A Teoria Antitruste no Brasil: Fundamentos e Estado da Arte

Marina Moreira da Gama[*]

JEL: L40

Resumo: A teoria antitruste, utilizada como a base econômica para análise de atos de concentração e práticas restritivas, sofreu significativas mudanças nas últimas décadas. A preocupação exclusiva com a concentração de mercado deu lugar à análise das eficiências econômicas, que buscou contrabalancear os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos à sociedade. No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Palavras-Chave: Política antitruste, modelo ECD, eficiências econômicas, atos de concentração, e práticas restritivas.

Abstract: The antitrust theory, used as the economic guide to analyze market concentration – mergers, acquisitions, and anticompetitive conducts, has been changed for the last few decades. The primary concern with market structure was replaced by the economic efficiency approach, balancing the potential adverse competitive effects of a merger transaction or a firm's conduct against its potential efficiencies. In Brazil, antitrust policy has aroused towards a new antitrust statute, Law 8.884 /94 and the creation of the national antitrust system.

Keywords: Antitrust policy, SCP model, economics efficiencies, market concentration and anticompetitive conduct

Introdução

A teoria antitruste, utilizada como a base econômica para análise de atos de concentração e práticas restritivas, sofreu significativas mudanças nas últimas décadas. A preocupação exclusiva com a concentração de mercado deu lugar à análise das eficiências econômicas, que buscou contrabalancear os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos à sociedade. No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos,

[*] Doutoranda em economia pelo CEDEPLAR/ UFMG

com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

O objetivo deste trabalho é referenciar os fundamentos e o estado da arte da teoria antitruste no Brasil. Para tanto, então, está dividido em cinco seções, além desta introdução. A primeira seção trata das origens da teoria antitruste, sua ênfase inicial na concentração dos mercados e posterior incorporação das eficiências econômicas líquidas. A segunda seção discorre sobre os objetivos da política de defesa da concorrência, que são prevenir concentrações que geram criação e/ou aumento de poder de mercado, e reprimir condutas anticompetitivas. A terceira seção analisa a política antitruste no Brasil, enfocando o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A quarta faz referência à atuação do CADE entre 1994 e 2004, anos de vigência da lei de defesa da concorrência nacional. E a última faz as considerações finais.

1 Origens da Política Antitruste

Como muitas das legislações positivas[1], as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria econômica que lhes conferem sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma "invenção" da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; o Estados Unidos adotou o seu *Sherman Act* em 1890. Estas leis representaram uma reação à turbulenta mudança econômica do final do século XIX. As ferrovias e os navios a vapor rapidamente expandiram o escopo de muitos mercados. Inovações tecnológicas e gerenciais levaram ao surgimento das grandes corporações, inicialmente associadas à forma *trust*[2]. Diante disto, devido ao aumento do preço dos insumos conferidos pelo poder de mercado dos trustes e redução dos preços dos seus próprios produtos, fazendeiros e pequenos produtores clamaram por uma legislação que constrangesse o comportamento das grandes empresas e redistribuísse o poder econômico entre os diversos agentes.

Nas outras partes do mundo, a política antitruste se consolidou apenas nas últimas décadas, sendo que em alguns países (em desenvolvimento ou de recente inserção capitalista), ainda está em construção. Hoje, Europa, Japão e Austrália, possuem leis de defesa da concorrência muito similares às norte-americanas[3].

---

[1] Positiva no sentido jurídico de normativa.
[2] Sobre isto ver CHANDLER (1960, 1990).
[3] Uma descrição da evolução da política antitruste mundial encontra-se no trabalho da OCDE (1992) e em OLIVEIRA & RODAS (2004).

Considerando sua evolução técnica, é possível dizer que a defesa da concorrência foi baseada nas teorias de Organização Industrial que constituíram o chamado modelo Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD), tal como foi desenvolvido a partir dos anos 50 pela chamada "Escola de Harvard"[4]. Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura anteriormente determinada.

QUADRO 1

O MODELO ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO

CONDIÇÕES BÁSICAS
Oferta: disponibilidade de insumos, tecnologia, aspectos institucionais, características do produto
Demanda: elasticidade-preço, presença de substitutos, sistema financeiro, distribuição de renda
ESTRUTURA
número de produtores e compradores, diferenciação de produtos, estruturas de custos, integração vertical e diversificação
↓
CONDUTA
políticas de preços, estratégias de produto e vendas, pesquisa e desenvolvimento, investimentos em capacidade produtiva
↓
DESEMPENHO
Alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição eqüitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro

Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

As políticas antitruste elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada. Desta forma, há um temor em relação às estruturas de mercado caracterizadas pela presença de monopólios e oligopólios que, por pressuposto, geram poder de mercado ou capacidade da firma em aumentar seus preços sem incorrer em perda significativa de vendas em decorrência dos bloqueios à entrada. O ideal seria um mercado mais atomizado, com firmas com baixo poder de decisão e influência sobre preços. Para AREEDA & TURNER, fundadores da literatura ECD em antitruste, "*the competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms*." (comentários transcritos por HOVENKAMP, 1994: 34).

[4] A primeira referência do modelo ECD foi feita por MASON (1939).

