especialmente quanto a alegada cláusula anticompetitiva não for considerada essencial ao propósito do acordo firmado.

Algumas peculiaridades emergem do exame de atos de concentração em uma economia em transição qual a brasileira, conforme sugere Oliveira (2001a:28). São elas: (i) a definição de parâmetros de referência sobre faixas de concentração deve sempre considerar o tamanho do mercado nacional; (ii) elevadas taxas de concentração podem ocorrer temporariamente sem prejuízo da concorrência, em certos mercados no início da difusão de

necessárias novas alterações. O autor também afirma que os requerentes na maioria dos casos realizam o ato e somente após sua conclusão o submetem à aprovação pelo CADE.

consumo de um bem ou serviço, desde que as barreiras à entrada não sejam excessivas; (iii) economias em transição têm elevadas barreiras à entrada devido às imperfeições no mercado de capitais, precariedade da infra-estrutura, escassez de capital humano e capacitação empresarial e excesso de regulamentação; (iv) a ocorrência de elevadas eficiências é mais freqüente em virtude das distorções prévias ao processo de liberalização dos mercados.

Em que pesem todos os aspectos arrolados até agora, cumpre salientar-se que a regra da razão (ou a consideração de benefícios *versus* malefícios) é característica peremptória de análise da ação em foco, o que eqüivale a dizer que havendo justificativa legítima para, por exemplo, trocas de informações, ou eficiências líquidas geradas de outras práticas de cooperação, em geral evitam-se problemas de abordagem antitruste, postura que coincide com a prática brasileira, conforme expresso no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração (1999:19):

“(...) a compreensão de que os atos de concentração envolvem potencialmente efeitos negativos e positivos para o bem-estar econômico e que, por isso, não podem ser per se aprovados ou reprovados, encontra-se consagrada na legislação brasileira de defesa da concorrência, pela exigência de aplicação do princípio da regra da razão, na avaliação da legalidade de cada ato”.

Com relação às trocas de informações e outras práticas cooperativas, particularmente, Day e Reibstein (1999:339) informam que há outros fatores que afetam a conclusão de que tais práticas sejam consideradas violação à lei antitruste, quais sejam:

- (i) as posições competitivas dos participantes e a estrutura competitiva do mercado no qual ocorre a troca;
- (ii) o significado competitivo das informações trocadas;
- (iii) a freqüência e o momento da troca;

¹¹⁸ Para uma visão detalhada da análise de atos de concentração no Brasil, consultar Oliveira (2001a). Para conhecer os procedimentos para análise de atos de concentração empregados pela SEAE, consultar o Guia para

- (iv) as eficiências geradas ou a justificativa para a troca.

Em princípio, há baixo risco antitruste em trocas de informações entre empresas que não competem no mesmo mercado. Justamente o oposto ocorre quando as empresas atuam no mesmo segmento industrial; neste caso, as considerações antitruste dar-se-ão em torno das posições competitivas das participantes (vale dizer, se possuem poder de mercado) e da estrutura do mercado. Em geral, é comum o entendimento econômico de que a existência de poder de mercado é condição *sine qua non* para haver prejuízo à concorrência. A lei brasileira utiliza o termo posição dominante para designar, praticamente, o mesmo conceito de poder de mercado¹¹⁹.

No Brasil a análise de poder de mercado passa pela definição do mercado relevante e pela determinação da parcela de mercado controlada pela empresa ou grupo de empresas. O mercado relevante se define como o menor grupo de produtos e serviços (dimensão produto)¹²⁰ e a menor área geográfica (dimensão geográfica)¹²¹ necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços¹²². Baseados nessa definição são explorados os possíveis

Análise Econômica da Atos de Concentração (1999).

¹¹⁹ Cf. Mello (2002:498).

¹²⁰ De acordo com a Resolução CADE nº15/98, um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

¹²¹ De acordo com a Resolução CADE nº 15/98, um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.

¹²² Chamado teste do “monopolista hipotético”, vide Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração (1999:26).

efeitos anticompetitivos decorrentes da transação analisada (levando em conta características dos produtos, substituíbilidade dos mesmos, evolução de preços relativos e quantidades vendidas etc.).

A capacidade de exercício, unilateral ou coordenado, de poder de mercado ocorre quando a transação gera o controle de uma parcela suficientemente alta de mercado relevante¹²³. Nestes casos, é considerada a probabilidade de exercício desse poder envolvendo fatores como importações, condições de entrada, oportunidades de vendas e efetividade da rivalidade, entre outros. Mercados abrangentes, menos concentrados, são em geral menos propensos à prática colusiva. Por outro lado, mesmo em mercados limitados pode não haver sobreposição entre as partes que trocam informações e por conseguinte menor potencial anticompetitivo.

Em termos de significado, certos tipos de informações trocadas são potencialmente mais perigosas que outras, sobretudo aquelas relacionadas a preços, custos (se particularmente ligadas a planos de limitar a concorrência) ou a estratégias de competição. As informações históricas, mormente se disponíveis ao público, são menos danosas. Quanto à frequência da troca, quanto mais amiúde ela ocorre, maior o risco apontado pela perspectiva antitruste de que se tenha ensejado ações colusivas, risco este que pode ser mitigado se a troca se dá entre terceiros ou associações e se a informação é agregada. Finalmente, os órgãos antitruste avaliam a existência de justificativas pró-competitivas para o intercâmbio de informações (por exemplo, informações necessárias ao estabelecimento de padrões industriais) e se há abordagens anticompetitivas alternativas para alcançar as mesmas metas propostas.

¹²³ Vide Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração (1999:29). Cf. os critérios arrolados, a concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta sempre que: (i) para exercício unilateral, resultar em participação igual ou superior a 20% do mercado relevante; (ii) para exercício

Day e Reibstein (1999:341) igualmente mencionam que, a par das medidas de defesa anteriormente levantadas na previsão de considerações antitruste na ação estratégica das empresas, usos ofensivos podem ser engendrados contra os concorrentes, vale dizer, o antitruste pode ser usado como arma competitiva, dado o potencial de mudança substancial que seus efeitos comportam, não somente diretos (como vendas de ativos e fábricas ou proibição de práticas anticompetitivas), mas também indiretos, estes condicionados à maior repercussão dos casos – aqueles que envolvem empresas com maior poder de mercado, portanto mais suscetíveis aos processos antitruste (como mudanças no grau de incerteza no ambiente de negócios do concorrente, efeitos na imagem pública da empresa, desvios de atenção gerencial etc.).

Tal uso ofensivo de uma estratégia legal, mesmo em ambientes onde a cultura da concorrência é altamente disseminada, tem sua eficácia condicionada à séria dúvida quanto ao fato de a empresa mirada haver violado a lei antitruste, sendo, por conseguinte, de efetividade duvidosa, visto que não se pode prever suas conseqüências, particularmente as relacionadas a dois aspectos:

- (i) os processos criam cargas significativas sobre a gerência, pois são os órgãos antitruste, e não as empresas envolvidas, que determinam o seu resultado e as possíveis ações reparadoras;
- (ii) os processos ficam parcialmente fora, em alguns casos em grande parte, do controle da empresa que deseja usar esta estratégia. Há uma tendência de haver maior controle sobre processos movidos por outras empresas – que podem ser suspensos ou findar em acordo entre as partes que talvez nem chegue a resolver o problema original – do que sobre os de iniciativa governamental, cujas

coordenado: a soma de participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) for igual ou superior a 75% e a participação da empresa concentrada for igual ou superior a 10% do mercado relevante.

soluções, ao menos teoricamente, põem termo ao problema da concorrência (que não necessariamente é sinônimo do problema dos concorrentes), além de poder levantar, no curso das investigações, outros questionamentos antitruste indesejáveis para a empresa que pretendia a ação original.

Ademais, é mister uma coordenação considerável entre os advogados e administradores de uma empresa para que uma estratégia legal complexa e complementar à estratégia de negócios funcione a contento, coordenação esta que esbarra na limitação dos conhecimentos cada grupo dos profissionais mencionados sobre as reais implicações que um tipo de estratégia tem na outra, já que tais conhecimentos normalmente ultrapassam os que são de sua alçada. Conquanto na maior parte dos processos antitruste não seja necessária a rígida coordenação entre as duas estratégias (mormente se os objetivos resumem-se a mera indenização compensatória de práticas anticompetitivas pregressas), ainda assim os gerentes devem atentar para as implicações antitruste decorrentes dessas estratégias (por exemplo, indícios materiais que surjam durante o processo e influenciem os resultados do litígio). Ainda, os gerentes devem considerar os reguladores (e juízes, quando for o caso) como a terceira força individual nas ações competitivas, ao lado de clientes e concorrentes, por quanto ignorar o impacto do arsenal antitruste pode ser tão letal quanto subestimar um concorrente.

4.3. Política antitruste: objetivos, instrumentos e desenho institucional

A política antitruste não se encontra imune às tensões inerentes ao debate ideológico que embasa suas concepções, conforme ressalta Khemani (1998). Questões relativas à inclusão de conceitos econômicos, como a eficiência, e não econômicos, como o interesse público, suscitam intensa discussão que se reflete diretamente na definição dos objetivos

dessa política. De um lado, a maximização da eficiência econômica não deixa espaço para quaisquer considerações de ordem sócio-política como justiça e equidade; de outro, a visão de uma política de competição assentada sobre valores múltiplos e abrangentes das nações – como cultura, história, instituições e auto-percepção –, portanto não redutíveis a considerações econômicas, não é facilmente quantificável nem pode ser ignorada nas ações de fazer cumprir a lei antitruste.

A consideração de questões abrangentes no âmbito da política antitruste encontra ressonância nos recentes estudos divulgados pelo Banco Mundial acerca de um modelo de desenvolvimento sustentável para as economias, que, em última instância, vem a ser a síntese sobre a qual se assenta não somente esta, mas todas as políticas de uma agenda governamental. Segundo o Relatório de Desenvolvimento Mundial 2002, uma nova visão para mitigar a pobreza vem sendo desenvolvida desde 1999. Tal visão focaliza o modelo do “*desenvolvimento inclusivo*”, o qual busca ser mais efetivo através do balanceamento entre requisitos macroeconômicos e aspectos estruturais, humanos e físicos do desenvolvimento – uma espécie de sintonia fina que intenta conjugar adequadamente elementos econômicos e sociais para alcançar seu objetivo. O modelo se baseia em quatro princípios inter-relacionados, quais sejam: (i) uma abrangente visão de longo prazo das exigências e soluções para o desenvolvimento; (ii) maior propriedade de estratégias de desenvolvimento pelo próprio país, todas baseadas em participação e inclusão; (iii) incentivo às parcerias estratégicas e à coordenação entre empreendedores (*stakeholders*); e (iv) o controle público (*accountability*) do desenvolvimento provém da aferição de resultados.

Tomando uma visão holística, o modelo explicitamente reconhece a importância das instituições no processo de desenvolvimento de cada país – portanto sua relevância para a

formulação e implementação de políticas. Os aspectos estruturais – um efetivo modelo de governança, um sistema legal e judicial, um sistema financeiro regulatório e uma rede de segurança social (*social safety net*) – são inseparáveis de fatores macroeconômicos, humanos e físicos. A ênfase nesta interdependência significa identificar gargalos institucionais e ligações inter-setoriais como o coração do processo de desenvolvimento sustentável. O modelo se estende para analisar como as instituições funcionam. A propriedade das estratégias transfere das agências internacionais para os governos e a população dos países a responsabilidade pelo próprio desenvolvimento¹²⁴. Maior coordenação entre empreendedores (*stakeholders*) internos e externos significa que as instituições obrigatoriamente devem ter mais processos de consulta e maior intervenção seletiva.

Voltando ao debate, outras fontes de tensão surgem em torno de políticas antitruste, como o conflito subjacente entre as disciplinas jurídica e econômica, conflito este decorrente da necessidade, para sua aplicação, tanto da existência de regras legais claras (que promovam a certeza, embora não possam abrangar todas as situações anticompetitivas atuais ou potenciais) quanto da consideração de fatos específicos¹²⁵. Tal conflito é, na maioria das jurisdições, o que envolve a aplicação da regra *per se* para determinadas práticas (como por exemplo a formação de cartel) e a da regra da razão para outras (como por exemplo os contratos de exclusividade), individualizando, na combinação da aplicabilidade desses dois princípios, o desenho das regras antitruste de cada país.

Outra controvérsia importante focaliza a prioridade que as políticas antitruste devem receber no ranking das políticas governamentais. A legislação antitruste é geralmente de

¹²⁴ O que também vai ao encontro da tese defendida por Porter (1993) de que as nações fomentem a construção de suas próprias vantagens competitivas.

¹²⁵ Cf. Khemani (1998).

aplicabilidade geral¹²⁶, e assim comporta complexas inter-relações com outras políticas governamentais – como a política comercial, a política industrial, a política de ciência e tecnologia, para mencionar algumas¹²⁷. A política antitruste toca várias outras políticas econômicas que afetam os mercados locais e nacionais, políticas que a seu turno podem desempenhar importante papel em determinar quais os mercados acessíveis para as empresas, além de simultaneamente reforçar a lei antitruste.

Destarte, há que se considerar a extensão em que os objetivos da política antitruste devem ser perseguidos sem conflituarem com os das demais políticas públicas. Para tanto, a formulação e implementação destas políticas devem levar em conta os princípios competitivos, de modo a evitar distorções no mercado e preservar a consistência no conjunto de decisões governamentais. Nesse sentido, Khemani (1998) afirma que a política antitruste deve ser vista como o quarto pilar da política econômica governamental, juntamente com as políticas monetária, fiscal e comercial.

Muitos argumentam que a abertura comercial e a desregulação são medidas suficientes para promover a competição, o que não é necessariamente o caso, como explicam Khemani e Dutz (1998:29), mormente devido às seguintes razões: (i) um alto e crescente percentual da atividade econômica, tanto em países industrializados como em desenvolvimento, é relacionado com produtos e serviços não-comercializáveis; (ii) na ausência de competição efetiva, firmas domésticas podem aumentar preços acima do preço internacional mais os custos de transporte e ainda assim impedir importações; (iii) acordos contratuais inter-firmas e

¹²⁶ Ressalvadas as exceções especiais que são definidas em lei.

¹²⁷ Além destas, Khemani (1998:8) menciona como políticas que podem sustentar ou limitar a aplicabilidade da política antitruste: política de desenvolvimento regional, política de propriedade intelectual, políticas de privatização e reforma regulatória, políticas de investimento e taxação, e licenças para comércio e profissões. Ademais, políticas setoriais de meio-ambiente, saúde, telecomunicações, indústrias culturais, mercado financeiro e incentivo à agricultura tendem a restringir os objetivos da política antitruste.

integração vertical podem inviabilizar o desenvolvimento de novas fontes de recursos ou novos canais de distribuição; (iv) cartéis internacionais podem repartir mercados entre si através de acordos de fixação de preços ou divisão geográfica de mercados, e importadores e firmas estrangeiras podem achar mais vantajoso participar de arranjos anticompetitivos domésticos do que competir; (v) diferenças de renda, gosto e cultura e em segurança do produto, proteção do consumidor e padrões técnicos podem também separar os mercados. Acresce que, para lidar com as situações descritas nos itens (ii) a (v), a política antitruste é melhor alternativa¹²⁸.

