

Defesa da concorrência em debate

Solange P. Nogueira¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Críticas recentes e suas contraposições. 3. Ponderações. 4. Conclusão.

1. Introdução

A respeito de recentes decisões do CADE, em oportuno artigo da *Gazeta Mercantil*, do dia 4 de janeiro último, intitulado *A modificação da Lei 'Anti-truste'*, o Coordenador da Área de Indústria, da Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda tocou em aspectos relevantes do debate em torno da legislação de defesa da concorrência, não apenas na esfera nacional. Muitas vezes extenso e ideológico, o debate decorre, em geral, da ênfase atribuída à concentração dos mercados como variável-síntese das suas condições estruturais, como fator determinante do abuso de poder econômico das empresas, o que implicaria a opção das agências governamentais encarregadas da aplicação da lei pelo controle rígido dos atos de concentração, além de monitorarem a conduta dos agentes no mercado. Essa ênfase tem origem nas teorias ortodoxas de matriz neoclássica e marginalista, com seus pressupostos irrealistas.

Apesar de os *guidelines* da regulação da defesa da concorrência já estabelecerem dispositivos adequados de avaliação do efetivo poder de mercado ou posição dominante das empresas — influenciados pela contribuição à teoria da organização industrial e à economia antitruste oferecida pela tradição estruturalista, desde os trabalhos de Bain e Labini, nos anos 50 — muitas agências ainda são imbuídas do viés ortodoxo de que um alto índice de concentração é condição suficiente (além de necessária) para a ocorrência de abuso do poder econômico.

As diretrizes da regulação pressupõem que o teto estabelecido para os *market shares* alcançados pelas empresas represente apenas um *gatilho* que

1 Solange Paraiso Nogueira, Economista do Ministério das Relações Exteriores, é Assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

sirva para acionar a preocupação do órgão julgante, em relação a uma fusão ou incorporação, no sentido de apurar se ela poderá ou não ser lesiva ao processo de concorrência. Como sugeriu Bain, dever-se-ia tomar a concentração econômica como o elemento básico da estrutura do mercado, mas seriam as condições da concorrência potencial, associadas à intensidade das barreiras à entrada de novos concorrentes naquele mercado — também um elemento *estrutural* — o indicador-chave do poder de monopólio das empresas, co-determinante do nível de preços. É o nível maior ou menor dessas barreiras (tecnológicas, financeiras, institucionais, de distribuição etc.) que explica como um oligopólio, com apenas dois ou três concorrentes, por exemplo, pode ser competitivo, mesmo em termos de preços, bastando para isso que o acesso à capacidade produtiva seja fácil para as empresas que nele pretenderem ingressar, que esse mercado seja suficientemente contestável, a ponto de coibir a manutenção de ganhos monopolistas por parte das empresas nele estabelecidas.

Dentre os instrumentos adotados na análise de um ato de concentração, para sua avaliação como potencialmente danoso à concorrência, é tido como crucial, portanto, o estudo cuidadoso das barreiras à entrada específicas de cada mercado (como exemplo, *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos EUA, seções 1.3 e 3). No entanto, esse estudo ainda não é feito com o devido esmero, nem com a devida compreensão de sua relevância, em muitas agências recentemente em operação. Esse aspecto é exacerbado se o órgão não conta, praticamente, com quadros técnicos especializados na área, nem com estrutura organizacional básica para o seu funcionamento. Tal situação pode conduzir ao entendimento de que certas operações sejam anticoncorrenciais, quando, na verdade, não causariam prejuízo algum à concorrência (ademais de alcançarem progresso técnico e níveis competitivos de padrão internacional), uma vez que empresas interessadas poderiam, em tempo hábil, iniciar sua oferta no mercado, com relativamente pequeno aporte de capital, caso houvesse elevação de preços convidativa por parte de produtores estabelecidos, o que desestimularia o exercício do poder de monopólio.

A liberalização comercial no plano multilateral, chancelada pela Rodada Uruguai do GATT e pela criação da OMC — proporcionando uma sensível redução no nível das barreiras tarifárias e não tarifárias ao acesso de produtos estrangeiros aos mercados nacionais — tem implicado o fortalecimento da concorrência potencial nas estruturas de mercado especificamente protegidas por estas barreiras, o que chega a provocar dúvidas em alguns setores quanto à real necessidade da ação preventiva antitruste — da regulação ao nível da estrutura — em uma economia internacionalizada com mercados de mais fácil interpenetração.

O mencionado artigo faz notar, justamente, que urge um debate de alto nível a respeito do que seria uma política de concorrência moderna, o que estaria

a exigir a “participação de economistas *com reconhecida dedicação ao tema*” (sem grifo no original).

Sabe-se que uma das preocupações atuais em torno dos procedimentos da economia antitruste, nos EUA, por exemplo, concerne exatamente à melhoria dos mecanismos adotados pela agência aplicadora da lei, no âmbito da *prevenção*, com vistas a uma apuração mais objetiva do nível das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado relevante — e, mesmo, quanto a uma delimitação mais precisa desse mercado. Sob este aspecto, porém, o que podemos dizer do estado atual da técnica para inferir-se, no Brasil, esse indicador-chave para a decisão, favorável ou não, do CADE, quanto a uma fusão ou incorporação? A saudável margem de discricionariedade, na lei, não há que ser preenchida por subjetivismos provocados por indefinição ou imprecisão de procedimentos técnicos.

Nesse sentido, é importante que o CADE seja dotado da estrutura organizacional necessária ao seu funcionamento, prevista na Lei 8.884/94, que definiu suas atribuições, dispondo, assim, de quadros especializados para prover os dados essenciais à apreciação das questões de sua competência, a exemplo das agências alemã, japonesa e norte-americana. Essa capacitação técnica deveria ser objetivo, aliás, de todos os órgãos que participarem do processo de análise para fins de aplicação da Lei, em todas as suas etapas.

A exortação ao debate, feita naquele artigo, é extremamente bem-vinda. Deveria, o quanto antes, ser posto em prática. O objetivo do presente artigo é exatamente o de sistematizar as preocupações mais assíduas que têm freqüentado os órgãos de imprensa, nos últimos três meses, bem como o de apresentar ponderações e indagações que possam dar continuidade a essa discussão, extremamente profíqua para o funcionamento do mercado brasileiro. Na quase totalidade dos países industrializados esse debate existe e é fértil, tendo contribuído para divulgar e generalizar, para os agentes econômicos envolvidos, as questões que envolvem uma política de concorrência e a importância do entendimento de suas especificidades para o fortalecimento do ambiente competitivo em uma economia de mercado, com suas decorrentes vantagens para consumidores e produtores, em termos do aumento do nível geral de eficiência das atividades produtivas.