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda, para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. Resumidamente, o argumento exposto diz que:

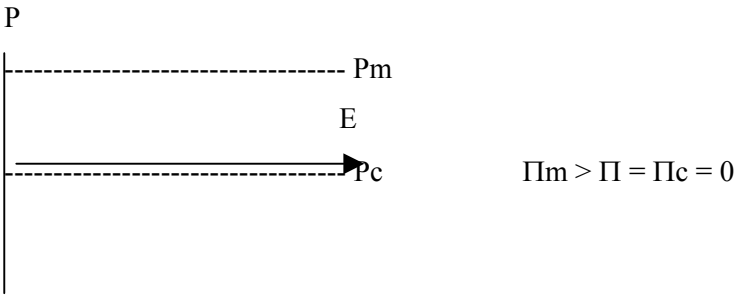
$E = (P_l - P_c) / P_c$

Sendo E a condição de entrada, P_l o preço limite (o preço máximo que pode ser cobrado sem atrair novos concorrentes), e P_c o preço que seria cobrado em um mercado competitivo (com lucros normais). Tem-se que $P_l = P_c (1 + E)$, ou seja, quanto mais difícil a entrada de novos concorrentes em um mercado, maior o preço que um conjunto de empresas oligopolistas, adotando comportamentos colusivos, pode alcançar sem ser ameaçado por concorrentes potenciais. Segundo BAIN (1958), pode-se observar quatros tipos de entradas.

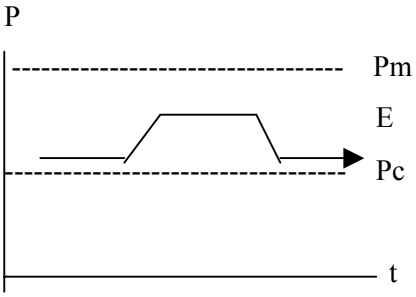
No primeiro caso, a entrada (E) é livre e qualquer aumento de preço (P) acima do nível competitivo (P_c) incentiva outras firmas a entrarem no mercado, levando o preço a cair imediatamente para o original, portanto o lucro (Π) auferido pelas firmas é o lucro normal (Π_c). No segundo caso, a entrada não é totalmente bloqueada, por isso, se as firmas estabelecidas resolverem aumentar seus preços, algumas empresas entrarão no mercado, fazendo com que, a longo prazo (t+1), o preço retorne ao nível competitivo e o lucro a zero. O terceiro caso reflete a eficácia no bloqueio da entrada, possibilitando às estabelecidas aumentarem seus preços acima do nível competitivo P_c (mas não alcançando o preço de monopólio, P_m) sem implicar nova entrada. O lucro no longo prazo é positivo. No último caso, a entrada é totalmente bloqueada, permitindo que as empresas já estabelecidas no mercado aumentem seus preços para o nível de monopólio sem que haja nova entrada, conferindo-lhes lucro de monopólio, Π_m, em t+1 (TIROLE, 1988).

FIGURA 1
TIPOS DE ENTRADA

Entrada Livre

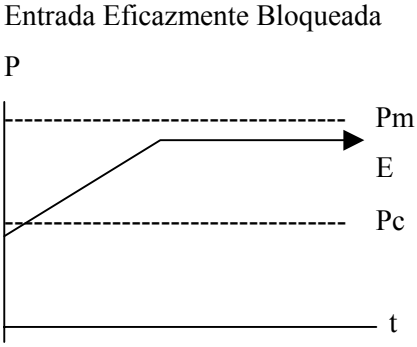


Entrada Ineficazmente Bloqueada



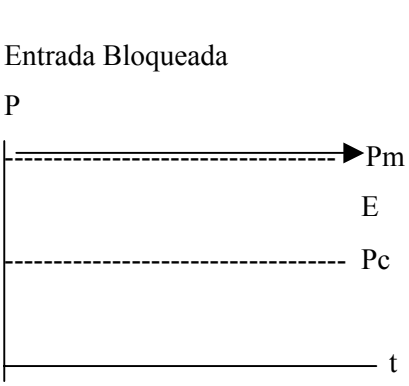
$\Pi m > \Pi_{t+1} = \Pi c = 0$

Entrada Eficazmente Bloqueada



$\Pi c < \Pi < \Pi m$

Entrada Bloqueada



$\Pi c < \Pi = \Pi m$

Assim, associa-se a dimensão das barreiras à entrada às perspectivas de rentabilidade: se as chances de lucratividade em um segmento são medíocres, barreiras que seriam consideradas pequenas ou insignificantes em outros setores podem virar obstáculos para o ingresso de novos competidores. Consoante BAIN (1958), o principal fator estrutural que afeta a conduta colusiva das empresas já estabelecidas é a concentração, já que a coordenação entre firmas ocorre mais facilmente quando seu número é reduzido no mercado em análise. Este entendimento estruturalista, segundo POSSAS (1985: 95), consiste em "tomar a concentração econômica como elemento básico da estrutura [de mercado] e a intensidade das barreiras à entrada como indicador-chave do poder de mercado das empresas oligopolistas...".

O problema desta visão, salientado por seus principais críticos, os teóricos da dita "Escola de Chicago", é que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste. Isto porque, por um lado, concentração reflete apenas o número de concorrentes em um mercado e a desigualdade de tamanho entre eles. Por outro lado, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o desempenho da firma, como lucratividade (*markup*), são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da causalidade[5].

Assim, não mais se sustenta que a concentração seja uma indicação segura para a conduta dos competidores e por isso a justificativa para intervenção governamental via aplicação de legislação antitruste. Em poucas palavras, "a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por conseqüência para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente." (POSSAS *et al*, 1995: 21).