O objetivo precípua da política antitruste é comumente apontado como sendo o de *manter o processo de livre competição, vale dizer, proteger ou promover a competição efetiva*¹²⁹. Há vários outros objetivos associados, variando de país para país, como a liberdade comercial, liberdade de escolha, acesso aos mercados, e mesmo a liberdade de ação individual. Inicialmente o objetivo primário estava atado à questão de se contrapor às restrições privadas à competição, mas nas últimas décadas também incorporou a minimização dos efeitos adversos da intervenção governamental no mercado.

Outros objetivos largamente difundidos incluem a *prevenção ao abuso de poder econômico* e o *alcance da eficiência econômica*. Com relação a este último, três observações são pertinentes: (i) a maximização do bem-estar do consumidor foi o foco dos EUA e de muitos outros países nos últimos vinte anos, mas também ocorreu em vários países a justaposição deste com outros objetivos sem prioridade definida; (ii) a despeito da discussão acerca de prioridades, a crescente ênfase na eficiência econômica está presente em um

¹²⁸ Cf. Khemani (1994:2).

¹²⁹ Os objetivos da política antitruste são discutidos em Khemani (1994), Khemani e Dutz (1995) e Khemani (1998).

significativo número de jurisdições¹³⁰, (iii) conquanto haja um reconhecimento geral de que a competição é o processo através do qual os recursos da sociedade são mais eficientemente alocados, nem a supremacia tampouco o balanceamento deste face aos outros objetivos econômicos, sociais e políticos foram, até agora, identificados.

Objetivos suplementares foram acrescentados devido à inclusão de considerações distintas da eficiência econômica: a proteção ao pequeno negócio, preservar o livre sistema empresarial, manter a justiça e honestidade e até controlar ou reprimir a inflação (sob a ótica de que em um ambiente de tendências monopolistas as medidas de estabilização de preços têm menos probabilidade de sucesso). Ainda, economistas questionaram que as políticas antitruste deviam reconhecer os efeitos de práticas de negócios (como fusões) em aspectos como emprego, impactos no desenvolvimento regional advindos da abertura/fechamento de fábricas, da reorganização de fontes materiais e de decisões financeiras, de distribuição e produção.

A inclusão de múltiplos objetivos na administração da política antitruste pode suscitar conflitos e resultados inconsistentes¹³¹. Nada obstante, tem sido expresso que a política antitruste serve a objetivos maiores do que a eficiência econômica¹³², qual seja, o interesse público¹³³, cujo conceito impreciso e amorfo, sujeito à interpretação particular de cada grupo de interesses envolvido, as mais das vezes com visões intrinsecamente conflitantes entre si,

¹³⁰ Informações de Khemani (1998:3).

¹³¹ Por exemplo, proteger pequenos negócios pode conflitar com obter eficiência econômica. Além do que, neste caso, os competidores, e não a competição, podem vir a ser protegidos. Ademais, preocupações como justiça e equidade não são facilmente quantificáveis ou têm definições largamente aceitas.

¹³² Cf. Khemani (1998:4). Esse também é o entendimento de Salgado (1997:157).

¹³³ Uma abordagem a respeito é a de Salgado (1997:157), que afirma que na verdade se lida com representações do interesse público, construídas através da democracia. São interpretações políticas, conflitantes e temporárias do que constitui o interesse público – que é sempre uma construção política resultante do processo de debate e convencimento em que se digladiam forças de poder desigual – apresentado pela coalizão de interesses politicamente dominante à sociedade e por ela consentida.

pode levar a tensões entre os grupos não facilmente administráveis por parte da autoridade governamental. Cumpre, portanto, atentar-se que, se de um lado a abordagem do interesse público na política antitruste permite a consideração e balanceamento de diferentes objetivos econômicos, sociais e políticos, por outro a independência mediante a qual tal política pode ser administrada sujeita-se a restar facilmente comprometida com tal abordagem.

Longe de se resolver, a polêmica em torno da consideração de pesos e prioridades relativos a estes e outros objetivos permanece acirrada; desse debate, as áreas de consenso identificadas por Khemani (1998) são:

- (i) o objetivo da política antitruste é proteger a competição, reprimindo quaisquer práticas, privadas ou públicas, que interfiram negativamente no processo competitivo;
- (ii) o processo competitivo deve ser protegido não para manter e promover a competição pela competição, e sim para alcançar outros objetivos. Esta é a consagração do entendimento de que a política antitruste não é um fim em si mesma, mas um instrumento para alcançar outros fins, conforme já discutido anteriormente.

Os instrumentos de política antitruste são categorizados como *estruturais*, que são os relativos à estrutura das atividades de negócios (por exemplo fusões, monopólios, participação de mercado etc.) e *comportamentais*, que se atêm aos componentes orientados pela conduta dos agentes (por exemplo acordos de fixação de preços e outros acordos colusivos, restrições verticais, abuso de posição dominante etc.)¹³⁴. Conquanto aplicados separadamente, a mútua relação entre conduta de negócios e estrutura de mercado é inquestionável. Além destes, há provisões administrativas e de reforço ao cumprimento da lei, bem como as que promovem a

advocacia da concorrência.

No que tange às restrições horizontais e colusões, geralmente a formação de cartéis tem o reconhecimento universal de conduta danosa à competição, conquanto sua detecção não seja simples, assim como tampouco é para as agências antitruste reforçar as regras contra este comportamento. As mais das vezes, é aconselhável que o sistema do país inclua um programa oferecendo imunidade para obter a cooperação de um participante para processar os comportamentos anticompetitivos, bem como a permissão para que as partes lesadas processem os infratores pelos danos. Apesar do consenso acerca da sua gravidade, os padrões legais e econômicos adotados na análise de condutas colusivas horizontais variam de uma jurisdição para outra. Em países em desenvolvimento, nos quais o passado de controle de preços por parte do governo e outras políticas de intervenção estatal possam ter criado um ambiente favorável à colusão (tanto por prover um “ponto focal” para a coordenação quanto por colocar barreiras à entrada), é importante para a agência antitruste não atentar exclusiva ou mesmo primariamente para acordos potenciais de fixação de preços, e sim aumentar o escopo de seu monitoramento de forma a abranger todos os tipos de acordos de divisão de mercado.

Quanto aos acordos verticais, já que estes podem promover ou reduzir a eficiência econômica, a prescrição geral da política antitruste para países industrializados é evitar análises simplistas (leia-se regras *per se*), estabelecendo regras diferenciadas dependendo dos ambientes competitivos existentes nos diferentes mercados verticais¹³⁵. Para países em desenvolvimento, a recomendação é mais difusa¹³⁶: pode ser necessário um esforço ativo da

¹³⁴ Cf. Khemani (1998) e Khemani e Dutz (1995).

¹³⁵ Mercados *upstream*, a montante ou acima do mercado de origem e *downstream*, a jusante ou abaixo do mercado de origem.

¹³⁶ Cf. Khemani e Dutz (1995:24).

lei contra restrições verticais visto que a estrutura de mercado é tipicamente mais concentrada, a competição entre distribuidores é mais limitada e a entrada é mais difícil, ou pelo menos para barrar, por algum tempo, acordos entre produtores e distribuidores que sejam excludentes. Entretanto, mesmo nestes casos é extremamente difícil distinguir entre contratos objetivando a exclusão e aqueles derivados de razões como a divisão de riscos, já que estes e as incertezas, a assimetria de informações e imperfeições do mercado são problemas ainda mais agudos em economias em desenvolvimento.

As provisões contra o abuso de posição dominante de mercado compõem uma das mais controversas áreas da política antitruste. Diferentes países especificam diferentes critérios para o que seja posição dominante, assim como para delinear o tamanho do mercado relevante. Em verdade, não há um entendimento conclusivo, visto que firmas podem ser grandes ou dominantes por serem mais eficientes e inovativas. Assim, na maioria dos casos as autoridades antitruste focalizam mais as práticas que tais firmas adotam para impedir a expansão ou a entrada de concorrentes do que o exercício do poder de mercado em si, visto que a performance competitiva superior tende a criar vantagens para a firma detentora, e não desvantagens para os concorrentes.

Em economias industriais, firmas dominantes são resultado das forças de mercado. O mesmo não ocorre em países em desenvolvimento, nos quais elas resultam de uma política industrial governamental e do comportamento *de rent-seeking* das firmas instaladas, de onde deflui que as autoridades antitruste, nestes países, devem ter mais liberdade para adotar soluções estruturais para corrigir problemas de competição provindos de grandes firmas dominantes do que suas congêneres em países industrializados¹³⁷.

Em termos de fusões e aquisições, dois tipos de abordagens podem ser feitas¹³⁸: (i) a estrutural, que pretende evitar as práticas anticompetitivas das grandes empresas preservando um ambiente desconcentrado, através da restrição de fusões que resultem em participação de mercado acima de determinado limite; (ii) a de custo-benefício, na qual o atual ou possível exercício de poder de mercado é avaliado caso a caso, levando em consideração as eficiências líquidas geradas. O dilema das autoridades antitruste consiste em decidir se operações de (a) fusões horizontais entre duas ou mais firmas na mesma linha de negócios e no mesmo mercado, (b) fusões verticais entre firmas engajadas em estágios diferentes de produção e *marketing* e (c) fusões de conglomerados entre firmas em negócios diversificados ou não-relacionados, ao gerarem firmas maiores, promovem uma eficiente alocação de recursos ou facilitam o abuso de poder de mercado, o que é particularmente mais difícil em economias em desenvolvimento visto que os três tipos ensejam considerações antitruste¹³⁹.

Fusões verticais embutem, por parte das autoridades antitruste, avaliações acerca da extensão em que os preços antes da fusão refletem o real exercício do poder de mercado, do *trade-off* entre redução de competição e ganhos de eficiência econômica, da definição do que se constituem as eficiências aceitáveis e de qual deve ser o peso de considerações de eficiência nas decisões. As questões de eficiência estão igualmente presentes nas fusões verticais entre compradores e vendedores de produtos intermediários, já que preservar um adequado número de ofertantes e de canais de distribuição é crítico para manter e encorajar a competição.

Com relação a fusões entre conglomerados, a concentração de saúde econômica entre poucos grupos ou famílias, aliada a altos níveis de concentração industrial também traz

¹³⁷ Idem, *ibidem*, p.24-25.

¹³⁸ Cf. Khemani (1998:6-7).

problemas antitruste, mormente em países em desenvolvimento onde sua presença, ao invés de decorrente da maximização de crescimento ou diversificação de riscos, pode ser explicada pelo pequeno espectro de talentos gerenciais ou mercados de capital subdesenvolvidos. Em países desenvolvidos, conglomerados estão se desfazendo de negócios não-relacionados e concentrando-se em atividades-núcleo (*core activities*), fenômeno ainda por ocorrer em países em desenvolvimento. Isto pode encorajar o compartilhamento de informações e a coordenação de estratégias anticompetitivas, além de, dependendo da sua importância econômica, ensejar o engajamento em comportamentos de *rent-seeking*.

Ao contrário do que vários críticos afirmam, as regras de política antitruste não são mais um instrumento de regulação por parte do poder público, e sim ajudam a minimizar o envolvimento do governo nos negócios privados, visto que regras bem desenhadas afastam o risco de grupos de interesse praticarem *lobbies* a favor da intervenção governamental¹⁴⁰. Ainda assim, não há o reconhecimento de uma estrutura mais eficiente para a administração e reforço da política antitruste¹⁴¹. Na maioria dos países, como já foi dito, as instituições e procedimentos emergem da experiência particular de cada um em termos de precedentes legais, culturais e históricos. Há um claro *trade-off* entre os benefícios das regras e a flexibilidade de respostas às condições mutáveis da sociedade moderna, bem como o insulamento da “captura” por interesses políticos ou comerciais é crucial para a efetividade da ação antitruste.

Com relação à flexibilidade, cabe um parêntesis: ela decorre da necessidade da adaptação do texto normativo para adequá-lo à realidade, sob pena de, na sua falta, ocorrer a geração de efeitos opostos ao talante do legislador. Na lei antitruste, os meios técnicos para

¹³⁹ Cf. Khemani e Dutz (1995:25e ss.).

¹⁴⁰ Cf. Khemani (1994).

que se dê tal flexibilização foram chamados por Forgioni (1998:180 e ss.) de “válvulas de escape” e consistem basicamente em: (i) regra da razão, isenções e autorizações; (ii) o conceito elástico de mercado relevante; e (iii) o jogo do interesse protegido (leia-se a possibilidade de decisão conforme os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico antitruste).

Através de *benchmarking* sobre a prática de vários países com tradição antitruste, Khemani e Dutz (1998:28) sugerem certos princípios a serem observados em um desenho institucional para a efetiva implantação de políticas antitruste¹⁴². São eles:

- (i) *Independência*. A agência deve ser insulada de interferências políticas e orçamentárias.
- (ii) *Transparência (accountability)*¹⁴³. A agência deve ser publicamente controlada, aspecto assegurado via publicação anual de relatório e submissão do mesmo à legislatura ou a comitê especial.
- (iii) *Separação de funções*. A lei antitruste deve separar as funções de investigação, processual e decisória, impedindo a agência de exercer todos esses papéis concomitantemente.
- (iv) *Sistema de pesos e contrapesos*. O processo deve incorporar direitos de apelação, revisão de decisões e acesso a informações das interpretações econômica e jurídica da lei. Os procedimentos administrativos devem ser transparentes.

¹⁴¹ Cf. Khemani e Dutz (1998:27).

¹⁴² Ver também em Khemani (1994). Geventher (2002) destaca três variáveis institucionais relevantes para a agência: grau de *autonomia* em relação ao Executivo, capacidade de *enforcement*, isto é, de fazer valer suas decisões e grau de *accountability*, isto é, o controle público das decisões da agência.

¹⁴³ *Accountability* significa a “obrigação de prestação de contas e ao público e às autoridades competentes, a existência de mecanismos de cobrança e controle mútuos”. Definição de Eli Diniz citada por Geventher (2002:173).

- (v) *Rapidez e sigilo.* Procedimentos de resolução dos casos devem ser rápidos para evitar altos custos de negócios relacionados e as informações comerciais sensíveis devem ser confidenciais.
- (vi) *Sanções.* A lei deve prever penalidades, incluindo multas significativas e outras medidas para deter as práticas anticompetitivas.

Adicionalmente, a agência antitruste deve desempenhar um papel ativo na formulação de políticas que afetem a competição e também ter o direito de fazer observações a respeito de mudanças políticas – o papel de advocacia da concorrência, que deve ser simultaneamente explícito, isto é, previsto legalmente, bem como implícito e informal. Tal papel atribuído à agência contraria ou pelo menos minimiza os efeitos adversos do comportamento de *rent-seeking* – presente em maior ou menor grau em todos os países, particularmente nas economias em desenvolvimento. Muitos consideram esta a mais importante função da agência antitruste, visto que a advocacia da concorrência pode reduzir a possibilidade de aplicação equivocada da lei. Contudo há uma relação direta entre advocacia da concorrência e a função de fazer valer suas decisões (*enforcement*), visto que esta última é mais efetiva quando a sociedade e seus membros (aí incluídos os advogados, acadêmicos, *experts*, organizações de consumidores, os políticos e a comunidade de negócios) entendem e apóiam o conceito de política antitruste. Em verdade ambas as funções são fundamentais, e o correto balanceamento entre elas depende do estágio de desenvolvimento de cada país.

