

A livre concorrência e sua defesa¹

Pedro Dutra²

Sumário: 1. Fundamento. 2. As normas legais de defesa da concorrência. 3. A lei brasileira de defesa da concorrência. 4. Órgãos de defesa da concorrência. 5. Infrações à ordem concorrencial. 6. O controle da concentração de poder econômico no Brasil. 7. Perspectivas e mudanças na avaliação dos efeitos da concentração de poder econômico no Brasil. 8. Efeitos de uma atuação eficaz e técnica dos órgãos de defesa da concorrência.

1. Fundamento

As leis de defesa da concorrência baseiam-se em um princípio da economia neoclássica que diz que, quanto maior o número de fabricantes de um mesmo bem, ou de prestadores de um mesmo serviço, a competir em um mesmo mercado geográfico, maior será a oferta desses bens e serviços, maior a qualidade deles, e menores seus preços.

Com o desenvolvimento de determinados setores industriais, e também de grandes redes de serviço, evidenciou-se não ser essa regra absoluta, pois tais setores industriais e de prestação de serviços, por requererem grande concentração de investimentos, de tecnologia e de técnicas de administração, não admitem grande número de competidores. Vale, contudo, o princípio neoclássico como regra para a maioria dos casos de concorrência, e por isso é tomado em conta pelas normas legais específicas, sendo relativizada a aplicação delas quanto a determinadas concentrações de poder econômico em alguns setores industriais e de serviços.

1 Palestra realizada no IBMEC — Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais — no Rio de Janeiro — abril de 1996.

2 Advogado, Pedro Dutra é editor da Revista do Ibrac.

2. As normas legais de defesa da concorrência

As mais importantes são a norte-americana, cuja primeira lei, *Sherman Act*, foi editada em 1890 e vem sendo suplementada por outras normas, e as normas votadas pelos países-membros da União Européia, que têm origem no tratado de Roma firmado em 1957. Como todas as normas de direito, são essas também aperfeiçoadas pela jurisprudência — o conjunto de decisões dos órgãos administrativos e dos tribunais incumbidos de aplicar a lei — e pela doutrina, tanto jurídica como econômica, que trata da matéria.

As normas legais de defesa da concorrência consideram dois aspectos essenciais: a) *estrutura* do respectivo setor, industrial ou de serviços e b) a *conduta* de empresas neles atuantes, em seus respectivos mercados.

a) *Estrutura* diz respeito às características morfológicas de determinado setor, industrial ou de serviços, que se distingue pelo fato de as empresas nele produzirem bens ou prestarem serviços da mesma natureza ou por alguma forma relacionados. Por exemplo, o setor x é voltado para a produção de bens y, y1, y2, y3... no Estado de São Paulo ou no Brasil, ou, ainda, no Mercosul; nele contam-se quatro empresas, que concorrem entre si, detendo frações distintas do mercado onde atuam: z12, z26, z44, e z18. ...

A experiência da aplicação das normas revelou que *estruturas* excessivamente concentradas isto é, onde poucas empresas detenham elevado índice de poder econômico, levam algumas empresas a adotar condutas infrativas, ou seja, condutas que, por alguma forma, restrinjam ou eliminem a concorrência. Igualmente, revelou a experiência que, para as empresas que disputam em um mercado competitivo e para o consumidor final, é melhor que se previnam as infrações à ordem concorrencial do que simplesmente se venha a reprimir infrações que ocorram.

Por essa razão, existe em todas as legislações de defesa da concorrência o controle de concentração de poder econômico, que não sejam alcançadas pelo crescimento interno das empresas. Ou seja, o controle concentração da que resulte de fusão, incorporação, ou qualquer outro ato de integração entre concorrentes, ou entre empresas cujas atividades por alguma forma se possam somar.

b) *Conduta* diz respeito à prática de cada uma dessas empresas, ou, nas palavras da lei, agentes econômicos. Por exemplo, agem elas combinadamente entre si para controlar preços e produção, de bens e serviços? Recusam-se a vender (ou a prestar serviços) a determinados compradores, mesmo que esses se disponham a comprar (e a contratar) em condições normais de mercado? Forçam seus fornecedores de matéria-prima a vender abaixo do seu custo, ou decide alguma daquelas empresas vender seus produtos abaixo do custo para expulsar do mercado um concorrente?