Dito isso, a "Escola de Chicago" acaba rompendo com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). BORK (1978), um dos expoentes dessa corrente de pensamento, acredita que a política antitruste carrega consigo um paradoxo, pois simultaneamente preserva e combate a concorrência. Estruturas concentradas, se resultarem em uma economia de recursos que compense seus efeitos anticompetitivos, não podem ser consideradas ineficientes. Assim, esta visão propõe a analise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos.

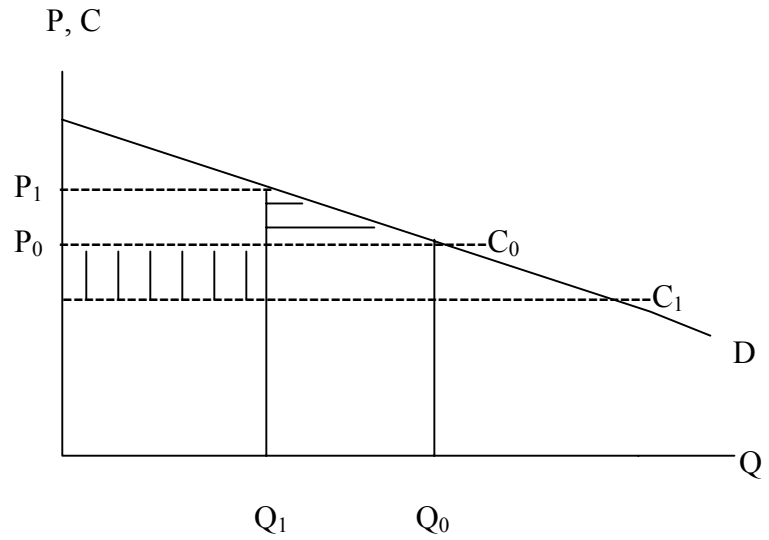
Os ganhos de eficiência econômica podem ser ilustrados pelo gráfico abaixo. O preço inicial é P0 e a produção Q0. O grau de competição é suficiente para forçar o preço para o custo marginal C0. Com um ato de concentração neste mercado, os custos produtivos (economias de escala e /ou escopo) reduzem, mas o poder de mercado aumenta. O resultado é que o preço sobe para P1, o custo reduz-se para C1 e o produto passa de Q0 para Q1.

Sendo P e C respectivamente o preço do bem e seu custo de produção no tempo 0 (antes da concentração) e 1 (pós-concentração). O gráfico mostra uma redução no excedente do consumidor representado pela área rasurada triangular devido ao aumento do preço e, por outro lado, o ganho para a sociedade da redução de custos, representado pela área rasurada retangular:

$\Delta P/P>0$, $\Delta C/C<0$ e $\Delta P/P < \Delta C/C$

[5] ver a resenha de GEROSKI (1988)

GRÁFICO 1
EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS LÍQUIDAS



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Caso seja considerado exclusivamente o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a "Escola de Chicago", um dado ato ou conduta deve ser autorizado pela autoridade antitruste, se, e só se, tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superior às perdas de eficiência por ele ocasionadas.

Assim, percebe-se que as duas escolas podem ter avaliação conflitante acerca um ato de concentração ou conduta anticompetitiva. Os adeptos do modelo ECD acreditam que a política antitruste não deveria considerar a redução de custos na sua análise, já que indubitavelmente a concentração aumenta o poder de mercado, permitindo a elevação de preços. Já os simpatizantes da eficiência econômica consideram que a política antitruste tem que garantir os ganhos de eficiência produtiva e que a concentração deveria ser permitida porque favoreceria a redução de custos na economia e os ganhos de produtividade, aumentando o bem-estar da sociedade.

Por fim, cabe dizer que a teoria antitruste foi construída sob os ensinamentos de ambas as escolas. A visão estruturalista de mercado sofreu uma modificação fundamental em decorrência da maior preocupação em considerar as eficiências econômicas, sobretudo as de caráter produtivo (redução de custos via economias de escala e escopo), que podem contrabalançar a presença de estruturas de mercado mais concentradas e determinadas condutas empresariais. Como resultado, os órgãos de

defesa da concorrência em diversos países tendem a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos na estrutura de mercado (aumento da concentração), como na tradição ECD, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência (redução dos custos). Em suma, de um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de gerar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado.

2 Objetivos

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados (FARINA, 1996; FORGIONI, 1998; FIRST *et al*, 1991).

Consoante HOVENKAMP (1994) e SALGADO (1997), tal política apresenta dois objetivos básicos: (i) prevenção, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração, horizontais ou verticais (fusões, aquisições, e associações de empresas – *joint ventures*); (ii) repressão, através do controle de condutas ou práticas anti-concorrenciais, que busca verificar a existência de infrações à ordem econômica, horizontais ou verticais. A partir desses objetivos, a política de defesa da concorrência busca atuar sobre as condições de operação dos mercados tanto através de uma influência direta sobre as condutas dos agentes, como também por meio de ações que afetam os parâmetros estruturais que as condicionam (POSSAS *et al*, 1995).

No primeiro caso, a intervenção é de caráter estrutural, que pode ser horizontal ou vertical[6], e procura impedir o surgimento de estruturas que aumentem o poder de mercado por parte das empresas que o integram. O controle dos assim chamados atos de concentração verticais está focado sobre as fusões, aquisições ou *joint ventures* entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva como vendedores e compradores. Já nos atos de concentração horizontais, a preocupação das autoridades antitruste está direcionada para aquelas situações que envolvem sobretudo as empresas concorrentes em um mesmo mercado[7], podendo levar a uma eliminação - total ou parcial - da rivalidade entre os agentes envolvidos.

