

Política Antitruste e Desenho Institucional

Alexandre Gheventer¹

Sumário: Introdução. 1. O Desenho Institucional nas Origens da Legislação Antitruste. 2. Política Antitruste nos EUA e Europa: Diferenças Institucionais. 3. A Política Antitruste no Brasil: Síntese Histórica. 4. Variáveis Institucionais Relevantes: Autonomia, Enforcement e Accountability. 5. Estudo sobre uma Variável Institucional: Autonomia e Política Antitruste. Considerações Finais.

Introdução

O problema do desenho institucional é central para a definição de políticas públicas. Dependendo de suas características, o desenho institucional pode tanto atuar como incentivo ao oportunismo, na forma de populismo, captura regulatória ou outros interesses especiais, como pode favorecer cursos de ação convergente com o interesse público.

Este problema é particularmente importante para a constituição do formato institucional da futura ANC — Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência. A formulação, ou manipulação, de políticas públicas de natureza *antitruste*, é um instrumento de poder extraordinário nas mãos dos responsáveis pela política, e não raras vezes, suas decisões têm impacto decisivo sobre investimentos privados da ordem de bilhões de dólares.

Arranjos institucionais distintos estimulam organizações à consecução de determinados resultados. Em especial, considero que a maior ou menor eficácia da política *antitruste* depende de determinados elementos do desenho institucional — autonomia, *enforcement* e *accountability*. Sob este ponto de vista, a política antitruste não atende intrinsecamente ao interesse público ou interesses especiais², existindo uma mediação institucional, que estrutura as

1 Doutorando em Ciência Política (IUPERJ), economista e assessor do CADE.

2 Stigler, por exemplo, considerava que a lei antitruste seria uma lei intrinsecamente de interesse público (ver Hazlett, Thomas W (1984) "Interview with George Stigler". *Reason* (January): 44-48). Outros, como Eckbo e Wier (Eckbo, Espen and Wier, Peggy "Antimerger Polivy under the Hart-Scott-Rodino Act: A Reexamination of The Market-Power Hypothe-

“regras do jogo” sobre as quais os diversos atores irão atuar. O presente artigo procura fornecer algumas contribuições para a discussão sobre o formato institucional da nova agência.

1. O Desenho Institucional nas Origens da Legislação Antitruste

A política *antitruste* nasceu nos EUA, há mais de 100 anos, com a instauração do *Sherman Act* em 1890. Usualmente, sua implementação é interpretada como uma reação aos efeitos decorrentes do liberalismo econômico sem regulação, que resultou na concentração econômica em poucas empresas. O final do século XIX caracterizou-se pela ascensão do fenômeno do poder econômico, até então ignorada pela teoria econômica clássica, que considerava a chamada competição perfeita como a forma de mercado prevalecente³. Na economia norte-americana observou-se um processo de rápida concentração em diversos setores econômicos, muitos organizados na forma de trustes. Nos anos 80 há uma crescente discussão sobre os trustes na sociedade norte-americana. A adoção de medidas contra os trustes ganha apoio popular, não apenas de grupos específicos, como agricultores e pequenos empresários, mas da população em geral. Nas eleições de 1888 a temática antitruste ocupou a campanha eleitoral de todos os candidatos.

O *Sherman Act* tinha objetivos claramente políticos, qual seja, garantir o pluralismo de mercado, por se acreditar ser fundamental à manutenção do pluralismo político. A legislação antitruste americana incorporou, em sua origem, a defesa política de uma sociedade igualitária, que naquele momento, no final do século XIX, estava ameaçada pelo fenômeno recente dos grandes trustes (conglomerados), como as companhias de estradas de ferro ou o grupo Rockefeller. Sem dúvida, a prática *antitruste* americana se deve em muito ao conjun-

sis” in *Journal of Law and Economics* 28 April 1985) e Baumol e Ordover (Baumol, William and Ordover, Januz (1985). “Use of Antitrust to Subvert Competition”. *The Journal of Law and Economics*. May, 247-65) concluíram que a legislação antitruste tende a atender interesses especiais. De acordo com a perspectiva institucionalista, a política antitruste, como de resto, toda política pública, não deriva sua importância e direção de características intrínsecas, mas das leis e instituições formais de cada sociedade, bem como de seu próprio sistema de crenças e valores. Sobre a abordagem institucionalista, ver por exemplo, North, Douglas C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*; Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Immergut, Ellen. *Health Politics: Interests and Institutions in Western Europe*. Cambridge University Press, 1992; Knight, Jack. *Institutions and Social Conflict*. Cambridge, Cambridge University Press, 1994; Levi, Margaret. *Of Rule and Revenue*. Berkeley, University of California Press, 1988 e Tsebelis, George. “Processo Decisório em Sistemas Políticos: *Veto Players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, nº 34, junho/97.

- 3 Não que os monopólios fossem ignorados pela teoria econômica clássica. Porém, estes eram atribuídos a uma origem legal.

to de valores e crenças da sociedade americana, em particular, as idéias de individualismo, como descritos em Tocqueville, e de competição pulverizada, como em Adam Smith, por exemplo.

De acordo com Bork, nos EUA “*a new era of antitrust expansion seems likely to begin in Congress, which is influenced by popular moods. There has always existed in this country a populist hostility to big business, a hostility that is currently reinforced by the suspicion that major corporations are somehow to blame for hardships that have their origin elsewhere, in the politics of OPEC, in federal regulation of natural gas prices — or in bad weather, for that matter*”⁴

2. Política Antitruste nos EUA e Europa: Diferenças Institucionais

O caso europeu é radicalmente distinto do norte-americano. Em poucas exceções, como a Inglaterra, a liberalização econômica caminhou passo a passo com o desenvolvimento capitalista. Como observa Amato⁵, por diferentes razões, o desenvolvimento econômico no continente europeu não apenas tem tido enorme influência estatista, como o Estado tem estimulado mais a cooperação entre empresas nacionais do que a concorrência entre essas. França, Alemanha e Itália são exemplos mais fortes dessa cultura. Mesmo no pós-guerra, e com o fim dos regimes fascistas, permaneceu a idéia de que manifestações econômicas do tipo cartel podem ser positivas, desde que confluem com o interesse público e os objetivos dos órgãos governamentais. Evidentemente, esta herança histórica influiu decisivamente na direção da política *antitruste* na Europa no pós-guerra.