A advocacia da concorrência inclui a função educacional de promover e disseminar a cultura da concorrência, essencial para o estabelecimento de uma economia de mercado. O grau de competição em uma economia pode ser reforçado ou enfraquecido, dependendo da maneira que as políticas econômicas são desenvolvidas e implementadas – o

que se traduz em um desafio de maior vulto para os países em desenvolvimento. A advocacia da concorrência, nestas economias, pode ser especialmente importante nas áreas de liberalização comercial, regulação econômica, subsídios governamentais, operações de serviços de interesse público por parte de autoridades em níveis de governo locais e privatizações. A construção de uma consciência pública sobre política antitruste tem vários instrumentos, entre os quais a divulgação e disponibilização à sociedade das decisões da agência, a publicação e envio de boletins a partes interessadas (administrações estatais, autoridades locais, organizações de negócios etc.), a promulgação de guias sobre áreas substantivas específicas de política antitruste e a organização de conferências, seminários e *workshops* para simultaneamente promover o entendimento do papel da política antitruste e exibir como as metas de fazer valer as decisões na área alcançam seus objetivos¹⁴⁴.

Implicações internacionais surgem para a política antitruste na medida em que a globalização dos mercados aguça a tanto a necessidade de conciliar políticas antitruste, quanto a de integrar políticas antitruste às políticas de comércio e investimento. Dado que diferenças entre os sistemas aumentam os custos de transação e as barreiras à entrada, uma maior harmonização da política antitruste concorreria para o aumento da eficiência global. Ademais, firmas multinacionais e seus negócios ultrapassam as fronteiras jurisdicionais nacionais, fazendo com que transações tenham que ser repetidamente revistas¹⁴⁵, o que é uma realidade tanto para países desenvolvidos como para aqueles em desenvolvimento.

Os acordos bilaterais e multilaterais assinados por diversos países prevêm facilitação de comparação e compartilhamento de informações, não o desenvolvimento de princípios comuns para administrar e reforçar as leis antitruste. A aplicação de princípios da

¹⁴⁴ Cf. Khemani (1998:94 e ss.).

¹⁴⁵ Khemani e Dutz (1995:30) citam o caso da fusão entre Gillette e Wilkinson que foi revista em 14 jurisdições.

Organização Mundial do Comércio – OMC à defesa da concorrência é discutida em Oliveira (2001a:50 e ss.) que advoga a causa de que alguns princípios básicos¹⁴⁶ não são incompatíveis com a política antitruste, constituindo, ao contrário, ingredientes fundamentais à implementação eficiente de uma legislação antitruste. Na rodada de Doha¹⁴⁷ de setembro de 2002 as discussões se concentraram sobre a aplicação dos princípios da não-discriminação¹⁴⁸, transparência¹⁴⁹ e devido processo legal¹⁵⁰, se exclusivamente aos chamados cartéis nocivos à economia (*hard core cartels*) ou a outras práticas anticompetitivas, como abuso de posição dominante e também a fusões. A Lei Antitruste brasileira é exemplo de não-discriminação, bem como a prática em termos de transparência é assegurada pela divulgação da legislação, procedimentos e decisões por parte dos três órgãos antitruste (SEAE, SDE e CADE). A legislação brasileira também já assegura, no âmbito do processo legal, procedimentos justos, independentes e equânimes às partes ante as autoridades competentes.

Uma agenda possível para equalizar as diferenças é sugerida por Khemani e Dutz (1998:31): fomentar a harmonização de lei antitruste e políticas e estabelecer um código comum dentro de blocos regionais. Em relação à atenção regional, as principais áreas que demandam cuidados são aquelas nas quais inexistente legislação antitruste ou onde ela é ineficaz, visto que precisam ser incentivadas a adotá-la ou a aplicá-la efetivamente. Outra sugestão é no sentido de reduzir ao máximo as áreas sujeitas à isenção da lei antitruste.

¹⁴⁶ Os princípios a que o autor se refere são o da nação mais favorecida, tratamento nacional e transparência.

¹⁴⁷ Reunião de setembro de 2002 do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Concorrência. Vide Carta de Genebra (2002).

¹⁴⁸ A legislação nacional e a prática em matéria de defesa da concorrência não devem conceder tratamento diferenciado a produtores e prestadores de serviços (ou a produtos e serviços) em função da sua origem (oriundos dos países membros ou do território nacional). Este é o mais controvertido dos princípios, segundo a Carta de Genebra (2002).

¹⁴⁹ Diretamente ligado à publicação dos instrumentos de concorrência e a sua notificação. Vide Carta de Genebra (2002).

¹⁵⁰ Abordado pelos ângulos do direito de acesso das partes ao processo, do direito de apelação de decisões administrativas e prazos do processo. Vide Carta de Genebra (2002).

Forgioni (1998:397) informa que a doutrina dos países desenvolvidos costuma sugerir, para solucionar conflitos de normas e jurisdição antitruste, a progressiva harmonização das legislações, ou a celebração de tratados visando não somente a colaboração mas a diminuição dos problemas decorrentes da extraterritorialidade da lei¹⁵¹. Vai-se ainda mais além, sustentando-se a necessidade de criação de um órgão supranacional competente para julgar questões internacionais antitruste e ditar pautas de interpretação a serem seguidas pelos tribunais nacionais. Entretanto a autora alerta que tal solução não considera a política antitruste como um instrumento comprometido com as políticas internas de cada país, além de representar uma intromissão na soberania nacional. Visto que os interesses do país estão em jogo, a autora advoga que a harmonização das legislações, se procedida, necessariamente deve passar pelo crivo da negociação gradual. Nada obstante, o trabalho mencionado conclui com a observação de que o acesso fácil a decisões de legislações estrangeiras, não raramente copiadas em processos nacionais, lança preocupações sobre o uso inadequado desse referencial, desconsiderando as características inerentes ao ordenamento jurídico nacional para a construção de uma tradição antitruste própria.

4.2. Aspectos críticos do modelo brasileiro

De acordo com Considera e Corrêa (2001), mormente quatro elementos presentes na recente história política e econômica brasileira influenciam diretamente a definição e aplicação de políticas antitruste no país: (i) o clima ideológico¹⁵² prevalecente; (ii) os efeitos líquidos esperados (análise custo-benefício) da atividade de *lobby* praticada por grandes grupos locais; (iii) a existência de ineficiências econômicas; (iv) as demandas por igualdade,

¹⁵¹ Produção dos efeitos da lei fora do território do Estado que a emanou. Para discussão sobre a extraterritorialidade das leis antitruste consultar o capítulo 9 do trabalho de Forgoni (1998).

¹⁵² Entendido, segundo os autores, como as preferências sociais direcionadas ao melhor estado de coisas (ou ao melhor dos mundos).

ambas decorrentes do regime de substituição de importações.

O clima ideológico dominante tem preterido a competição como regra do jogo econômico em favor da “negociação” entre empresas, do intervencionismo estatal e de uma orientação para o mercado interno. A estratégia do nacionalismo pró-desenvolvimentista¹⁵³, que adotou o modelo de substituição de importações, privilegiou o produtor industrial em detrimento dos demais grupos, especialmente os consumidores. Já o benefício líquido de fazer *lobby* contra a política antitruste tende a ser alto porque:

- (i) vale-se de um clima ideológico tradicionalmente desfavorecedor da livre competição e da observância do bem-estar do consumidor;
- (ii) as medidas de controle à entrada no mercado praticadas reduziram o número de indústrias em muitos setores, gerando menores grupos de interesse de produtores (portanto mais facilmente organizáveis);
- (iii) a institucionalização de mercados oligopolizados diminuiu os custos de transação relativos à organização dos interesses dos produtores, aumentando, conseqüentemente, os potenciais ganhos advindos da troca de favores (*rent-seeking*) via ação política;
- (iv) o acesso dos grupos de produtores ao governo foi facilitado pela concentração de poder decisório sobre política econômica no executivo;
- (v) a atividade de *lobby* tem um valor residual maior para as firmas existentes (aumentando a expectativa de retorno), visto que em um cenário de transição para uma economia de mercado elas perdem outros privilégios anteriormente concedidos.

¹⁵³ Cf. os autores, predominante no período 1945 – 1964 e desenvolvida principalmente nos governos de Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek.

Em relação às ineficiências econômicas derivadas do regime de substituição de importações¹⁵⁴, duas são apontadas pelos autores mencionados como relevantes: (i) o retorno líquido esperado da atividade de *lobby* relativamente alto constitui um desincentivo para o investimento em atividades produtivas, o que desfavorece a competição; (ii) a pretérita entrada ineficiente de firmas em um mercado insulado da competição externa impõe a necessidade de reestruturação durante o período de transição, o que aumenta o custo da competição. Quanto às demandas por igualdade, elas tendem a ser altas, não apenas por objetivos sociais (como uma política de geração de empregos) mas também por mercados mais justos – conceito que pode variar bastante dependendo da ótica do grupo demandante (por exemplo, pequenos produtores ou consumidores) –, dificultando a tarefa de se organizar os interesses que preservam a competição ou o bem-estar do consumidor. Destarte, qualquer análise do modelo brasileiro atual não prescinde da observância deste cenário, sob pena de distorcer a compreensão de suas implicações.

Oliveira (2001a:28 e ss.) propõe um esquema gradualista das fases em que se daria a evolução da defesa da concorrência¹⁵⁵, nos níveis nacional, regional e multilateral, mostrada no Quadro 4.1. Supõe-se que, em estágios iniciais, o foco da agência antitruste seja o saneamento das falhas de mercado nocivas a este, para que em seguida, pouco a pouco, ela amplie este foco com a inclusão de questões menos triviais na sua ação, na medida em que o desenvolvimento de recursos humanos e materiais do país permita o refinamento da análise de custo-benefício sobre as operações do mercado.

¹⁵⁴ Salgado (1997:161) fala das distorções do mercado brasileiro no processo de substituição de importações; as ineficiências-x (firmas protegidas da competição têm incentivos para operar ineficientemente, do mesmo modo que uma firma sujeita às pressões competitivas buscaria aumento de produtividade) e a competição entre indústrias por políticas públicas.

¹⁵⁵ Segundo o próprio autor, baseada no crescente grau de dificuldade em efetuar uma análise de custo/benefício sobre o impacto da agência a ser criada, cuja fonte de inspiração é o trabalho de Khemani e Dutz (1995).

Quadro 4.1 – Evolução da Defesa da Concorrência: Abordagem Gradualista

Fases Níveis	I	II	III	IV (Maturidade institucional)
Nacional	1) Promoção da Concorrência + 2) Repressão a Acordos Horizontais + 3) Assistência Técnica	I + 4) Controle de Atos de Concentração + 5) Acordos Verticais	II + 6) Regulação + 7) Acordos de Cooperação Internacional	III + 8) Acordos Internacionais de Segunda Geração + 9) Advocacia da Concorrência Pró-Ativa
Regional	Pauta de Harmonização	Acordos Comunitários e Transformação da Defesa Comercial em Defesa da Concorrência		
Multilateral	Fixação de Princípios Básicos			

Fonte: Oliveira (2001a:29).

O mesmo autor coloca o Brasil entre as fases II e III¹⁵⁶, porque o CADE: (i) ganhou maior visibilidade (a partir de 1996), destacando-se entre as agências dos países em desenvolvimento; (ii) emitiu decisões de conteúdo técnico elevado, sob a égide da moderna integração entre Direito e Economia; (iii) introduziu métodos modernos de administração de procedimentos, programa de qualidade e aumentou a produtividade; (iv) promoveu ampla reforma regimental com ênfase na desburocratização, transparência e estrita observância do processo legal.

Entretanto o autor observa que ainda há fragilidades que reclamam correções, quais sejam: (i) aperfeiçoamento das fases I e II: processo decisório ainda moroso e fragmentado, especialmente no tocante à análise de condutas e subinvestimento institucional que fragiliza e compromete a independência da autoridade antitruste; (ii) fase III: cooperação com agências congêneres no plano mundial e articulação entre as autoridades antitruste e as de regulação (agências reguladoras federais e estaduais); (iii) agenda externa: reorientação da política no

¹⁵⁶ Cf. Oliveira (2001b:195 e ss.)

Mercosul com mais ênfase em cooperação na matéria e discussão das ligações entre defesa da concorrência e defesa comercial no âmbito da OMC. Uma sugestão adicional é o aperfeiçoamento da Lei nº 8.884/94, mirando três objetivos principais¹⁵⁷:

- (i) *Fortalecimento institucional para assegurar decisão independente.* Inclui a criação de quadro permanente do CADE nos termos da previsão legal, a criação de carreira na área de defesa da concorrência, a garantia de mecanismos de defesa orçamentária, o reforço da independência do CADE (via aumento de mandato dos conselheiros e estabelecimento de mandato para os funcionários condutores da investigação) e salvaguardas para a transparência institucional e minimização do risco de captura (quarentena, relatório anual e prestação de contas dos membros do CADE).
- (ii) *Eficiência administrativa para decisão em tempo econômico.* Abrange a eliminação do excesso de fragmentação e duplicação de tarefas existentes entre o CADE, SDE e SEAE, o reforço do controle de prazos para a conclusão dos processos e aprimoramento do caráter preventivo da lei, enfatizando a função educacional da autoridade e introduzindo gradualmente o controle prévio dos atos de concentração.
- (iii) *Adequação da defesa da concorrência ao novo marco regulatório da economia brasileira.* Açambarca o estímulo aos acordos de cooperação com outras jurisdições e a criação de mecanismos para promover a atuação complementar do CADE em segmentos econômicos regulados.

Mattos (1997), usando a classificação de Khemani e Dutz, identifica três escolas de pensamento em política de concorrência: (i) a *estruturalista*, que valoriza um ambiente econômico competitivo, priorizando a intervenção do estado para manter ou reforçar a estrutura do mercado, via política de concorrência; (ii) a *de Chicago*, que embora reconheça a importância da concorrência, não acredita na intervenção estatal para tal fim, preferindo

¹⁵⁷ Cf. Oliveira (2001a:138 e ss.).

direcionar a ação do Estado na busca da eficiência econômica; (ii) a *estadista* ou *de política industrial* que, ao contrário das anteriores, não prioriza um ambiente competitivo (conseqüentemente não desenvolve nenhuma política antitruste), focalizando a ação estatal no fomento à indústria nacional, incentivando, inclusive, a concentração em todos os setores.

O modelo brasileiro dos anos 70 ao início dos anos 90 era muito próximo ao da escola estadista. A transição iniciada a partir de então para um modelo híbrido nos moldes do norte-americano (cuja política de concorrência pode ser vista como seguidora da escola de Chicago, porém com uma “ilha estruturalista” coordenada pela ação do FTC e do DOJ no controle de estruturas de mercado) é incompleta, visto que necessita, para eliminar a ainda forte influência da escola estadista presente no atual modelo brasileiro, segundo o citado autor: (i) diminuir o tempo gasto no controle de estruturas em detrimento da análise de condutas anticoncorrenciais, já que esta deve ser a principal tarefa do CADE, aliada ao incremento de sua função de educar a sociedade para formar uma cultura da concorrência; (ii) rever a aplicação de cláusulas de *compromisso de desempenho (CP)*¹⁵⁸, evitando aquelas eivadas do ranço intervencionista¹⁵⁹; (iii) mudar o arcabouço legal relativo a preços abusivos, buscando dissociar a imagem do CADE do rótulo de órgão “controlador de preços”, tais eram aqueles existentes no modelo precedente¹⁶⁰; (iv) definir o escopo do CADE nas medidas anticompetitivas tomadas nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal); (v) aumentar a influência da liberalização do comércio no processo de análise do CADE,

¹⁵⁸ As cláusulas de *compromisso de desempenho* são previstas no art. 58 da Lei nº 8.884/94. O estudo de Mattos (1997), baseado na experiência brasileira após 1994, divide tais as cláusulas em dois tipos: (i) *estruturais*, que envolvem renúncia de ativos, licença de uso de tecnologia, *leasing* de equipamentos etc.; (ii) *comportamentais*, que se subdividem em *garantias de eficiência técnica* (por sua vez, subdivididas em: introduzidas pela empresa, presente a assimetria de informações; introduzidas pela empresa, ausente a assimetria de informações; não introduzidas pela empresa), *garantias de eficiência social* (ligadas ou não a decisões econômicas das empresas) e *compromissos de conduta*.