---

[6] Existem também atos de concentração conglomerados, que são aqueles realizados entre empresas que não concorrem em um mesmo mercado, nem tampouco mantém relação vertical. Este trabalho tratará os atos de concentração como horizontais ou verticais somente, por motivo de simplificação.

[7] Existem atos de concentração horizontais com efeitos em outros mercados.

No segundo caso, a implementação da política antitruste consiste basicamente em desestimular e coibir comportamentos ou práticas anticompetitivos - tenham estes uma natureza vertical ou horizontal - por parte de empresas que detêm poder de mercado, ou seja, que são capazes, por suas ações, de gerar situações em que a concorrência é restringida (por isso, muitas vezes, estas práticas são denominadas de restritivas). Trata-se, portanto, de evitar, através da ameaça de punição, as condutas empresariais que visem inibir a ação dos concorrentes, limitar o alcance da competição por intermédio de algum tipo de colusão e/ou impor aos compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos.

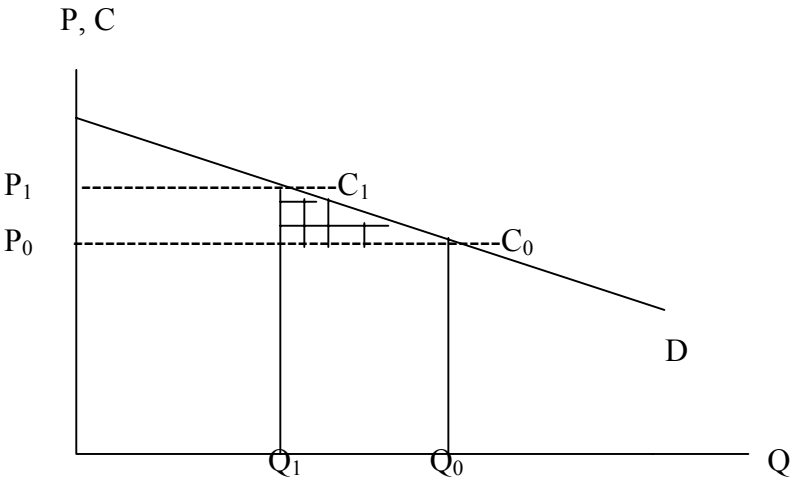
Normalmente, tais condutas são classificadas em dois tipos: (i) as práticas restritivas horizontais, que reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações entre as empresas ofertantes de um mesmo mercado, abrangendo, por exemplo, os acordos entre empresas (inclusive a formação de cartéis), a associação de profissionais e a prática deliberada de preços predatórios; (ii) as práticas restritivas verticais, que limitam o escopo das ações de agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva ou nos mercados finais, incluindo condutas como, a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, os acordos de exclusividade, a recusa de negociação, a venda casada e, a discriminação de preços.

Uma conduta anticompetitiva, como por exemplo a fixação de preços pela colusão das firmas no mercado (ver gráfico abaixo), leva a uma perda do excedente do consumidor igual a área triangular rasurada: a quantidade produzida se reduz com o aumento do preços (se não considerarmos que houve redução nos custos de produção).

Assim, $\Delta P/P>0$ e $\Delta Q/Q<0$.

GRÁFICO 2

RESULTADO DE PRÁTICA RESTRITIVA NO MERCADO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Aqui, cabe um parêntese acerca a aplicação das leis de defesa da concorrência, que pode seguir o critério *per se* ou a regra da razão (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995). O critério *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento: a agência precisa apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu para punir a firma. Quando este critério é aplicado, o ato de concentração ou a prática restritiva é considerado ilegal, sem que para isso seja necessário investigar os efeitos obtidos, danosos ou benéficos. Em geral, a aplicação *per se* da lei requer menos esforços e despende menos recursos do que os demais casos, e é utilizada em algumas situações específicas, como a cartelização e a fixação de preços[8].

Assim, se uma fixação de preços de um certo produto acima do nível competitivo pelas maiores firmas de um certo mercado que atuam colusivamente reduz a quantidade ofertada e o excedente do consumidor e não cria redução de custos, certamente restringe a competição e causa perda relativa de bem estar. A aplicação da regra *per se* neste caso, proibindo este tipo de conduta, seria eficaz.

Já as leis que obedecem à razoabilidade requerem análises mais aprofundadas do que a mera constatação da ocorrência do fato. A conduta é ilegal só se apresenta um efeito anticompetitivo líquido. Neste caso, a agência observa os efeitos do comportamento e contrabalança os prejuízos com os benefícios eventuais. O exame é feito caso a caso e não há punição se as eficiências econômicas compensarem os efeitos anticompetitivos. Assim, diferentemente do critério *per se*, a ilegalidade não é

[8] "*Price fixing is a* per se *offense*", segundo POSNER (1976: 143).

presumida *a priori* pela regra da razão, exatamente por se considerar que o efeito líquido anticompetitivo, por razões econômicas antes que legais[9], não pode ser presumido sem um exame minucioso da ponderação entre os dois tipos de efeito. A razoabilidade é a forma de aplicação da lei mais difundida entre os países industrializados (SALGADO, 1992). No Brasil, a Lei 8.884/94 adota este critério tanto para a análise dos atos de concentração quanto para a das condutas anticompetitivas[10].