Na Parte 2 e em *Notas* finais, encontram-se indicadas as principais preocupações, recorrentes nos artigos divulgados pela imprensa, a respeito da lei brasileira de defesa da concorrência, sua eficácia e sua aplicação.

Na Parte 3, tecem-se considerações adicionais a respeito do tema, na esperança de prover subsídios ao prosseguimento dessa discussão, essencial à disseminação da cultura da concorrência no País.

2. Críticas recentes e suas contraposições

Apresentam-se, abaixo, os principais tópicos de considerações críticas à lei antitruste brasileira, bem como à sua recente aplicação, presentes, nos últimos três meses, nos periódicos *Gazeta Mercantil*, *O Estado de S. Paulo*, *Jornal do Brasil*, *Folha de S. Paulo*, *Correio Braziliense*, *O Globo*, *O Estado de Minas*, na coluna *Dinheiro Vivo*, na revista *Exame* e na revista *Isto É*. Ao final da Parte 4 (Conclusão), nas notas de 1 a 8, encontram-se sintetizadas as opiniões críticas mais relevantes relativas a esses tópicos, seguidas de suas contraposições, também veiculadas pela imprensa:

- Globalização, Inadequação da Lei Antitruste e de sua Aplicação pelo CADE¹;
- Necessidade de Concentração, Competitividade Internacional e Rigidez do CADE²;
- Incompatibilidades entre a Política de Concorrência e Políticas Econômicas de Governo³;
- Obsolescência da Lei nº 8.884/94⁴;
- Discrepância do Julgamento do Caso Gerdau pelo CADE⁵;
- Insuficiência de Recursos Operacionais para a Aplicação da Lei⁶;
- Impedimentos da Defesa da Concorrência a Investimentos Estrangeiros⁷;
- Ausência de Debate sobre a Política de Concorrência⁸.

3. Ponderações

A constatada tônica deste debate — a suposta inadequação da Lei 8.884/94 ou de sua aplicação, em face do processo de “globalização” — suscita, desde logo, a necessidade de uma aproximação mais acurada desse processo.

A fase mais recente do processo de internacionalização da economia, iniciado com a 1ª Revolução Industrial, difusamente concebida como “globalização”, em sua dupla dimensão produtiva e financeira, condiciona cada vez mais, de fato, a possibilidade e o alcance de políticas voltadas para o incremento da competitividade industrial.

“Diversamente dos processos de internacionalização e multinacionalização que tiveram lugar no pós 2ª Guerra Mundial, o processo de globalização propriamente, que se inicia no final dos anos 70 e se consolida na última década, envolve mais que a difusão a nível mundial de tecnologias e processos produtivos, padrões de consumo e correspondentes fluxos de capitais financeiros e de empresas transnacionais. Sua principal característica é o **reforço** dos vínculos de *interdependência* econômica entre empresas, e por extensão entre regiões

e países, quer no âmbito produtivo — mediante a realização de alianças estratégicas, “*joint ventures*”, parcerias tecnológicas e várias formas de *net-working*, quer no financeiro — mediante diversificação de ativos, novos títulos securitizados, interpenetração patrimonial e movimentos especulativos instabilizadores nos mercados de capitais e de curto prazo e de câmbio.” (Sem negrito no original) (M.L.Possas, “Competitividade: Fatores Sistêmicos e Política Industrial — Implicações para o Brasil”, 1995).

Além das modificações na intensidade do processo, estritamente de grau, na sua dimensão propriamente produtiva, não é tácita a identificação de transformações de cunho qualitativo suficientes para justificá-lo como um fenômeno tão inédito, a distinguir-se do processo anterior por condicionantes com características próprias, a partir dos quais uma série de novas determinações passam a ser acatadas como decisivas e capazes de constringer, de modo essencialmente diverso, o curso das atividades econômicas, em geral.

Prossegue o autor: “Em simultâneo à interdependência econômica desenvolve-se, como parte integrante essencial da globalização, uma forte tendência à difusão de princípios e mecanismos reguladores da atividade econômica, seja pela **imposição** de uma nova agenda de regras e temas de negociação comuns nos organismos multilaterais, seja pela crescente **exigência** de uniformização da legislação e normas aplicáveis à esfera econômica — defesa da concorrência, propriedade intelectual, capital estrangeiro, meio ambiente — que ao mesmo tempo restringem e transformam os instrumentos e o alcance da intervenção dos estados nacionais no processo econômico, reduzindo com isso, em certa medida, a *autonomia* das políticas nacionais.” (Sem negrito no original).

Então, o que de fato se caracteriza como elemento distintivo dessa última fase, ou etapa, da internacionalização seria o acompanhar-se a interdependência econômica dessa “forte tendência à difusão de princípios e mecanismos **reguladores**”, em uma economia mundial gerida com base nos paradigmas do modelo liberal — tendência essa não condicionada, necessariamente, por fatores de ordem estritamente econômica.

Mais relevante do que a preocupação com um conceito novo para um processo antigo, seria atentar-se para as características concretas que interagem na direção do fortalecimento da interdependência econômica mundial, determinadas pela difusão vertiginosa, nas duas últimas décadas, do — este, sim, sem dúvida — novo paradigma tecnológico, baseado na microeletrônica e nas tecnologias de informação, de um lado, e na adoção complementar de formas flexíveis de inovações organizacionais, de outro, cujos principais traços, “para efeito da análise de seu impacto sobre a concorrência e a globalização, podem ser identificados como a obtenção, pelas empresas de *sinergias* técnicas e organizacionais e a busca de flexibilidade técnica, gerencial e patrimonial no

processo competitivo. Como se trata, de fato, de um novo paradigma, que por isso mesmo se difunde amplamente e de forma irreversível, tende a produzir implicações estruturais profundas, especialmente quanto às novas formas de *concorrência* prevalentes e os novos requisitos de *competitividade* que lhes correspondem. Impõe-se assim de forma generalizada, a empresas e países que não pretendem permanecer à margem desse processo global, a *reestruturação*:

- produtiva, infra-estrutural e regulatória, no âmbito dos sistemas econômicos nacionais e internacionais (“*sistêmico*”);
- tecnológica e produtiva, organizacional e de gestão empresarial, no âmbito das *empresas*.” (Idem).