¹⁵⁹ O que se daria mediante o foco nas *garantias de eficiência social não ligadas a decisões econômicas das empresas* e nos *compromissos de conduta*, visto que o alto número de ocorrências das *garantias de eficiências técnicas* e das *garantias de eficiência social ligadas a decisões econômicas das empresas* evidenciam, segundo o autor, a forte influência da escola estadista nos CPs.

vencendo a resistência de se considerar o mercado relevante internacional.

Com relação ao item (iii) do parágrafo anterior, a revisão sugerida é na linha de aproximar o conceito de preços abusivos do entendido pela escola de Chicago, corrigindo suas três falhas: (i) foco exclusivo no lado da oferta, negando o lado da demanda; (ii) restringindo-o a setores onde existem falhas de mercado (como planos de saúde, mensalidades de escolas particulares e alguns setores de infra-estrutura) devido à assimetria de informações, posição dominante e forte inelasticidade da curva de demanda; (iii) consideração da contestabilidade de mercados particulares (baseada na idéia de que, em mercados com determinadas características – inexistência de barreiras à entrada/saída e de assimetria de informação sobre preços, acessibilidade à tecnologia de produção –, os preços serão mantidos em níveis próximos ao competitivo devido à ameaça de potenciais entrantes).

Cysne (1997), baseando sua análise sobre três artigos do emérito professor Simonsen, ressalta a necessidade de se contemplar fatores de ordem macroeconômica nas análises antitruste – o que vai ao encontro das propostas de Mattos (1997) descritas nos itens (iii) e (v) do parágrafo mencionado –, bem como a de se questionar a atuação do governo, seja como produtor ou regulador. A propósito deste último item, acrescenta que são fatores políticos que revelam a fragilidade das nossas instituições para tal ousadia. Entretanto, nesse sentido, o Brasil não está só, já que mesmo países em cuja lei de defesa da concorrência há essa previsão hesitam em usar este poder, preferindo evitar os riscos de embaraço ou de possibilidade da agência ser completamente ignorada¹⁶¹.

Pittman (2001) concentra suas críticas e sugestões em quatro itens: (i) obrigatoriedade

¹⁶⁰ O autor se refere ao Conselho Interministerial de Preços – CIP e à Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB.

de notificação prévia dos atos de concentração, dada a demonstração empírica de que, além de incentivar tanto a cooperação das empresas no fornecimento de informações requeridas quanto a celeridade na análise por parte da agência, tal procedimento evita o alto custo de desfazer os efeitos de uma operação já realizada, no caso da mesma não ser aprovada ou sê-la com restrições¹⁶²; (ii) ilegalidade *per se* para comportamentos associados à formação de cartéis clássicos, tais como fixação de preços, ação combinada em mercados de leilões (*bid-rigging*), e restrições territoriais e de base de clientes, ao invés de submetê-los a análise pela regra da razão, o que, segundo o autor, colocaria o Brasil no rumo de outras jurisdições antitruste¹⁶³; (iii) aumento do mandatos dos conselheiros do CADE de dois para cinco anos, sem recondução, com vistas a fomentar o desenvolvimento de convicções próprias em matéria de defesa da concorrência; (iv) simplificação da estrutura do sistema de concorrência brasileiro, reunindo os três órgãos existentes em um único órgão¹⁶⁴.

O mesmo autor alerta, entretanto, para a preocupação de que a instituição de uma regra de ilegalidade *per se* para comportamentos associados à formação de cartéis poderia conflitar com a Constituição Federal brasileira, que no art. 173, § 4º prevê que “*a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. Por definição, infrações *per se* prescindem de qualquer prova de existência de poder econômico, já que são sempre consideradas danosas à concorrência, requerendo apenas a demonstração da existência da violação.

¹⁶¹ Cysne (1997:14) transcreve informação de Russel Pittman, citado por Mattos (1997:19).

¹⁶² E também pode proporcionar uma fonte relativamente não distorcida de financiamento na medida em que seja acompanhada da “taxa de uso”, paga pelos requerentes da análise. Atualmente a taxa processual prevista é de R\$ 45.000,00 (Art. 5º, inc. I da Lei nº 9.971/99, modificado pelo art. 3º da Lei nº 10.149/00).

¹⁶³ Sobre definição de cartéis clássicos e seus efeitos danosos, consultar o relatório da OCDE, NEW Initiatives, old problems: a report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation (2000).

¹⁶⁴ Sugestão também de Schmidt (2002), que também aventa pelo menos a reunião da SEAE e da SDE em um único órgão.

Já Clark (2000), além do controle prévio dos atos de concentração, recomenda: (i) maior coordenação e consolidação das funções das três agências (CADE, SDE e SEAE), para que não desperdicem seus recursos¹⁶⁵; (ii) maior ênfase na repressão a cartéis, pois embora reconheça que o percentual de fusões sujeitas à intervenção do CADE seja compatível com padrões internacionais, estima que o controle de estruturas esteja ocupando indevidamente um alto percentual de recursos dos três órgãos do sistema¹⁶⁶. Tal ênfase poderia ser dada, além da adição de recursos, pelo desenvolvimento de técnicas para obter as evidências diretas (documental e testemunhal) da presença de cartéis e pela efetiva imposição de multas às condutas danosas, de modo a conferir ao CADE (bem como à SEAE e à SDE), credibilidade e visibilidade para educar tanto o empresariado quanto o consumidor; (iii) atenção a possíveis casos de condutas anticompetitivas por parte de empresas recém privatizadas, potencialmente dominantes no âmbito das indústrias de rede; (iv) estudar restrições à concorrência impostas pelos governos estaduais e municipais, com eles interagindo no sentido de promover a concorrência em tais mercados¹⁶⁷; (v) buscar a efetivação de uma equipe permanente para o CADE, uma vez que já existe previsão legal para tanto, observando que esta lacuna agrava os efeitos da alta rotatividade no conselho ao tempo em que provoca falta de conhecimento institucional; (vi) promover a advocacia da concorrência, tanto em outros segmentos do governo (incluindo o executivo, o legislativo e outras agências regulatórias independentes – estabelecendo, neste caso, canais de comunicação com estas), quanto entre a sociedade.

¹⁶⁵ Com relação a este ponto, cabe anotar que vem sendo feito um esforço no sentido de trabalho coordenado no âmbito das agências, de que é exemplo a adoção conjunta, pela SDE e SEAE do Guia para Análise de Atos de Concentração. Vide

¹⁶⁶ A respeito Oliveira (1998:23) argumenta que o consumo de razoável parcela dos recursos disponíveis pelo controle de concentração era esperada no momento imediatamente posterior à sua introdução, mormente devido à pouca experiência do quadro técnico confrontada com a alta exigência dos agentes privados. O mesmo autor acrescenta que o procedimento de análise foi simplificado pela Resolução CADE nº5/96 (posteriormente substituída pela Resolução CADE nº15/98), conferindo mais celeridade ao processo. Para mais informações acerca do assunto, conferir também Oliveira (2000:28).

¹⁶⁷ O autor relata que, aparentemente, governos estaduais e locais preservam regras que interferem no funcionamento eficiente dos mercados locais. O uso do art. 7º, inc. X da Lei nº 8.994/94, através da requisição

Das atividades desenvolvidas pelo CADE, destacam-se o julgamento dos atos de concentração, que se atêm à função preventiva do sistema, os processos administrativos, ligados à função repressiva e as consultas, afeitas à função educacional. Os dados numéricos relativos a estes julgados para o período 1996-2000 são mostrados na Figura 4.3.

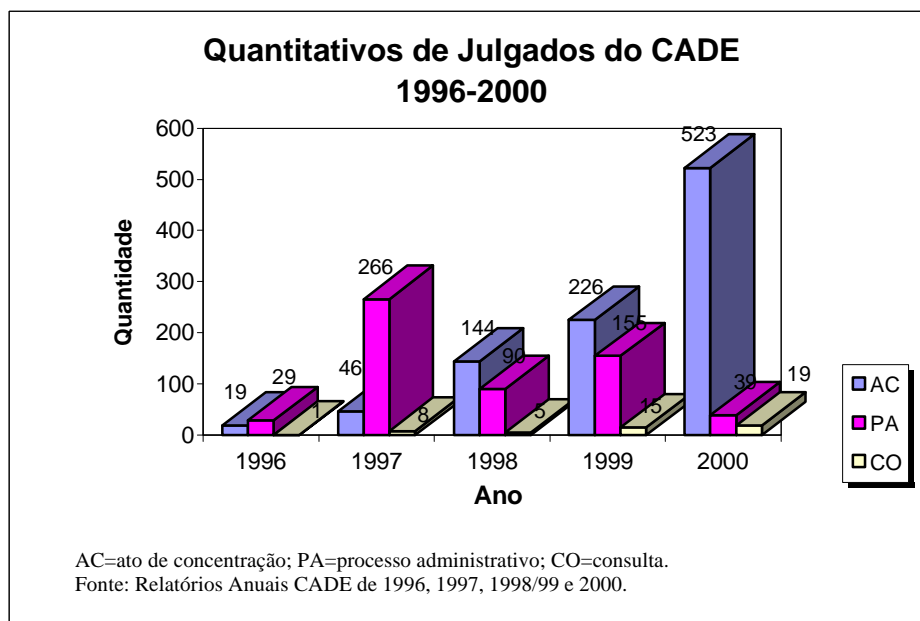


Figura 4.3 – Quantitativo de julgados do CADE 1996-2000

Observa-se que houve um total de 958 atos de concentração, 579 processos administrativos e 48 consultas, representando, respectivamente, 46,7%, 28,2% e 2,3% do total de 2.050 julgados no período¹⁶⁸. Os atos de concentração respondem por pouco menos da metade de julgados (além da notória tendência de crescimento no período, somente no ano 2000 os atos de concentração registraram um aumento de 131% em relação ao ano anterior¹⁶⁹), o que vai ao encontro das assertivas de Mattos (1997) e Clark (2000) de que estes

para que as autoridades de tais esferas tomem medidas para o cumprimento da lei pode ser benéfico para promover a concorrência.

¹⁶⁸ Vide dados numéricos correspondentes no Anexo II deste trabalho.

¹⁶⁹ O crescimento dos ACs nos demais anos do período foi: 142% (1997-1996), 213% (1998-1997) e 57% (1999-1998). Oliveira (2001a:14) afirma que as elevadas taxas de expansão de julgados a partir de 1997 refletem a

estariam ocupando a maior parte dos recursos do sistema. Os processos administrativos exibiram uma oscilação e, exceção feita ao ano de 1997, não ultrapassaram o número de atos de concentração. Oliveira (2001a:11) alerta que o desafio do SBDC é dosar corretamente o controle preventivo e a repressão a condutas concorrenciais, que, segundo ele, são atividades complementares, assegurando ganhos de produtividade de forma a permitir, dada a dotação limitada de recursos, a realização de ambas. Naturalmente não se pode descurar a terceira frente de atuação do SBDC – a função educacional – ressaltando-se que a média de 9,6 consultas/ano sugere que ainda é baixa a penetração de temas antitruste junto à sociedade.

Em se tratando da repartição de competências entre os órgãos que compõem o SBDC, Oliveira (2001b) vê problemas relacionados a algumas das funções da SDE¹⁷⁰, quais sejam:

- (i) *Monitoração de mercados.* Tal função exige elevado grau de preparação técnica e montante razoável de recursos, além de acesso a informações relevantes para a análise difíceis de serem obtidas em jurisdições sem tradição antitruste como a brasileira, dada a resistência dos agentes econômicos envolvidos.
- (ii) *Instrução de processos e decisão sobre medidas preventivas e compromissos de cessação.* Há duplicação de competências, visto que: (a) o CADE pode pedir instrução complementar se divergir acerca das informações necessárias à instrução do processo, o que acarreta morosidade incompatível com as necessidades de segurança jurídica e agilidade decisória; (b) as decisões tomadas pela SDE são submetidas à reapreciação do CADE, o que pode gerar conflitos entre os dois órgãos e insegurança para o mercado.

reorganização da economia brasileira (mormente devido à abertura e à privatização) e o aumento da eficiência do CADE no julgamento e fiscalização da notificação tempestiva das operações.

- (iii) *Fiscalização das decisões do CADE.* A atribuição dessa função, bem como a de monitoramento, a órgão da administração direta sujeita o seu exercício a constantes pressões políticas, o que é extremamente negativo dada a relevância de tais competências e seu cunho eminentemente técnico¹⁷¹.

No que concerne à operação do SBDC, pelo menos quatro situações problemáticas, cujas implicações impactam, particularmente, a análise dos casos de cartel, são identificadas por Schmidt (2002), situações que derivam da separação existente, no Brasil, entre os procedimentos administrativo (levados a termo pelo SBDC) e criminal (de responsabilidade das autoridades judiciais, federais ou estaduais – o poder Judiciário) da investigação antitruste: (i) os órgãos do SBDC não têm competência para usar a medida judicial de busca e apreensão, o que aumenta a dificuldade de obtenção de provas sobre a existência de cartéis¹⁷². Para fazê-lo, SDE e SEAE devem solicitar à Advocacia Geral da União – AGU que em seu nome postule a medida junto às autoridades judiciais; (ii) em havendo uma investigação criminal, as autoridades judiciais não contam com uma equipe de especialistas em antitruste; (iii) no caso de uma investigação criminal, nem sempre a Polícia toma parte em procedimentos de busca e apreensão, visto que as autoridades judiciais podem não requerer a sua ajuda; (iv) ainda que a Polícia participe da investigação criminal, os papéis dessas duas entidades (Polícia e Judiciário) não se encontram bem definidos, como ocorre, por exemplo

¹⁷⁰ Para solucionar estes impasses, o autor propõe que tais funções concentrem-se no CADE, deixando à SDE o foco na atuação de proteção e defesa do consumidor, o que na prática significaria retirar da SDE as atribuições do Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE.

¹⁷¹ A respeito da captura política, o trabalho de Salgado (1997:153) obteve como resultado que tanto as decisões da SDE quanto as do CADE são independentes dos interesses do governo, isto é, não existe captura política, no sentido de que a política antitruste não é utilizada pelo governo como instrumento para avançar posições na arena política (a autora explica que o resultado pode advir de salvaguardas institucionais mais fortes do que aparentam ou do fato de que, à época, tanto os interesses privados quanto os do governo ainda não tinham “descoberto” o instrumento).

¹⁷² A autora comenta que, embora o SBDC investigue os casos de cartel em um processo administrativo (no escopo da Lei nº 8.884/94), no qual não é necessário provar o cometimento da ilegalidade (o crime), no caso de inexistência de provas factuais (irrefutáveis ou conclusivas) é muito maior a dificuldade de demonstrar, meramente via evidências econômicas, que houve a formação de cartel (Op. cit. p.5). O crime de formação de

nos EUA, e assim pode haver sobreposição de atribuições.