Há *infração* à ordem concorrencial quando a conduta de agente, ou agentes, econômicos, exemplificado nos exemplos acima, (mas não só neles) restringe, ou elimina, a livre concorrência. Essa, conforme o princípio da economia neoclássica antes citado, será tão mais efetiva quanto maior o número de fabricantes de um mesmo bem ou de prestadores de um mesmo serviço, a competirem em um mesmo mercado geográfico, pois, então, maior será a oferta desses bens e serviços, maior a qualidade deles, e menores seus preços.

3. A lei brasileira de defesa da concorrência

A atual foi editada em 1994, Lei 8.884/94, e se baseia, como as anteriores, na experiência norte-americana e européia. Como essas, basicamente, a) estabelece controle da concentração de poder econômico, que resulte da integração empresarial e b) reprime infrações à ordem concorrencial.

Não inovou a lei brasileira sobre a repressão às infrações e tampouco o controle prévio da concentração de poder econômico: como as leis anteriores, de 1962 e 1991, está a atual em linha com a legislação norte-americana e a européia e também com as leis que vêm sendo editadas por países que deixam economias planificadas e ingressam em regime de economia de livre mercado. Pode-se mesmo dizer que a lei brasileira, em seu ordenamento, é até mais branda do que a norte-americana e a européia. A questão principal, como veremos adiante, é a sua aplicação e a estrutura (quase inexistente) dos órgãos administrativos incumbidos de aplicá-la.

Além desses dois objetivos imediatos, a lei de defesa da concorrência tem um caráter preventivo, seguindo também a melhor tendência moderna. A propósito, note-se que as normas de direito econômico não têm caráter estritamente penal, preferindo os legisladores a imposição de sanções pecuniárias, (multas), mais eficazes e de aplicação mais rápida.

A prevenção dá-se pelo exemplo havido da repressão eficaz às infrações e pela divulgação sistemática — por meio de relatórios anuais, a exemplo do que se tem nos EUA e na União Européia — das decisões e entendimentos dos órgãos de defesa da concorrência, no curso da atuação deles.

4. Órgãos de defesa da concorrência

a) *Estrutura*

Dois são os órgãos de defesa da concorrência, ou seja, incumbidos de aplicar a Lei 8.884/94. O primeiro deles, criado em 1962, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE — e o segundo, a Secretaria de Direito Econômico — SDE — criada em 1988.

O CADE é o órgão julgador, que decide se houve ou não infração por parte de empresa, ou empresas, em suas condutas, impondo ou não multas, e determinando a cessação de práticas. Decide também o CADE sobre a legitimidade da concentração de poder econômico, avaliando se os efeitos de determinados atos jurídicos — fusão, incorporação de empresas ou qualquer outra forma de integração — restringem, ou poderão restringir, ou eliminam, por qualquer forma, a concorrência.

Integram o CADE sete membros, indicados pelo Presidente da República e, se aprovados pelo Senado Federal, por ele nomeados para cumprirem um mandato de dois anos, só podendo ser destituídos mediante processo específico. Das decisões do CADE, nos termos expressos da Lei 8.884/94, cabe recurso, exclusivamente, à Justiça. A Lei brasileira, nesse caso também, segue a regra das demais leis de defesa da concorrência.

A Secretaria de Direito Econômico está vinculada ao Ministério da Justiça e o seu titular é nomeado, e demissível a qualquer tempo, pelo Ministro da Justiça. Incumbe a essa Secretaria instaurar e conduzir inquéritos administrativos para apurar a existência de infrações à ordem concorrencial e remetê-los ao CADE para julgamento. Nos casos de concentração empresarial, incumbe à SDE emitir parecer sobre os aspectos concorrenciais dos efeitos verificados, ou a verificar, dos atos jurídicos que darão ou deram causa à concentração.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico — SAE — vinculada ao Ministério da Fazenda, em forma análoga à da SDE, incumbe emitir parecer sobre os aspectos econômicos nos casos de concentração empresarial e nos processos que investiguem infrações à ordem concorrencial.

b) A atuação

A estrutura do CADE - colegiada e independente em suas decisões, subordinadas essas apenas à revisão do Poder Judiciário — é forma que se consagrou no direito norte-americano em 1914, e depois no direito comunitário europeu. À base desse modelo está um dado da experiência que ensina que, sendo independente, isto é, não subordinado ao governo, estará o órgão de defesa da concorrência imune a pressões políticas, passíveis de serem exercidas pelo governo; imune a pressões de natureza econômicas, passíveis de serem exercidas por agentes eventualmente contrariados; e, ainda, imune a pressões de grupos sociais e de corporações que defendam interesses específicos. Em suma, o órgão de defesa da concorrência, sendo independente, estará melhor habilitado a cumprir sua destinação, a de defender o interesse público, no caso, existir uma concorrência a mais livre possível. E, decidindo colégio, melhor expressará as diferentes correntes de entendimento do direito econômico.