Como se pode depreender da análise do processo acima exposto, impõe-se cada vez mais a necessidade de perseguir-se um equilíbrio estável entre a política industrial, que estimule os efeitos na direção apontada por essa reestruturação, e a política de concorrência, a fim de que — ambas compatíveis com a busca da eficiência econômica — interajam com objetividade na direção de evitar impactos negativos, quer sobre as estruturas em renovação, quer sobre a conduta conjuntural das empresas. É exatamente em decorrência dessas necessidades postas pela 3ª Revolução Industrial — acompanhada da difusão de princípios e mecanismos reguladores e da crescente uniformização da legislação e de normas aplicáveis à esfera econômica — que os países industrializados têm continuamente aprimorado e harmonizado seus dispositivos regulatórios, atualizando as diretrizes de aplicação de sua legislação antitruste.

Nesse sentido, têm elaborado de forma cada vez mais refinada e convergente seus mecanismos de avaliação dos atos de concentração para que sejam escandidos os limites cada vez mais sutis entre os que visem ao crescimento e ao progresso tecnológico e os que objetivem precípua e essencialmente a obtenção de maior domínio de mercado. É o que Bianchi e Gualtieri chamam de “problema tipicamente europeu”, o de “(...) formular uma política de regulação da competição que, por um lado, não impeça operações de concentração motivadas pelo objetivo de eficiência crescente e competitividade e, por outro, deva ainda assegurar que essas operações não vão gerar abusos de posição dominante”. (L.H. Salgado, IPEA, Texto para Discussão nº 264: As Políticas de Concorrência: Um Panorama da Experiência Mundial e sua Atualidade para o Brasil, 1992).

A legislação dos países europeus, dantes tão leniente em relação à integração horizontal, veio evoluindo na direção de um controle cada vez mais sofisticado das fusões e incorporações, culminando com a regulação comunitária, em atual processo de acirramento das exigências de controle dos atos de concentração.

Nos EUA, as seguintes preocupações permeiam o debate atual em torno da economia antitruste, dentre outras, exemplificadas por L.H. Salgado, em “A

- se a abordagem antitruste tradicional para a definição de mercado relevante e mensuração de poder de mercado dá conta plenamente da competição global;
- se a análise antitruste pode aperfeiçoar sua capacidade de prever a possibilidade de entrada de firmas estrangeiras em mercados particulares;
- se os responsáveis por aplicar a legislação antitruste podem aperfeiçoar a definição do escopo e a medida de poder de mercado em mercados de inovação, tais como os que envolvem pesquisa e desenvolvimento;
- como a política antitruste pode maximizar a possibilidade de realização de eficiências e minimizar a possibilidade de danos para os consumidores causado pelo aumento do poder de mercado resultante de fusões, *joint ventures*, ou operações do tipo rede que apresentam eficiências aparentes;
- se a análise de fusões americana com respeito a indústrias com dificuldade ou declínio deve ser revista. Seria melhor para acionistas, credores e trabalhadores se as agências, ao analisarem fusões nesses casos, facilitassem a transição para posições de mercado mais fortes, principalmente quando essas firmas enfrentassem a competição estrangeira no mercado doméstico ou quando competissem no mercado externo?

“A grande maioria dos países do Ocidente adota o sistema do controle dos atos de concentração, como forma preventiva de defesa da concorrência. Outros se concentram no controle da conduta dos agentes econômicos, como é o caso do Chile e da República da China.” (Conselheira Neide Malard, Relatório de participação no *workshop* informal com as economias dinâmicas de países não-membros da OCDE, 30 de novembro e 1º de dezembro de 1994.)

A título de um exemplo mais próximo, ressalte-se a sugestão feita por consultores da OCDE ao Brasil, em meados de 1994, para que a legislação antitruste brasileira levasse em conta os resultados da atualização dos dispositivos de política de concorrência, elaborados pelos países-membros da organização, sistematizados no relatório “Report on Convergence on Competition Policy”, junho de 1994, a exemplo da legislação mexicana (1992), que os teria incorporado exhaustivamente. A exemplificada legislação estabelece a prevenção de monopólios, de práticas monopolistas, dentre outras; define os critérios de determinação do mercado relevante, de avaliação do poder de mercado, através da consideração das barreiras à entrada, dentre outros elementos. Estatui a notificação prévia das concentrações “si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;” (art. 20, I). A Comissão Federal de Concorrência “es un órgano administrativo desconcentrado de

la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, contará con autonomía técnica y operativa y tendrá a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de esta ley, y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones.” (Art.23). Opinará “sobre los ajustes de la administración pública federal, cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y la libre concurrencia”. (Art. 24).

O processo de adequação dos países industrializados, às exigências do acirramento da interdependência da economia mundial, não estaria a denotar, em absoluto — muito pelo contrário — a tentativa de abandono, por parte dos estados nacionais, de sua prerrogativa de analisar fusões e incorporações de empresas. Não seria considerado, pela comunidade internacional, como estando na “contramão” da história da economia antitruste um país que adota a virtual monopolização como política de concorrência e o “balcão de registros” como modalidade de controle da integração horizontal?

Finalmente, algumas ponderações sobre a abertura comercial e seu impacto sobre a necessidade de controle de operações horizontais. Mesmo com um rebaixamento tarifário total, é de todo improvável que as estruturas de mercado, em sua generalidade, se tornem plenamente contestáveis via concorrência potencial por importações, uma vez que estas continuarão limitadas “por diversas barreiras (tais como falta de financiamento, canais de distribuição, assistência pós-venda). Há necessidade, portanto, de uma política de competição “ativa” (ou antitruste)” (Frishtak (1990, p.154)). (L.H.Salgado, idem, p.30).

“A intensidade da concorrência num mercado será provavelmente afetada pelo grau de abertura ao comércio internacional. Os produtores nacionais podem, até certo ponto, ser isolados da concorrência internacional por uma série de barreiras às importações, inclusive legais ou institucionais (tanto tarifárias quanto não-tarifárias), **custos de transporte e barreiras culturais**, tais como a preferência por produtos manufaturados no país.” (Comissão de Monopólios e Fusões da Grã-Bretanha, “Avaliando a Concorrência”, item 13.b); mimeo, II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, ENAP set. 1994).