Dado o exemplo gráfico acima, suponha que as empresas agiram colusivamente, fixando preços, para enfrentar uma situação específica, como um ciclo recessivo. A regra da razão, se utilizada neste caso, impediria a ocorrência de um erro, ou a punição de uma conduta momentânea que não tinha como objetivo restringir a competição, mas sim de superar uma grave crise. Casos como esse foram freqüentes nos EUA na década de trinta[11] (SCHERER & ROSS, 1990).

Deve-se notar, contudo, que a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica desenvolvida em torno da importância das eficiências eventualmente geradas por práticas restritivas. Trata-se apenas de um método jurídico de aplicação da lei que simplifica a análise e economiza custos para julgar tipos de condutas cuja não razoabilidade é suposta. Ou seja, o critério traduz a percepção de que é desnecessário avaliar os efeitos líquidos mais detalhadamente em face da evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas condutas não geram benefícios relevantes, de forma que a sua condenação não causará injustiças.

Por fim, cabe dizer que a forma específica pela qual a defesa da concorrência enfrenta as questões aqui tratadas varia de país para país, embora semelhanças possam ser observadas, sobretudo no que diz respeito ao objetivo básico da legislação antitruste. A próxima seção trata da evolução da defesa da concorrência no Brasil.

3 A Política Antitruste no Brasil

Historicamente, os antecedentes da legislação da defesa da concorrência no Brasil datam de 1938, quando é baixado um Decreto-Lei que visava proteger a economia popular. Fusões e aquisições, que tivessem como objetivo impedir a concorrência, constituiriam delito. Causando muita resistência entre agentes econômicos, o Decreto-Lei foi logo revogado (SALGADO, 1992). Em 1942, um novo Decreto-Lei é baixado para criar a Comissão de Defesa Econômica (CDE), responsável por fiscalizar e administrar bens e direitos, sendo substituída, em 1945, pela Comissão Administrativa de Defesa

[9] Para um resumo do ponto de vista econômico, ver CARLTON & PERLOFF (2000).
[10] Para uma discussão sobre qual a regra utilizada no Brasil, ver OLIVEIRA (2001).
[11] Como os casos julgados pelas cortes americanas, Appalachian Coals Inc. v. US e Sacony-Vaccum Co. v. US.

Econômica, que visava reprimir "atos contrários à moral e ao ordenamento econômico", revogado, no entanto, com o fim do primeiro governo Vargas (SALGADO, 1995). Em 1951, no seu segundo governo, promulgou-se a Lei 1.521, que definia crimes contra a economia popular. Porém, em razão do enfoque demasiadamente repressivo e rigoroso, associado à lentidão no andamento dos processos, poucos casos foram efetivamente julgados.

Foi apenas em 1962 que criou-se no Brasil uma legislação antitruste, baseada na *Sherman Act* norte-americano, que nomeou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão então vinculado à Presidência da República, cuja função era a de reprimir o abuso do poder econômico. A Lei 4.137 tipificava práticas anticompetitivas e estabelecia multas a serem cobradas diante da comprovação do ilícito.

Em sua primeira fase, de 1963 a 1990, o CADE julgou 117 processos administrativos (SALGADO, 1995), não tendo nenhum, no entanto, repercussão significativa, no sentido de ter condenado ou restringido a atividade de alguma grande empresa no país, fato interessante para uma economia oligopolizada como a brasileira (FARINA, 1990). Isto pode ser explicado por três fatores: i) tradição jurídica do país em antecipar a norma ao fato; ii) legislação antitruste baseada no modelo norte-americano, que espelha os ideais do não intervencionismo; e iii) regime político autoritário e Estado regulador, produtor e coordenador da atividade econômica.

Neste contexto, foi promulgada em 1991 a Lei 8.158, que definia crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo. Esta Lei originou-se da necessidade de prover a sociedade e o governo de um instrumental adequado à regulação dos comportamentos de mercado que reduzisse as fricções causadas pelas mudanças institucionais e econômicas. Sob esta Lei foram julgados, de fevereiro 1991 a maio de 1994, 128 processos administrativos (PA's) e 30 atos de concentração (AC's), totalizando 158 casos (SALGADO, 1995).

TABELA 1

CASOS JULGADOS PELO CADE

JULGADOS	**1963-1990**	**1991-1994***	**1994**-2004**
AC's	0	30	3200
PA's	117	128	930
TOTAL	117	158	4130

Fonte: SALGADO (1995) e CADE. Elaboração própria.

* De janeiro a junho de 1994.

** De julho a dezembro de 1994.

Assim, desde de sua origem, a implementação da legislação antitruste brasileira enfrentou muitos obstáculos. Por isso, a questão da defesa da concorrência somente ganhou força na década de 90, quando iniciou-se um processo de liberalização econômica. Em 1994, com o Plano Real, ampliaram-se as reformas estruturais que haviam se iniciado anteriormente, tais como: o processo de abertura comercial associada às novas regras da Organização Mundial do Comércio, a partir de 1989; o processo de desregulamentação da economia com o abandono progressivo do controle de preços, a partir de 1992; a privatização das empresas estatais, a partir de 1991; e, a regulamentação contratual dos monopólios naturais que passaram a ser de propriedade privada (energia, telefonia, pedágios de estradas, ferrovias, etc.), a partir de 1995.