Na prática, condiciona e determina a atuação do CADE, assim como a de qualquer outro órgão administrativo, os recursos, humanos e materiais,

postos à sua disposição. Em ponto menor, mas relevante, conta o desenvolvimento de uma cultura, jurídica e econômica da concorrência. Esses dois fatores só são apurados, em um grau mínimo de eficiência, quando se afirma na consciência social do país a noção de que o regime de livre concorrência deve ser buscado e protegido. Este é um dos desafios da sociedade brasileira, que, em sua Constituição Federal, inscreveu esse princípio.

5. Infrações à ordem concorrencial

O objetivo imediato da lei de defesa da concorrência é evitar o abuso do poder econômico, cometido pelas empresas cuja conduta, independentemente de sua forma, possa ter por efeito — ainda que esses não sejam alcançados — restringir ou eliminar a concorrência. O abuso de poder econômico desdobra-se por várias formas, havendo o legislador brasileiro enumerado várias delas; essencial, todavia, é que se constate haver a) abuso do poder econômico e que b) a concorrência seja, ou possa ser, restrita ou eliminada.

Abuso é o uso perverso, no caso, do poder econômico, este, em si, legítimo. A experiência mostrou as formas mais comuns de infração, e o artigo 21, da Lei 8.884/94, as enumerou. Mais significativas são a ação concertada entre concorrentes — cartel —, a criação de barreiras à entrada de novos concorrentes e a imposição de preços de compra, ou venda, de bens, ou serviços. Note-se que tais práticas devem ter por efeito restringir ou eliminar a concorrência, embora a lei as tenha por infrativas ainda que tais efeitos não tenham sido alcançados. Isso porque a potencialidade deles já é suficiente para pôr em risco o equilíbrio do mercado concorrencial, que é o bem jurídico protegido pela lei — isto é, o objeto primeiro por ela defendido.

A repressão às infrações é feita pela Secretaria de Direito Econômico, que para esse fim instaura processos administrativos, onde o acusado tem amplo direito de defesa; concluído o processo, é ele julgado pelo CADE, que, se o caso, imporá multas ao infrator. Este poderá recorrer à Justiça; a lei faculta, contudo, que o infrator, sem reconhecer sua culpa e antes do julgamento, assine com o CADE um “compromisso de cessação de prática sob investigação”, pelo qual cessa ele a prática investigada, obriga-se a não repeti-la, tendo, em contrapartida, suspenso o processo, que será encerrado após um prazo determinado, desde que cumpridas as obrigações estipuladas no “compromisso”.

6. O controle da concentração de poder econômico no Brasil

Como vimos acima, 2a, o controle da concentração de poder econômico visa impedir o acúmulo excessivo, em mãos de poucas empresas, de poder obtido por meios de atos jurídicos de integração, quaisquer que seja eles: fusões, incorporações, compra de ativos, *joint ventures*, contratos de longa duração etc.

São esses atos jurídicos de integração que são objeto de controle, nos termos do artigo 54, da Lei 8.884/94.

Ao contrário, será legítimo o poder econômico alcançado — qualquer que seja seu nível — pelo crescimento interno da empresa, isto é, o poder que conquistou como recompensa a sua maior eficiência, na disputa lisa com seus concorrentes.

O controle exercido visa os efeitos do ato jurídico e não a sua forma; mede o CADE — que os avalia — qual o impacto que terão sobre a ordem concorrencial. A lei brasileira peca por má redação, e fez confundir intérpretes e aplicadores ao criar a presunção — inteiramente falsa — de que uma empresa que detenha mais de 20% (vinte por cento) de um mercado relevante está em posição dominante; essa presunção trouxe outra, não menos falsa, de que a posição dominante, *per se*, é ilegítima. (art. 20).

Ao contrário, a posição dominante é a paga à eficiência, e é, ou deve ser, o propósito de todo competidor; o abuso dela, sim, deve ser combatido. As nascentes doutrina e jurisprudências nacionais caminham para corrigir essa imprecisão. Note-se que há setores da indústria e nos serviços que demandam escala alta para serem competitivos; assim, cada caso é um caso em especial, não cabendo generalizações, como essa, imprópria, da lei.

