

CADE: um não-debate desinformado

Mario Luiz Possas¹

A imprensa tem noticiado nos últimos dias mudanças iminentes na legislação antitruste brasileira, por iniciativa de setores do Governo, possivelmente através de Medida Provisória, que apontam para o esvaziamento praticamente completo do CADE. A intenção é expressamente a de transferir para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça a prerrogativa que a Lei nº 8.884/94, em seu art. 54, concede ao CADE — que é uma autarquia — de analisar e julgar com autonomia possíveis efeitos prejudiciais à concorrência decorrentes de fusões, incorporações e aquisições entre empresas. O objetivo, também explícito, é o de facilitar tais operações de concentração, retirando-as o mais possível do controle antitruste, supondo-se que elas sejam indispensáveis à busca de maior competitividade num contexto de concorrência intensificada e globalizada. Para tanto, tendo em conta decisões recentes do CADE criando dificuldades a operações desse tipo — ele estaria “atrapalhando”, na expressão do ex-ministro Simonsen em artigo recente — seria essencial neutralizá-lo; e mudar a lei seria o caminho mais simples sem intervir diretamente no CADE.

Diante da quase ausência de controvérsia — apenas vozes isoladas têm-se manifestado em contrário, em meio à indiferença geral (a imprensa tem um estoque inesgotável de assuntos mais impactantes) — pode-se ter a impressão de que o tema é pouco polêmico e/ou sem importância. Completo engano. O diagnóstico é essencialmente errôneo, apoiado em argumentos superficiais. E a solução proposta representa um sério retrocesso institucional.

Em primeiro lugar, consideremos a afirmação, insistente, de que a lei é “obsoleta”. Duplo erro. Do ângulo factual, não só porque data de 1994 — portanto há quatro anos de plena vigência da abertura comercial do país —; mas principalmente porque, embora consolidando a maior parte da legislação anterior, introduz inovações relevantes, particularmente a ênfase na *defesa da concorrência* como objetivo, tornando-a mais uma lei “pró-competitiva” do

1 Mario Luiz Possas é Professor Titular do Instituto de Economia Industrial, da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

que uma simples lei “antitruste”. Do ângulo técnico, porque é atualizada em termos internacionais, baseada como foi na legislação em vigor na Comunidade Européia e, em menor grau, na dos EUA — especialmente o tão visado art. 54, que combina engenhosamente a presunção de risco para a concorrência no caso de fusões em mercados concentrados com cláusulas compensatórias, que abrem espaço para que as empresas demonstrem os benefícios econômicos e técnicos, para o mercado, da operação. Além disso, a suposição de que é incapaz de lidar com a abertura da economia por avaliar a concentração no mercado doméstico é um simples equívoco por desinformação: o conceito de mercado relevante pode perfeitamente, em tese, abranger o mercado internacional — o que acontece em alguns casos, e só não é mais freqüente pela permanência de tarifas de importação não desprezíveis e barreiras não tarifárias em diversos setores. Sem falar no art. 58, que abre ainda a válvula de escape dos compromissos de desempenho, para assegurar um mínimo de avaliação posterior para promessas difíceis de cumprir ou de convencer.

Em suma, é inteiramente falsa a noção de que a lei proíba ou mesmo dificulte *a priori*, de algum modo, atos de concentração — desde que as empresas envolvidas possam demonstrar de forma razoável serem capazes de gerar maior eficiência, como seus críticos supõem genericamente. Não há motivo tecnicamente relevante para mudar a lei. Ela é adequada e atualizada — a menos de detalhes facilmente contornados ou alterados se necessário, como o tão falado limite de 20% de *market share* acima do qual ela presume posição dominante, que de fato é baixo, mas nem remotamente um pretexto sério para revogar o único artigo (art. 54) que trata de fusões “horizontais”, isto é, no mesmo mercado — de longe, o objetivo mais importante da legislação e da política antitruste em mais de um século de atividade.