Também parece ser intuitivo que a natureza pluralista da sociedade norte-americana e corporativista nas sociedades européias influiu na política *antitruste*. No pluralismo, a política é um processo estruturado em torno de pressões de distintos grupos de interesses, ao passo que no corporativismo, a política é produto de uma *concertación*. Além disto, no pluralismo, o Estado é menos um ator do que um processo em contínua transformação, profundamente influenciado pelas pressões externas, ao passo que no corporativismo entende-se que o Estado seja um ator, ao lado de outros e sustentado por esses, especialmente capital e trabalho organizados, mas capaz de desenvolver políticas próprias.

Por fim, os distintos momentos históricos da implantação da política *antitruste* nos EUA e na Europa influíram decisivamente na sua evolução. Não ape-

4 Bork, Robert H.. *The Antitrust Paradox – A Policy at War With Itself*. The Free Press, New York, 1993, p.

5 Amato, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Hart Publishing, Oxford, 1997.

nas na Europa, culturalmente sempre houve maior aceitação em relação ao poder privado do que nos EUA, como a implementação das legislações européias ocorreu quando a realidade da maior parte dos mercados era oligopolística.

O resultado desta matriz histórica e cultural foi uma política *antitruste*, que não nega o poder privado, mas o condiciona a interesses mais gerais, de política industrial, regional e social. As operações ou acordos entre empresas que impliquem em maior concentração são explicitamente aceitos desde que consistentes com os objetivos daquelas políticas. O resultado é uma lei bem mais rígida em determinadas situações do que a lei norte-americana. Assim, o resultado político da implantação da política *antitruste* em um ambiente com instituições baseadas no compromisso entre atores, compromisso esse fundado em preocupações de políticas mais gerais, resultou, paradoxalmente, na maior autonomia da política, bem menos vulnerável a grupos de interesses específicos, como no caso norte-americano⁶.

Quadro 1 — Instituições e Política Antitruste: Europa e EUA

	ESTADOS UNIDOS	EUROPA
Valores Culturais e Históricos	Competição e liberdade econômica	Cooperação e protecionismo estatal
Ambiente Institucional	Pluralismo e pequeno domínio do Executivo sobre o processo de formação das leis	Corporativismo e maior possibilidade do Executivo de exprimir suas preferências no processo legislativo
Articulação	Estado e grupos sociais diversos (formais e informais)	Estado e grupos sociais organizados (capital e trabalho)
Objetivos da Política Antitruste	Concorrência como um fim	Concorrência como instrumento

3. A Política Antitruste no Brasil: Síntese Histórica

Foi visto anteriormente que a natureza pluralista da sociedade norte-americana e corporativista nas sociedades européias influenciou na política *antitruste*. Já os países da América Latina, em maior ou menor grau, tiveram uma importante tradição de modelo de Estado interventor, o que se refletiu, durante décadas, na resistência de setores governamentais e privados a uma ampliação

6 Não é possível apreender as diversas fases da política antitruste americana, sem se compreender o papel dos grupos de interesses e dos *lobbies* no Congresso Americano e da inserção destes nos partidos Democrata e Republicano.

da competência e escopo de políticas *antitruste*, que supõe ênfase na livre concorrência como melhor forma de ajuste dos desequilíbrios de mercado.

Embora muitos países latino-americanos já possuíssem algum tipo de orientação legal sobre a matéria *antitruste* desde os anos 50 e 60, boa parte copiada, de forma híbrida, do Tratado de Roma e na legislação norte-americana (*Sherman Act* e *Clayton Act*), como observa Miranda⁷ essas orientações legais pouco influíram na implementação da política de concorrência como uma política estatal, devido ao modelo econômico de substituição de importações vigente na época e às influências do pensamento keynesiano nas políticas econômicas do pós-guerra, e do pensamento cepalino, no caso particular da América-Latina. Somente no final dos anos 80 e durante os anos 90, segundo o autor, como resultado da abertura econômica e crescente internacionalização da economia, houve uma reaproximação com a questão antitruste, e que se refletiu na reestruturação de órgãos e na reformulação das legislações.

Porém, instituições, ao mesmo tempo em que possuem determinações históricas, também contém sementes para a mudança institucional mais abrangente, ainda que de forma incremental. Por exemplo, políticas governamentais de controle de preço, controle de comércio exterior, industrial e agrícola reforçam laços corporativistas na medida em que aumenta a demanda por intermediação entre agentes privados e agências governamentais⁸. Com a desregulamentação, a função de intermediação exercida por sindicatos e associações patronais perde valor para seus associados, e outras formas de interação são demandadas.

Evidentemente, não se quer dizer que surgiu uma “cultura concorrencial” da noite para o dia. A redução do uso da intermediação corporativista em situações de liberalização econômica corresponde a uma estratégia de custos/benefícios de seus associados, que não necessariamente significa mudança de valores da sociedade. A manutenção desses valores no sistema político, por exemplo, pode significar tensão entre grupos pela mudança institucional em favor do aprofundamento da liberalização econômica e grupos a favor do recrudescimento de mecanismos que reforcem o corporativismo.

Promulgações de legislações com objetivo de proteger a concorrência datam desde 1938 (Decreto-Lei nº 869/38, Decreto-Lei nº 4.407/42, Decre-

7 Miranda, A. *El Control Jurisdiccional del Régimen General de Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas*. *Journal of Latin American Competition Policy*, Vol. 1, nº 3, abril de 1999.