À maneira das demais leis, a brasileira estipulou um índice de jurisdição para os casos de controle de concentração, isto é, só serão levados ao controle do CADE os atos jurídicos cujos figurantes sejam empresas que detenham mais de 20% (vinte por cento) do mercado relevante onde atuam, ou que tenham mais de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) de faturamento.

7. Perspectivas e mudanças na avaliação dos efeitos da concentração

A Constituição de 1988, adotou, como um dos princípios da ordem econômica, a livre iniciativa, que, a sua vez, tem como uma de suas formas de expressão a livre concorrência. O poder de intervenção do Estado na economia nacional foi a partir de então drasticamente reduzido, confinado o planejamento estatal para o setor público, deixado ao setor privado o poder de decidir sobre as suas iniciativas. Normas legais editadas a seguir incrementaram, e vêm incrementando, os princípios da nova ordem econômica constitucional, destacando-se as normas que promoveram a eliminação, ou a forte redução, de barreiras alfandegárias, a eliminação do controle de preços e a privatização de empresas estatais.

Hoje pode-se dizer existir no Brasil uma economia de livre mercado, cujo grau de concorrência interna alcança um nível jamais registrado em sua história. É nesse quadro que surge no cenário econômico nacional a atuação efetiva dos órgãos de defesa da livre concorrência.

Dois fatos relevantes devem ser considerados. O primeiro deles, a recusa do Governo Federal em promover alterações súbitas e radicais na Lei de Defesa da Concorrência, expressa pelo Ministro da Justiça. Essa providência vem sendo publicamente apoiada pelo Ministro da Fazenda, ao defender a adoção do modelo de estrutura do CADE para o Banco Central. (cf. *GM*, 17.03.96; *FSP*, 31.03.96). O segundo, a decisão do Governo Federal em recusar a politização do CADE, nomeando para seu Conselho técnicos de reconhecida competência e provada experiência.

Definido esse horizonte, deve-se acrescentar que a norma de Defesa da Concorrência Brasileira, se requer alguns ajustes que podem aperfeiçoá-la, segue a experiência mundial, e está em linha com a ordem econômica constitucional que, como se viu acima, tem por princípio a livre iniciativa e a livre concorrência, que são conceitos já amplamente definidos.

A questão essencial, a ser superada, é dotar o CADE, a SDE e a SAE de recursos humanos e materiais que permitam a esses órgãos aplicar a lei vigente, ajustando-a no que couber, por meio de suas decisões, à experiência atual da economia brasileira, no quadro da economia mundial. A experiência ensina que a simples alteração da lei não torna mais eficaz e moderna a sua aplicação. Além do mais, a cada alteração tem-se acirrada disputa entre correntes ideológicas, que se opõe na defesa e no ataque do regime da livre iniciativa.

Ou seja, o desafio está em se apurar a qualidade das decisões e dos pareceres dos órgãos de defesa da concorrência, e esta qualidade, que se deve buscar, está diretamente ligada à habilitação que o Governo Federal propicie, por meio de recursos financeiros, a esses órgãos. Ainda assim, as decisões que eles tomem não são finais, já que são passíveis de revisão judicial.

8. Efeitos de uma atuação eficaz e técnica na defesa da concorrência

A experiência já mostrou suficientemente que a defesa da concorrência, promovida por órgão independente, e agindo com recursos suficientes beneficia *a)* ao consumidor; *b)* ao Governo Federal; e *c)* às empresas expostas à competição nacional e externa, que efetivamente investem em seus produtos e serviços.

É beneficiado o consumidor porque, quanto mais competirem entre si as empresas, maior será o volume, melhor a qualidade e menor o preço dos bens e serviços oferecidos à população.

Beneficia-se o Governo Federal, de forma imediata e mais sensível, pois não lhe cabendo, seja por meio de um ministério, de uma secretaria ou de conselhos, rever decisão tomada por um órgão colegiado, não estará sujeito a críticas por haver agido sob influências de toda sorte, ao decidir em favor dessa ou daquela empresa.

Beneficiam-se as empresas verdadeiramente interessadas em investir em seus produtos e serviços, pois suas estratégias — que incluem atos de concentração e a definição condutas — não serão julgadas por um órgão político, naturalmente sujeito a influências externas, e sim por um órgão técnico, independente, isento de pressões políticas e cujas decisões baseiam-se obrigatoriamente em critérios previamente definidos em lei.