No âmbito dos preços, o Brasil trocou o controle pela defesa da concorrência, promulgando a Lei 8.884 de junho de 1994, que o colocou em situação muito semelhante àquela de países mais desenvolvidos em termos de legislação antitruste. Esta nova Lei, em primeiro lugar, introduziu na legislação a prevenção, passando a controlar fusões e aquisições de forma geral; e em segundo lugar, aprimorou a legislação repressiva contra o abuso econômico, notadamente a repressão a cartéis e a outras condutas anticompetitivas não abrangidas na legislação anterior; em terceiro lugar, passou a prever a intervenção da teoria econômica na análise antitruste; assunto que até aquele momento, era um campo exclusivo do Direito[12].

A legislação da defesa da concorrência, como conhecemos atualmente, segue as orientações da Constituição Federal (CF) de 1988, que são a manutenção da liberdade de iniciativa (art.170, *caput*), a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do bem-estar dos consumidores (art. 170, V). A Lei 8.884/94, inspirada na experiência norte-americana e européia, consagra todas as tentativas passadas de construção de uma política antitruste. Foi dada importância à celeridade dos julgamentos e à composição técnica do Conselho. São os seguintes os aspectos da Lei que merecem destaque:

i) controle preventivo de fusões e aquisições;

ii) criação da figura do compromisso de desempenho;

iii) transformação do CADE em autarquia federal;

iv) criação da Procuradoria do CADE, que representa a entidade em juízo;

[12] Segundo OLIVEIRA & RODAS (2004) os liames entre o Direito e a Economia institucionalizaram-se mundialmente quando as faculdades de direito passaram a dar crescente peso às perspectivas econômicas e as agências antitruste governamentais começaram a contar com economistas para analisar casos. Este pensamento também está presente em KWOKA & WHITE (1994) e em MATTOS (2003).

v) estabelecimento da impossibilidade de interposição de recurso no âmbito administrativo;

vi) tipificação como infração à ordem econômica o aumento abusivo de preços;

vii) introdução do conceito de posição dominante; e

viii) equiparação à categoria de empresa todas as pessoas jurídicas, nacionais ou não.

O controle de estruturas de mercado é disciplinado pelo artigo 54 da Lei 8.884/94, e estabelece um prazo de trinta dias para a manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para julgamento. Assim, o SBDC analisa preventivamente se uma concentração de empresas (fusões, aquisições, *joint venture*, etc.) pode causar efeitos nocivos à concorrência.

Os atos de concentração que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal ou vertical) têm, potencialmente, efeitos negativos e positivos sobre o bem-estar econômico. Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, como um aumento indiscriminado de preços, queda na qualidade dos produtos ofertados, baixa diferenciação dos produtos e redução dos investimentos em P&D, enquanto os efeitos positivos derivam de economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes e para os consumidores. A SEAE procede, então, a uma análise dos custos e dos benefícios dos atos de concentração, sugerindo a aprovação daqueles que gerarem efeitos líquidos positivos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

O controle de condutas, por sua vez, previsto pelos artigos 20 e seguintes da mesma Lei, consiste na apuração de práticas anticompetitivas de empresas que detêm poder sobre determinado mercado, como por exemplo a fixação de preços, os acordos de exclusividade e a prática de cartel. Nesses casos, a SDE promove Averiguação Preliminar ou instaura Processo Administrativo, conforme a situação. O CADE aprecia, com base nas opiniões técnicas da SDE e da SEAE, se houve ou não infração à ordem econômica. No controle de condutas, a manifestação da SEAE é facultativa.

Para a Lei 8.884/94 são consideradas infrações:

i) Aumento abusivo de preços, definido como aumento de preços não justificado pela mudança nos custos, considerando-se ainda a comparação com mercados similares;

ii) Abuso da posição dominante, sendo posição dominante definida como a manutenção de mais de 20% de participação no mercado relevante. Não são as empresas que detêm essa participação que são punidas, mas sim aquelas que abusam de tal poder de mercado;

iii) Formação de cartel, envolvendo colusão de preços, restrição de oferta de produtos, cooperação entre empresas e divisão do mercado;

iv) Venda casada;

v) Restrições verticais, como a imposição, por parte das empresas dominantes, de restrições a seus distribuidores (como, por exemplo, contrato de exclusividade e fixação dos preços de venda);

vi) Realização de preços predatórios, com fixação de preços mais baixos que seus custos; e, finalmente,

vii) Atos de concentração, tais como fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, caso sejam danosos para a concorrência no mercado relevante.

Caso seja caracterizada a infração, o CADE poderá aplicar multas de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, além de outras punições, como licenciamento compulsório de patentes, cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos, dissolução de sociedades, transferências de controle acionário ou vendas de ativos.

Desde a sua promulgação, têm ocorrido outras mudanças na Lei e na forma de agirem das instituições encarregadas de aplicá-la. Em 1999 a SEAE publicou um roteiro para avaliação de atos de concentração, que deu origem ao Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontais (GUIA) em 2001 através da portaria conjunta SEAE/SDE de nº 50. Este GUIA (2001), à semelhança de guias de outras jurisdições antitruste, informa os procedimentos seguidos por ambas as secretarias quando analisam concentrações horizontais submetidas ao sistema. Outra inovação legal foi a introdução do instituto dos acordos de leniência, ou política de delação premiada, aperfeiçoando o dispositivo de repressão às práticas restritivas.