8 Ver Farina, Elizabeth M. M. Q. “O Papel das Instituições Públicas e Privadas na Coordenação dos Sistemas Agroindustriais: Em Busca da Competitividade Sistêmica”; em Farina, Elizabeth; Azevedo, Paulo Furquim de & Saes, Maria S.M.; *Competitividade, Mercado, Estado e Organizações*; Editora Singular; São Paulo; 1997

to-Lei nº 7.666/45, Lei nº 1.521/51, Lei nº 4.137/62, Lei nº 8.137/90, Lei nº 8.158/91 e Lei nº 8.884/94). Até 1962 não se poderia dizer que houve uma legislação antitruste, havendo uma clara preocupação em proteger a economia popular em nome da segurança nacional. A partir de 1962, com a Lei nº 4.137/62 que criou o CADE, o País contou com uma lei antitruste, em boa parte copiada do *Sherman Act*.

Entretanto, até a década de 90, a atuação do CADE foi praticamente nula: “Em sua primeira fase, de 1963 até 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recurso das partes inconformadas”⁹. Em parte, o fracasso da política antitruste tem raízes na tradição jurídica brasileira, baseada menos na eficiência e mais no princípio da segurança. Mas a razão principal é que as regras antitrustes foram originalmente estabelecidas em um contexto institucional calcado no intervencionismo estatal, que cria e regula mercados, define regras de entrada e estabelece padrões de concorrência. A política antitruste era absolutamente contraditória com as políticas públicas até então vigentes, comandadas por órgãos regulatórios ou promotores, tais como o CIP (Conselho Interministerial de Preços), o CDI (Conselho de Desenvolvimento Industrial) e o BNDE (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico), dentre outros. Esses órgãos claramente buscavam coordenar condutas empresariais (por exemplo, mediante acordos setoriais e regras paralelas de reajustes de preços), que claramente estimulavam a cartelização, e elevar o grau de concentração da economia, para obter escalas e aprofundar o processo de substituição de importações.

Tais políticas eram perfeitamente funcionais com o padrão de desenvolvimento vigente à época. Neste ambiente institucional mais amplo não havia qualquer função para regras antitrustes.

Na América Latina a legislação antitruste foi implementada inicialmente em um contexto caracterizado pelo protecionismo e pelo nacionalismo. A norma antitruste é um instrumento usado pelo Estado para a consecução de determinadas políticas públicas. Assim como no caso europeu, a concorrência não é um valor em si, mas um instrumento visando ao alcance de outros objetivos. Ao contrário dos EUA, em que a legislação foi implementada em razão de disfuncionalidades próprias do processo nacional de acumulação de capital, que resultou na concentração indesejável do poder econômico, na América Latina, a repressão ao abuso econômico amalgama-se com o nacionalismo e o protecionismo, assumindo particularidades que não são encontrados em outras partes¹⁰. Assim, não se trata de procurar dispersar o poder econômico, mas de pro-

9 Salgado, Lucia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste*. Editora Singular, 1997, p. 176.

10 Forgioni, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*; Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 109.

teger os interesses nacionais contra o poder econômico estrangeiro. Por sinal, ao contrário de dispersar poder econômico, o objetivo governamental claro dos governos latino-americanos durante décadas foi buscar a concentração econômica da indústria nacional.

O final dos anos 80 marca a passagem de um ambiente institucional caracterizado pela forte regulação e controle para um ambiente de liberalização e desregulação. Ocorrem três importantes alterações: liberalização comercial, privatização e desregulação e estabilidade inflacionária. No primeiro caso, a abertura comercial implicou na redução de barreiras tarifárias e não-tarifárias e na elevação de pressões competitivas internacionais sobre a indústria doméstica. No segundo caso, a privatização e desregulação de setores importantes da economia, que durante muitos anos foram considerados monopólios naturais, geram incerteza do setor privado quanto a seus comportamentos futuros, o que exige a criação de arcabouços regulatórios alternativos. Em terceiro lugar, a estabilidade monetária implica na redução das demandas dos consumidores por controle de preços e ampliou a percepção sobre o valor real dos bens e serviços e da importância da competição na economia. Conseqüentemente elevam-se demandas por instrumentos mais efetivos de regulação de comportamentos de mercados. Neste contexto, é promulgada a Lei nº 8.884/94, que confere ao CADE personalidade jurídica própria, transformando-o em autarquia e estabelece a impossibilidade de interposição de recursos contra as decisões do CADE no âmbito administrativo. Além disto, amplia sua competência à análise de fusões e aquisições, antes restrita apenas à avaliação de condutas.

4. Variáveis Institucionais Relevantes: Autonomia, *Enforcement* e *Accountability*

Três aspectos institucionais podem ser destacados: grau de autonomia da agência em relação ao Executivo, capacidade de *enforcement*, isto é, de fazer valer suas decisões e grau de *accountability*, isto é, o controle público das decisões da agência. A combinação destes elementos pode ser mais favorável a comportamentos oportunistas (populismo, captura regulatória e outros interesses especiais) ou a comportamentos convergentes com o interesse público.

a) Autonomia

A autonomia da agência é considerada uma variável crucial para a maior eficácia da política de defesa da concorrência. Em artigo recente¹¹, Gustavo Franco aponta que a equipe do Ministério da Justiça, durante a discussão da legislação de defesa da concorrência em 1993, tinha mais interesse na criação de um braço operacional para combater “preços abusivos”, em especial no setor de farmacêuticos, do que criar uma legislação moderna de fomento à competição.

11 Jornal do Brasil, 1º de agosto de 1999, p. 4.

Autonomia significa capacidade institucional do órgão de tomar decisões e de executá-las¹². O termo “autonomia” aproxima-se do significado de “insulamento burocrático”. De acordo com Nunes¹³ o insulamento burocrático é o processo de proteção do núcleo técnico do Estado contra interferências oriundas do público ou de outras organizações intermediárias. O Executivo, ao promover o insulamento burocrático de determinado órgão procura protegê-lo das incertezas inerentes a um ambiente institucional mais amplo, por exemplo, do Congresso, dos partidos e de demandas privadas, em prol de objetivos governamentais considerados de natureza “técnica” pelo próprio Executivo.

A autonomia, nesse sentido, relaciona-se com a necessidade estatal em criar um ambiente operativo em um determinado momento para que o órgão alcance determinadas finalidades. A capacidade estatal e o próprio interesse do Executivo em criar esse ambiente operativo depende de fatores estruturais, institucionais e políticos.