Naquelas particulares estruturas, para as quais a abertura comercial efetivamente significar a eliminação de toda e qualquer barreira à entrada de novos produtos no mercado relevante, o mercado a ser considerado não poderia identificar-se com o mercado global? Convenhamos, então, que não seria freqüente uma empresa brasileira superar os 20% ou 30% de *market share*, a ponto de ser obrigada a submeter a transação ao exame do CADE, ou este mercado poder ser considerado um “mercado antitruste” para motivos de análise preventiva no âmbito da Lei. A Lei estaria, assim, impedindo tais concentrações?

4. Estímulo à competitividade de grupos nacionais

Não há dúvidas quanto a que deve haver uma política industrial “ativa”, no Brasil, que vise a estimular a competitividade de setores produtivos nacionais, através da otimização dos recursos ainda viabilizados pelas instituições multilaterais (p.ex.: Nota 55, Acordo de Subsídios, OMC) e pela problemática margem de manobra conferida pela situação cambial e pelo nível das taxas de juros, existentes no País. Por outro lado, haveria que proteger o produtor brasileiro contra a concorrência desleal, através de uma oportuna legislação *antidumping* e de direitos compensatórios, coerente com tais objetivos.

É essencial, contudo, sua interação com a política de concorrência, viabilizada pela Lei 8.884/94, que incorporou o espaço para essa integração — imanente ao seu Artigo 54 — do modelo europeu.

Não estariam comprovados, porém, os benefícios de uma tolerância excessiva (para além dos limites das necessidades reais de crescimento de grupos nacionais para atingirem capacidade competitiva em padrões internacionais) com posições monopolistas, que não estimulam internamente no País a cultura nem o ambiente competitivos necessários para o atingimento dessa *expertise*, tão vital quando de sua atuação no plano internacional.

“Nos últimos seis meses, o professor Michael Porter, da Universidade de Harvard, tem conduzido um estudo (...) (cujas) avaliações iniciais sugerem que a deficiência de inovação e dinamismo encontrada em muitas áreas da economia canadense está definitivamente ligada à falta de concorrência doméstica e à fraca aplicação da legislação canadense, especialmente na área de fusões e monopólios até a revisão de 1986.” (Defesa da Concorrência: a prática brasileira e a experiência internacional, IPEA, 142, 1993, p.72).

Na atual fase da competição mundial, a existência de um ambiente competitivo no âmbito doméstico seria um componente crucial para a integração das duas vertentes da competição, interna e externa. “A política de competição pode atuar aí não como um objetivo em si ‘do mercado para o mercado’, mas como poderoso instrumento a ser acrescentado à interação sinérgica entre a política industrial agressiva, voltada para o estímulo à produtividade e à competitividade, uma política de comércio exterior com um caráter desafiador para a indústria brasileira e uma política de desregulamentação que remova barreiras artificiais à instalação de novas empresas e incentive a diversidade de estratégias de concorrência.” (L.H.Salgado, *idem*, p.36).

“A sabedoria do Estado estará em administrar o conflito entre política industrial, se for realizada compartimentada ou não, seja qual for, de um lado, e as normas de defesa da concorrência, de outro, com aquele objetivo final, o de propiciar às empresas ambiente institucional de atuação, não acomodativo e desafiador, indutor de inovações direcionadas a um comportamento favorável

da tríade preço, quantidade e qualidade, vale dizer, de competitividade.” (IPEA, nº 142, p. 171).

5. Lei 8.884/94

A legislação em vigor não impede, em absoluto, que fusões e incorporações sejam consideradas benéficas, apesar de resultarem em níveis de *market shares* superiores ao definido na lei para conferir obrigatoriedade ao seu exame. O § 3º do Art. 20 qualifica a presunção imanente ao § 3º do Art.54, “podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. E, de acordo com o já exposto na Introdução, são as barreiras à entrada à concorrência potencial no mercado relevante que possibilitam, junto com outros indicadores, inferir se a concentração poderá ou não ser lesiva à concorrência, mesmo superando de muito tais fatias de mercado. (A jurisprudência do CADE é plena de exemplos de fusões e incorporações aprovadas, em estruturas de mercado oligopolizadas).

A análise preventiva dos atos de concentração é fundamental, simplesmente porque alguns deles, de fato, trazem o risco de uma virtual cartelização ou de conduzirem a práticas lesivas de impossível comprovação e controle posteriores, os quais, no entanto, são igualmente passíveis de serem aprovados, sujeitos a compromissos de desempenho.

Um aperfeiçoamento da Lei é sempre possível, como os sugeridos pelo ex-presidente do CADE, por exemplo. No entanto, a lei só terá garantida sua adequada aplicação se os órgãos dela encarregados, em qualquer etapa do processo, forem dotados de condições técnico-organizacionais capazes de prover os estudos e investigações setoriais necessários ao exame da estrutura de mercado em consideração.

As categorias lógicas básicas para a análise de um ato de concentração ou de uma conduta têm que ser bem compreendidas e previamente bem definidas. Qual o conceito de mercado relevante mais adequado às específicas características da economia brasileira? O americano, que nele inclui concorrentes potenciais, ou o europeu, que os considera em etapa posterior de análise?

Caso um mercado seja delineado de forma restritiva, será superestimada a participação relativa resultante de uma fusão ou incorporação, o que pode até obrigar que uma operação seja avaliada pelo Colegiado, sem atingir o percentual previsto em lei, tivesse sido ele bem aquilatado. É plausível exigir-se de um Conselheiro de notório saber jurídico, e de insuficiente assessoramento econômico, que defina com proficiência a concorrência potencial, incluindo nessa categoria os entrantes não-comprometidos com custos de saída, irre recuperáveis (“uncommitted”, “sunk costs” — Seção 1.3, “Merger Guidelines”, EUA)? Não os incluindo, há o risco de as barreiras à entrada serem superesti-

madras, e da mesma forma o poder de monopólio resultante da operação, o que poderá ocasionar a proibição do ato.