A autora dá três sugestões para solucionar as questões apresentadas, sendo que a primeira delas, relativa à esfera criminal: (a) inclui a Polícia nas investigações; (b) define e distingue os papéis da Polícia Federal e do Judiciário; (c) qualifica os profissionais do Judiciário para atuar em investigações antitruste; e (d) cria uma interdependência entre as esferas administrativa e criminal, visando a cooperação mútua. A segunda sugestão inclui a Polícia no uso de medidas de busca e apreensão pelo SBDC, mediante a criação de mecanismos de cooperação entre ambos. Finalmente, a terceira sugestão refere-se à investigação criminal, aí incluindo a Polícia e, ao definir os papéis desta e do Judiciário, na atuação deste último acrescenta a obrigatoriedade da participação da SEAE e da SDE nas investigações de cartel¹⁷³. Do ponto de vista do SBDC as duas primeiras sugestões parecem mais apropriadas visto que mantêm a separação já existente entre as esferas administrativa e criminal.

Por outro lado, a mesma autora informa que o procedimento administrativo regido pela Lei Antitruste apresenta pontos controversos, como a questão do critério de interpretação a ser aplicado ao art. 20¹⁷⁴ da referida lei¹⁷⁵. Em resumo, devido à conjunção “ou” presente no *caput* do artigo, a frase “*os atos (...) que tenham por objeto* [os incisos I a

cartel é definido na Lei nº 8.137/90, e exige provas irrefutáveis ou conclusivas de seu cometimento para apenamento, independentemente do fato de haver causado dano ao consumidor (o que é uma análise *per se*).

¹⁷³ Atualmente as autoridades judiciais têm a prerrogativa de requerer ou não a participação da SEAE e da SDE na investigação criminal (op. cit. p. 5).

¹⁷⁴ Cf. art. 20 da Lei nº 8.884/94: “*Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

¹⁷⁵ O art. 20 é a base legal, juntamente com o art. 54 (para atos de concentração) e com o art. 21 (para outras práticas anticompetitivas), para os processos administrativos.

IV], *ainda que não sejam alcançados*” daria margem à interpretação *per se*¹⁷⁶, enquanto que a frase “*os atos (...) que possam produzir os seguintes efeitos* [dos incisos I a IV], *ainda que não sejam alcançados*” ensejaria a interpretação pela regra da razão¹⁷⁷. Assim, carece a lei de uma modificação que explicita os casos em que se usaria uma regra ou outra¹⁷⁸.

Nos casos de cartel, isso faz com que o SBDC – e particularmente o CADE como órgão julgante – seja compelido a adotar a interpretação da regra da razão, caso contrário sua decisão poderá ser mais facilmente questionada junto ao Judiciário pelos advogados das rés¹⁷⁹. Uma modificação no sentido de considerar a formação de cartel uma infração *per se* seria bem-vinda não apenas pelo fato de que iria ao encontro da teoria microeconômica largamente difundida de que todo cartel causa dano à sociedade, mas também porquanto a questão da demonstração inequívoca do dano exigida pela regra da razão é assaz subjetiva e pode ensejar intermináveis disputas judiciais. Entrementes, estando suspensas as sanções administrativamente impostas pelo CADE, as companhias infratoras não serão punidas (tampouco o serão seus executivos, que só podem ser judicialmente processados) e, a par de todos os recursos despendidos pelo SBDC na análise, as conseqüências tanto para a credibilidade (efetividade na repressão de práticas anticompetitivas) quanto para a funcionalidade (desestimular práticas desse teor via punição efetiva de infratores) do sistema serão negativas.

Conquanto o programa de leniência recentemente lançado traduza a disposição de

¹⁷⁶ O que exigiria somente a demonstração da existência da ilegalidade, independentemente de seus efeitos danosos.

¹⁷⁷ Neste caso o dano pretérito, presente ou potencial teria que ser demonstrado.

¹⁷⁸ A sugestão da autora para resolver tal controvérsia também é no sentido de modificar a lei, substituindo “ou” por “[constituem infração (...)] qualquer dos [atos que tenham por objeto (...)] ou [possam produzir os seguintes efeitos (...)]”, explicitando os casos em que se usaria cada um.

¹⁷⁹ Em aceitando a apelação das rés o juiz pode determinar que a evidência de dano seja apresentada, para o que não necessariamente apelará ao CADE. O juiz poderá apontar um perito que analisará novamente o caso inteiro, podendo não considerar qualquer das opiniões adrede emitidas pelos órgãos do SBDC (SDE, SEAE e CADE).

reforçar o controle de condutas, a prática de mecanismos similares alhures mostra que o mero incremento dos poderes de investigação dos órgãos não é suficiente para garantir-lhe a eficácia. Primeiramente, tal resultado depende da disponibilidade de pessoal capacitado para a realização de inspeções e buscas¹⁸⁰. Ademais, o sucesso do programa vincula-se, em grande parte, à credibilidade da ação antitruste no Brasil – medida pelo grau de prioridade conferido à repressão de condutas anticoncorrenciais –, à expectativa de punições baseada no histórico de condenações, bem como à observação rigorosa da lei nos primeiros acordos celebrados, mormente no que tange à delicada questão do sigilo de propostas aceitas ou rejeitadas.

Além disso, a falta de independência da autoridade celebrante (o secretário da SDE) pode suscitar desconfiança no seio da sociedade quanto à suscetibilidade da condução do acordo a injunções políticas¹⁸¹. O impacto na ação penal também é questionado, visto que autores como Fonseca (2000) defendem que, para validar a renúncia da ação penal provocada pela celebração de acordo administrativo qual o acordo de leniência, o Ministério Público (detentor da competência privativa de promover a ação civil pública) deveria dele participar.

¹⁸⁰ Rocha e Tavares (2000) exemplificam que nos EUA, além do corpo técnico, as autoridades antitruste contam com o apoio do *Federal Bureau of Investigations* – FBI para a realização da investigação. Na França, a *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* – DGCCRF dispõe de rede de investigadores especificamente treinados na área de antitruste, distribuídos por todo o país.

¹⁸¹ Cf. Fonseca (2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“O que te escrevo continua e estou enfeitiçada.”
Clarice Lispector*

Esta é a parte mais difícil deste trabalho; implica o duplo desafio de extrair a síntese de tudo o que foi visto para apresentá-la ao leitor e reforçá-la para que dela ressumbre não uma verdade incontestável, mas seu significado em termos de construção empírica do que seja um ramo do conhecimento – qual a política antitruste aqui focalizada –, portanto sujeito à dinâmica das transformações do pensamento e ação humanos.

Como se viu, a disciplina do antitruste assenta-se no interregno das ciências do direito e da economia. Por um lado, na definição de Forgioni (1998:21), o direito antitruste é *“uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”* (portanto um ramo do direito econômico), daí promanando a própria política que lhe leva o nome. De outro, a base intelectual da economia do antitruste provém da subdivisão da disciplina econômica de organização industrial que descreve questões subjacentes ao comportamento das firmas operando sob diferentes condições de estruturas de mercado e o efeito de tal comportamento no desempenho econômico.

Dessarte, o termo *política antitruste*, ou *política antimonopólio*, ou ainda *política de defesa da concorrência* refere-se geralmente a um campo da política econômica e do direito que lida com monopólios e práticas monopolistas (ou anticompetitivas). Não é outra senão tal imbricação de significados a razão que leva muitos países a intercambiar os termos política e lei antitruste, usando-os as mais das vezes como sinônimos. Herança do viés econômico, a

maioria das leis antitruste contém ambas as provisões: as que lidam com estruturas (tais como fusões, monopólio, posição dominante no mercado, concentração), bem como as que tratam de condutas (tais como colusão, fixação de preços e prática de preços predatórios).

No que concerne ao Brasil, nada obstante o país possuir uma legislação em matéria de concorrência relativamente antiga, fatores diversos contribuíram para que, somente em passado recente, a opção por um arcabouço jurídico-institucional nos moldes dos padrões internacionais se tornasse realidade. É um caminho sem volta, até porque está em jogo a sobrevivência do país neste cenário competitivo em que se transmutou a “sociedade global”.

Neste ponto, convém um parêntesis para falar sobre a ideologia da competição. A despeito dos vaticínios de seus defensores, tal ideologia está longe de ser a resposta definitiva para todas as questões emergentes da nova forma de organização mundial. Levada em excesso, a competição tem mesmo efeitos adversos, quiçá cruéis: além da possibilidade de gerar uma distorção estrutural no funcionamento da economia, pode engendrar conseqüências sociais devastadoras. Essa conclusão, conquanto fruto da observação em países desenvolvidos, tem implicações ainda mais profundas para países em desenvolvimento como o Brasil.

Alguns dos resultados da ideologia da competição podem ser assim sintetizados¹⁸²:

- (i) *A competição sacrifica os interesses das camadas sociais mais vulneráveis das sociedades industrializadas.*
- (ii) *Se todos competem contra todos, o valor da competitividade está, afinal, perdido.* A lógica competitiva leva à redução da diversidade via eliminação dos incapazes de resistir às forças dominantes, fomentando a exclusão social.

- (iii) *A perspectiva ideológica competitiva é reducionista*, visto que privilegia o espírito de competição em detrimento das outras dimensões da história humana e social. A cooperação, por exemplo, que coexiste com a competição, se não for desvalorizada ou ignorada, é instrumentalizada à lógica competitiva (como no caso das alianças estratégicas entre empresas).
- (iv) *A ideologia competitiva é fundamentalmente sectária*. Não apenas vislumbra somente uma dimensão mas sobretudo reduz todo o processo da condição humana às percepções, motivações e comportamentos que sejam relevantes para a economia (legitimados pela competitividade), desprezando os demais.
- (v) *A ideologia da competição leva ao empobrecimento cultural em larga escala*, qual comprovam difundidas análises e debates sobre temas relacionados à ciência, tecnologia, saúde, ética, democracia, meio-ambiente, relações Norte-Sul, paz e solidariedade, todos amiúde reduzidos a meros *slogans* centrados nas firmas, mercados, gestão, eficiência, produtividade, inovação, transferência de tecnologia, comercialização, poder e consumidores.

Ante a incapacidade resolutive individual dessa lógica, emerge a constatação de que tanto as forças de mercado quanto as de não-mercado são fundamentais para determinar o desenvolvimento econômico associado ao bem-estar social, e a correlação e balanceamento entre aquelas forças é o ponto crucial da questão. Daí é que advêm os “remédios” que foram criados com o propósito de contrabalançar os efeitos danosos da prevalência da lógica competitiva (leia-se “excesso de capitalismo”)¹⁸³ – entre eles, contra a tendência de monopólio capitalista, as políticas antitruste. Tais medidas contribuíram para o

¹⁸² Vide trabalho do Group of Lisbon (1995), c. 3.

¹⁸³ Um dos efeitos negativos do excesso de competição diretamente relacionado com a política antitruste é a redução do caráter competitivo do mercado doméstico e o aumento das concentrações industriais e financeiras

estabelecimento do contrato social nacional que forma a base da moderna economia e do desenvolvimento social nas sociedades avançadas. O problema é que, com a erosão dos mercados nacionais por causa da globalização, a força das nações (entenda-se Estado) para controlar seus efeitos adversos diminuiu na mesma proporção em que aumentou a das redes de empresas multinacionais.

Para facear esse desafio, uma resposta seria o estabelecimento de um contrato de governança global, uma espécie de acordo definido por regras comuns e mecanismos que, além de combater possíveis desastres globais assegure a promoção do desenvolvimento humano e social em escala global, via contratualização em torno¹⁸⁴: (i) de necessidades e aspirações básicas, vale dizer, a redução das desigualdades sociais; (ii) de reconhecimento mútuo e trocas frutíferas entre culturas diferentes, dito de outro modo, o estabelecimento de canais de diálogo e tolerância entre culturas; (iii) da construção de mecanismos de governança global ou a democracia globalizada¹⁸⁵; e (iv) da preservação adequada de recursos ambientais.

Não é do escopo deste trabalho entrar no mérito de qual seria a solução mais plausível para tal dilema. A menção cabe de sorte a explicitar que, seja qual for a alternativa escolhida para o deslinde da situação, manifesta-se, de pronto, a necessidade imperativa de se coibir as práticas virtualmente nocivas derivadas do recrudescimento da influência das forças de mercado, isto é, aquelas atentatórias à competição, esta entendida como a que beneficia o cidadão. O Estado, como guardião e promotor do interesse público, é o primeiro nível em que

em nível global, o que favorece o desenvolvimento de mercados oligopolistas globais. Para conhecer demais efeitos negativos, consultar Group of Lisbon (1995:103).

¹⁸⁴ Op. cit. p.127.

¹⁸⁵ Os autores defendem que esta é a fundamental fraqueza do processo de globalização, qual seja, a crescente dissociação entre o poder econômico organizado em base mundial – por redes globais empresas industriais, financeiras e de serviços – e o poder político que remanesce organizado apenas em bases nacionais. Quanto mais as autoridades consideram que a principal tarefa do Estado é dar suporte às suas empresas para competir internacionalmente, tanto mais aquelas (autoridades) delegam a estas (empresas) a tarefa de promover o bem-

as políticas nesse sentido devem atuar, não podendo se omitir na tarefa de preservar o ambiente econômico favorável à consecução do bem-estar social. Precisamente por essa razão, lança mão dos instrumentos de que dispõe para lograr o cumprimento de suas funções¹⁸⁶, dentre os quais a política antitruste, objeto de estudo deste trabalho.

O que se deve ter em mente é que nem a política antitruste – bem assim qualquer outra política – é a panacéia capaz de solucionar todos os conflitos que se forjam nas relações de mercado, tampouco a experiência nessa área pode ser isolada das demais experiências da inter-relação Estado-sociedade. O que se depreendeu, ao longo deste texto, foi a complexa rede interativa em que as políticas públicas se movimentam, influenciando as relações sociais, quer do ponto de vista das organizações industriais e empresariais, quer no que diz respeito ao cotidiano do cidadão comum, e ainda, no que tange ao *modus operandi* da máquina pública e das relações políticas a ela inerentes, no estilo das forças auto-influenciadoras que foram descritas no trabalho de Morgan (1996) sobre o funcionamento das organizações¹⁸⁷.

Por todo o mundo tem se refletido como parte fundamental de quaisquer políticas antitruste, tanto em documentos e atividades das entidades oficiais, quanto na legislação relativa à matéria, a preocupação com ações adicionais capazes de dar maior combatividade à uma política que, no dizer de Salgado (2000), resume-se em restringir o abuso de poder econômico, preservando, como fim último, o interesse do consumidor.

De todas as práticas lesivas conhecidas, a formação de cartéis é a mais exemplar para que se possa aquilatar as dimensões deste problema. Cartéis são considerados danosos para a

estar econômico e social, o que resulta no enfraquecimento dos mecanismos democráticos em nível global (Op. cit. p 132).

¹⁸⁶ Vide discussão sobre atuação e funções do Estado no Capítulo II, item 2.2 deste trabalho.

economia como um todo, não apenas por causarem ineficiência nos mercados, mas por lesarem o bem-estar do consumidor, e constituem também a infração que oferece maior dificuldade para ser detectada. Hoje, dada a globalização da economia, os limites dos mercados que sofrem tais efeitos ficam progressivamente mais difusos, de vez que não raro os cartéis têm abrangência internacional.

Pôde-se perceber, neste texto, que o adequado uso de medidas antitruste pode contribuir significativamente para a aproximação de um modelo mais equânime de bem-estar social. Particularmente no Brasil, em que o modelo de desenvolvimento recentemente alterado patina nos óbices tanto de uma economia dependente do investimento internacional quanto de uma sociedade insciente das premissas do que seria um real processo de ganhos sustentáveis, faz-se mister que se dissemine o potencial de qualidade de vida que o comprometimento planejado de políticas antitruste com as demais políticas governamentais pode ensejar.