O único argumento substantivo empregado, no entanto, é aquele dos efeitos da globalização sobre a intensificação da concorrência no plano internacional e a conseqüente necessidade de reestruturação das empresas, inclusive mediante fusões, de forma a aproveitar melhor economias de escala técnicas e organizacionais e incrementar sua competitividade, no contexto de uma economia aberta. Em linhas gerais ele é correto, e uma política industrial séria deve estar preocupada em viabilizar este processo de reestruturação — desde que, é claro, ele não traga graves efeitos anticompetitivos, o que uma política industrial séria deveria considerar como igualmente relevante.

O erro está na suposta incompatibilidade entre globalização, reestruturação competitiva e a lei brasileira de defesa da concorrência — especificamente o controle preventivo dos prejuízos potenciais à concorrência oriundos dos atos de concentração, fixado no art. 54. Isto, por dois motivos:

Primeiro: não é verdade que as vantagens técnicas e econômicas ligadas ao tamanho da unidade produtiva, que estariam justificando o atual movimento

de fusões, aquisições e *joint ventures* — as economias de escala — tenham qualquer vinculação particular com o processo de globalização. De certo modo é o contrário: possivelmente nunca como hoje abrem-se oportunidades tão amplas para pequenos negócios altamente especializados e rentáveis, em função de características de divisibilidade das novas tecnologias e formas de organização, bem como dos meios de comunicação informatizados. Enxugamento, *downsizing*, terceirização e focalização das atividades não se difundiram universalmente por acaso; o mesmo vale para as economias de escopo, que hoje se tornaram tão importantes quanto (e não excludentes a) economias de escala. Estas, porém, são um tema central da literatura de organização industrial e da prática antitruste há mais de 50 anos.

Entre economistas de prestígio, pelo menos desde Schumpeter, no início dos anos 40, sustenta-se seriamente a tese de que as vantagens de eficiência decorrentes do tamanho podem mais que compensar os possíveis efeitos negativos para a concorrência e para a alocação dos recursos, em prejuízo do bem-estar dos consumidores, da formação de oligopólios e monopólios, como sustentava a tradição microeconômica ortodoxa. Esse *trade off* entre a eficiência proporcionada pela escala e o risco de perda de bem-estar pela concentração de poder econômico vem sendo o tema central da política e da literatura antitruste no último meio século, e particularmente nos últimos 20 anos, com a ascensão e posterior predomínio (anos 80) da escola de Chicago. A associação entre legislação antitruste e a idéia simplória de que *small is beautiful* pode até fazer algum sentido para a época do *Sherman Act* (1890), mas aplicada hoje é um anacronismo de mau gosto, que faz *tabula rasa* de uma literatura e uma jurisprudência, especialmente no caso norte-americano, extensas e muito ricas para quem se interessa pela ação de instrumentos públicos de regulação econômica.

Por isso mesmo é descabida a suposição de que economias de escala e outras eficiências derivadas do tamanho são um salvo-conduto tecnicamente pacífico para qualquer processo de concentração. Nem a escola de Chicago chegou tão longe na sua vocação liberal de minimizar os controles sobre os mercados, na convicção — que ela mantinha forte — de que a eficiência alocativa acabe prevalecendo. Sempre foi consenso entre seus expoentes — aí incluídos Robert Bork e Richard Posner, indicados para a Suprema Corte na administração Reagan — que, se há alguma coisa importante a ser feita em antitruste, é o *controle das fusões horizontais*, isto é, da concentração dos mercados, devido ao risco real de cartelização que elas implicam. Esse risco é estrutural, e como tal deve ser avaliado *preventivamente*, e não apenas *a posteriori*, frente a condutas e/ou resultados danosos já verificados e muitas vezes irreversíveis. É verdade que, sob as condições atuais de pressão competitiva generalizada sobre os mercados, as várias formas de concentração tendem a ser muitas vezes defensivas, sendo de se presumir que busquem de fato maior eficiência. Mas

isso é tudo. A nova situação impõe qualificações e novos elementos de análise, mas em nenhuma hipótese a sua simples supressão. Isso corresponderia ao pior dos mundos: o retorno ao *laissez faire*, só que dos oligopólios, em lugar da concorrência atomística.