“O conceito de elasticidade é indispensável para conferir significado ao conceito de mercado. Os ganhos potenciais de colusão serão quase que certamente pequenos se um pequeno aumento acima do preço competitivo vier a ocasionar uma redução proporcionalmente muito maior na quantidade demandada do produto, resultando numa receita total acentuadamente inferior sob o preço mais elevado. Em tais circunstâncias, é de qualquer modo improvável que os vendedores venham a formar alguma colusão, de forma que não é preciso preocupar-se muito com uma fusão ou conjunto de fusões que reduza o seu número, com isso reduzindo os custos de colusão.” (Posner, R. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. Univ. Chicago Press, 1976, p.126). Haveria margem para confusão?

É, pois, a falta de diretrizes específicas e de um corpo técnico especializado que pode gerar que, ora as análises sigam um critério, ora outro, o que pode impedir que os órgãos responsáveis pela aplicação da lei mantenham uma coerência interna em suas decisões. Se é verdade — de acordo com a imprensa — que teria sido a decisão do CADE, no caso Gerda, a motivar hipotéticas mudanças na lei e proposta de abandono da análise preventiva dos atos de concentração, no Brasil, como se explicaria que, em ambas as Secretarias encarregadas de investigar o mercado relevante, as barreiras à entrada foram consideradas altas, desencorajando a operação (por levarem em conta apenas entrantes potenciais, com novas instalações), enquanto que, no CADE, três avaliações as estimaram como relativamente baixas, para vergalhões (ao considerarem também os entrantes potenciais não-comprometidos), tornando-se favoráveis à transação? O que dizer do esforço do CADE para complementar a instrução do processo com o citado “link” com políticas de Governo, com “prioridades industriais do País”, ao considerar, dentre outros, estudo setorial (MCT, FINEP, PADCT, UNICAMP *et alli*), que embasou votos favoráveis, ao aconselhar não ser dificultada a concentração no setor?

O fortalecimento organizacional da autarquia — e dos demais órgãos envolvidos na análise antitruste — parece constituir-se bem melhor opção do que o Brasil deixar de acompanhar a evolução da defesa da concorrência em âmbito mundial, para adotar política de monopolização virtual.

6. Conclusão

Não cabe conclusão, em um debate incipiente. Em seu lugar, cito manifestações do Dr. João Paulo dos Reis Velloso, por ocasião do Seminário Internacional sobre Práticas de Defesa da Concorrência, em Brasília (junho de 1991), transcritas pela citada publicação do IPEA, de nº 142:

“Agora que nós temos um novo paradigma industrial e tecnológico no mundo e (...) essa Terceira Revolução Industrial à base das altas tecnologias, será que faz sentido ter uma política de competição e, particularmente, uma legislação antitruste, na forma como vem existindo, uma vez que existem realidades novas? (...) (p. 175).

“(...); é preciso ficar claro que, quando falamos em competição, estamos tratando de competição dinâmica, digamos competição schumpeteriana; não se trata da competição no sentido de livro texto, da competição perfeita de um mercado amplamente disseminado de empresas pequenas. Nós temos de tratar a competição no sentido realmente moderno, de concorrências imperfeitas, de mercados de concorrência monopolista, com grande presença de oligopólios. Essas formas de mercado têm de ser reconhecidas e aceitas e, **evidentemente, controladas**; porque elas são indispensáveis à obtenção de economias de escala, à obtenção de progresso tecnológico, novamente naquele sentido schumpeteriano. Isso ocorria mesmo dentro do paradigma industrial anterior.” (...) (p.176) (sem grifo no original).

“Diante da (...) dúvida sobre se a Terceira Revolução Industrial exige grandes empresas, a nossa resposta, necessariamente, tem de ser que, em certos setores, para certas atividades industriais e tecnológicas, sim; em outros setores, para outras atividades industriais e tecnológicas, não, o que significa uma necessária complexidade para a política de competição, isto é, (compreendendo) os dois regimes, (...) o regime da grande dimensão rotinizado da inovação tecnológica, e o regime da pequena empresa, não apenas competitivo, mas altamente criador da inovação tecnológica. Os dois regimes têm que ser reconhecidos”. (...) (p.177).

“Também aí cabe o julgamento se as alianças estratégicas, que estão ocorrendo, são alianças para racionalização da atuação dentro do mercado ou são alianças para ganhar um poder ilegal ou indevido de competição”. (p.178).

NOTAS

¹Críticas — Com a globalização da economia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não deveria ter tantos poderes. Para reduzi-los seria necessário também mudar a lei e permitir maior concentração de mercado. O grande antídoto contra os abusos de preços não seriam mais as leis antitruste, mas a globalização dos mercados. Com a chamada globalização dos mercados seria necessário o surgimento de monopólios e oligopólios nacionais capazes de enfrentar a concorrência internacional. Poderia existir cartelização em um mundo globalizado, aberto à competição, em rápida e constante transformação tecnológica? Como têm afirmado diversos empresários, a existência do CADE só teria sentido em um mercado fechado; em uma economia aberta, o órgão seria um monstro. Técnicos dos Ministérios da Justiça e da Fazenda consideram que o CADE dificulta as fusões e incorporações de empresas, atuando na contramão

da política do Governo Fernando Henrique, que estimula a participação ativa das empresas nacionais na competição internacional. O sistema como é hoje seguiria na contramão da globalização. A globalização da economia tornaria a união das empresas desejável, porque cria novos parâmetros para a concorrência; a lei antitruste criaria reserva de mercado para a incompetência. Com a globalização, teriam crescido os argumentos contra a legislação antitruste. Raramente se poderia falar em dominação de mercados em economias abertas. Por exemplo, a Michelin tem cerca de 60% do mercado de pneus na França e nem por isso o governo estaria de olho na redução dessa fatia.