É importante que não somente o governo possa apreender a dimensão desse potencial, reorganizando o mapa estratégico em que suas políticas são distribuídas para valorizar a ação antitruste, mas principalmente a sociedade, seja em nível empresarial – via incorporação de considerações antitruste na formulação e implementação de ações e estratégias –, seja em nível de participação cidadã, com o consumidor ciente de seus direitos e, mais que isso, o cidadão cômico de suas prerrogativas de se organizar, entender, refletir e se utilizar dos meios disponíveis para fazer valer suas escolhas, de modo a contribuir para denunciar as práticas lesivas que o arcabouço antitruste pode reprimir. Para o cidadão, sobretudo, é que valem as observações tecidas sobre a advocacia da concorrência, cujo desdobramento educacional é o principal pilar para que se assente um sistema antitruste realmente efetivo.

¹⁸⁷ Essa questão das forças auto-influenciadoras está na base dos trabalhos de Porter (1993) e Day e Reibstein (1999), estudados no Capítulo IV.

Decerto o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresenta lacunas que carecem de aperfeiçoamento, muitas das quais foram coligidas neste texto. Outras há que não foram mencionadas, por impossível desincumbir-se de tarefa de tal envergadura: nem toda a literatura na área foi visitada, nem foi possível o mergulho aprofundado no funcionamento dos órgãos do sistema, dados o tempo e os recursos ao alcance desta autora. No entanto, o exposto permite inferir que nenhuma delas, a princípio, compromete sobremaneira a diretriz tomada de se investir no alcance dos objetivos definidos da política antitruste, em suas esferas de atuação preventiva, repressiva e educacional. Também se pode concluir que todas elas, as falhas, são inerentes a qualquer processo de construção empírica: posto que o conhecimento na área de antitruste esteja mundialmente disseminado, ocorre no Brasil o fenômeno de apreensão, cotejo e adaptação à realidade nacional, o que implica acertos e erros, felizmente passíveis de serem ajustados, à luz da seriedade com que se pleiteia a sedimentação da prática no seio da nossa sociedade.

Dentro deste contexto é que podem ser vistas as recentes alterações promovidas pelo Brasil à sua legislação em matéria de concorrência. Preservar a concorrência significa garantir não apenas pluralidade de escolhas para o consumidor, mas incentivar a diversidade da produção e manter a dinâmica do mercado que permite a inovação tecnológica e gera emprego e renda. A pretensão do governo de aperfeiçoar o sistema evidencia-se em proposta de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANC. Já houve um projeto recente submetido à consulta pública, conquanto não tenha sido encaminhado ao Congresso Nacional. A agência preservaria a finalidade de promover e defender a concorrência no Brasil, resguardando os interesses dos consumidores e fazendo com que a economia brasileira funcione de forma eficiente e livre de práticas comerciais abusivas e enganosas. O mencionado projeto previa significativa reestruturação institucional,

integrando os órgãos que hoje compõem o SBDC, quais sejam a SEAE, a SDE e o CADE, e absorvendo as suas competências concernentes à defesa da concorrência e do consumidor.

A maior crítica a esse projeto refere-se ao excesso de poderes concedidos ao diretor-geral da agência, argumento que é terminantemente rebatido por Corrêa (2000) porque: (i) qualquer decisão terminativa do diretor é passível de revisão pelo Tribunal da Concorrência; (ii) ao Tribunal caberá o arbitramento de litígios entre as empresas requerentes e as representadas. Outra crítica que reputa indesejável o vínculo entre o presidente da República e a diretoria da agência pode ser ponderada pela experiência internacional, que tem na Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ) norte-americano, autoridade vinculada ao executivo, a maior responsável por mudanças significativas no cenário antitruste das últimas duas décadas. Por outro lado, o aumento dos mandatos dos conselheiros do Tribunal para cinco anos e a não coincidência destes com o mandato presidencial preservarão a autonomia do órgão julgante, embora se reconheça que as preferências do cidadão quanto à intervenção antitruste devem se manifestar através das diretrizes do governo eleito.

Atualmente, um novo projeto para a agência encontra-se em discussão nos bastidores do governo trazendo em seu bojo algumas modificações importantes¹⁸⁸, entre elas o fato de a ANC açambarcar as funções da SDE e da SEAE, vale dizer, a instrução dos processos em matéria concorrencial, remanescendo o CADE tal como se encontra hoje na sua função julgante, portanto mantendo sua independência como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Essa proposta vai ao encontro de várias recomendações mencionadas neste trabalho: reduz os custos de entrada de solicitações no sistema (de vez que de três, passariam a ser dois

¹⁸⁸ Refere-se à época de conclusão desta pesquisa, no 2º semestre de 2002, coincidente com o término do 2º mandato presidencial do Sr. Fernando Henrique Cardoso. Nesta ocasião, na impossibilidade de criação da agência devido ao momento político, projetava-se que as discussões a respeito seriam retomadas no governo do então presidente eleito, Sr. Luís Inácio Lula da Silva.

os órgãos), reduz os riscos de duplicidade de análises e pareceres, contribui para diminuir a morosidade nas análises (a tramitação do processo dentro do sistema será mais rápida), preserva a separação entre as funções de investigação e judicante, enseja a criação de uma carreira para a área de defesa da concorrência, abrindo perspectivas para melhor capacitação dos profissionais, reorganiza o fluxo de recursos da área, entre outras.

Há mais modificações em curso, como o projeto que modifica a Lei nº 8.884/94 – criando, entre outras coisas, a obrigatoriedade de notificação prévia dos atos de concentração –, e o que trata da questão do conflito de competências entre o CADE e o Banco Central – BACEN com relação às fusões e aquisições envolvendo instituições financeiras. O Executivo, com a anuência dos Ministérios da Fazenda e da Justiça, elaborou projeto de lei que será enviado ao Congresso Nacional para aprovação¹⁸⁹. De acordo com o projeto os atos de concentração dessas instituições deverão ser submetidos previamente ao Banco Central que decidirá se há ou não risco sistêmico¹⁹⁰ a justificar o negócio. Caso haja, a autoridade monetária avaliará o ato; caso contrário, a competência da análise será do CADE.

A aprovação do projeto de lei complementar acabará com a “insegurança jurídica” gerada pelo conflito de competências, acirrado no final de 2001: de um lado, o Banco Central detém competência exclusiva para julgar movimentações no setor financeiro, segundo parecer da Advocacia Geral da União – AGU; de outro, a Lei Antitruste brasileira não garante imunidade antitruste a nenhuma área da economia, além do fato de que o CADE e o Banco Central têm funções complementares no que tange à regulação e zelo pela livre competição.

Quaisquer que sejam as mudanças implantadas, espera-se que o novo desenho

¹⁸⁹ Cf. notícia “*BC e CADE vão julgar fusões de bancos*”, publicada no jornal Gazeta Mercantil em 18/11/2002.

¹⁹⁰ Refere-se ao risco de “quebrar” todo o sistema nacional, no caso o bancário.

institucional consiga atuar exitosamente em várias das lacunas que o atual sistema tem apresentado, entre elas a excessiva ênfase em atos de concentração em detrimento à repressão de condutas anticompetitivas, além das demais já mencionadas ao longo deste trabalho. De qualquer modo, cabe aos agentes envolvidos, quais sejam as autoridades constituídas, o empresariado e a sociedade brasileira corroborarem a legitimidade da prática antitruste, não apenas via transparência de procedimentos, como também através da cooperação na aplicação e no uso dos mecanismos de denúncia das infrações previstas.

Para finalizar, cabe um comentário acerca de recente avaliação do SBDC procedida pela “*Global Competition Review*”, uma publicação britânica de renome internacional na área de regulação econômica¹⁹¹. A avaliação colocou o Brasil em último lugar entre 25 jurisdições em matéria de defesa da concorrência, analisando questões como trato de fusões e cartéis, orientação, *expertise* econômica, consistência, recursos humanos, liderança, e independência. O sistema recebeu a nota “fraco” nos dois primeiros, “moderadamente fraco” nos três seguintes, “moderadamente forte” em liderança e “forte” em independência. Com relação a esta última, a avaliação foi que “*o CADE é excepcional entre os órgãos brasileiros pelo grau de sua independência de pressões políticas, o que em parte deve-se ao fato de que ele é um fórum público*”. Interessante notar que a maior nota foi atribuída ao quesito independência, reiteradamente mencionado ao longo deste trabalho como um dos mais importantes para a implementação de uma política antitruste efetiva¹⁹².

A revista reconheceu que a falta de estrutura do CADE (em termos de recursos

¹⁹¹ Cf. Eyers e Samuels (2002).

¹⁹² Além do que, a independência da SDE e do CADE já havia sido comprovada no trabalho de Salgado (1997). Em contrapartida, Geventher (2000) aponta em seu estudo que apesar dos avanços decorrentes da Lei nº 8.884/94, a agência antitruste brasileira tem um dos menores graus de autonomia da América Latina. Mas como o próprio autor afirma que a aproximação é imperfeita visto que alguns fatores são mais determinantes sobre o grau de autonomia do que outros (como tempo de mandato) e também porque as legislações não captam outros

humanos e financeiros¹⁹³), a má coordenação entre os três órgãos do sistema e o abandono do projeto inicial da agência de defesa da concorrência pesaram na avaliação¹⁹⁴. O julgamento de fusões foi considerado fraco por três razões: (i) o CADE ocupa muito tempo em negócios que não afetam a concorrência (devido ao limite de faturamento para notificações); (ii) os critérios para aplicações de multas contra empresas por atraso na notificações de fusões não são claros (não há consenso sobre qual é o “primeiro documento vinculativo” a partir do qual começa a contagem do prazo de 15 dias)¹⁹⁵; (iii) a autorização para as fusões é lenta¹⁹⁶. No caso de cartéis¹⁹⁷, a revista lembra que, à época da avaliação, a SDE tinha mais de 150 casos por enviar ao CADE, poucos processos foram adiante e apenas um julgado pelo CADE resultou em multa.

A repercussão dessa avaliação no Brasil foi intensa: o presidente do CADE, João Grandino Rodas, reputou-a injusta¹⁹⁸, por razões várias: (i) o não reconhecimento da maior tradição latina em matéria de defesa da concorrência; (ii) a não consideração do esforço de

elementos importantes como a capacidade de geração de recursos financeiros próprios, trata-se de avaliação preliminar que carece de refinamento metodológico.

¹⁹³ Nisso os estudiosos da área concordam, conforme reiteradamente mencionado ao longo deste trabalho.

¹⁹⁴ Cf. notícia “*Publicação aponta CADE como pior órgão de defesa da concorrência*”, publicada no jornal Valor Econômico em 15/08/2002.

¹⁹⁵ Outro ponto de ampla concordância, cuja solução é a iminente obrigatoriedade de notificação prévia que consta da proposta de modificação da Lei Antitruste que está em elaboração. Em recente entrevista o procurador-geral do CADE, Fernando Furlan, confirma que “ainda não há jurisprudência consolidada sobre qual é o ponto de partida para a contagem do prazo”. Segundo ele, há duas correntes entre os conselheiros: a “civilista” apega-se à data de assinatura dos contratos, enquanto a “publicista” dá prioridade ao momento em que se identifica a realização de acordo informal entre as partes, responsável pelo fim da competição entre elas. “A definição conceitual é polêmica”, reconhece o procurador-geral, considerando legítimas as dúvidas das empresas. Cf. notícia “*Cade reconhece polêmica nos prazos e multas*”, publicada no jornal Gazeta Mercantil de 30/08/2002.

¹⁹⁶ Esse é um problema agravado pela precariedade dos recursos humanos em termos quantitativos, visto que cf. a notícia “*A defesa da concorrência e a Global Competition Review*” publicada no jornal Valor Econômico em 21/10/2002, muitos profissionais sem vínculo. que são os que registram a maior rotatividade, têm qualificação pelo menos em nível de Mestrado em renomadas instituições de ensino.

¹⁹⁷ Com relação a cartéis, o SBDC está tomando medidas para intensificar o combate a essa infração, como o acordo de cooperação que a SDE e SEAE formalizaram com os ministérios públicos estaduais. O acerto formaliza o trabalho conjunto realizado de forma esporádica e aleatória nos últimos anos e prevê a troca de informações e entre as partes. Aos procuradores caberá, basicamente, a coleta de provas a fim de comprovar as infrações, por meio por exemplo de escutas telefônicas autorizadas pela Justiça, enquanto que os órgãos do Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência – SBDC, ao instaurar e julgar os processos, enriquecerão o material utilizado pelos MPs para acionar judicialmente os responsáveis pelo conluio (o cartel é crime previsto no Código Penal). Cf. notícia “*Governo intensifica combate a cartéis*”, notícia publicada no jornal Gazeta Mercantil de 17/10/2002.

trabalho conjunto dos órgãos, de que o “rito sumário” – um procedimento de tramitação rápida adotado – é o mais recente exemplo¹⁹⁹; (iii) a não verificação *in loco* dos aspectos avaliados²⁰⁰; (iv) o fato de que o CADE está praticamente com seus julgados em dia; (v) a concessão – tanto inédita quanto louvável em termos de jurisdições antitruste – de acesso facilitado aos advogados das partes pelos conselheiros; (vi) a introdução de novas medidas legais e negociadas²⁰¹ para favorecer a ação anticoncorrencial; (vii) a intensa atividade de disseminação da cultura da concorrência²⁰².

Outras opiniões dão conta que o aperfeiçoamento do sistema está em curso – apesar de a agência não ter procedido a unificação dos órgãos –, que a qualidade dos pareceres no Brasil às vezes supera a de jurisdições tradicionais na matéria²⁰³, e que a alardeada perda de tempo despendido nos projetos de lei (da agência e da modificação da lei antitruste) que não foram adiante significa, ao contrário, tanto o reconhecimento por parte das autoridades das deficiências do sistema – quais as apontadas – quanto a virtude de promover o amplo debate democrático das transformações propugnadas, capaz de conferir amadurecimento e legitimidade às decisões.

O rechaço ao julgamento externo, que não se traduziu em mera contestação desprovida de arrazoado, já mostra uma boa dose de auto-estima e maturidade por parte dos profissionais engajados no trabalho de defesa da concorrência. O conhecimento do sistema e a experiência

¹⁹⁸ Cf. notícia “*Opinião – Fora a estrela do CADE*”, publicada pelo jornal Valor Econômico em 27/08/2002.

¹⁹⁹ Neste particular acresce a utilização pela SEAE e SDE do Guia Conjunto para Atos de Concentração. Cf. notícia “*A defesa da concorrência e a Global Competition Review*” publicada no jornal Valor Econômico em 21/10/2002.

²⁰⁰ Além da coleta de pouquíssimas opiniões de especialistas brasileiros. Cf. notícia “*Julgamento injusto e duvidoso*”, publicada no jornal Gazeta Mercantil em 27/08/2002.

²⁰¹ Como o Acordo de Preservação de Reversibilidade que substitui vantajosamente, quando possível, a imposição unilateral de medidas preventivas ou cautelares.

²⁰² Mesas de direito da concorrência, seminários, treinamento anual de duas turmas de estagiários e publicação da *Revista de Direito Econômico*.