Segundo: ao falarem de globalização, os críticos da lei antitruste esquecem que uma contrapartida essencial da interdependência e da perda de graus de liberdade para exercer políticas autônomas que ela tem provocado é uma tendência à universalização de normas e instituições, inclusive sob pressão de organismos multilaterais. Este processo tem conduzido, de um lado, à disseminação ou harmonização de políticas e de “regras do jogo” em vários terrenos, tais como na política comercial e nas leis e políticas de defesa do meio ambiente, da propriedade intelectual, de capital estrangeiro, de defesa do consumidor e de *defesa da concorrência*. Esta última, portanto, não só está em pleno vigor nas principais economias do mundo como perfeitamente atualizada e em pauta na agenda da globalização. De resto, as grandes empresas multinacionais estão habituadas a atuar em ambientes econômicos regulados, que é parte de sua cultura, e dificilmente colocariam obstáculos sistemáticos ao reforço desse tipo de mecanismo regulatório. O que elas sempre cobram quando convidadas a investir num país (além, obviamente, das condições de rentabilidade) é quanto à clareza e estabilidade das “regras do jogo”. A cultura “competitiva” do mercado doméstico é que ainda é muito incipiente, para dizer o mínimo, e é compreensível que sua lenta implantação possa provocar reações políticas — como sempre, em nome do interesse público — de grupos empresariais que se sentem prejudicados pela maior impessoalidade e autonomia decisória que tais instituições devem possuir.

De outro lado, esse processo também tem levado a um profundo e universal redirecionamento das funções do Estado. Não necessariamente para reduzi-lo a algum mínimo ideológico, mas para que execute melhor as tarefas que lhe cabem essencialmente nesse novo quadro — que, no plano econômico, são cada vez *mais* de natureza *regulatória* e fiscalizadora, e cada vez *menos* de natureza *interventiva*. Isso implica maior institucionalidade e qualificação técnica nos órgãos públicos, maior transparência nas suas ações, na mesma medida em que implica menor grau de arbítrio administrativo e de injunções de interesses particularistas — por contraste com políticas efetivas e consistentes de Governo — nas suas decisões.

É nesse quadro que a lei atual e a autonomia do CADE constituíram avanços, inclusive frente ao processo de globalização e aos requisitos de atuação menos discricionária e mais regulatória que ora se impõem ao Estado. É nesse mesmo sentido que o enfraquecimento dessa agência e sua substituição por filtros administrativos pontuais é um profundo retrocesso institucional, na contramão não apenas das tendências internacionais como da própria linha de

ação do Governo, marcada pela condução de reformas que abrangem a modernização do Estado.

Em suma, as agências de defesa da concorrência, em particular o CADE, são falíveis, têm estrutura precária e lidam com questões difíceis e que envolvem grandes interesses. A análise antitruste continua sendo, como sempre foi, complexa e dependente de circunstâncias de cada caso específico; mas também continua longe de ser mera aplicação de fórmulas prontas — ou o seu contrário — um exercício de subjetivismo. Se a agência responsável por essa análise comete o que se supõe serem erros, por insuficiência de recursos e de qualificação, o remédio sensato é fortalecer sua capacidade operacional e não enfraquecê-la ainda mais. Afinal, quem vai realizar o seu trabalho regulador e fiscalizador? Não responder objetivamente a essa questão é abdicar, em nome do Estado, do poder e do dever de fiscalizar e regular a concentração e o exercício do poder econômico, numa sociedade já repleta das mais diversas formas de desigualdade e de falhas clamorosas de fiscalização pública.

O CADE tem uma folha de serviços, senão brilhante, séria. Tese de doutorado recém-concluída na UFRJ sobre o tema avalia seu desempenho e conclui, a partir da observação de 119 processos, que não há evidências de ter sido em algum momento “capturado” por interesses particularistas, internos ou externos ao Governo. Conclui, portanto, por sua autonomia; o que, se não é garantia de perícia técnica, é sinal positivo de respeito ao interesse público. Será tão irônico quanto lamentável se essa virtude for motivo para que sofra uma asfixia letal.