Contraposição — As vozes que se levantaram contra o excesso de rigorismo pecariam pela total ignorância das tendências mundiais: os mais recentes controles legais foram editados na Áustria, Grécia e Israel, mirando-se no sistema dual americano e no dos países da União Européia. Além disso, a notificação prévia ao órgão estatal que trata das fusões e incorporações (não obrigatória no Brasil) seria obrigatória na Áustria, Bélgica, Canadá, República Checa, União Européia e NAFTA, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia, México, Polônia, Rússia, República Eslovaca, Suécia e Taiwan. Os padrões israelenses poderiam ser considerados anômalos, pela dureza das regras impostas. O texto helênico teria dado poderes à Comissão de Concentração e critérios até para rever concentrações já aprovadas, modificando a estrutura de mercado. Em todo o mundo desenvolvido, após décadas de aplicação da lei antitruste, seria fato incontestado que as medidas preventivas e o exame prévio dos atos inibidores da livre concorrência são imprescindíveis para o bom funcionamento da economia de mercado. Fora do Brasil, a atuação preventiva seria tão priorizada que os órgãos antitruste dedicam a maior parte de seus esforços ao exame de atos de concentração econômica. Teria sido enorme a preocupação transmitida pelos europeus, na comissão de Defesa da Concorrência da União Européia, com a implantação da legislação brasileira. Para eles o Brasil deveria liderar a defesa da concorrência no mercado sul americano. Seria um enorme retrocesso, sob o pretexto da globalização da economia. Isso iria ao arrepio de uma tendência internacional; todos os países que ainda não tinham um órgão desse tipo, como as novas democracias do Leste Europeu e da África, estão moldando sua política de concorrência com agências independentes. Seria uma inverdade a passagem da exposição de motivos da veiculada MP, segundo a qual o atual sistema segue na contramão da globalização. Pelo contrário, a legislação da União Européia seria a fonte da Lei Antitruste. O texto da MP estaria totalmente divorciado da realidade.

Órgãos semelhantes ao CADE teriam sido, seriam e continuariam sendo respeitados e prestigiados em todos os países democráticos. A Comunidade Européia, inclusive, nesta oportunidade estaria avaliando a conveniência de tornar mais rigoroso o âmbito do exame dos atos de concentração de empresas.

O departamento que investiga violações antitruste e abuso do poder econômico na comissão Européia estaria pressionando por uma proposta que vai aumentar drasticamente o número de fusões que passariam a ser analisadas pelo órgão. O comissário Karel Van Miert estaria defendendo um princípio que causa a reavaliação de uma fusão, informou AP/Dow Jones. Estaria propondo que sejam reduzidos os níveis mínimos de receita auferidos (para 100 milhões de ECU na Europa e para dois bilhões em todo o mundo), para que os negócios fiquem sujeitos à apreciação da comissão (contra os 250 milhões e 5 bilhões de ECU, da legislação em vigor). A proposta indica que o número considerável de fusões com a possibilidade de afetar a estrutura de mercado em mais de um país-membro ficaria bem acima dos atuais altos níveis.

A tendência aparentemente irreversível em direção às grandes fusões teria seus adversários teóricos nos EUA. Alguns desmembramentos, como os da AT&T, telecomunicações, teriam servido de argumento para os que acham que fundir nem sempre é bom negócio. A respeitada consultoria Mercer Management teria concluído que metade das fusões analisadas trouxe prejuízos

para os acionistas tanto da empresa compradora como da comprada, confirmando estudo feito pelo professor de Harvard, Michael Porter, para avaliar os resultados das megafusões dos anos 80.

²**Críticas** — Para competir internacionalmente, a indústria nacional precisaria ganhar eficiência. Nessas condições, as fusões e aquisições não deveriam ser permitidas: deveriam ser estimuladas, à semelhança do que ocorre no resto do mundo. Não se poderia, em uma economia aberta, examinar isoladamente um processo de oligopolização ou de monopolização em face do mercado interno sem examinar em profundidade o comportamento de mercado específicos, que às vezes só comportam grandes produtores capazes de competir internacionalmente. O governo brasileiro precisaria decidir, com urgência, se quer ou não ter empresas nacionais de porte para competir na economia globalizada. Porque nós, empresários que arriscamos nosso dinheiro e competência numa árdua disputa com outros candidatos do exterior, inclusive, para sobrevivermos nesse mundo aberto, temos, na verdade um inimigo dentro de casa, que tem sido o CADE. Haveria setores que exigem fusões e incorporações para se tornarem competitivos internacionalmente. Em alguns setores da economia, a formação de oligopólios seria inevitável, pois só as empresas grandes teriam condições de sobreviver e competir no mercado internacional.

Contraoposição — A Lei absolutamente não impediria a formação de oligopólios, nem o aumento da concentração nessas estruturas, nem o crescimento de empresas e o aumento nos níveis de competitividade internacional.

³**Críticas** — A atuação dos conselheiros escolhidos no governo passado teria sido conflitante com a política liberalizante do Governo, segundo assessores dos Ministérios da Fazenda e da Justiça, que consideram que o CADE dificulta fusões e incorporações de empresas, atuando na contramão da política do Governo Fernando Henrique Cardoso, que estimula a participação ativa das empresas nacionais na competição internacional. Uma política antitruste não poderia ser desligada de uma política tarifária; em casos de concorrência desleal (*dumping* etc.) seria imprescindível também que se analisasse quais medidas podem ser tomadas no âmbito da política industrial ou tarifária para restabelecer as condições de competição dos produtos nacionais. O CADE decidiria sobre casos sem embasar-se em prioridades industriais do País.

Contraoposição — Entre nós, a Lei 8.884/94 nitidamente teria adotado o modelo europeu ao estabelecer que devem ser levados em conta aspectos de política industrial. Porém, em momento algum teria ela dado ao CADE poderes para formular tal política. Ora, como a política industrial não se acharia claramente formulada por nenhum outro órgão governamental, o CADE, diante da necessidade de decidir os casos que lhe são apresentados, acabaria por fazê-lo, usando parâmetros próprios, que terminam tendo a sua legitimidade posta à prova, servindo por isso de causa para a contestação das suas decisões. A culpa que pretenderiam atribuir ao CADE, a pretexto de ignorar o cenário global, em verdade decorreria da inexistência de uma política industrial que, por evidente, balizaria com transparência os elementos a serem analisados pelo Colegiado.

⁴**Críticas** — A lei atual seria permeada por uma visão de que o ato de concentração é, por definição, ilícito, podendo ser aceito como exceção em casos específicos, definidos de modo subjetivo. Desconsideraria o fato de que, em certos setores, as exigências de escalas mínimas de produção fazem com que a concentração seja necessária do ponto de vista econômico e do País, ao viabilizar a competitividade interna e externa de empresas nacionais. Se formos impedir todas as fusões, sob alegação de concentração de mercado, imporemos restrições ao crescimento das empresas através de incorporações, que é um processo mundial, condenando a empresa nacional ao sacrifício da perda de competitividade — argumentou um assessor da Fazenda. Segundo alguns críticos, nossa legislação seria branda no que diz respeito às condutas anticompetitivas e excessivamente rigorosa no que se refere aos atos de concentração econômica. Este viés contrariaria tendência mundial na política de concorrência, que aponta para uma redução na ênfase sobre a estrutura de mercados paralela a um aumento da ênfase sobre a conduta das empresas nesses mercados. Ao invés de considerar o ato de concentração como maléfico à

concorrência, a lei deveria considerar que, embora alguns desses atos reforcem concretamente a possibilidade de ocorrência de abuso de poder econômico, não conduzem inevitavelmente a esse tipo de abuso. Ao invés da ação sobre o ato de concentração ser preventiva, conforme a lei atual, ela deveria passar a ocorrer após a ocorrência do fato, prevenindo-se a punição, sendo pois eliminada qualquer análise prévia dos atos de concentração. O CADE deixaria de ter competência para analisar atos de concentração e só atuaria na repressão às condutas infratoras à ordem econômica.

Seria absolutamente irrealista a legislação, em vigor, que exige que todas as fusões e incorporações que determinem um controle de mais de 20% do mercado interno por uma empresa ou grupo que fature R\$400 milhões, necessitam de aprovação do CADE. Em inúmeros casos, isso não configuraria abuso algum ou prejuízo ao consumidor. As leis denominadas antitruste do mundo inteiro determinariam que, detendo vinte por cento de um mercado, uma empresa já tem poder suficiente para influir na formação de preços, sendo capaz, enfim, de causar efeitos danosos à concorrência. Seria ridículo admitir que quem participe com 20% de um mercado globalizado possa dominá-lo para impor preços abusivos. O controle de 20% da oferta interna só deveria ser considerado indicio de dominação do mercado em setores onde haja barreiras naturais à concorrência externa ou a qualquer forma de competição potencial. Não seria o porte de uma empresa ou grupo, nem a sua parcela de um mercado nacional ou de um bloco econômico que determinam se sua atuação é prejudicial ou não ao consumidor. O essencial seria saber se ela dispõe de meios para atuar de forma abusiva, impondo condições e preços; se em uma economia aberta faz sentido o CADE ou qualquer órgão do governo proibir concentração de empresas, em nome, simplesmente, da posição que passam a deter no mercado.

Para o Conselho de Estudos Jurídicos da Federação de Comércio do Estado de São Paulo, a atual lei, de autoria do então deputado Fábio Feldman, do PSDB, restringe a livre economia de mercado. Seu texto seria inconveniente, por limitar a atuação de empresas num período de abertura de mercado. A lei proibiria as fusões, dificultaria a competição e a sobrevivência de alguns setores. Fugiria dos princípios do Direito porque atua de forma preventiva, de acordo com o Sr. Oscar Porto, ex-Ministro da Justiça. A Lei Antitruste — em muitos trechos baseada na legislação americana e alemã, consideradas ainda hoje as mais modernas — teria sido resultado de um trabalho de oito meses feito por doze juristas especializados em direito econômico. O texto de Feldman, porém, sempre teria encontrado resistência no PFL, partido agora aliado ao Presidente Fernando Henrique Cardoso, o que terminou determinando as mudanças recentes.

A intenção do Governo seria tornar mais clara a Lei Antitruste, para evitar avaliações subjetivas dos atos de concentração. Em economias de mercado seria fundamental o combate a toda forma de oligopólio, público ou privado; o primado do mercado seria preservar o poder soberano do consumidor, burocratas do CADE proporiam medidas arbitrárias sem levar em conta medidas setoriais. No Brasil a lei precisaria ser modificada para reduzir o subjetivismo e a participação de burocratas cuja mente parou de evoluir há décadas; o campo para a subjetividade seria enorme; depende do que o burocrata entender por concorrência; a empresa ficaria à mercê de julgamentos pessoais e não raro de conhecidos preconceitos contra a iniciativa privada, os monopólios e oligopólios seriam um caso clássico de falha de mercado; poucos duvidariam de que cabe ao Estado evitar que eles impeçam a concorrência, pois isso quebraria a lógica essencial do capitalismo; a aplicação severa da legislação americana teria coibido conluios para dominação de mercados na onda de fusões e aquisições do final do século passado; vários países a adotaram; nem mesmo a ultraliberal Margareth Thatcher a dispensou.

Contraoposição — O governo teria ido muito longe tirando do CADE a análise prévia, ou, ao menos, o exame, das incorporações e fusões. “No momento em que a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) recomenda que as consultas em atos de concentração sejam prévias, isso representaria um incentivo ao abuso de poder econômico e um

forte retrocesso”, comenta a Conselheira Neide Malard, do CADE, considerada como a de maior experiência na área.

É certo que pequenos ajustes deveriam ser feitos na legislação. Seria preciso, por exemplo, permitir claramente o recurso em esfera administrativa, ou seja, que se pudesse recorrer ao próprio CADE, que deveria, portanto, ter seu número de Conselheiros aumentado para formar câmaras, apresentando-se como um órgão pleno ao qual caberia o exame recursal.

Para o presidente Ruy Coutinho, a lei em vigor absolutamente não inviabilizaria o crescimento das empresas nacionais, pois também estabelece procedimentos compensatórios para um aumento de fatia de mercado, como o aumento de produtividade, melhoria da qualidade de bens, desenvolvimento tecnológico e não eliminação da concorrência. No entanto, ele acha que a lei poderia elevar perfeitamente o limite para a isenção do exame das concentrações para 30%; por outro lado, quer que somente as empresas com faturamento anual em um nível mínimo superior a R\$ 400 milhões passem a necessitar de aprovação do CADE para as operações de compra ou fusão a outras empresas.

Advogados fazem questão de lembrar que o então senador Fernando Henrique Cardoso teria sido o autor de propostas de prevenção e repressão do abuso do poder econômico (exatamente opostas às contempladas pela pretensa MP), mantendo-se a independência do CADE.

⁵**Críticas** — O veto à compra da Siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau, em 1995, teria sido a gota d'água no processo de desgaste do CADE junto à equipe econômica. Informações veiculadas pela imprensa nos dão conta de que o Ministro Jobim, impressionado com o desdobramento do *affaire* Grupo Gerdau, teria constituído uma comissão interministerial *informal*, para estudar e apresentar sugestões para melhorar a vigente legislação antitruste. Um dos estímulos para mudanças mais profundas na lei teria sido a decisão do CADE de anular a compra da Siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau, que não se conformou com a decisão e recorreu ao Ministério da Justiça, a quem o CADE deveria obediência. O CADE teria cometido erro quando procura bloquear o crescimento de grupos privados brasileiros, como no caso do setor siderúrgico. A decisão de mudar o papel do CADE se teria tornado consensual no governo, a partir da decisão dos conselheiros (por 4 votos a 3) de obrigar o Grupo Gerdau a desfazer a compra da Siderúrgica Pains, sob a alegação de que o grupo passaria a deter 46,1% do mercado de vergalhões, usados na construção civil. A imprensa vem destacando fato ocorrido em Brasília, nos últimos dias, envolvendo um julgamento do CADE contra o Grupo Gerdau e a suspensão do cumprimento da decisão pelo Ministro da Justiça. Seria urgente rever a Lei nº 8.884/94, até para impedir atritos entre o Ministro da Justiça e o CADE, como o que teria recentemente ocorrido a propósito da aquisição da Siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau. O rigor do CADE no caso da compra da Pains pelo Grupo Gerdau também teria levantado temores quanto à sua atuação nas privatizações do setor siderúrgico. O essencial seria saber se a empresa dispõe de meios para atuar de forma abusiva, impondo condições e preços, e não seria isso que se verifica na indústria siderúrgica, uma das mais expostas à concorrência internacional, inclusive de natureza predatória, que muitas vezes recomenda a imposição de direitos *antidumping*.

⁶**Críticas** — O governo estaria melhor sinalizando para a aceleração do processo de fortalecimento da economia nacional se, em vez de diminuir a capacidade de atuação do CADE, lhe desse melhores condições para o revigoramento de sua estrutura operacional, orientada para uma integração com os organismos congêneres no mundo. Hoje, encontrar-se-iam, em curso, no CADE, cerca de 61 processos sobre concentração econômica pendentes de julgamento, instaurados após a Lei nº 8.884. Em 1996, esse número tenderia a crescer muito mais, conforme perspectivas de consultores e auditores de empresas, seguindo a tendência no mundo. Isso significaria aumento da demanda sob a responsabilidade do CADE. Também seria fundamental dar maior força aos pareceres econômicos previstos no processo, que não seriam apenas da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão de exame conjuntural da economia

do País, mas sim da Secretaria de Política Econômica e/ou da Secretaria de Política Industrial, de maneira a harmonizar futuros julgamentos com a política estratégica do governo em cada setor. "O CADE não tem condições operacionais de cumprir as atribuições previstas na lei antitruste", reconhece um assessor do Ministério da Justiça. O Ministro Jobim teria dito que os bons especialistas estão todos empregados e que **falta ao Estado gente competente nesta área**. O Conselho estaria desestruturado e o seu presidente, Dr. Ruy Coutinho, ter-se-ia queixado várias vezes no passado da discrepância entre a grande competência delegada ao CADE e os escassos meios disponíveis para exercê-la.

⁷**Críticas** — A preocupação principal dos integrantes do grupo de técnicos de governo e de instituições privadas que começou a discutir reservadamente o novo texto da lei antitruste, em outubro, seria derrubar os obstáculos que possam impedir a entrada de novos investimentos estrangeiros, no momento em que o governo está abrindo a economia para o exterior e privatizando setores importantes como os de telecomunicações, petróleo e energia. No ano passado, das cerca de 200 operações de fusões e aquisições ocorridas por aqui, mais da metade teve participação de companhias estrangeiras, conforme levantamento da consultoria KPMG. Ao contrário das nações já desenvolvidas — onde os mercados estão relativamente saturados — o Brasil ofereceria ao capital estrangeiro a possibilidade de, rapidamente, conquistar fatias de mercado de até 40% com a compra de uma empresa nacional, com a vantagem de a população ter uma avidez pelo consumo semelhante à dos grandes templos do capitalismo, à diferença dos países do Leste Europeu. Em relação à China e aos mercados emergentes asiáticos, as diferenças seriam os entraves político-econômicos para a instalação de uma subsidiária. A razoável estabilidade no campo econômico teria legado ao País um cenário semelhante ao em que as multinacionais estão acostumadas a trabalhar: o da previsibilidade para concretizar seus planos. A via da aquisição, das fusões ou associações de empresas seria o atalho seguido pelo capital estrangeiro para chegar mais rápido ao promissor mercado brasileiro. O número dessas transações no País teria sido calculado em 250 para este ano, com crescimento de 20%, em 1996, de acordo com a consultoria Price Waterhouse. A tendência teria sido confirmada pela consultoria Arthur Andersen: 49% das maiores empresas do País planejam expandir seus negócios através de fusões, aquisições e *joint ventures*. A participação das multinacionais nessas negociações teria aumentado de 21% em 1989, para 38%, este ano, de acordo com a Price Waterhouse. Atrativo de peso, além da estabilização, abertura, potencial de crescimento, reestruturação industrial, profissionalização das empresas familiares e privatização, seria a perspectiva de usar o Brasil como base para o Mercosul.

⁸**Críticas** — As recentes decisões do CADE, embora discutíveis, não poderiam ser atribuídas à existência de falhas ou mesmo a um enfoque equivocado da legislação, mas sim à inexistência de um debate prévio de alto nível a respeito do que seria uma política de concorrência moderna. Por essa razão, qualquer modificação no texto legal que não seja precedida de um amplo debate sobre os seus objetivos terá sido inútil, principalmente porque os seus executores podem interpretá-la de maneira diversa da intenção do legislador. A Lei 8.884/94 permitiria que se atue tanto no nível da estrutura quanto no da conduta, sendo a atual ênfase do CADE sobre a estrutura uma decisão de seus componentes. Seria relevante chamar os aplicadores da legislação (CADE e Ministérios da Fazenda e da Justiça) ao debate, o que implicaria investigações e decisões compatíveis com as modernas tendências da defesa da concorrência. A proibição de fusões que aumentam o grau de concentração de mercado, como se o conceito de concorrência estivesse ligado exclusivamente ao número de participantes, seria consequência da ausência dessas definições e responsabilidade de todos aqueles que atualmente criticam sem apresentar alternativas que alimentem o debate.