O interesse em se fornecer autonomia ao órgão está relacionado com problemas ocasionados pela rápida transição em direção a um elevado grau de liberdade econômica. A ausência de um órgão regulador, eficiente, de mercado, na presença de um ambiente de elevada liberdade econômica, onde se pressupõe o enfraquecimento dos mecanismos de controle estatais diretos, pode conduzir a instabilidades, elevar incertezas dos agentes econômicos (portanto, influenciando negativamente na taxa de investimento da economia) e gerar problemas de governabilidade.

A autonomia é uma das condições cruciais para a formulação de uma política antitruste voltada para o interesse público. A maior ou menor vulnerabilidade da política *antitruste* a influências externas depende do grau de autonomia da organização responsável por sua formulação.

b) Capacidade de enforcement

De pouco adianta fornecer maior autonomia à agência se existe baixa capacidade de fazer valer suas decisões. A capacidade de *enforcement* não se resume apenas à previsão legal de mecanismos punitivos. De acordo com Diniz¹⁴, a capacidade de executar decisões está relacionada com a mobilização de recursos técnicos, institucionais, financeiros e políticos. Não basta a existência

12 Przeworsky, A.. *Estado e Economia no Capitalismo*. Ed. Relume Dumará, 1995, p. 77.

13 Nunes, Edson. *Política e Insulamento Burocrático: A Economia Política do Desenvolvimento Brasileiro*. Zahar Editores/ENAP, 1996.

14 Diniz, Eli. “Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90”. *Dados*, 1995, vol. 38, nº 3.

das regras do jogo, é necessário que estabeleçam padrões efetivos para o comportamento de indivíduos e grupos.

Por sua vez, Salgado argumenta que a capacidade de *enforcement* da agência antitruste norte-americana, combinada com o mecanismo da indenização três vezes superior ao dano econômico causado (*treble damage*), embora garanta o funcionamento das regras, também acaba por constituir um forte estímulo a comportamentos oportunistas privados: “(...), a partir dos anos 60, estímulo para seu uso privado (das regras) tornaram-se decisivos — cerca de 90% das ações antitrustes hoje são privadas. O incentivo apóia-se parcialmente no estímulo ao comportamento oportunista”¹⁵.

c) *Accountability*

Considerar apenas a autonomia e capacidade de *enforcement* implicaria em um enfoque demasiadamente tecnocrático na análise dos resultados da política antitruste. *Accountability* significa a “obrigação da prestação de contas ao público e às autoridades competentes, a existência de mecanismos de cobrança e de controles mútuos”¹⁶. A transparência dos processos de gestão e de execução é fundamental para a eficácia operacional da política, “na medida em que permitem evitar a apropriação da máquina por interesses privados, o desperdício, bem como a alocação de recursos para fins não previstos”¹⁷.

Assim, mesmo que a agência possua alto grau de autonomia e de capacidade de *enforcement*, caso predomine um estilo fechado de atuação na burocracia, com baixa visibilidade e transparência quanto às decisões tomadas, haverá estímulos para a formulação e execução de políticas divergentes do interesse público.

A transparência da política antitruste não se resume à sua difusão mediante *home-pages* ou boletins anuais. A maior eficácia governamental da política depende de mecanismos de controle público sobre o Executivo. Neste caso, a questão a ser respondida deverá ser a seguinte: Existem mecanismos legais de prestação de contas ao público e ao Congresso?

Niskanen¹⁸, por exemplo, manifesta sua preocupação quanto à assimetria de informações entre a autoridade política e a agência burocrática. Como a autoridade política não tem informações para avaliar os custos reais da produção da agência, a tendência é a mesma: sobrestimar os custos e inflar o orçamento. Ou

15 Salgado, Lucia H. *idem*, pag. 24.

16 Diniz, Eli, *idem*, p. 403.

17 Diniz, Eli, *idem*, p. 404.

18 Niskanen, William. *Bureaucracy: Servant or Master? Lessons from America*. London, The Institute of Economic Affairs, 1973.

ainda, a falta de transparência permite à agência estabelecer compromissos com grupos de interesses específicos em detrimento da coletividade.

Diversos problemas envolvendo a relação agente/principal estão relacionados com essas variáveis. Indivíduos em situações em que a informação necessária para o desenvolvimento entre agente e principal é assimétrica ou imperfeita (*accountability*), em que as estruturas de incentivos e punições não funcionam adequadamente (*enforcement*) ou quando há divergência de interesses (autonomia), tenderiam a se manifestar oportunisticamente.

Essas três variáveis podem resultar em oito combinações institucionais distintas (ver quadro abaixo). A forma como interagem o burocrata, o mercado e a autoridade política depende do desenho institucional.

Quadro 2 — Desenho Institucional e Resultados Políticos

Tipo	Autonomia	Enforcement	Accountability	Resultado
A	Baixa	Baixa	Baixa	Total Ineficácia (<i>sleeping agency</i>). Executivo tem controle político sobre cargos. Possibilidade de manipular decisões com fins eleitorais, ainda que sejam meramente simbólicas.
B	Baixa	Baixa	Alta	A agência é incapaz de fazer valer suas decisões; o burocrata deve medir custos/benefícios entre ceder à pressão política do Executivo e a necessidade de prestação de contas ao público e ao Congresso.
C	Baixa	Alta	Alta	Assim como no item anterior, prevalece a tensão entre a pressão de interesses políticos sobre decisões e a necessidade de prestar conta e fornecer transparência. Porém como as decisões são efetivas, e não meramente simbólicas, a margem de conciliação entre os interesses envolvidos é menor.
D	Baixa	Alta	Baixa	Capacidade de fazer valer decisões, porém, possível alinhamento a interesses específicos, seja eleitoral (populismo), seja privado (captura regulatória).