4 A atuação do CADE entre 1994 e 2004

Esta seção tem por objetivo contextualizar a atuação do CADE entre 1994 e 2004, contemplando os dez anos da Lei 8.884/94. Para tanto, farei algumas considerações sobre atos de concentração e condutas anticompetitivas em geral e sobre os casos julgados no período.

4.1 Atos de Concentração

Como dito, o controle de estruturas está expresso no artigo 54 da aludida Lei, 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 quinze dias úteis após a sua realização (parágrafo 4º), quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu faturamento anual for igual ou superior a R$ 400 milhões. Esta é uma análise estrutural da concorrência, que relaciona a possibilidade de exercício de poder de mercado com o aumento da concentração, e este com a lucratividade (faturamento) da empresa objeto do ato de concentração. Ao mesmo tempo, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 54 também prevêem que aqueles atos que impliquem aumento acentuado do grau de concentração poderão ser aprovados, desde que atendam a uma série de condições vinculadas à contestabilidade do exercício de poder de mercado e à geração de eficiências econômicas.

Por fim, para analisar atos de concentração, é necessário fazer algumas distinções sobre suas formas: fusões, aquisições e *joint ventures*. Fusão é a junção de duas ou mais empresas em uma única firma, pessoa jurídica inteiramente nova. A aquisição é a compra de participação acionária de uma dada empresa já existente, sem que isso implique necessariamente seu controle por meio da propriedade total das ações, nem o desaparecimento de sua personalidade jurídica. Por fim, *joint venture* é uma figura jurídica que contempla as associações e alianças estratégicas entre empresas com um objetivo específico, que é a realização de um projeto ou empreendimento comum. Para tanto, utilizam desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades em uma única empresa[13].

4.2 Condutas Anticompetitivas

As infrações à ordem econômica são definidas no artigo 20 da Lei, e consistem em atos que produzam, ou objetivem produzir os efeitos de: (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre

[13] Respectivamente *joint ventures* contratuais e societárias.

concorrência ou a livre iniciativa[14]; (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 do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. O artigo 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no artigo 20.

A Resolução 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações ao mesmo tempo em que explicita os passos básicos para a sua análise, na forma de um roteiro para as autoridades antitruste. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar (eficiências econômicas), recomendando a aplicação do princípio da razoabilidade. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. O abuso de posição dominante também é uma prática que visa modificar a dinâmica de um determinado mercado. Em ambos os casos busca, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade (RESOLUÇÃO 20). Dentre elas destacam-se:

i) a *formação de cartéis*, que são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo segmento e que envolvem parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços (qualquer fixação de preços), quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros para níveis mais próximos dos de monopólio;

ii) *outros acordos entre empresas*, que são restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados para a busca de maior eficiência (produtiva/ tecnológica);

[14] Princípios constitucionais para a Ordem Econômica.

iii) os *ilícitos de associações profissionais*, que são quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços;

iv) a prática de *preços predatórios*, que consiste em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços de monopólio.

v) o *abuso de posição dominante* está vinculado à capacidade potencial que uma única empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, impondo suas próprias regras, como aumentar abusivamente preços e lucros.

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)[15]. Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios. Dentre tais práticas, destacam-se (RESOLUÇÃO 20):

i) a *fixação dos preços de revenda*, na qual o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/ revendedores;

ii) as *restrições territoriais e de base de clientes*, nas quais o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões;

iii) os *acordos de exclusividade*, em que 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;

iv) a *recusa de negociação*, no qual o fornecedor ou comprador de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negocia-lo, em geral a

[15] Assim, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão.

um distribuidor/ revendedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda;

v) a *venda casada*, ato em que 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;

vi) a *discriminação de preços*, na qual 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.

4.3 Casos Julgados

Para construir um panorama dos casos julgados pelo CADE entre os anos de 1994 e 2004, analisei todos os atos de concentração e todas as condutas anticompetitivas que deram ensejo a processos administrativos julgados pela instituição[16]. A base de dados utilizada foi composta pelos relatórios anuais do CADE, de 1996 a 2003, que contem todos os atos e concentração e condutas competitivas julgados no ano de referência. Os dados de 1994, 1995 e 2004 foram recolhidos na própria autarquia, ou quando possível, no seu *site* na internet. Ao todo foram 4130 casos julgados no período em questão, 3200 atos de concentração e 930 processos administrativos referentes às condutas anticompetitivas, como mostra a tabela abaixo.

[16] O julgamento de mérito é o filtro que permite a análise dos casos que realmente poderiam acarretar em impacto(s) no(s) mercado(s) relevante(s) em questão, gerando possível efeito econômico na sociedade.

TABELA 2

CASOS JULGADOS PELO CADE ENTRE 1994 E 2004

ANO	PA's	AC's	TOTAL
1994*	26	21	47
1995	38	12	50
1996	97	19	116
1997	446	46	492
1998	90	144	234
1999	43	210	253
2000	39	523	562
2001	34	584	618
2002	35	518	553
2003	23	527	550
2004	59	596	655
TOTAL	930	3200	4130

Fonte: CADE. Elaboração própria

* de julho a dezembro de 1994

A primeira impressão que se tem ao olhar este gráfico é a discrepância entre o número de casos dos AC's sobre os PA's. Talvez a supremacia dos atos de concentração se deva à forma como eles são levados ao CADE: toda fusão, aquisição ou associação de empresas que, por pressuposto (participação de mercado acima dos 20% e/ou faturamento anual maior do que R$ 400 milhões), possam exercer poder de mercado, têm que ser avaliadas pela autarquia. Isto não significa que o ato de concentração realmente ameace o mercado. Utilizar convenções que relacionem concentração e poder de mercado na legislação é, portanto, problemático.