²⁰³ Cf. notícia “*Julgamento injusto e duvidoso*”, publicada no jornal Gazeta Mercantil em 27/08/2002.

adquirida no manejo dos instrumentos antitruste por parte desses profissionais é evidência inequívoca de que a consolidação da ação antitruste está a se fazer de forma paulatina porém vigorosa, institucionalizando no seio nacional, a pouco e pouco, a tradição almejada na matéria. Cabe à sociedade, cada vez mais, exercer participação ativa nesse processo, essencial para que o Brasil planeje e implemente seu modelo de desenvolvimento em bases viáveis da interação entre os agentes públicos e privados – em última instância, Estado e sociedade.

- ADAMS, Walter, BROCK, James W. *Antitrust economics on trial: a dialogue on the new laissez-faire*. New Jersey: Princeton University Press, 1991, 132 p.
- BONER, Roger Alan, KRUEGER, Reinald. *The basis of antitrust policies: a review of ten nations and European Communities*. World Bank technical paper. Washington, D.C., 1991.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books, 1978.
- BRASIL, CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2002.
- BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2002.
- BRASIL, *Página da Internet da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE*. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRASIL, *Página da Internet da Secretaria de Direito Econômico - SDE*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRASIL, *Página da Internet do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- BRIGHT, Christopher. Convergence of global competition law and policy. *International Financial Law Review*. London: Euromoney Publications, 1999.

CARTA de Genebra. *Informativo sobre a OMC e a rodada de Doha*. Missão do Brasil em Genebra. Ano I, v. 9, out. 2002.

CLARK, John. *A política de concorrência e a reforma regulatória no Brasil: um relatório de acompanhamento*. Programa de Cooperação OCDE/Brasil. Junho, 2000. Tradução de “Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report”. Disponível em <<http://www.oecd.org/Jpuma/pubs/index.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995, 171 p.

CONSIDERA, Claudio, ALBUQUERQUE, Kelvia. *The relationship between competition policy and regulation in the Brazilian economy*. Paper apresentado no seminário Competition and Regulation: The Energy Sector in Brazil and in the United Kingdom, Oxford University, England, June 2001, 13 p. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/Documentos de Trabalho>>. Documento de Trabalho nº 10. Acesso em: 16 abr. 2002.

CONSIDERA, Claudio, CORRÊA, Paulo. *The political economy of antitrust in Brazil: from price control to competition policy*. Paper prepared for Fordham Conference on Competition Policy, New York, October, 2001, 42 p. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/Documentos de Trabalho>>. Documento de Trabalho nº 11. Acesso em: 16 abr. 2002.

CORRÊA, Paulo. Poderes equilibrados em uma nova agência. *Valor Econômico*, São Paulo, 06 dez. 2000. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/seae/artigos/Artigopaulo.htm>>. Acesso em: 30 maio 2001.

CORRÊA, Paulo, GUANAIS, Frederico. Building a leniency and immunity policy: the recent Brazilian experience. *Arché Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes – UCAM-Ipanema, v. 10, n. 29, p. 103-120, 2001.

- CYSNE, Rubens Penha. *Comentários sobre defesa da concorrência no Brasil*. Centro de Estudos de Reforma do Estado. Texto para discussão nº 004. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, ago. 1997.
- DAY, George S., REIBSTEIN, David J. *A dinâmica da estratégia competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1999, 462 p.
- EYERS, James, SAMUELS, David. Rating the Enforcers 2002. *Global Competition Review*. London, July 2002.
- FONSECA, Antonio. Questões controvertidas na Lei nº 10.149, de 2000. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 13, p. 71-76, nov. 2001. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, 435 p.
- GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas da pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1987, 206 p.
- _____. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1989, 159 p.
- GHEVENTER, Alexandre. Política antitruste e desenho institucional. *Revista de Direito Econômico*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Brasília: CADE, n. 31, p. 165-186, jan./jul. 2000.
- GLOSSARY of Industrial Organisation Economics and Competition Law. Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD, 1990. Disponível em <<http://www.oecd.org/Jpuma/pubs/index.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2000.
- GROUP of Lisbon. *Limits to competition*. Cambridge: The MIT Press, 1995, 167 p.
- GUIA para Análise Econômica de Atos de Concentração. Brasília: Imprensa Nacional, jun. 1999, 74 p.

GUIA Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil. CADE. São Paulo: CIEE, 2000, 84 p.

KASZNAR, Istvan K. Administração em tempos de turbulência e planejamento estratégico.

Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV.

_____. *Finanças internacionais para bancos e indústrias*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1990.

KEEGAN, Warren J. *Global marketing management*. New Jersey: Prentice Hall, Inc., 1998,

639 p.

KHEMANI, R. Shyam (project director). *A framework for the design and implementation of*

competition law and policy. The World Bank and OECD. Washington, D.C.: Library of

Congress Cataloging-in-Publication Data, 1998. Disponível em

<<http://www.worldbank.org/Documents&reports>>. Acesso em: 07 maio 2002.

_____. *Competition law. Some guidelines for implementation*. At a glance. The World

Bank. Washington, D.C. FPD note n° 14, July 1994. Disponível em

<<http://www.worldbank.org/Documents&reports>>. Acesso em: 07 maio 2002.

KHEMANI, R. Shyam, DUTZ, Mark A. The instruments of competition policy and their

relevance for economic development. In: FRISCHTAK, Claudio (editor). *Regulatory*

policies and reform: a comparative perspective. Banco Mundial, dez. 1995.

KOTLER, Philip. *O marketing das nações*.. São Paulo: Futura, 1997, 412 p.

LAGES, André Maia Gomes. Concorrência, globalização e desenvolvimento: elementos para

discussão à luz da experiência brasileira. Texto para discussão n°426. Rio de Janeiro:

UFRJ/IE, 1998.

MATTOS, César Costa Alves de. *The recent evolution of competition policy in Brazil: an*

incomplete transition. Centro de Estudos de Reforma do Estado. Texto para discussão n°

006. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, out. 1997.

- MELLO, Maria Tereza L. Defesa da Concorrência. In: KUPFER, David, HASENCLEVER, Lia (org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, cap. 21, p. 485-514, 2002, 640 p.
- MONTEIRO, Carmen, VENTURA, Elvira, CRUZ, Patrícia. Cultura e mudança organizacional: em busca da compreensão sobre o dilema das organizações. *Caderno de Pesquisas em Administração*. São Paulo: FEA-USP, v. 1, n. 8, p. 69-80, 1º trimestre 1999.
- MONTEIRO, Carmen. A função pública e o aparelho estatal: um olhar à luz da reforma administrativa brasileira. *Anais do 21º Enanpad*. Foz do Iguaçu: ANPAD, 1998.
- _____. Benchmarking no setor público: a busca da excelência no desempenho do Estado. In: *Casos e textos sobre Administração Pública: 5º concurso*. Rio de Janeiro: Fundação Escola do Serviço Público do Estado do Rio de Janeiro (FESP-RJ), ISAPE, 1998, 227 p.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. *Economia & política: instituições de estabilização econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1997, 263 p.
- MORGAN, Gareth. *Imagens da organização*. São Paulo: Atlas, 1996.
- NASCIMENTO, Cynthia Araujo. *A política de concorrência no novo paradigma de estado*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1998.
- NEW initiatives, old problems: a report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation. Report by the CLP. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, v. 2, n. 2, 2000.
- OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001, 218 p.

- _____. *Elementos econômicos para uma revisão da Lei 8884/94*. Núcleo de Pesquisas e Publicações (NPP). Série Relatórios de Pesquisa. Relatório nº4/2001. São Paulo: EAESP/FGV, 2001, 195 p.
- _____. Recent trends and prospects for Brazilian antitrust. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 9, p. 24-31, fev. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- _____. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Idéias & debate*, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, n. 17, 1998, 48 p.
- PITTMAN, Russel. Proposed changes in Brazil's antitrust law. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 12, p. 102-104, jul. 2001. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- PORTER, Michael E. *A vantagem competitiva das nações*. Rio de Janeiro: Campus, 1993, 897 p.
- _____. *Estratégia competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência*. Rio de Janeiro: Campus, 1986, 362 p.
- ROCHA, Bolívar Moura, TAVARES, Márcia Prates. Alterações recentes na legislação defesa da concorrência no Brasil. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European Commission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 11, p. 32-36, dez. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002
- SALGADO, Lucia Helena. Competition and development in the nineties. Dreams, frustrations and challenges ahead. *Boletim Latino-americano de Concorrência*, The European

- Comission, Directorate General for Competition – DGIV, n. 10, parte 2, p. 53-56, jun. 2000. Disponível em <<http://europa.eu.int/comm/competition/internacional/others>>. Acesso em: 15 abr. 2002.
- _____. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997, 205 p.
- _____. *As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil*. Texto para discussão nº 264. Brasília: IPEA, jun. 1992.
- SAMPAIO, Ellen, SALGADO, Lucia Helena (Org.). *Defesa da concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional*. Série IPEA, n. 142. Brasília: IPEA, 1993, 220 p.
- SCHMIDT, Cristiane. Some lessons on the antitrust procedures in the USA for the Brazilian Competition Defense System. *IV Workshop Internacional de Cartéis*. Rio de Janeiro, Brasil, 18-20 set. 2002.
- SIMONSEN, Mario Henrique. *Teoria microeconômica*. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 2 v., v. 2, 1988, 518 p.
- STIGLITZ, Joseph E.. *Principles of microeconomics*. New York: W. W. Norton & Company, 2nd ed., 1996, 594 p.
- VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 1997, 90p.
- _____. Sugestão para estruturação de um projeto de pesquisa. *Cadernos de Pesquisa EBAP*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1991, 38 p.
- VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M., HARRINGTON, Jr., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: The MIT Press, 1995, 890 p.
- WILLIAMSON, Oliver E. *Antitrust economics: mergers, contracting and strategic behavior*. Oxford: Basil Blackwell, 1987, 363 p.
- WORLD Development Report 2002. *Building institutions for markets*. New York: Oxford University Press, 2001.

Resoluções do CADE

Obs.: Vide menção a este Anexo I na nota 59.

Resolução Nº	Data	Publicação	Ementa/Observação
1	21/05/92	(*)	Fixa valores de multas previstas no art. 47 da Lei nº 4.137/62.Revogada pela Resolução nº 2/92.
2	21/10/92	(*)	Fixa valores de multas previstas no art. 47 da Lei nº 4.137/62.Revogada após a publicação da Lei nº 8.884/94.
1	07/06/95	(*)	Disciplina as formalidades e procedimentos do CADE relativos aos atos do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Revogada pela Resolução nº 5/96.
3	06/03/96	DOU 11/03/96	Estabelece normas complementares sobre o funcionamento e a ordem dos trabalhos do CADE. Revogada, tendo em vista legislação em vigor sobre vacância de cargos.
4	16/05/96	DOU 31/05/96	Cria o Fórum Permanente de Discussão de Políticas de Concorrência — FPPC, e dá outras providências.
5	28/08/96	(*)	Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884/94. Revogada expressamente pelo art. 16 da Resolução nº 15 de 19/08/98.
6	02/10/96	DOU 10/10/96	Organização de pauta (prioridades).
7	09/04/97	DOU 15/04/97	Altera Resolução nº 6/96.
8	23/04/97	DOU 28/04/97	Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei nº 8.884/94, disciplinado pela Resolução nº 5, do CADE, de 28.08.96.
9	16/07/97	DOU 13/08/97	Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei nº 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE.
10	29/10/97	(*)	Aprova o RI. Revogada pela Resolução nº 12/98.
11	12/11/97	(*)	Altera o RI. Revogada pela Resolução nº 12/98.
12	31/03/98	DOU 23/04/98	Aprova o Regimento Interno do CADE.
13	13/05/98	DOU 21/05/98	Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho.
14	N/e	N/e	N/e
15	19/08/98	DOU 28/08/98	Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 (Super 5).
16	09/09/98	DOU 25/09/98	Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE (Código de Ética).
17	04/11/98	DOU 05/11/98	Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º da Lei nº 8.884/94.
18	25/11/98	DOU 13/12/99	Regulamenta o procedimento de consulta ao CADE sobre matéria de sua competência.

(continuação)

Anexo I – Resoluções do CADE (cont.)

Resolução Nº	Data	Publicação	Ementa/Observação
19	03/02/99	DOU 13/12/99	Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do CADE.
20	09/06/99	DOU 28/06/99	Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94.
21	23/08/00	DOU 08/11/00	Alteração regimental.
22	01/11/00	DOU 08/11/00	Publicação de atos de concentração aprovados p/ decurso de prazo.
23	26/09/01	DOU 05/10/01	Alteração regimental.
24	30/01/02	DOU 04/02/02	Dispõe sobre os procedimentos para inscrição de créditos em Dívida Ativa e sua cobrança administrativa e judicial.
25	20/02/02	DOU 25/02/02	Sobre recolhimento de taxa processual.
26	27/06/02	DOU 04/07/02	Dispõe sobre a propositura de Embargos de Declaração das decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e dá outras providências.
27	27/06/02	DOU 04/07/02	Acrescenta artigos ao Regimento Interno do CADE, os quais dispõem sobre o aproveitamento de votos já proferidos pelos Conselheiros do CADE e dá outras providências.
28	24/07/02	DOU 02/08/02	Dispõe sobre a Medida Cautelar no âmbito do CADE e dá outras providências.
29	04/09/02	DOU 09/09/02	Dispõe sobre a alteração do art. 5º e art. 6º, com seus parágrafos (distribuição e férias coletivas), da Resolução nº 12, de 31.03.98 e dá outras providências.
30	25/09/02	DOU 30/09/02	Dispõe sobre as condições de impedimentos e suspeição dos membros do Conselho para a relatoria e votação dos processos de competência do CADE.
31	02/10/02	DOU 07/10/02	Dispõe sobre a inclusão de parágrafo ao art. 1º da Resolução nº 28, de 24.07.02.
32	30/10/02	DOU 12/11/02	Dispõe sobre a apresentação de documentos em língua estrangeira ao CADE.
33	13/11/02	DOU 18/11/02	Altera dispositivos da Resolução nº 24/02.

Fonte: *Homepages* institucionais da SEAE, SDE e CADE; Revista de Direito Econômico n.30, Brasília: CADE, ago./dez.1999; Base de Dados DATALEGIS.

Legenda: (*): Dado não obtido; N/e: Não existe (assim como não existe a Resolução nº2 na vigência da Lei nº 8.884/94; à época, houve falha na numeração das resoluções).

Quantitativo de Julgados do CADE

Obs.: Vide menção a este Anexo II na nota 168.

Quantitativo de Julgados do CADE								
	AC	PA	RV	AI	AP	CO	RE	Total
1996	19	29	2	n/i	58	1	53	162
1997	46	266	0	n/i	116	8	56	492
1998	144	90	2	n/i	96	5	n/i	337
1999	226	155	n/i	n/i	n/i	15	n/i	396
2000	523	39	13	33	34	19	2	663
1996-2000	958	579	17	33	304	48	111	2050

Fonte: Relatórios Anuais CADE de 1996, 1997, 1998/99 e 2000.

Legenda: AC =ato de concentração;

PA =processo administrativo;

RV =recurso voluntário;

AI =auto de infração (impugnação e pedido de reconsideração);

AP =averiguação preliminar (recurso de ofício);

CO =consulta;

RE =representação;

n/i =não informado.