Tipo	Autonomia	Enforcement	Accountability	Resultado
E	Alta	Baixa	Baixa	Baixa capacidade de fazer valer decisões, dificuldades de controle sobre a produção da agência, possibilidade de captura regulatória, uma vez que a empresa pode obter benefícios, atingindo a reputação do concorrente, ainda que a decisão não se efetive.
F	Alta	Baixa	Alta	Baixa capacidade de fazer valer decisões, embora impermeável à captura regulatória privada e à pressão populista.
G	Alta	Alta	Baixa	Tecnocracia e captura regulatória.
H	Alta	Alta	Alta	Instituições e eficientes, Interesse público.

5. Estudo Sobre uma Variável Institucional: Autonomia e Política Antitruste

5.1 Grau de Autonomia Institucional

Atualmente, 10 países da América Latina e do Caribe possuem legislação de defesa da concorrência¹⁹: Argentina (1919, revisada em 1946 e 1980), Brasil (1962, revisada em 1990 e 1994), Colômbia (1959, suplementada em 1992), Costa Rica (1994), Chile (1959, revisada em 1973 e incorporada em 1979), Jamaica (1993), México (1934, substituída em 1992), Panamá (1996), Peru (1991, modificada em 1994 e 1996) e Venezuela (1991). Além disto, Bolívia, Equador, Honduras, El Salvador, República Dominicana, Paraguai, Guatemala, Nicarágua e Trinidad e Tobago têm debatido a futura implementação de legislação sobre a matéria.

Considere que o grau de autonomia da política antitruste depende dos seguintes fatores: (1) tem/não tem mandato ou tem mandato curto; (2) autonomia funcional; (3) quem tem responsabilidade nas investigações; e (4) quem tem responsabilidade na aplicação das sanções.

Todos os órgãos possuem autonomia funcional, seja na forma de superintendências (Colômbia e Venezuela), seja na forma de comissões. A autonomia efetiva do órgão, porém, depende de outros fatores, e nesse caso, as fórmulas ins-

19 OEA (1997)

titucionais são bastante distintas. Por exemplo, a existência de mandato do presidente e membros é fundamental para isolar o órgão de pressões de curto prazo do Executivo. Em alguns países (Argentina, Chile e Colômbia), o presidente não tem mandato. Na Argentina, o presidente é um dos subsecretários da Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales. No Chile, o Fiscal Nacional da Fiscalía Nacional Económica é um funcionário livremente nomeado pelo Presidente da República. Na Colômbia, o Superintendente não possui mandato, nem há critérios explícitos para sua remoção.

Dentre os órgãos cujos membros possuam mandato, também se observa grande diversidade. México e Jamaica possuem mandatos de longa duração (10 e 7 anos, respectivamente). No caso do Brasil (2 anos) e Peru (1 ano), a possibilidade de alteração do *staff* dos órgãos no curto prazo é elevada. Venezuela, Costa Rica e Panamá são casos intermediários (4 a 5 anos).

Em boa parte dos casos a responsabilidade pelas investigações está centralizada no próprio órgão antitruste, com exceção do caso brasileiro. No Brasil, a maior parte da instrução é feita pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda) e pela SDE (Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça), cujas avaliações são preliminares à entrada do processo no CADE. É importante lembrar que o CADE também tem competência investigatória, e suas decisões não necessariamente concordam com os pareceres dos outros órgãos. Entretanto, a SDE tem poderes que não se limitam meramente à instrução processual, tais como instaurar processos administrativos e adotar medidas preventivas, independentemente da posição do CADE.

Na maior parte das legislações, o próprio órgão antitruste é responsável pela aplicação das sanções. Na Argentina, Chile e Jamaica, práticas de natureza anticoncorrencial estão no âmbito da legislação criminal, envolvendo, portanto, a atuação do Judiciário. Nesses países, em adição às penalidades de natureza administrativa, a legislação autoriza a imposição de sanções criminais. Na Argentina, a Comissão de Defesa da Concorrência apenas produz um informe ao Secretário de Estado de Comércio e Negociações Internacionais, que poderá, ou não, tomar a iniciativa de ação penal no Judiciário. No Chile foi constituído um sistema complexo envolvendo um órgão central responsável pelas investigações (Fiscalía Económica Nacional), um órgão responsável pela imposição das sanções de natureza administrativa (Comissão Resolutiva), além das Comissões Preventivas Central e Regional. Os Tribunais de Justiça também estão envolvidos em processos de natureza penal iniciados pela Fiscalía. Por fim, na Jamaica o Judiciário, após a investigação e colheita das provas realizadas pela Comissão (FTC), é responsável pela aplicação das multas ou de ordens de prisão.

Argentina, Brasil, Chile e Jamaica envolvem mais de uma instância de governo na administração da legislação antitruste. Na Argentina, como dito anteriormente, a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, responsável pelas investigações, produz um informe à Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Internacionales (SECNEI), aconselhando quanto às medidas a serem tomadas. A SECNEI pode, ou não, tomar medidas administrativas (como aplicação de multas), ou solicitar o início de procedimentos judiciais.

No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretaria de Defesa Econômica (SDE/MJ) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF), formam um sistema usualmente denominado de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O CADE, dentre outras atribuições, tem a função de aplicar as penalidades previstas em lei, bem como de proceder investigações nos processos. Os processos de conduta são instaurados e inicialmente instruídos na SDE, que posteriormente os remete para o CADE para julgamento. A SDE também pode, por exemplo, adotar medidas preventivas que conduzam à cessação da prática e celebrar compromissos de cessação. No caso de análises de atos de concentração, a SEAE deve emitir um parecer técnico, de natureza econômica, posteriormente enviada à SDE, que também deverá produzir outro parecer, antes que o processo seja encaminhado ao Plenário do CADE para deliberação. O CADE também tem iniciado convênios com agências regulatórias, tais como a ANATEL, ANP e ANEEL. Por exemplo, processos envolvendo condutas ou operações de fusão/aquisição na área de telecomunicações têm sido instruídos pela ANATEL e posteriormente encaminhados ao CADE.

No Chile, em cada capital de uma região existe uma Comissão Preventiva Regional, que poderá conhecer denúncias e propor medidas em situações dentro de sua jurisdição, requerer da Fiscalía a investigação de condutas anti-concorrenciais, suspender determinadas práticas comerciais por prazo limitado, e fixar preços máximos de bens e serviços objetos da investigação, também por prazo limitado. A Comissão Preventiva Central, que tem as mesmas atribuições das Comissões Regionais, tem a função de conhecer atos ou situações que tenham caráter nacional, que compreendem mais de uma região, ou que ocorram na Região Metropolitana de Santiago. A Comissão Resolutiva é responsável pela aplicação das penalidades. A Fiscalía Nacional Económica instrui a investigação dos processos e atua como parte ante a Comissão Resolutiva e nos tribunais de Justiça.

Por fim, na Jamaica o Primeiro-Ministro poderá dar ao FTC direções de natureza geral consideradas necessárias, pelo Ministro, ao interesse público, bem como a política a ser perseguida pelo FTC.

Foram estabelecidos os seguintes critérios para medir o grau de autonomia entre as agências:

- a) grau máximo de autonomia (4 pontos):
 - apenas a Comissão é envolvida na administração da legislação;
 - mandato maior ou igual a quatro anos;
 - autonomia funcional;
 - a Comissão é responsável pelas investigações; e
 - a Comissão é responsável pelas sanções;
- b) rompe uma das condições em (a) (três pontos);
- c) rompe duas das condições em (a) (dois pontos);
- d) rompe três ou mais das condições em (a) (um ponto).

A tabela abaixo resume os resultados encontrados:

Tabela 1 — Grau de Autonomia

Grau de Autonomia	País
4	Venezuela, México, Costa Rica e Panamá
3	Peru e Colômbia
2	Brasil e Jamaica
1	Chile e Argentina

Existe relativa dispersão no grau de autonomia dos órgãos responsáveis pela formulação da política. Entretanto, deve-se observar que a aproximação é imperfeita por dois motivos. Em primeiro lugar, possivelmente alguns fatores são mais determinantes sobre o grau de autonomia do que outros, por exemplo, tempo de mandato. Em segundo lugar, as legislações não captam outros elementos importantes para a determinação da autonomia das agências, como a capacidade de geração de recursos financeiros próprios. Porém, tendo em mente que trata-se de uma avaliação preliminar da dimensão subordinação/autonomia, considero que, *grosso modo*, a aproximação é válida, e apenas passível de maior refinamento metodológico.

5.2 Autonomia da Política Antitruste em Regimes de Mercado

Os anos 90 têm se caracterizado por um rápido processo de liberalização, especialmente dos países em desenvolvimento. A tendência dos governos em facilitarem fluxos de investimentos externos diretos tem se refletido em significativas mudanças em sua estrutura regulatória e no rápido aumento dos tratados de investimento bilaterais.

Tabela 2 — Mudanças Regulatórias, 1991-1996

Item	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Número de países que introduziram mudanças em seus regimes de investimento	35	43	57	49	64	65
Nº de regimes dos quais:	82	79	102	110	112	114
Em direção à maior liberalização ou promoção	80	79	101	108	106	98
Em direção ao maior controle	2	—	1	2	6	16

Fonte: World Investment Report 1997 — *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*; United Nations on Trade and Development, 1997.

Dos 65 países estudados pela UNCTAD em 1996, 55 foram países em desenvolvimento. As principais mudanças incluem a abertura de indústrias antes fechadas para investimentos estrangeiros. Em particular, na América Latina, as reformas econômicas implementadas por boa parte dos países desde meados da década de 80 significaram a mudança de um tipo de estratégia de desenvolvimento tradicional na região — o modelo de substituição de importações — para um processo de inserção global. Essa nova realidade também se refletiu no crescimento dos acordos regionais ou bilaterais de investimento. Em janeiro de 1997, dos 53 acordos bilaterais dos países do continente americano, 50 foram negociados nos anos 90. Desses acordos, 37 foram negociados entre países latino-americanos. Além disto, foram negociados 8 acordos de investimento no âmbito dos tratados regionais ou de integração nos anos 90. Ao lado dessa nova realidade regulatória, diversos países latino-americanos têm acelerado o processo de privatizações. A entrada de investimentos externos nos últimos anos na América Latina tem sido bastante influenciada por esses programas, ainda em fase de implementação em diversos países.

O resultado tem sido o aumento do fluxo de investimentos externos para a região. De acordo com a UNCTAD, a entrada de fluxos direta de investimento representou cerca de 18,4% do PIB, contra 6,4% em 1980 e 11,6% em 1990.

A liberalização da entrada desses fluxos de investimento tem contribuído para aumentar a contestabilidade dos mercados nacionais e a maior competição interna. Por sua vez, alguns estudos têm associado positivamente atividade transnacional e concentração industrial/de mercado²⁰. Essa associação tende a ser mais forte em mercados onde a competição ocorre mais via diferenciação de produto e inovação, do que preços. A indústria transnacional tende a su-

20 Davies, S.W and B Lyons *et al* (1996). *Industrial Organization in the Europe Union: Structure, Strategy and the Corporate Mechanism*; Oxford University Press in World Investment Report 1997.

perar a desvantagem de operar em um ambiente estranho por outras vantagens tais como, tecnologia, práticas gerenciais ou organizacionais superiores, domínio de marcas (*brands*) fortes ou de redes de *marketing*.

A participação mais intensiva de empresas transnacionais nos mercados nacionais, em especial em mercados altamente concentrados, muitos envolvendo produtos altamente diferenciados com fortes marcas associadas, aumenta a probabilidade de condutas anticompetitivas, por exemplo, a formação de cartéis ou colusões tácitas, operações de compra de empresas nacionais objetivando monopolização ou aumento de poder de mercado ou comportamentos predatórios (por exemplo, mediante preços de transferência de produtos e serviços entre a matriz e a subsidiária, que possibilitem vendas desses a preços abaixo do custo).

O resultado desse processo de integração global seria tendência de adoção de leis de concorrência que controlassem possíveis práticas restritivas. De acordo com a UNCTAD, em 1980 menos de 40 países possuíam leis de concorrência. A partir de 1989, com as reformas econômicas na Europa Central e Europa Oriental, o número de leis cresceu rapidamente. Na América Latina, a maior parte das leis de concorrência foi implementada ou revista na década de 90. Em 1996, 70 países possuíam leis de concorrência.

À primeira vista, podemos supor existir correlação entre a introdução de leis de concorrência em países em desenvolvimento e a substituição de um modelo econômico baseado em um alto grau de intervenção estatal para regimes de mercado. Evidentemente, a abertura da economia e os programas de privatizações representam apenas uma das muitas facetas que caracterizariam um típico regime de mercado. De qualquer forma, parece ser razoável haver relação entre a maior intensidade e abrangência de reformas econômicas pró-mercado, entre as quais incluem a liberalização econômica e as privatizações, e maior preocupação com a regulação eficiente do mesmo, que se refletiria na elaboração e implementação de leis de concorrência.

Uma *proxy* do maior ou menor sucesso das estratégias de políticas em direção à implantação de regimes de mercado são os índices de liberdade econômica elaborados por Gwartney & Lawson²¹ e Johnson & Sheehy²² (1996). A composição desses índices envolve um conjunto significativo de fatores, não necessariamente comum aos dois. Por exemplo, Gwartney & Lawson consideram como componentes para a construção de seu *index*: 1) quatro elementos para mensurar proteção à moeda como medida de valor e meio de troca (“di-

21 Gwartney, James & Lawson, Robert. *Economic Freedom of the World 1997 Annual Report*. Fraser Institute, Vancouver, 1997

22 Johnson, Bryan T. & Sheehy, Thomas P. *1996 Index of Economic Freedom*. The Heritage Foundation, Washington, D.C., 1996.

nheiro e inflação”); 2) seis elementos para mensurar a liberdade de decidir o que produzir e consumir (“operações governamentais e regulações”); 3) três elementos para medir a liberdade de receber o que ganha (“transferências e taxação discriminatória”); e 4) quatro elementos para medir a liberdade de comércio com o exterior (“restrições ao comércio internacional”). O índice de Johnson e Sheehy tem como indicadores a política comercial, a política de tributação, consumo do governo, política monetária, fluxos de capital e investimento externo, política bancária, controle de preços e de salários, direitos de propriedade, regulação e mercado negro. Devido à complexidade dos fatores envolvidos na construção desses índices, me absterei de discutir mais profundamente a metodologia utilizada pelos autores, considerando, a princípio, índices válidos de mensuração do grau de liberdade de regimes econômicos. Em Johnson e Sheehy, quanto menor o índice, maior a liberdade econômica. Em Gwarney & Lawson, quanto maior o índice, maior a liberdade econômica.

Em primeiro lugar, tentou-se medir a relação entre os índices dos dois trabalhos e a existência, ou não, de legislação *antitruste*. Foram considerados, ainda, países que possuem projetos de lei em elaboração ou tramitação no Congresso. Foram atribuídos valores 0, 1 e 2 para países que, respectivamente, não possuem lei de concorrência, não possuem mas existe projeto em tramitação ou elaboração, e possuem lei de concorrência. Os resultados, embora não sejam significativos, têm o sinal esperado.

Tabela 3 — Liberdade Econômica e Existência de Legislação Antitruste

Índice Gwarney & Lawon		Índice Johnson & Sheehy
Amostra	23 países	25 países
Com legislação	10	10
Sem legislação, mas com projeto	9	9
Sem legislação	4	6*
Correlação	0,13946	-0,31268
R ²	0,019449	0,097766

*Inclui Suriname e Cuba

O índice de Gwarney & Lawson, por possuir séries quinquenais desde 1975, permite avaliar a hipótese no tempo e em cada país. Países que conheceram elevação mais intensiva da liberdade econômica seriam mais propensos a implementar legislações antitruste? Dentre os países que possuem legislação antitruste, parece que a implementação da legislação foi acompanhada por um movimento prévio de crescimento de liberdade econômica (anexo 3).

Foi formulada, ainda, a hipótese da relação entre grau de autonomia do órgão antitruste e grau de liberdade econômica no momento da implementação da legislação. A tabela, a seguir, apresenta os resultados, relativamente significativos, desta hipótese:

Tabela 4 — Relação entre Liberdade Econômica e Autonomia

País	Autonomia	Liberdade Econômica
Costa Rica	4	7,1
Panamá	4	7,0
México	4	6,1
Venezuela	4	5,5
Peru	3	6,3
Colômbia	3	5,5
Jamaica	2	5,9
Brasil	2	3,7
Chile	1	3,8
Argentina	1	3,3

Correção = 0,84094; R^2 0,707181

O conceito de liberdade econômica centra-se na idéia de que, em sociedades economicamente livres, a função principal do governo é a proteção dos direitos de propriedade e a provisão de bens públicos. O uso do poder estatal para decidir o que produzir e o que consumir logicamente viola a liberdade econômica. A maior eficácia da política corresponde não apenas ao controle mais efetivo do poder privado, mas também de pressões advindas do interior de segmentos do próprio Estado, que ameaçam a liberdade de produzir de outros participantes do mercado e restringem a escolha dos consumidores. A autonomia significa isolar o órgão *antitruste* dessas pressões externas sobre o processo decisório, o que eleva a probabilidade de decisões mais eficazes.

Considerações Finais

Infelizmente, avanços institucionais, embora sempre oportunos, na área antitruste tem se subordinado a conjunturas de natureza política ou macroeconômica.

Embora o nacionalismo e o protecionismo tenham ficado em segundo plano, a política antitruste não deixou de ser vista pelas autoridades governamentais como um instrumento para outros fins, em especial, como instrumento de ameaça de retaliação do governo federal contra determinados setores da

economia²³, como, por exemplo, o setor de combustíveis e de medicamentos, acusados de “aumentos abusivos de preços”. Portanto, a legislação antitruste na América Latina tende, em diversas ocasiões, a ser instrumentalizada para objetivos populistas ou de política macroeconômica.

Apesar dos avanços decorrentes da implementação da Lei nº 8.884/94, a agência antitruste brasileira ainda tem um dos menores graus de autonomia da América Latina. Por exemplo, a existência de mandatos curtos com possibilidade de recondução, como vigora atualmente, torna o órgão vulnerável a pressões do Executivo e outras formas de captura regulatória. Esta falta de autonomia a pressões de grupos específicos ou conjunturas macroeconômicas reduz a eficiência da política antitruste, pois: 1) implica em desvios em sua missão regulatória original, o de aumentar o bem-estar social mediante promoção da concorrência; e 2) eleva o nível de incerteza dos agentes econômicos privados sobre os objetivos da política antitruste e da legitimidade de determinadas condutas concorrenciais, o que pode influir negativamente em suas decisões de investimento.

Porém, como visto, a mera autonomia (decisória e financeira) é insuficiente para garantir a eficácia da política. É necessária: 1) a transparência e a existência de mecanismos institucionais de controle social; e 2) capacidade de fazer valer suas decisões. No segundo ponto (*enforcement*), boa parte das decisões ainda não produz os efeitos desejados pela agência antitruste, especialmente no caso de processos administrativos, em razão da excessiva morosidade da instrução, que não raramente levam anos, ou da falta de tradição do Poder Judiciário no tratamento da matéria. No primeiro ponto, o CADE tem publicizado suas decisões pela Internet ou relatórios anuais (embora, devido à inexistência de obrigatoriedade legal, dependa muito da vontade política de cada Conselho²⁴) e suas sessões de julgamento são públicas e gravadas eletronicamente²⁵. Entretanto, inexistem mecanismos institucionais de *check and balances* que possam garantir maior pluralidade e equilíbrio de forças entre os diversos grupos de interesses.

23 Forgioni, p. 133.

24 Por exemplo, no caso da agência antitruste mexicana, a publicação de um informe anual sobre seu desempenho atende a uma obrigatoriedade expressa na sua lei de defesa da concorrência (art. 28).

25 Com exceção das sessões de julgamento de averiguações preliminares.

ANEXOS

Anexo 1

País	Instâncias envolvidas	Mandato		Autonomia funcional	Respons. pela invest.	Respons. pelas sanções
		Pres.	Membros			
Argentina	CNDC, SECNEI, Judiciário	não	sim (4 anos)	sim	CNDC	Judiciário, SECNEI
Brasil	CADE, SEAE, SDE	sim (2 + 2 anos)	sim (2+2 anos)	sim	CADE, SEAE e SDE	CADE
Chile	FNE, Comissão Resolutiva, Comissão Preventiva Central, Comissões Regionais e Judiciário	não	sim (2 anos)	sim	FNE	Comissão Resolutiva e Judiciário
Colômbia	SIC	não	—	sim	SIC	SIC
Peru	INDECOPI	sim (1 ano até 5)	não	sim	INDECOPI	INDECOPI
Venezuela	SPPLC	sim (4 anos)	—	sim	SPPLC	SPPLC
México	CFC	sim (10 anos renováveis)	sim (10 anos renováveis)	sim	CFC	CFC
Costa Rica	CPC	—	sim (4 anos renováveis)	sim	CPC	CPC
Panamá	CLCAC	sim (5 anos)	sim (5 anos)	sim	CLCAC	CLCAC
Jamaica	FTC, 1º Ministro, Judiciário	sim (7 anos + 5 anos)	sim (7 anos + 5 anos)	sim	FTC	Judiciário

Anexo 2

América Latina — Índices de Liberdade Econômica

País	Gwarney & Lawson (a)	Johnson & Sheehy (b)
Bahamas	6,2	2
Panamá	7,0	2,4
Chile	6,4	2,45
El Salvador (c)	6,9	2,45
Trinidad & Tobago (c)	5,4	2,5
Argentina	6,4	2,65
Paraguai (c)	6,8	2,65
Jamaica	5,9	2,7
Bolívia (c)	6,4	2,75
Costa Rica	7,1	2,8
Uruguai	6,3	2,8
Guatemala (c)	6,5	2,85
Barbados	5,7	3
Colômbia	5,5	3
Peru	6,3	3
Equador (c)	5,5	3,15
Honduras (c)	5,9	3,15
México	6,1	3,35
Brasil	3,7	3,45
República Dominicana (c)	5,6	3,45
Venezuela	3,9	3,5
Nicarágua (c)	4,6	3,6
Suriname	—	3,9
Haiti	2,9	4,2
Cuba	—	5,0

Fonte: 1996 Index of Economic Freedom e Economic Freedom of the World 1997

- (a) maior o índice, maior a liberdade econômica
- (b) menor o índice, menor a liberdade econômica
- (c) existência de projeto de lei

Obs.: Os países que possuem legislação de concorrência estão em negrito

Anexo 3

Evolução da Liberdade Econômica

País	Index		Ranking	
	Ano (-5)	Ano 0	Ano (-5)	Ano 0
Argentina (1980)	3,1 (75)	3,3 (80)	79 (75)	57 (80)
Brasil (1994)	3,0 (90)	3,7 (95)	96 (90)	98 (95)
Chile (1973)	—	—	—	—
Chile (1979)	2,7 (75)	3,8 (80)	87 (75)	57 (80)
Colômbia (1957)	—	—	—	—
Colômbia (1992)	4,8 (90)	5,5 (95)	43 (90)	58 (95)
Peru (1994 e 1996)	4,1 (90)	6,3 (95)	72 (90)	29 (95)
Peru (1991)	2,9 (85)	4,1 (90)	89 (85)	72 (90)
Venezuela (1991)	5,1 (85)	5,5 (90)	28 (85)	31 (90)
México (1992)	5,7 (90)	6,1 (95)	27 (90)	36 (95)
Costa Rica (1994)	6,7 (90)	7,1 (95)	9 (90)	9 (95)
Panamá (1996)	6,3 (90)	7,0 (95)	15 (90)	10 (95)
Jamaica (1993)	—	5,9 (95)	—	42 (95)

Fonte: Economic Freedom of The World 1997