Além disso, o aumento relativo de atos de concentração após 1996 também se deve à reestruturação industrial sofrida por vários setores produtivos, como o químico, o de alimentos, o farmacêutico, o de autopeças, o de serviços, entre outros, em decorrência da abertura e desregulamentação econômica. A onda de fusões e aquisições da década de 90 refletiu no Brasil ampliando a demanda sobre o sistema de defesa da concorrência. Contribuíram para tanto, também, o processo de privatização, que envolveu os setores de siderurgia, petroquímica, fertilizantes, entre outros.

Já a instauração de processos administrativos para as práticas restritivas é mais difícil, pois depende de denúncia prévia do Ministério Público, que conta com a boa vontade da comunidade para alertá-lo de eventuais condutas anticompetitivas praticadas nos mercados. Além disso, há a necessidade de uma

fase instrutória, que demanda a observação do devido processo legal e geração de provas em tempo hábil, dificultando a consecução dos processos.

5 Considerações Finais

A utilização pela Lei do conceito estruturalista que concentração possibilita o exercício de poder de mercado, o que inclui a relação entre concentração e lucratividade das firmas, ao estabelecer que toda fusão, aquisição ou associação de empresas que detiverem participação de mercado acima dos 20% ou faturamento anual maior do que R$ 400 milhões têm que ser avaliadas pelo SBDC, é insustentável. Estas convenções, importadas de outras economias, podem não refletir a estrutura industrial nacional. Isto pode acarretar a instrução de uma quantidade muito maior de processos do que o realmente necessário para a consecução de uma política de defesa da concorrência.

Assim, a utilização de parâmetros legais para a instauração de processos no SBDC não relacionados à concentração, ou, no mínimo, não transpondo convenções utilizadas por outras legislações, reduziria o número de processos enviados ao SBDC, possibilitando que somente os casos tidos como realmente relevantes fossem analisados. O que eu proponho aqui é alterar procedimentos visando uma aplicação mais efetiva da defesa da concorrência. Seria a extinção de qualquer análise dos casos considerados mais simples e não danosos à concorrência, que hoje seguem o rito sumário, mas que ainda demandam, mesmo que de forma simplificada, esforços do SBDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIN, J. ***Barriers to New Competition***. Cambridge (Mass): Harvard University Press. 1956.

BORK, R. ***The Antitrust Paradox***. New York: Basic Books. 1978.

CARLTON, D., PERLOFF, J. ***Modern Industrial Organization***. Reading (Mass).: Addison-Wesley. 3º ed. 2000.

CHANDLER, JR. ***The Visible Hand – The Managerial Revolution in American Business***. London: The Belhnap Press of Harvad University Press. 1977.

CHANDLER, JR. ***Scale and Scope: The Dinamics of Industrial Capitalism***. Harvard: Belhnap.1990.

FARINA, E. **Política Antitruste: a Experiência Brasileira**. Anais do XVIII Encontro Nacional de Economia. Brasília, ANPEC, dezembro. 1990.

FARINA, E. **Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação**. Revista do IBRAC, vol. 3, número 8. 1996.

FIRST, H., FOX, E.M. & PITOFISKI, R. (Ed.). ***Revitalizing Antitrust In Its Second Century***. Quorum Books. 1991.

FORGIONI, P. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

GEROSKI, P. ***Competition Policy and the Structure-Performance Paradigm***. *In*: DAVIES, S.; LYONS, B. (eds.). *Economics of Industrial Organization*. Surveys in Economics. London: Longman. 1988.

GUIA PARA ANÁLISE ECONOMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL. Ministérios da Fazenda e da Justiça Brasileiros. 2001.

HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES. U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. 1997.

HOVENKAMP, H. ***Antitrust***. St. Paul (Minn): West Publ. Co., 2ª. ed.1994.

MASON, E. Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise. American Economic Review, vol.29, march. 1939.

OECD. ***Industrial Policy in OECD Countries***. 1992.

OLIVEIRA, G. **Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Editora Saraiva. 2001.

OLIVEIRA, G., RODAS, J. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Editora Renovar. 2004.

POSNER, R. ***Antitrust Law. An Economic Perspective***. University of Chicago Press.1976.

POSSAS, M. L**. Estruturas de Mercado em Oligopólio**. São Paulo: Hucitec. 1985.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. **Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano**. Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, dezembro. 1995.

RESOLUÇÃO Nº 20. CADE. 1999

SALGADO, L.H. **As Políticas de Concorrência (ou Antitruste): um Panorama da Experiência Mundial e sua Atualidade para o Brasil**. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n 264. 1992.

SALGADO, L.H. **Política da Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil**. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n 385. 1995.

SALGADO, L.H. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Editora Singular. 1997.

SCHERER, F., ROSS, D. ***Industrial Market Structure and Economic Performance***. Boston: H. Mifflin. 1990.

TIROLE, J. ***The Theory of Industrial Organization***. Cambridge (Mass.): MIT Press. 1988.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. ***Economics of Regulation and Antitrust***. D.C. Heath and Company. 1995.