Quantitativo de Julgados do CADE em Porcentagem								
	AC	PA	RV	AI	AP	CO	RE	Total
1996	11,7%	17,9%	1,2%	n/i	35,8%	0,6%	32,7%	100%
1997	9,3%	54,1%	0,0%	n/i	23,6%	1,6%	11,4%	100%
1998	42,7%	26,7%	0,6%	n/i	28,5%	1,5%	n/i	100%
1999	57,1%	39,1%	n/i	n/i	n/i	3,8%	n/i	100%
2000	78,9%	5,9%	2,0%	5,0%	5,1%	2,9%	0,3%	100%
1996-2000	46,7%	28,2%	0,8%	1,6%	14,8%	2,3%	5,4%	100%

Fonte: Relatórios Anuais CADE de 1996, 1997, 1998/99 e 2000.

Legenda: AC =ato de concentração;

PA =processo administrativo;

RV =recurso voluntário;

AI =auto de infração (impugnação e pedido de reconsideração);

AP =averiguação preliminar (recurso de ofício);

CO =consulta;

RE =representação;

n/i =não informado.

Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994

Obs.: Vide menção a este Anexo II na nota 56.

LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.

Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

TÍTULO I

Das Disposições Gerais

CAPÍTULO I

Da Finalidade

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

CAPÍTULO II

Da Territorialidade

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1o Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2o A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

TÍTULO II

Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

CAPÍTULO I

Da Autarquia

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela [Lei nº 4.137](#), de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

CAPÍTULO II

Da Composição do Conselho

Art. 4º O Plenário do Cade é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução.

§ 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.

§ 3º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato do Presidente do Cade, assumirá o Conselheiro mais antigo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições.

§ 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído.

§ 5º Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2º, 54, §§ 4º, 6º, 7º e 10, e 59, § 1º, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum. (Incluído pela [Lei nº 9.470](#), de 10/07/97)

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a [Lei nº 8.112](#), de 11 de dezembro de 1990 e a [Lei nº 8.429](#), de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Cade que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

Art. 6º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI - exercer atividade político-partidária.

CAPÍTULO III

Da Competência do Plenário do Cade

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

IV - decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;

V - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

VI - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

VII - apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;

VIII - intimar os interessados de suas decisões;

IX - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

X - requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XI - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII - requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei;

XIV - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV - determinar à Procuradoria do Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

XVI - firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XIX - elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. (Redação dada pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

XX - propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;

XXI - elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.

XXII - indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento. (Incluído pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

CAPÍTULO IV

Da Competência do Presidente do Cade

Art. 8º Compete ao Presidente do Cade:

I - representar legalmente a autarquia, em juízo e fora dele;

II - presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;

III - distribuir os processos, por sorteio, nas reuniões do Plenário;

IV - convocar as sessões e determinar a organização da respectiva pauta;

V - cumprir e fazer cumprir as decisões do Cade;

VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia;

VII - assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os compromissos de desempenho;

VIII - submeter à aprovação do Plenário a proposta orçamentária, e a lotação ideal do pessoal que prestará serviço à entidade;

IX - orientar, coordenar e supervisionar as atividades administrativas da entidade.

CAPÍTULO V

Da Competência dos Conselheiros do Cade

Art. 9º Compete aos Conselheiros do Cade:

I - emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário;

II - proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores;

III - submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidas sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

IV - adotar medidas preventivas fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento;

V - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo regimento.

CAPÍTULO VI

Da Procuradoria do Cade

Art. 10. Junto ao Cade funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

I - prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo;

II - promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia;

III - requerer, com autorização do Plenário, medidas judiciais visando à cessação de infrações da ordem econômica;

IV - promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;

V - emitir parecer nos processos de competência do Cade;

VI - zelar pelo cumprimento desta lei;

VII - desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo Regimento Interno.

Art. 11. O Procurador-Geral será indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 1º O Procurador-Geral participará das reuniões do Cade, sem direito a voto.

§ 2º Aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do Cade.

§ 3º Nos casos de faltas, afastamento temporário ou impedimento do Procurador-Geral, o Plenário indicará e o Presidente do Cade nomeará o substituto eventual, para atuar por prazo não superior a 90 (noventa) dias, dispensada a aprovação pelo Senado Federal, fazendo ele jus à remuneração do cargo enquanto durar a substituição. (Redação dada pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

TÍTULO III

Do Ministério Público Federal Perante o Cade

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do Cade.

Parágrafo único. O Cade poderá requerer ao Ministério Público Federal que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 6º da [Lei Complementar nº 75](#), de 20 de maio de 1993.

TÍTULO IV

Da Secretaria de Direito Econômico

Art. 13. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Art. 14. Compete à SDE:

I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para

prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o ao Cade, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Cade condições para a celebração de compromisso de desempenho, e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;

XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei.

TÍTULO V

Das Infrações da Ordem Econômica

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

CAPÍTULO II

Das Infrações

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29/06/95)

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Art. 22. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

§ 1º O montante fixado para a multa diária de que trata o caput deste artigo constará do documento que contiver a requisição da autoridade competente. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2º A multa prevista neste artigo será computada diariamente até o limite de noventa dias contados a partir da data fixada no documento a que se refere o parágrafo anterior. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 3º Compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput deste artigo. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 4º Responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata este artigo, a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, no País, de empresa estrangeira. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 5º A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação econômica, que será aplicada mediante auto de infração pela autoridade requisitante. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 26-A. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pela SDE ou SEAE no âmbito de averiguação preliminar, procedimento ou processo administrativo sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R\$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pela Secretaria competente. (Artigo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

CAPÍTULO IV

Da Prescrição

Art. 28. Prescrevem em cinco anos as infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (Artigo revogado pela [Lei nº 9.873](#), de 23.11.99)

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou de desempenho.

CAPÍTULO V

Do Direito de Ação

Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da [Lei nº 8.078](#), de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

TÍTULO VI

Do Processo Administrativo

CAPÍTULO I

Das Averiguações Preliminares

Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. (Redação dada Pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 1º Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos arts. 35, 35-A e 35-B, inclusive requerer esclarecimentos do representado ou de terceiros, por escrito ou pessoalmente..(Redação dada Pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo.

§ 3º As averiguações preliminares poderão correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério do Secretário da SDE.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 31. Concluídas, dentro de sessenta dias, as averiguações preliminares, o Secretário da SDE determinará a instauração do processo administrativo ou o seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade neste último caso.

CAPÍTULO II

Da Instauração e Instrução do Processo Administrativo

Art. 32. O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.

Art. 33. O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias.

§ 1º A notificação inicial conterà inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

§ 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do Aviso de Recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverão constar o nome do representado e de seu advogado.

§ 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no Cade.

Art. 34. Considerar-se-á revel o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, contra ele correndo os demais prazos, independentemente de notificação. Qualquer que seja a fase em que se encontre o processo, nele poderá intervir o revel, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.

Art. 35. Decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria, a serem apresentadas no prazo de quinze dias, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei,

mantendo-se o sigilo legal quando for o caso.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 1º As diligências e provas determinadas pelo Secretário da SDE, inclusive inquirição de testemunhas, serão concluídas no prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável por igual período em caso de justificada necessidade.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2º Respeitado o objeto de averiguação preliminar, de procedimento ou de processo administrativo, compete ao Secretário da SDE autorizar, mediante despacho fundamentado, a realização de inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, notificando-se a inspecionada com pelo menos vinte e quatro horas de antecedência, não podendo a diligência ter início antes das seis ou após às dezoito horas.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos.(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal. (Artigo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 1º No curso de procedimento administrativo destinado a instruir representação a ser encaminhada à SDE, poderá a SEAE exercer, no que couber, as competências previstas no caput deste artigo e no art. 35 desta Lei.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2º O procedimento administrativo de que trata o parágrafo anterior poderá correr sob sigilo, no interesse das investigações, a critério da SEAE.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:(Artigo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.(Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou (Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.(Inciso incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em

conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.(Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na [Lei nº 8.137](#), de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.(Artigo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.(Parágrafo único incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

Art. 36. As autoridades federais, os direitos de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista e federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

Art. 37. O representado apresentará as provas de seu interesse no prazo máximo de quarenta e cinco dias contado da apresentação da defesa, podendo apresentar novos documentos a qualquer momento, antes de encerrada a instrução processual.

Parágrafo único. O representado poderá requerer ao Secretário da SDE que designe dia, hora e local para oitiva de testemunhas, em número não superior a três.

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

Art. 39. Concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos ao Cade para julgamento, ou pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade nesta última hipótese.

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do Cade, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

Art. 41. Das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico.

CAPÍTULO III

Do Julgamento do Processo Administrativo pelo Cade

Art. 42. Recebido o processo, o Presidente do Cade o distribuirá, mediante sorteio, ao Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria para manifestar-se no prazo de vinte dias. (Redação dada pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

Art. 43. O Conselheiro-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes para a formação de sua convicção os elementos existentes nos autos.

Art. 44. A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao Cade, a propósito de assuntos que estejam em pauta.

Art. 45. No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de cinco dias, o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por quinze minutos cada um.

Art. 46. A decisão do Cade, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do Cade será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Art. 47. O Cade fiscalizará o cumprimento de suas decisões (Redação dada pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95).

Art. 48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do Cade, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial.

Art. 49. As decisões do Cade serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do Cade disporão de forma complementar sobre o processo administrativo.

CAPÍTULO IV

Da Medida Preventiva e da Ordem de Cessação

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do Cade que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do Cade, sem efeito suspensivo.

CAPÍTULO V

Do Compromisso de Cessação

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE ad referendum do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei. (Parágrafo incluído pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

TÍTULO VII

Das Formas de Controle

CAPÍTULO I

Do Controle de Atos e Contratos

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

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

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

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

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).(Redação dada pela [Lei nº 10.149](#), de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º 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. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. (Redação dada pela [Lei nº 9.021](#), de 30/03/95)

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de

sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do

Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo Cade, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Art. 56. As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;
- VII - o número, espécie e valor das ações.

Art. 57. Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.

CAPÍTULO II

Do Compromisso de Desempenho

Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

CAPÍTULO III

Da Consulta

Art. 59. (Revogado pela [Lei nº 9.069](#), de 29/06/95)

TÍTULO VIII

Da Execução Judicial das Decisões do Cade

CAPÍTULO I

Do Processo

Art. 60. A decisão do Plenário do Cade, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial.

Art. 61. A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multas pecuniárias será feita de acordo com o disposto na [Lei nº 6.830](#), de 22 de setembro de 1980.

Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas.

Art. 63. A execução será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

Art. 64. A execução das decisões do Cade será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do Cade.

Art. 65. O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias.

Art. 66. Em razão da gravidade da infração da ordem econômica, e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo.

Art. 67. No cálculo do valor da multa diária pela continuidade da infração, tomar-se-á como termo inicial a data final fixada pelo Cade para a adoção voluntária das providências contidas em sua decisão, e como termo final o dia do seu efetivo cumprimento.

Art. 68. O processo de execução das decisões do Cade terá preferência sobre as demais espécies de ação, exceto habeas corpus e mandado de segurança.

CAPÍTULO II

Da Intervenção Judicial

Art. 69. O Juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

Parágrafo único. A decisão que determinar a intervenção deverá ser fundamentada e indicará, clara e precisamente, as providências a serem tomadas pelo interventor nomeado.

Art. 70. Se, dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o Juiz decidirá em igual prazo.

Art. 71. Sendo a impugnação julgada procedente, o Juiz nomeará novo interventor no prazo de cinco dias.

Art. 72. A intervenção poderá ser revogada antes do prazo estabelecido, desde que comprovado o cumprimento integral da obrigação que a determinou.

Art. 73. A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

§ 1º Aplica-se ao interventor, no que couber, o disposto nos arts. 153 a 159 da [Lei nº 6.404](#), de 15 de dezembro de 1976.

§ 2º A remuneração do interventor será arbitrada pelo Juiz, que poderá substituí-lo a qualquer tempo, sendo obrigatória a substituição quando incorrer em insolvência civil, quando for sujeito passivo ou ativo de qualquer forma de corrupção ou prevaricação, ou infringir quaisquer de seus deveres.

Art. 74. O Juiz poderá afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor. A substituição dar-se-á na forma estabelecida no contrato social da empresa.

§ 1º Se, apesar das providências previstas no caput, um ou mais responsáveis pela administração da empresa persistirem em obstar a ação do interventor, o Juiz procederá na forma do disposto no § 2º.

§ 2º Se a maioria dos responsáveis pela administração da empresa recusar colaboração ao interventor, o Juiz determinará que este assumirá a administração total da empresa.

Art. 75. Compete ao interventor:

I - praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução;

II - denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento;

III - apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades.

Art. 76. As despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada.

Art. 77. Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao Juiz Federal relatório circunstanciado de sua gestão, propondo a extinção e o arquivamento do processo ou pedindo a prorrogação do prazo na hipótese de não ter sido possível cumprir integralmente a decisão exequenda.

Art. 78. Todo aquele que se opuser ou obstaculizar a intervenção ou, cessada esta, praticar quaisquer atos que direta ou indiretamente anulem seus efeitos, no todo ou em parte, ou desobedecer a ordens legais do interventor será, conforme o caso, responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, na forma dos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal.

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 79. (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 80. O cargo de Procurador do Cade é transformado em cargo de Procurador-Geral e transferido para a Autarquia ora criada juntamente com os cargos de Presidente e Conselheiro.

Art. 81. O Poder Executivo, no prazo de sessenta dias, enviará ao Congresso Nacional projeto de lei dispondo sobre o quadro de pessoal permanente da nova Autarquia, bem como sobre a natureza e a remuneração dos cargos de Presidente, Conselheiro e Procurador-Geral do Cade.

§ 1º Enquanto o Cade não contar com quadro próprio de pessoal, as cessões temporárias de servidores para a Autarquia serão feitas independentemente de cargos ou funções comissionados, e sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens asseguradas aos que se encontram na origem, inclusive para representar judicialmente a Autarquia.

§ 2º O Presidente do Cade elaborará e submeterá ao Plenário, para aprovação, a relação dos servidores a serem requisitados para servir à Autarquia, os quais poderão ser colocados à disposição da SDE.

Art. 82. (Vetado).

Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das [Leis nº 7.347](#), de 24 de julho de 1985 e [nº 8.078](#), de 11 de setembro de 1990.

Art. 84. O valor das multas previstas nesta lei será convertido em moeda corrente na data do efetivo pagamento e recolhido ao Fundo de que trata a [Lei nº 7.347](#), de 24 de julho de 1985.

Art. 85. O inciso VII do art. 4º da [Lei nº 8.137](#), de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º

.....

VII - elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

....."

Art. 86. O art. 312 do [Código de Processo Penal](#) passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Art. 87. O art. 39 da [Lei nº 8.078](#), de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

.....

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

Art. 88. O art. 1º da [Lei nº 7.347](#), de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

"Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

.....

V - por infração da ordem econômica."

Parágrafo único. O inciso II do art. 5º da [Lei nº 7.347](#), de 24 de julho de 1985 passa a ter a seguinte redação:

"Art.5º

.....
II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

.....".

Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

Art. 90. Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da [Lei nº 4.137](#), de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da [Lei nº 8.158](#), de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta lei.

Art. 91. O disposto nesta lei não se aplica aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos [Decretos nº 93.941](#) e [nº 93.962](#), de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

Art. 92. Revogam-se as disposições em contrário, assim como as [Leis nºs 4.137](#), de 10 de setembro de 1962, [8.158](#), de 8 de janeiro de 1991, e [8.002](#), de 14 de março de 1990, mantido o disposto no art. 36 da [Lei nº 8.880](#), de 27 de maio de 1994.

Art. 93. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de junho de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO