

Elói Martins Senhoras

Pós-graduando em Gestão e Estratégia de Empresas e em Economia Financeira pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas.

E-mail: eloi@eco.unicamp.br

RESUMO

Este trabalho se propõe, essencialmente, a uma revisão crítica do processo de discussão da defesa da concorrência, assinalando os principais aspectos da teoria econômica da concorrência segundo diversas concepções ideológicas: a Neo-Schumpeteriana, a Marxista, a do *mainstream* econômico, a Neoclássica e, por fim, a regulatória.

Os principais condicionantes das políticas de defesa da concorrência são discutidos micro e macroeconomicamente, demonstrando-se o viés das transformações das formas de concorrência internacional.

Como perspectiva e próprio fruto da concorrência, é levantada a necessidade de diretrizes das políticas de defesa da concorrência que regulem as atividades econômicas privadas e públicas, de modo que compatibilizem, por um lado, o aumento da produtividade com o incremento da produção e, por outro, o bem-estar do cidadão consumidor com o funcionamento da economia em bases saudáveis. Para isso, devem ser suficientemente flexíveis, a fim de se adaptarem às necessidades ditadas pelo estágio de desenvolvimento econômico e pelo arcabouço jurídico e institucional do país ou do bloco econômico em que este estiver inserido.

ABSTRACT

This paper essentially proposes to review antitrust and to make a critical contribution to the discussion concerning defense of competition, focusing on some of the principal aspects of the important economic theories of competition according to various ideological concepts: Neoshumpeterian, Marxist, that of the economic mainstream, Neoclassical and finally the Regulatory.

Main guidelines of the antitrust laws are discussed in the light of micro and macroeconomic theories, bringing to light tendencies of the transformation of the different forms of international competition.

As a perspective and outcome of competition, better antitrust directives are urged to satisfactorily regulate public and private economic activities and thereby reconcile on the one hand growth of productivity to, on the other hand consumer welfare based upon a fruitful relationship. These directives should be sufficiently flexible to adjust to the changing requirements dictated by the economic development stages as well as by the pertinent legal and institutional frameworks of the country or of the economic block.

1. INTRODUÇÃO

A dificuldade não reside nas novas idéias, mas em escapar das velhas.

John Maynard Keynes

Nos anos recentes, com a abertura dos mercados à concorrência internacional, as privatizações e a queda do controle de preços, têm-se observado mudanças nas estratégias das empresas para a busca de competitividade.

Diante da globalização dos mercados, o reposicionamento estratégico das empresas tem levado, em associação com uma maior racionalização de atividades e com o acesso a novos mercados e tecnologias, a uma tendência de concentração. A intensificação de fusões, compras e incorporações é ilustrativa a esse respeito, com efeitos (e refletindo os efeitos) sobre a estrutura industrial e mesmo sobre os padrões de concorrência.

Nessas circunstâncias, não é difícil concordar com recomendações que enfatizam a importância de

se criar um ambiente interno competitivo para o aumento da competitividade da indústria local (PORTER, 1990).

As dificuldades surgem quando se trata de definir os mecanismos e as instituições que devem ser acionados para garantir a concorrência (até porque há claras diferenças nas interpretações do que seja concorrência). Se concorrer significa disputar posições no mercado, qual o significado de defender a concorrência? Garantir a convivência dos diversos capitais nessa disputa? Monitorar a disputa de forma a impedir abusos da posição dominante no mercado que possam prejudicar os consumidores? No contexto atual de acirramento da concorrência essas questões tornaram-se mais relevantes.

Em termos gerais, a defesa da concorrência tem como principal objetivo restringir práticas que possam bloquear o processo concorrencial, importante mecanismo para o alcance da inovação técnica e da eficiência produtiva e alocativa. Assim, a eficiência deveria ser o principal aspecto a ser estimulado por uma política de concorrência (NASCIMENTO, 1996).

É nesse quadro que se situa o debate sobre o papel da defesa (ou não) da concorrência. Uma linha de autores defende que “é primordial que o sistema de defesa da concorrência atue de forma a garantir esse ambiente competitivo que leve as empresas a operarem com eficiência, reduzindo custos e repassando estes ganhos para o consumidor” (PEREIRA, 1996).

Outra linha de argumentação ressalta que, em face de uma economia globalizada e aberta à competição internacional, leis de defesa da concorrência perderiam sua função. A concorrência com similares importados seria suficiente para restringir abusos da posição dominante no mercado. A aplicação de leis de defesa da concorrência poderia até ser nociva à economia, uma vez que impediria os efeitos das economias de escala resultantes da concentração.

Porém, após duas décadas embasado na teoria Neoliberal, o Mercado por si só respondeu que é incapaz de regular a economia internacional; e, mais do que nunca, existe a necessidade de mecanismos que possam defender a concorrência.

O conteúdo do debate indica que as legislações e as ações dos órgãos de controle antitruste devem ser reavaliadas, de tal forma que levem em

consideração a nova realidade do mercado mundial e dos novos blocos econômicos.

2. CONCEITO DE CONCORRÊNCIA

A concorrência é um dos pilares da economia de mercado. Embora não constitua valor absoluto, é ainda o melhor caminho para a proteção dos agentes econômicos e da coletividade.

Acrescente-se ainda que a concorrência há de ser tratada não só nos limites de cada Estado, mas também na esfera da internacionalização dos mercados, inserida no processo de globalização econômica.

Em razão da importância desses dois motivos, far-se-á uma discussão sobre os diferentes paradigmas da teoria econômica da concorrência, haja vista que a teoria econômica da concorrência ainda está em desenvolvimento e os diferentes arcabouços teóricos podem fornecer diferentes respostas para a realidade econômica.

É bem verdade que foi superada a concepção clássica de Adam Smith e D. Ricardo sobre a existência de concorrência perfeita no mercado. A realidade empresarial atual demonstra que não existem tipos ideais de pequenas unidades empresariais no mercado que possam isoladamente influenciar na determinação das variáveis quantidade de produção e preço.

Ainda persiste, porém, o embate ideológico entre as visões de Marx, de Schumpeter e do *mainstream* econômico – a base normativa neoclássica –, com relação ao conceito de concorrência.

2.1. Paradigma neoclássico

A concorrência é vista não exatamente como um processo, mas como um conjunto de condições que garante a total ausência de poder de mercado pelas firmas e de rivalidades entre elas, posto que as empresas são *price-takers* e suas ações não influenciam as decisões das demais.

Para atingir os seus objetivos, o paradigma neoclássico se baseia em alguns pressupostos: atomismo e independência dos agentes, racionalidade maximizadora, informação perfeita, livre mobilidade dos agentes e dos recursos (ausência de barreiras à entrada), e homogeneidade dos produtos.

Assim, os pressupostos teóricos da concorrência perfeita eliminam a possibilidade de diferenciação, de economia de escala, de informação diferenciada, enfim, de qualquer coisa que provoque diferenciação ou outras estratégias de competição que não a de preços entre os produtores. A visão do funcionamento da economia é baseada na obtenção de equilíbrio nessas situações de ausência de assimetrias, o que caracteriza essencialmente o processo econômico como estático.

Enfim, a concorrência perfeita, na visão neoclássica, não passa de abstração teórica estruturada na multiplicidade de unidades produtivas, nenhuma delas predominando sobre as outras.

Os defensores do capitalismo, porém, não podiam deixar de reconhecer as manifestas deficiências do regime de concorrência. Cumpria, então, conceber idéias acerca da concorrência em sua manifestação concreta. Deveu-se a John Maurice Clark a visualização da chamada concorrência praticável (*workable competition*), admitindo-se que, no mercado, é insuprimível o poder econômico anticoncorrencial. Há, no entanto, instrumentos legais para coibir abusos.¹

Com a importância e poderio crescentes das grandes empresas e grupos econômicos, a importância do modelo de concorrência perfeita passou a estar cada vez mais restrita ao seu papel ideológico, de defesa do livre mercado.

2.2. Paradigma marxista

Marx, em seu tempo, já havia desnudado a insustentabilidade real da teoria econômica clássica da concorrência, assinalando o valor utópico do regime de concorrência, numa época em que o

¹ Rebelando-se contra o modelo da concorrência perfeita, John M. Clark lançou as bases da teoria dinâmica. A concorrência figura como um processo sem fim, desde que ela permaneça livre. Quando a entrada de novas firmas no mercado permanece livre, não fere a concorrência a posição dominante de algumas empresas. Merecem análise os pressupostos para que a concorrência preencha a função de promotora do desenvolvimento técnico e econômico. Assume, nesse contexto, importância o estudo do comportamento das empresas, da estrutura do mercado e dos resultados obtidos no mercado.

poder de concentração de riquezas se acentuava cada vez mais².

Segundo ele, inexistia no capitalismo uma regra predefinida para a distribuição da riqueza. Cada proprietário busca se apropriar da maior quantidade possível de valor e, com isso, de um direito à maior parcela possível da riqueza socialmente existente.

O que determina a distribuição é a concorrência: o processo por meio do qual cada agente procura obter condições vantajosas nas operações de compra e venda de que participa. A concorrência é a relação social mais característica do capitalismo (ao passo que em outras sociedades a cooperação ou a subordinação por meio da coerção física desempenham o papel mais importante). O *locus* social no qual se dá o processo de concorrência é o mercado.

No capitalismo – e apenas nele – o caráter social da atividade produtiva, logo, a necessidade de coordenação, é produto da concorrência entre os agentes privados. Segundo a visão marxista, a coordenação da atividade econômica privada é obtida, caracteristicamente, por meio da interação dos agentes em concorrência nos mercados, porém isso não exclui o fato de que outras instituições, como o Estado, desempenham papéis de relevo nos processos de coordenação.

2.3. Paradigma neo-schumpeteriano

O paradigma Neo-Schumpeteriano diz que o atributo econômico essencial da concorrência está na constante busca, pelos agentes, de lucros superiores aos respectivos custos – lucros monopolísticos –, mediante a geração contínua de inovações nos produtos e nos processos produtivos.

Em termos de bem-estar social, o pressuposto implícito é o de que o processo de inovação é essencial para o desenvolvimento econômico e proporciona benefícios sociais impossíveis de ser auferidos de imediato, superiores aos benefícios da apropriação privada, e sem os quais não haveria inovações numa economia capitalista (JORDE e TEECE, 1992).

² Uma razão para a questão ter sido menosprezada foi a de que, durante um longo tempo, na tradição da economia clássica, não se julgou que algum agente ligado à atividade econômica possuísse uma assimetria no exercício de poder.

A dimensão mais relevante da concorrência é o processo de destruição/criação de estruturas econômicas e sociais mediante inovações para o aumento da eficiência, que também constitui o motivo principal, senão o único, pelo qual ela poderia ser defendida, haja vista que a diferenciação entre as empresas torna-se, simultaneamente, pressuposto e resultado do processo de concorrência e da evolução do sistema econômico.

Nessa visão, a concorrência é um processo de interação entre unidades econômicas voltadas para a apropriação de lucros e para a valorização dos ativos de capital. A obtenção de lucros não pressupõe nem conduz a algum equilíbrio, como, por exemplo, a igualação das taxas de retorno do capital; ao contrário, está relacionada a desequilíbrios oriundos do esforço de diferenciação e criação de vantagens competitivas pelas empresas, que se empenham por retê-las na forma de ganhos monopolísticos, ainda que temporários e restritos a segmentos específicos de mercado (BURLAMAQUI e FAGUNDES, 1993).

A concepção Neo-Schumpeteriana aceita a grande empresa como mal necessário à promoção do progresso. Sustenta que a concorrência perfeita é impossível, não podendo, assim, ser erigida em estrutura ideal de produção. Conclui ser erro pretender que, mediante intervenção legal do Estado, a grande empresa operasse como se a concorrência fosse perfeita.

2.4. Direito e concorrência

A concorrência não pode ser entendida como algo abstrato e desvinculado da realidade. De fato, esse instituto, dotado de dinamismo, deve ter como características tanto a maleabilidade quanto a adaptabilidade às mutações implementadas quer pelos agentes econômicos, quer pelos mecanismos mercadológicos. A empresa vai sempre buscar novas formas e novos modos de se adequar ao mercado. Por isso, é fundamental que o conceito jurídico de concorrência seja elástico e flexível, com o intuito de sempre poder abranger tanto o provável quanto o improvável.

A liberdade de concorrência expressa-se de três formas: a liberdade de iniciativa empresarial, que se confunde com “o livre acesso das empresas ao mercado” (ALVES, 1992: 67); a liberdade de a empresa manter-se no mercado e nele agir de forma que garanta o lucro; e a liberdade de escolha dos

consumidores. Esta é um dos elementos mais relevantes que compõem a livre concorrência, uma vez que até mesmo os mais liberais se valem dela para demonstrar a vantagem da aplicação prática da eficiência econômica.

Não basta acreditar na concorrência como um fim em si mesmo para se chegar a um estado perfeito de coisas, mesmo porque não funciona assim o mercado. Este, por si só, não gera situações de justa distribuição de riquezas, assim como não guia a concorrência pelos caminhos da democracia econômica. Nesse sentido, vale ressaltar a seguinte afirmação de THUROW (1997: 313):

Entretanto, no lado da produção o capitalismo gera grandes desigualdades de renda e de riqueza. Encontrar na economia oportunidades para se ganhar muito dinheiro é o que move a eficiência do capitalismo. Alguns encontram; outros não. Tirar os outros do mercado e levar suas rendas até zero conquistando suas oportunidades de ganho – é a essência da concorrência. Uma vez adquirida riqueza, as oportunidades para ganhar mais dinheiro se multiplicam, uma vez que a riqueza acumulada leva a oportunidades para ganhar mais dinheiro que não estão abertas àqueles que não têm riqueza.

A concorrência, em princípio, é um fato econômico que deriva de uma economia de mercado. Não haveria por que propor uma aproximação entre direito e concorrência caso o mercado apresentasse as soluções ideais para conflitos não só entre empresas, mas também entre estas e consumidores. O mercado, de fato, não redistribui riqueza nem gera equilíbrio perfeito entre subjetividades diversas. Por isso, é necessário fundir, num só conceito, o jurídico e o concorrencial.

Em vista disso, a função do direito é viabilizar a liberdade e a democracia econômica, pois, segundo WALLERSTEIN (1999), não é possível separar a liberdade de igualdade da igualdade de liberdade. A concorrência em si, do ponto de vista econômico, não se estrutura sobre esses postulados, rejeitando-os, muitas vezes, porque são contrários à lógica econômica (eficiência e lucratividade). Por isso, a junção do econômico com o jurídico torna possível um conceito de livre concorrência que absorva as idéias de democracia, liberdade e igualdade.

Assim, a concorrência deve consistir na democratização do acesso ao mercado, de forma que possibilite o exercício da liberdade em toda a

sua extensão. Partindo-se de estruturas econômicas, deve-se concretizar essa liberdade concorrencial por meio de instrumentos e instituições jurídicas, no sentido de estabelecer uma articulação essencial entre Direito e Economia.

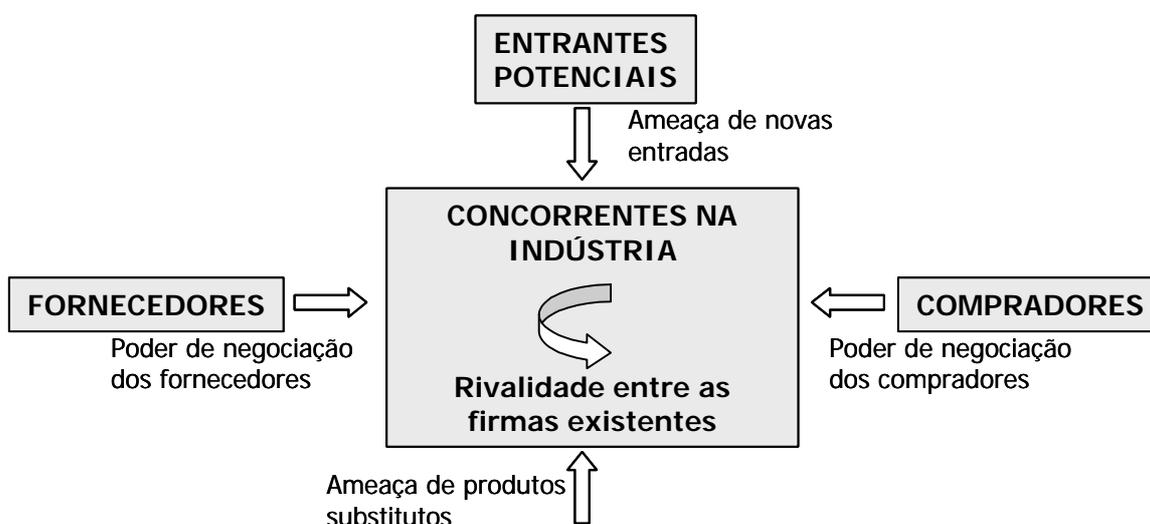
2.5. A convergência moderna para a discussão sobre concorrência

A Teoria da Organização Industrial tem como objetivo o estudo da concorrência, ou seja, da interação entre o conjunto de firmas participantes de uma determinada indústria e suas relações com outros agentes econômicos que, de alguma forma, mantêm relações com essa indústria. Apresenta-se como uma teoria mais ampla da firma capitalista do que a teoria neoclássica tradicional, uma vez que considera a firma como um agente econômico dotado de estratégia competitiva, atuando no sentido de modificar as variáveis de produção e de mercado a seu favor. Na maioria das vezes, a firma tem o poder de formular os preços dos seus produtos e de influenciar a demanda, bem como de

inovar os produtos e processos produtivos. Esse comportamento termina por alterar, no decorrer do tempo, as próprias características originais da indústria.

A concorrência deve ser entendida como a luta entre as firmas pelo estabelecimento de poder de mercado; é o processo de “enfrentamento” das firmas como representantes dos diversos capitais individuais, isto é, como unidades de valorização e expansão do capital global. Alimentada pelo progresso técnico, a concorrência é um processo de criação constante, embora descontínuo, de assimetrias entre as firmas. O mercado é onde a concorrência acontece, onde esta atua como portadora de inovações e de mudanças qualitativas responsáveis pela seleção de agentes aptos ao processo. A firma opera sempre na tentativa de concentrar o mercado a seu favor, como se a situação de monopólio fosse seu objetivo no processo de concorrência (POSSAS, 1996). A Figura 1, abaixo, mostra de forma esquemática as forças que dirigem a concorrência na indústria.

Figura 1 - Forças que dirigem a concorrência na indústria



Fonte: PORTER (1998).

A concorrência dentro de uma indústria é um processo amplo, que envolve outros atores além das firmas estabelecidas. Um conceito importante ligado à noção de concorrência é o de competitividade. Toda firma busca estabelecer vantagens competitivas, que são atributos relativos a preço, qualidade e diferenciação do produto, os

quais a tornam capaz de competir em determinado mercado. Dessa forma, competitividade é um atributo da concorrência, visto que proporciona tanto barreiras à entrada de novas empresas no mercado como condições para que as firmas estabelecidas possam concorrer, gerando e sustentando vantagens competitivas.

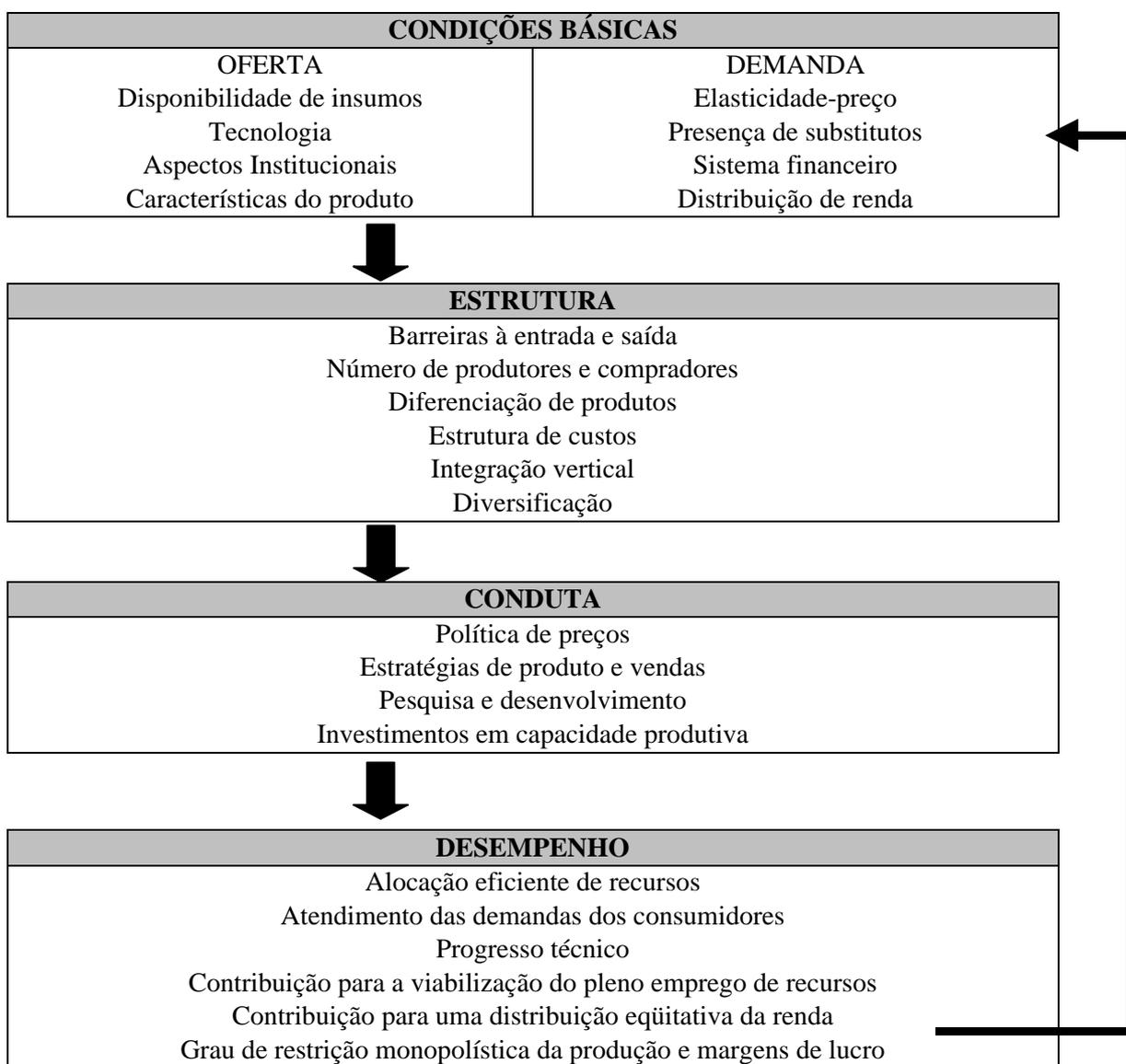
A análise do processo de concorrência deve ser realizada no âmbito das estruturas de mercado. Esse conceito supera a dualidade tradicional entre oferta e procura, pois a demanda não é o *locus* soberano do consumidor, mas uma variável sob o alcance das decisões das empresas, muitas vezes influenciadas pelo esforço de venda e *marketing*.

A dinâmica da estrutura de mercado pode ser representada por um modelo tipo Estrutura-Condução-Desempenho (E-C-D).

Qualquer indústria hipotética parte, inicialmente, de uma dada estrutura de mercado, caracterizada

por determinadas condições de oferta e demanda, além de barreiras à entrada específicas. Na ânsia de estabelecer vantagens competitivas, a conduta das firmas participantes da indústria é a de promover inovações para modificar as condições de concorrência, visando a obter poder de mercado. O desempenho desse processo no decorrer do tempo termina por alterar a própria estrutura original do mercado, após modificações na estrutura produtiva da indústria e seleção das firmas que nesta permanecem. A Figura 2, abaixo, mostra o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, de maneira sucinta.

Figura 2 - Paradigma Estrutura-Condução-Desempenho



Fonte: Elaboração Própria.

Outro conceito central da Organização Industrial para a abordagem dos setores econômicos, analisados sob o prisma das estruturas de mercado, é o de barreiras à entrada. Esse conceito se refere aos obstáculos que o ingresso a uma certa indústria oferece às demais firmas que dela não participam. As barreiras à entrada dizem respeito aos “potenciais entrantes” na indústria e são sinônimos de “vantagem competitiva” para as firmas estabelecidas. As barreiras à entrada apresentam um caráter dinâmico, pois não são estáticas, mas objeto da estratégia competitiva das empresas. Essas barreiras à entrada são basicamente de dois tipos: custo e diferenciação do produto.

Para o desenvolvimento de uma estrutura de mercado mais eficiente em certos segmentos, existe a necessidade de atenuação de algumas barreiras à entrada, a fim de que as empresas sejam forçadas, pela concorrência, a operar com preços mais reduzidos.

As externalidades de produção, que surgem quando as possibilidades de produção de uma firma são influenciadas pelas decisões de outras firmas, e as externalidades de consumo, que surgem quando as escolhas de um consumidor são diretamente influenciadas pela produção ou consumo de outros agentes econômicos, representam as principais barreiras de entrada.

Outra variável fundamental para a análise dos setores econômicos é o progresso técnico, que constitui uma fonte de vantagens competitivas e de assimetria concorrencial. As firmas buscam a inovação para vencer a seleção do processo de concorrência e garantir sua sobrevivência no mercado ou auferir lucros extras, mesmo que temporariamente.

2.5.1. A Teoria Econômica da Regulação

A atividade de regulação envolve, geralmente, restrições impostas pelo governo às decisões das empresas sobre preço, quantidade, entrada e saída de mercado, bem como sobre parâmetros específicos, como indicadores de qualidade e desempenho. Uma consideração importante é que a intervenção estatal deve se restringir ao seu objetivo de eliminar as imperfeições de mercado, gerando o menor ônus possível sobre os agentes do mercado regulado, com vistas a impedir a criação de ineficiência econômica.

O processo de implementação das atividades de regulação, por sua vez, é realizado em etapas. VISCUSI *et al.* (1995) ressaltam três etapas básicas desse processo. A primeira corresponde ao estabelecimento de uma legislação que especifique poderes especiais de regulação sobre determinado setor. A segunda etapa corresponde à implementação da legislação e da agência responsável pela regulação. Em alguns casos há um terceiro estágio, correspondente à desregulamentação do setor. Durante essas etapas há intensa mobilização de agentes e debates acerca do marco regulatório e da forma como será constituída a agência reguladora. Como mencionado anteriormente, há várias vertentes no campo da Teoria da Regulação, as quais possuem implicações específicas no processo de implementação das atividades de regulação.

2.5.1.1. Principais vertentes da Teoria da Regulação

A primeira vertente se refere ao Enfoque Normativo da Economia da Regulação. Essa abordagem considera a intervenção regulatória do Estado necessária apenas para corrigir falhas de mercado, principalmente a existência de monopólios naturais e a geração de externalidades. O objetivo principal do agente regulador é a manutenção da concorrência nos mercados em que existam falhas. Havendo imperfeições de mercado, o Estado interferirá a fim de corrigi-las, aproximando-se da Teoria do Interesse Público, a qual defende que a regulação é o resultado do conflito entre corporações privadas e interesse coletivo, limitando as pretensões particulares das primeiras. Essa abordagem é criticada pelo fato de supor que a regulação sempre ocorrerá na presença de falhas de mercado, o que não é necessariamente verdadeiro. Também é criticada pelo fato de limitar a necessidade de regulação a dois tipos de falhas de mercado, quando, na verdade, há espaço para a atividade de regulação sob outras condições.

Outro enfoque da teoria da regulação é a chamada *Regulatory Capture Theory*. Segundo VISCUSI *et al.* (1995), essa abordagem desafia diretamente a Teoria do Interesse Público. A *Regulatory Capture Theory* considera a atividade de regulação como “capturada” pelos interesses dos agentes privados regulados, e que, portanto, a agência reguladora sempre atenderá às suas demandas. Dessa forma, os objetivos sociais serão

deixados de lado, com vistas à preservação dos interesses das empresas do mercado regulado e dos privilégios políticos dos membros da agência reguladora. A melhor saída para o problema, segundo essa teoria, é a adoção de medidas de desregulamentação que permitam ao mercado restaurar a competição e atingir a eficiência econômica, eliminando os objetivos meramente políticos dos agentes reguladores.

Um terceiro enfoque refere-se à Teoria Econômica da Regulação. Segundo VISCUSI *et al.* (1995), essa abordagem busca compreender alguns fenômenos inerentes à atividade de regulação, tais quais o favorecimento de determinados grupos de agentes e o movimento em direção à regulação e posterior desregulamentação, verificados em algumas indústrias. A principal hipótese dessa vertente teórica é que a regulação resulta dos interesses de grupos de agentes privados, os quais utilizam sua capacidade de representação para fazer com que o Estado, através de seu poder coercitivo, imponha normas regulatórias em determinado mercado. A explicação dos movimentos de regulação e desregulamentação advém da capacidade de representação dos agentes privados envolvidos no processo regulatório.

Outra abordagem para a atividade reguladora é a chamada Nova Economia Institucional (NEI), sobre a qual o trabalho de WILLIAMSON (1985) é a principal referência teórica. A principal hipótese desse enfoque é a da existência de grupos de

interesse que atuam sob condições de informação imperfeita e presença de custos de transação. Em decorrência desse fato, ocorrem processos políticos que se tornam determinantes das decisões econômicas, resultando em elevado grau de incerteza para os agentes envolvidos. A fim de minimizar a incerteza e os riscos a ela associados, é necessário que sejam criadas instituições. Portanto, a fim de manter o equilíbrio da atividade regulatória, o estabelecimento de um ambiente institucional estável torna-se condição essencial. Esse enfoque prevê a constituição de acordos institucionais que gerem o que a NEI denomina governança regulatória, conduzindo ao equilíbrio entre os agentes envolvidos.

Para o acompanhamento da constituição do estado-da-arte na defesa da concorrência das utilidades públicas é necessário compreender o processo de transição das atividades do Estado à regulação econômica.

De uma perspectiva teórica, a instituição do órgão específico de regulamentação – particularmente nos países de tradição jurídica constitucionalista, como boa parte das nações da Europa Continental e da América Latina – pode ser melhor compreendida recorrendo-se ao enfoque que tradicionalmente sustentou a regulamentação americana: a “relação principal (governo) e agente” (empresa privada ex-monopolista). A cadeia completa da relação principal-agente pode ser vista na Tabela 3.

Tabela 3 - Cadeia Teórica na Relação Principal-Agente

CIDADÃO → (tem a responsabilidade política máxima)	GOVERNO →	ÓRGÃO DE REGULAMENTAÇÃO →	EMPRESA CONCESSIONÁRIA (possui a informação setorial máxima)
--	------------------	----------------------------------	--

Fonte: Elaboração Própria.

Embora esse enfoque teórico apresente insuficiências notórias (a exemplo da não incorporação de todos os atores relevantes), sua simplicidade é bastante útil na análise de casos concretos. No que se refere à análise teórica propriamente dita da regulação em telecomunicações, deve-se registrar que existe um debate histórico muito forte entre dois grandes blocos de pensamento: de um lado, sustentando o

paradigma da concorrência perfeita, os economistas neoclássicos argumentam, sob uma perspectiva normativa, que a existência de falhas de mercado (monopólio natural, externalidades, assimetrias de informação e bens públicos) leva o governo a intervir no mercado, procurando impor condições que simulem a concorrência perfeita (visão do interesse público “perfeito”). Deve-se ainda sublinhar que entre os neoclássicos há uma variante

mais sofisticada e menos normativa, baseada na teoria da contestabilidade. Por outro lado, há um outro grande bloco, abrigando várias correntes de pensamento, incluindo as diferentes versões da “teoria da captura” (*Capture Theory*) e também os neo-institucionalistas, baseados em WILLIANSO (1985), que levam em consideração os aspectos institucionais da regulação, ressaltando as questões relacionadas às formas de incentivo, os problemas informacionais e os custos de transação.

A cadeia principal-agente começa na figura do cidadão (supostamente responsável pelo poder político último através do voto, além de usuário do serviço fornecido) e termina com a empresa concessionária que detém a concessão para o fornecimento do serviço, além de ser proprietária dos respectivos meios de produção. Apresenta-se em sua configuração mínima quando não existe órgão de regulamentação e o próprio governo é o executor do serviço (superposição das funções de regulação e operação, como no caso das antigas repartições públicas – coluna A da Tabela 3). De acordo com o enfoque principal-agente, quando existe uma cadeia completa, verifica-se, à medida que se transita da esquerda para a direita, tanto uma redução na responsabilidade política do agente como um aumento da informação por ele detida (sobre tecnologia, custos, formação de preços, demanda e condições de mercado) a respeito do empreendimento em questão. Dessa forma, um dos problemas críticos da regulamentação diz respeito à eficácia do mecanismo de transmissão e verificação do cumprimento dos objetivos e missões atribuídos pelo principal (governo ou órgão regulador) ao agente (órgão regulador ou empresa concessionária), sabendo-se que este último possui o grau máximo de informação sobre o negócio.

3. POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O termo política de defesa da concorrência pode ser entendido de duas formas distintas. Uma definição mais ampla, determinada pelos objetivos, corresponde ao conjunto de políticas de regulação e de monitoramento de condutas que caracterizam as regras da competição. De acordo com tal definição, fariam parte da política de concorrência as medidas de comércio exterior, de entrada e saída de mercados, de definição de preços, de compras

governamentais, e regras antitruste e de defesa do consumidor³.

A política de concorrência seria, então, um conjunto de regras destinadas a direcionar os benefícios da competição em um sistema econômico para os objetivos de um certo padrão de desenvolvimento.

Segundo FARINA (1996), a política de defesa da concorrência pode ser definida como congregante daquelas ações e parâmetros regulatórios do Estado voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, a fim de preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.

Uma segunda definição, menos ambiciosa e mais usual, caracteriza a política de concorrência como correspondente à política antitruste, originada no último quarto do século XIX, em face do processo de concentração e centralização do capital ocorrido nos países industrializados (SALGADO, 1992).

Nesse sentido, a defesa da concorrência deve expressar a multiplicidade de interesses de caráter macroeconômico e microeconômico, avaliando não somente os efeitos anticompetitivos, como também os potenciais aproveitamentos positivos, ou seja, o direcionamento do poder econômico para a produção de eficiências.

Dessa forma, nos últimos vinte anos a economia e a prática antitruste passaram por uma série de transformações que as modernizaram: incorporaram, de forma crescente, argumentos de eficiência econômica como justificativa para atos de concentração e determinadas condutas empresariais como as horizontais e verticais, fusões, aquisições e *joint-ventures* entre empresas.

“A institucionalização da concorrência, como estrutura de organização e ordenação do sistema econômico” (FONT GALÁN, 1987), devidamente inserida no texto constitucional, fundamenta

³ No Brasil, a criação da SUNAB e do CADE, no ano de 1962, é a demonstração efetiva de que as políticas de proteção ao consumidor nascem e se desenvolvem paralelamente com as políticas de repressão ao abuso do poder econômico. A criação desses dois órgãos demonstra que a defesa do consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico caminham coordenadamente.

políticas públicas e privadas imprescindíveis para o bom funcionamento da economia de livre mercado. O sistema econômico capitalista, em sua faticidade, deve buscar seu fundamento de validade no texto constitucional.

Erigida a princípio informativo da ordem econômica constitucional, a livre concorrência assume uma “alta função econômico-institucional”. Em decorrência disso, critérios normativos são estabelecidos com o intuito de enquadrar condutas concorrenciais das empresas e políticas econômicas advindas do poder público.

Uma vez constitucionalizada a economia de livre mercado e seu consectário lógico, a liberdade de concorrência, qualquer ato atentatório ou perturbador do funcionamento do mercado deve ser expurgado, porque estará em desacordo com o alicerce de todo um sistema econômico constitucional. Não se trata, como se destacou acima, de uma mera proteção à economia de mercado, mas do estabelecimento de uma verdadeira democracia econômica em que liberdade e igualdade se encontram indissociavelmente ligadas.

De acordo com VAZ (1993), a medida exata da atuação do Estado no domínio econômico só pode ser adequadamente aferida pela análise das políticas públicas, entre as quais se inclui a “política jurídica da concorrência”. A política de concorrência, em sua vertente jurídica, há de fundamentar-se na democracia econômica, seja viabilizando o acesso ao mercado, seja garantindo a liberdade de escolha do consumidor.

3.1. Política de concorrência e empresa

A empresa é instrumento de políticas econômicas e, por isso, ocupa o centro do debate acerca das medidas a ser tomadas, a fim de propiciar o bom funcionamento do mercado.

A política de concorrência não pode ser vista como expressão pura de mecanismos legais. Ela envolve muito mais do que as noções técnicas, uma vez que a restrição do mercado, alegada por qualquer interessado num processo concorrencial, deve corresponder a prejuízo ao interesse público e não exclusivamente privado (entre empresas). A política de concorrência, ao mesmo tempo em que é integrada pelos mecanismos normativos, orienta a aplicação destes considerando os mais relevantes

interesses de uma determinada comunidade. Não se cuida, aqui, de interesses privados, mas de subjetividades indeterminadas atingidas pela ação ilícita de agentes econômicos.

A estrutura da política de concorrência apresenta um caráter relevante num mundo cada vez mais integrado. A política de concorrência deve ter como função ponderar as diversas condutas empresariais, tendo em vista o grau de concentração do mercado, a natureza das infrações e, sobretudo, o ambiente sócio-político-cultural da comunidade diretamente envolvida com as ações anticoncorrenciais.

Não se trata apenas de verificar o instrumental técnico para aplicação de leis protecionistas dos mercados; é também fundamental uma avaliação da estrutura político-social de um determinado país, assim como do seu grau de desenvolvimento. Nesse ponto, deve-se retomar a idéia de regulação como expressão do crescimento sustentável. O exemplo da União Européia é de grande valia, pois esta institui um sistema de política concorrencial no âmbito transnacional. Assim leciona SCHERER (1994: 41):

Agora, muitas nações industrializadas têm algum tipo de lei da concorrência e a União Européia implementou um extenso sistema transnacional de políticas. Algumas nações seguem os Estados Unidos na proibição em si de fixação de preços sem qualquer condição; outras deixam os cartéis operarem, mas tentando controlar os abusos [...] estas diferenças tornaram difícil mas, como demonstra a experiência comunitária européia, não impossível de acordar com políticas concorrenciais além das fronteiras nacionais.

O economista dá a dimensão da dificuldade de se adotarem políticas transnacionais, principalmente no que tange à concorrência, de forma a harmonizar o controle de condutas e estruturas no contexto transnacional de mercado. Sem dúvida, um aspecto meramente técnico, por si só, já gera problemas de adequação, mas não a inviabiliza. Todavia, além disso, é importante levar em conta a etapa de desenvolvimento de cada um dos Estados envolvidos, assim como o modo de atuação das empresas em cada um dos territórios políticos em questão.

Num ambiente de relações internacionais cada dia mais intensas, as políticas de concorrência que servem para controlar, principalmente, estruturas e práticas anticoncorrenciais devem ser determinantes da atuação não só do setor privado mas também do

setor público. Assim, produtos qualitativamente melhores e mais baratos, bem-estar do consumidor, conciliação entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento tecnológico são consectários lógicos de um mercado competitivo regulado por políticas públicas eficazes.

Dentro desse padrão, a política de concorrência é o instrumento mais eficaz na realização da regulação e do direito pós-moderno com vistas à atuação da empresa no mercado. Pode ser, desse modo, conceituada como a aplicação valorativa de instrumentos juseconômicos de regulação ao funcionamento de uma determinada economia. A redução dessa política à mera instrumentalidade (tecnicismo) não garante a realização de um sistema de valores com vistas à aplicação razoável do direito.

No caso brasileiro, a Constituição, a legislação infraconstitucional e todas as instituições juseconômicas vão sustentar medidas econômicas e o regime de concorrência num sistema capitalista com ênfase na estrutura de mercado livre. Os valores constitucionalmente estabelecidos (justiça social, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade) dão o contorno das políticas públicas, enquanto a legislação infraconstitucional (principalmente a de Defesa da Concorrência) cuida de manter um ambiente propício à liberdade de mercado, de iniciativa e, sobretudo, ao crescimento sustentável.

3.2. Política de concorrência e poder de mercado

A noção de política de concorrência pode ser exemplificada quando se leva em consideração o estudo do poder de mercado de uma empresa no momento da verificação de existência de infração à concorrência. A análise do mercado é essencial para se aplicarem quaisquer sanções aos agentes econômicos, uma vez que não se tem por configurada a infração caso não haja expresso poder de mercado.

Conforme HOVENKAMP (1994: 309), “um mercado com dois competidores, em que um deles é maior, é muito mais propenso ao preço predatório do que um mercado com vários competidores relativamente menores”. Essa análise econômica serve de importante parâmetro para que se verifique, razoavelmente, a existência de determinada conduta anticoncorrencial. O poder de mercado não se expressa incondicionalmente, mas

deriva de condições de possibilidades como essa descrita pela teoria microeconômica. A faticidade aqui é fundamental no sentido de viabilizar a aplicação de instrumentos jurídico-concorrenciais.

Nessa mesma direção, SULLIVAN e HARRISON (1998: 29) afirmam que “o poder de mercado varia diretamente com a parcela de mercado; o poder de mercado varia inversamente com a elasticidade da demanda de certa indústria”. Partindo do pressuposto de que o poder de mercado de determinada empresa, num certo setor econômico, varia diretamente em razão da sua participação nesse mercado, deve-se avaliar se o produto da empresa possui um substituto próximo que, ao menor indício de aumento de preços, os consumidores passem a adquirir do concorrente.

Para ALVES (1992: 133), a posição dominante consiste no poder de impedir uma concorrência efetiva. Tal poder pode envolver a capacidade de eliminar ou enfraquecer gravemente a concorrência existente ou de evitar que potenciais concorrentes entrem no mercado. De acordo com essa concepção de posição dominante, adotada pela Comissão Européia da Concorrência, pode-se afirmar que não há posição dominante se o mercado é contestável, não havendo meios de eliminar a concorrência e ato contínuo impedir a entrada de novos concorrentes nesse mercado.

Atualmente, o poder de mercado deve ser entendido não somente do ponto de vista jurídico-econômico, com parâmetros fixos e ideais, mas em cada caso concreto. No contexto teórico do Direito, é verdadeiro conceito jurídico indeterminado, podendo ser discricionariamente restringido ou ampliado de acordo com as circunstâncias econômicas preponderantes. Urge, por isso, seja feita “pesquisa qualitativa, diria até sociológica, aplicada à tentativa de captar a natureza da rivalidade existente em um mercado e apreender a percepção dos agentes no mercado sobre a composição da concorrência” (SALGADO, 1997).

AREEDA e KAPLOW (1997) afirmam que “a definição de mercado e a parcela de mercado do acusado dão, na melhor das hipóteses, somente uma sugestão do seu poder de mercado”. Para esses autores, o poder de mercado é uma questão de graduação, que deve, necessariamente, ser avaliada tendo-se em vista as limitações não somente econômicas, mas também jurídicas e sociais. Enfim, este seria o momento propício para reforçar a idéia

de uma política de concorrência fundamentalmente transdisciplinar.

3.3. O contexto atual

A partir dos anos 80, grandes transformações nas formas de concorrência internacional têm ocorrido, já que novos condicionantes tornaram-se relevantes, entre eles, podem-se destacar a terceira revolução industrial e novos métodos de gestão da produção. Assim, fatores que antes definiam a competitividade de um país (como os recursos naturais, os custos do trabalho, etc.) foram perdendo gradativamente sua importância, se comparados às vantagens competitivas criadas pela inovação (PORTER, 1990).

Nesse contexto, as políticas de defesa da concorrência têm se tornado objeto de muita discussão, principalmente sua contribuição (ou prejuízo) à competitividade de empresas nacionais e de outros países. Nos EUA, essas leis têm sido acusadas de contribuir para a perda de competitividade dos produtos americanos. Alguns críticos mais radicais propõem a revogação das leis, para que o país possa readquirir sua competitividade internacional. Por outro lado, outros argumentam que esse tipo de proposta não passaria de mais uma tentativa do meio empresarial de erodir a ameaça que as leis antitruste representam (SALGADO, 1992).

Na realidade, é extremamente complicado alcançar uma posição conclusiva sobre o dilema competição *versus* competitividade. Apesar da ampla discussão recente, a polêmica não constitui apenas um problema do presente. Desde a promulgação da primeira lei antitruste discutem-se os resultados de sua aplicação. Grande parte do desacordo encontra suas raízes no chamado paradoxo da eficiência, ou seja, as políticas de defesa da concorrência podem ocasionar queda nos preços via proibição de restrições ao comércio, mas também podem levar à alta dos preços, uma vez que limitam a possibilidade da indústria de criar economias de escala.

O problema resulta do fato de que não é possível mensurar os riscos da dominação de um mercado somente comparando-os aos ganhos gerados pelas economias de escala. O processo de eliminação de rivais é inerentemente competitivo e traz ganhos ao consumidor (menores preços, melhores produtos, etc.). Esse tipo de raciocínio serve de fundamento

para os economistas neoliberais que advogam a eliminação total das leis antitruste, já que o próprio mercado garantiria a competição. O problema é que, uma vez alcançado o objetivo, não se pode afirmar que tal comportamento será mantido.

Já na Europa, a tendência tem sido a de fortalecimento das normas de defesa concorrencial, vistas como um incentivo à busca por vantagens competitivas autênticas, como as derivadas de aumentos na produtividade, melhor capacitação técnica da mão-de-obra, mudança organizacional, etc. Porém, as exceções à lei têm sido mantidas, como forma de estimular o dinamismo das pequenas e médias empresas, que muitas vezes exige a formação de alianças, associações ou fusões.

3.4. Evolução recente da defesa da concorrência no Brasil

A questão da defesa da concorrência no Brasil ganhou destaque com a abertura da economia às importações e se intensificou com o programa de estabilização.

A partir do final da década de 80 configura-se uma trajetória de caráter irreversível em direção a uma nova forma de inserção na economia mundial. Esse processo está baseado na estratégia governamental de política industrial e de comércio exterior.

Essa política traduz a tentativa de elevar os padrões de qualidade e produtividade da indústria local, por meio de maiores investimentos em pesquisa e desenvolvimento, incorporação de métodos modernos de gestão e uma maior especialização da produção nacional, o que gera vantagens comparativas.

Representa, ademais, uma maior exposição da economia à concorrência internacional, como estímulo à sua adaptação aos padrões mundiais de exigência dos consumidores, e como sinalizador dos caminhos para uma maior especialização. A implementação dessa estratégia supõe o esgotamento do padrão anterior de desenvolvimento, baseado no processo de substituição de importações, em que a proteção do mercado doméstico era determinante.

Nesse novo contexto, as leis de defesa da concorrência passaram a ter um papel muito importante a desempenhar, “na medida em que

venham, por um lado, a evitar que as barreiras levantadas pelo governo sejam repostas por aqueles agentes que detêm poder econômico e, por outro, reeducar o mercado – leia-se aí produtores e consumidores – de acordo com as regras de intensa competição que hoje orientam as transações internacionais” (SALGADO, 1992).

Assim, uma nova fase para a política de concorrência no Brasil iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988⁴, que considera a livre concorrência um dos principais preceitos da ordem econômica. A Lei no. 8.158/1991 surgiu da necessidade de regulação dos comportamentos no mercado, para evitar (ou ao menos reduzir) os problemas causados pelas mudanças no ambiente institucional, antes estritamente controlado e agora caracterizado pela liberalização das atividades econômicas. Além disso, buscava-se acelerar a conclusão dos processos submetidos ao CADE, já que naquela época a demora era excessiva (duração média de dois anos).

A forma específica pela qual as políticas de defesa da concorrência enfrentaram as questões da década de 80 e 90 variou de país para país, embora várias semelhanças possam ser observadas, sobretudo no que diz respeito ao objetivo básico da legislação antitruste de exercer algum tipo de controle sobre atos de concentração e sobre as condutas das empresas que detêm o poder de mercado. Ademais, pode-se identificar, para cada área de aplicação das políticas de defesa da concorrência, certas linhas mestras no que diz respeito à concepção da teoria econômica que as guiam.

⁴ Na estrutura capitalista da Constituição Federal de 1988, baseada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, assegura-se a função da propriedade privada e a livre concorrência.

O grande princípio constitucional é a livre-iniciativa, que tem como pressupostos as leis do livre mercado. Entretanto, o Estado surge como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo fiscalização, incentivo e planejamento, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A concorrência, além de ser lícita de acordo com a lei, deve também ser honesta de acordo com os princípios morais da ordem econômica livre. Assim, tanto é condenável o ato imoral como o é o ato ilícito, e ambos estão fora da lei e devem sofrer sanções rigorosas.

3.4.1. O cenário concorrencial brasileiro e internacional

Um dos principais fatores no desenvolvimento brasileiro foi a criação de empresas estatais, que tinham a função de explorar os recursos primários, fornecendo insumos básicos ao setor privado. Além disso, as políticas adotadas favoreciam a formação de conglomerados, mediante fusões, facilidades de crédito e incentivos fiscais, entre outros. Nesse contexto, as empresas estatais e os órgãos públicos apareciam como instrumentos efetivos de política industrial (NASCIMENTO, 1996), o que implicou a formação de um aparato estatal complexo, voltado para a regulação das atividades econômicas.

O Estado definia as regras de concorrência e de acumulação do sistema econômico por meio de incentivos, subsídios, controle de preços e custos (salários, insumos ou serviços públicos). Até a década de 70 houve forte intervenção reguladora, particularmente em investimentos, preços e salários, implicando reservas de mercado informais e eliminação da competição por preços em alguns setores ou indústrias.

Desde fins dos anos 80, tem-se promovido uma redefinição do papel do Estado, com especial ênfase na abertura comercial, a privatização de empresas e a desregulamentação de algumas atividades econômicas. Vem-se buscando configurar um novo modelo para a economia brasileira, com o parque industrial cada vez mais exposto à concorrência externa, o que torna urgentes investimentos em modernização, para manter ou ampliar sua competitividade. O cenário tornou-se muito diferente do existente nos anos 70 e as estratégias das empresas passaram a ter, cada vez mais, uma visão global.

A necessidade cada vez maior de especialização das empresas e sua atuação em segmentos muito específicos do mercado tornaram essenciais esforços para o desenvolvimento de relações interempresas. Isso porque a produção se tornou cada vez mais dependente de “vínculos estáveis com fornecedores e do controle estrito sobre a qualidade dos insumos e dos produtos, assim como da flexibilidade e rapidez no atendimento às variações da demanda” (BAUMANN, 1996).

Além disso, desde o início da década de 80, o grau de internacionalização da indústria brasileira aumentou significativamente, destacando-se o

crescimento acentuado das importações (que aumentaram ainda mais com a opção de estabilização ancorada na taxa de câmbio defasada).

Esse fato evidencia que cada vez mais as empresas internacionais têm se tornado concorrentes diretos da indústria local. As primeiras, porém, possuem grandes vantagens competitivas se comparadas às empresas locais. Isso porque as empresas internacionais produzem para o mercado mundial, enquanto as nacionais têm sua oferta restrita pelo pequeno porte do mercado interno.

Diante disso, estruturas de mercado que eram sustentáveis na configuração anterior tornam-se rapidamente inadequadas à geração da competitividade exigida pelo novo modelo. A globalização dos mercados faz com que seja cada vez mais imprescindível a busca permanente de competitividade (interna e externa).

De um ponto de vista comercial, a globalização tem levado a uma homogeneização das estruturas de oferta e demanda em todo o mundo. Esse processo favorece os ganhos advindos de maiores escalas, a uniformização das técnicas de produção e a gestão e redução do ciclo do produto.

Paralelamente, o foco central da concorrência deixou de ser a diferenciação de produtos, passando a ser as novas tecnologias de processos (SVETLICIC, 1993 *apud* BAUMANN, 1996).

Tais mudanças elevaram muito os custos de manutenção da competitividade na fronteira tecnológica. Essas transformações têm levado as empresas de todo o mundo a firmar acordos para atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e a buscar a racionalização dos investimentos e a redução de custos, determinando assim uma reestruturação das estratégias empresariais (NASCIMENTO, 1996).

Os vínculos entre empresas têm aumentado rapidamente, assim como a variedade das associações empresariais (participação acionária, fusões, alianças, acordos, consórcios, organizações “virtuais”, franquias, *joint ventures*, etc.). Dentre estas, é importante destacar as *joint ventures* entre firmas concorrentes, formadas para o desenvolvimento conjunto de atividades em P&D nas fases anteriores à produção, que funcionam como forma de dividir riscos e custos elevados. A concentração dos mercados também avançou

profundamente em razão da centralização do capital, ocasionada pelo aumento dos processos de fusões e aquisições, dando origem assim aos oligopólios mundiais.

A esse respeito, SALGADO (1992) acentua que “neste novo ambiente, as políticas de defesa da concorrência têm um importante papel a desempenhar, na medida em que venham, por um lado, a evitar que as barreiras levantadas pelo governo sejam repostas por aqueles agentes que detêm poder econômico e, por outro, reeducar o mercado – leia-se aí produtores e consumidores – de acordo com as regras de intensa competição que hoje orientam as transações internacionais”.

4. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS UTILIDADES PÚBLICAS

No Brasil, a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir da Constituição de 1934, consignando princípios e normas sobre a atividade econômica. A ordem assim disciplinada é uma forma econômica capitalista que se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na livre-iniciativa.

Embora essas orientações caracterizem o modo de produção capitalista, a participação do Estado na economia também se fará presente, quer pela exploração direta de atividade econômica, quer como órgão normatizador ou regulador dessa atividade (artigo 174 - CF).

A atuação do Estado buscará nada mais nada menos que pôr ordem na vida econômica e social. Em razão disso, a Constituição Federal condicionará a busca dessa ordem a princípios. São os princípios norteadores da atividade econômica, que procuram dizer ao Estado onde e como atuar, atribuindo-lhe fins, já que ele se encontra esvaziado em razão do liberalismo econômico. Ou seja, a Constituição prevê tanto os princípios norteadores da atividade econômica como também as formas de intervenção e atuação do Estado na economia. Esses princípios deverão ser respeitados pelo próprio Estado e pelo setor privado.

A Constituição Federal declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Assim, consagra que a economia brasileira, primeiramente, seguirá os ditames de uma economia de mercado de

natureza capitalista, através do princípio da livre-iniciativa, que é o princípio básico da ordem capitalista; e, em segundo lugar, embora capitalista, priorizará a valorização do trabalho humano.

A livre-iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e de contrato. Tanto é assim que, no direito civil, no âmbito do direito obrigacional, as partes podem estipular novas normas, novos contratos, ainda não previstos nem regulados pela legislação. Assim, a livre-iniciativa assegura aos particulares o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Todavia, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social, não será legítimo e, assim defeso, exercer a atividade com o objetivo de puro lucro e realização pessoal da empresa.

Assim, para cumprir o estabelecido na própria Constituição, o Estado deve adequar os meios a esse fim e, dessa forma, impõe a necessidade de autorização ou permissão para determinado tipo de atividade ou, ainda, regula a liberdade de contratar, especialmente as relações de trabalho.

4.1. Livre concorrência

A livre concorrência é um princípio da ordem econômica, disposto no artigo 170, inciso IV. É uma manifestação da liberdade de iniciativa. E, para garanti-la, a Constituição Federal estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art.173, §4º).

Visa a tutelar o sistema de mercado contra a tendência destruidora da livre-iniciativa, uma vez que a concentração de empresas, conseqüência do sistema capitalista, impede ou estorva a expansão, ou ainda a entrada, de pequenas iniciativas. Assim, quando o poder econômico passa a ser usado com o propósito de impedir a iniciativa de outros, de aumentar abusivamente os lucros, o abuso fica manifesto.

É essa prática abusiva que a Constituição condena, permitindo, nesses casos, a intervenção do Estado na economia em favor do livre mercado. Sendo assim, esse apoio exige uma atitude ativa do Estado no sentido de implementar a igualdade

material entre os agentes do mercado e garantir a difusão do conhecimento econômico, ao contrário da liberdade de iniciativa, que impõe uma abstenção de atuação do Poder Público.

Com efeito, é da relação da livre-iniciativa com a livre concorrência que o Estado, como agente regularizador da atividade econômica, atua na proteção do livre mercado. Todavia, a realidade palpável é totalmente diversa. A economia já está, há muito, centralizada nas grandes empresas e agrupamentos. Daí porque se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da livre concorrência. É uma realidade que não se modificará com mera determinação legal, mas com a transformação de seus próprios fundamentos.

4.2. Atuação indireta do Estado na economia e a aplicação do princípio da livre concorrência

O modelo atual seguido pelo Estado brasileiro consiste numa ação indireta sobre a atividade econômica, no sentido de que deixará de realizar tais atividades diretamente, passando agora a operar como agente regularizador e normatizador dessa atividade.

É o que podemos observar. A partir das privatizações ocorridas no setor de infra-estruturas, até então dominado pelo monopólio estatal, o Estado retira-se da gestão de serviços públicos (atuação direta do Estado na economia), assumindo um papel regulador desses serviços (regulação indireta).

Passa o Estado a implementar e garantir o controle da livre concorrência nesses serviços públicos, agora delegados a particulares. Assim, é uma importante prerrogativa do atual Estado Regulador garantir o direito de escolha e o bem-estar do consumidor.

Outra prerrogativa desse modelo de Estado, no que diz respeito à defesa da concorrência, é o controle preventivo e de repressão às infrações da Ordem Econômica. Essa competência é atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE –, que tem a função de reprimir as infrações e prejuízos causados à Ordem Econômica. De modo geral, passa o direito concorrencial (Leis Antitruste e outras) a ser a função precípua do atual Estado regulador.

Destarte, a regulação econômica deverá perseguir todos aqueles princípios elencados na Constituição

Federal: dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre-iniciativa, erradicação da pobreza, função social da propriedade, entre outros.

4.3. Atuação indireta do Estado sobre as utilidades públicas

Vimos que a atual opção do Estado é pela ação indireta sobre a economia.

Importa agora analisar a ação do Estado na implementação e controle da concorrência nos setores que realizam serviços públicos, ou utilidades públicas.

Primeiramente, é oportuno ressaltar diferenças entre serviço público e atividade econômica.

Atividade econômica, no regime capitalista, desenvolve-se no regime da livre-iniciativa, sob a orientação de administradores de empresas privadas. É um direito fundamental enquanto exercido no interesse da realização da justiça social, da valorização do trabalho humano, como já mencionado acima.

O serviço público é, por natureza, estatal. Ao longo do tempo, porém, deixou de estar sob a tutela exclusiva do Estado e passou a ser prestado por empresas privadas, por concessão estatal (autorização ou permissão). Esta parcela da Ordem Econômica possui um caráter de especialidade em relação às demais. Além daqueles princípios já vistos (livre concorrência, proteção aos consumidores), outros são aplicáveis às empresas que realizam serviços públicos, que atribuem a elas prerrogativas adicionais.

O presente trabalho visa apenas e tão somente a observar a regulação exercida pelo Estado das empresas de telecomunicações e energia elétrica. Sabe-se que até às privatizações, esses serviços eram realizados diretamente pelo Estado. Agora, mediante concessão para prestação desses serviços, tais empresas privadas deverão observar, além dos demais princípios aplicáveis a toda e qualquer atividade econômica, também aqueles atinentes aos serviços públicos.

Para controlar a prestação dos serviços públicos, agora realizada por empresas particulares, o Estado criou duas agências reguladoras. A criação dessas agências reflete a atuação do Estado no domínio econômico. São agências setoriais, porque se referem a dois setores da economia –

telecomunicações e energia elétrica. São a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Assim, esses dois órgãos reguladores deverão observar os princípios da Ordem Econômica e aqueles específicos às utilidades públicas de telecomunicações e energia elétrica.

Tais princípios específicos serão mostrados de forma tópica. São eles: princípio da continuidade, da regularidade, da igualdade ou uniformidade, da generalidade, da obrigatoriedade, da eficiência, da razoabilidade de preços, entre outros.

A aplicação desses princípios, com a inserção da livre concorrência nas utilidades públicas, é tarefa exclusiva dos órgãos reguladores setoriais. Isso porque, ao receberem por concessão a prestação de serviços públicos, estão essas empresas fazendo as vezes do Estado, e assim incorporarão os mesmos ônus, deveres e objetivos.

Um importante ponto a ser levantado é a questão do dever de universalização, ou seja, as agências reguladoras devem atentar ao fato de cumprir o objetivo de levar o serviço a todos, o acesso a todos. Esse dever é um ônus para as empresas privadas, uma vez que deverão estender o serviço a áreas que não trarão retorno econômico.

Outra questão a ser levantada é a dos preços oferecidos aos consumidores. O grande problema surge do próprio regime de concessão de serviços públicos a particulares. Acredita-se que esses farão realmente as vezes do Estado e assim procurarão atender ao interesse público, o que não é verdade, tanto que foi necessário criar essas agências reguladoras para tentar fazer os particulares cumprir seus objetivos. Na realidade, as empresas privadas buscarão obter o maior lucro possível, com o menor trabalho.

Seguindo esse raciocínio, a proteção do consumidor só se consumará pela existência efetiva de concorrência entre os agentes de um determinado mercado, e não apenas com deveres jurídicos. Dessa forma, percebe-se a tamanha importância das agências reguladoras, que buscarão inserir a concorrência ideal nas utilidades públicas.

5. ORGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em uma economia eficiente, os indivíduos dispõem de maior variedade de produtos por menores preços, desfrutando um nível máximo de bem-estar econômico. O objetivo último da defesa da concorrência é criar uma economia eficiente e tornar máximo o nível de bem-estar econômico da sociedade. Economias competitivas são, também, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável a longo prazo. Nesse ambiente econômico, as empresas contam com os incentivos adequados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos, gerando crescimento econômico.

No Brasil, ainda que a legislação inicial sobre a matéria remonte aos anos 60, apenas na última década a defesa da concorrência passou a assumir caráter prioritário no contexto das políticas públicas. Até então, as características que marcaram a economia brasileira, como uma forte presença do Estado, controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação, eram incompatíveis com uma política eficaz de defesa da concorrência.

Nesse contexto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na lei antitruste (Lei n.º 8.884/94). Esse sistema é composto da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

A atuação dos órgãos do sistema ocorre em duas vertentes:

- a) No controle de estruturas de mercado, via apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas; e
- b) No controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais, buscando verificar a existência de infrações à ordem econômica.

O controle de estruturas é disciplinado pelo art. 54 da Lei n.º 8.884/94, que estabelece um prazo de

30 dias para a manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para julgamento. No que se refere ao controle de estruturas, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência analisa preventivamente se uma concentração de empresas (fusões, aquisições, incorporações, etc.) pode causar efeitos nocivos à concorrência.

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

A SEAE procede, então, a uma análise dos custos e dos benefícios dos atos de concentração, sugerindo a aprovação daqueles que gerarem efeitos líquidos positivos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

O controle de condutas, por sua vez, consiste na apuração de práticas anticoncorrenciais de empresas que detêm poder sobre determinado mercado, como por exemplo as vendas casadas, os acordos de exclusividade e a prática de cartel. Nesses casos, a SDE promove Averiguação Preliminar ou instaura Processo Administrativo, conforme o caso. O CADE aprecia, com base nas opiniões técnicas da SDE e da SEAE, se houve infração à ordem econômica. No controle de condutas, a manifestação da SEAE é facultativa.

No atual contexto econômico, o controle de condutas representa o grande desafio do SBDC. Atenção prioritária tem sido dedicada aos casos de condutas concertadas (cartéis), tanto no plano nacional como no internacional. Nesse último caso, a intenção é identificar de que forma cartéis de empresas multinacionais afetaram a economia e o consumidor brasileiro.

Se a defesa da concorrência diz respeito à aplicação estrita da legislação, a promoção da concorrência refere-se ao papel de, direta ou indiretamente, influir na formulação das demais políticas públicas, de modo a garantir que a concorrência seja ao máximo incentivada. A esse respeito, deve-se observar a intensa relação entre a regulação econômica e a promoção da concorrência, uma vez que esta pode ser alcançada por meio da correção de falhas em estruturas regulatórias.

5.1. Dificuldades do novo modelo de intervenção estatal

Observou-se, na última década do século XX, um amplo movimento de implementação de práticas neoliberais na economia brasileira. A crítica realizada pelos neoliberais foi a de que o modelo desenvolvimentista praticado anteriormente – industrialização por substituição de importações e com alta intervenção do Estado nas indústrias de base e na infra-estrutura – teria sido responsável pela crescente perda de dinamismo da economia brasileira. Isso porque esse modelo não teria priorizado a concorrência ao gerar uma estrutura produtiva com excessiva diversificação e pouca competitividade internacional, ocasionando baixa incorporação de progresso técnico e baixos índices de produtividade. Dessa forma, ganhou corpo um novo modelo radical de desenvolvimento, baseado na concorrência como motor do processo. Para tal, promoveu-se uma ampla abertura comercial, com o objetivo de ampliar a concorrência via competição com produtos importados, e um crescente processo de privatização dos monopólios estatais, com as promessas de aumento da eficiência econômica.

A velocidade da abertura comercial foi extremamente rápida. Eliminou-se imediatamente as barreiras não tarifárias que protegiam os produtos nacionais dos similares importados. Progressivamente foram sendo eliminadas as barreiras tarifárias, retirando-se todas as proteções às indústrias nacionais. Por outro lado, há uma redefinição da participação do Estado na economia através dos processos de privatizações. Primeiramente, é preciso entender que os setores sobre os quais o Setor Público detinha controle via exploração direta da atividade econômica foram aqueles em que o setor privado sempre apresentou uma alta resistência à atuação. Os motivos são óbvios, pois os setores de utilidade pública exigem um gigantesco volume de investimento inicial, com

retornos esperados extremamente baixos no curto prazo, já que os prazos de maturação são muito longos. A rentabilidade esperada é baixa se comparada a outras atividades. Assim, o capital privado nacional nunca teve possibilidades de arcar com tais setores, e o capital estrangeiro sempre fugiu dessas atribuições. Coube então ao Estado garantir o investimento nos setores de infra-estrutura, essenciais para a boa fruição de toda a atividade econômica e para garantir o bem-estar da população.

Após anos de controle estatal, algumas dessas atividades se tornaram lucrativas, uma vez que já tinham passado pelo processo de maturação do investimento inicial, atraindo portanto o interesse do setor privado, principalmente da grande empresa estrangeira oligopolizada nas suas redes globais. Sem contar os baixos preços pelos quais as empresas públicas foram colocadas à venda nos leilões de privatização, a rentabilidade esperada era alta o suficiente para garantir o investimento de particulares. Entretanto, as atividades de utilidade pública, como telecomunicações, energia elétrica, entre outras, devem, pela Constituição, observar o princípio da universalização. Em outras palavras, o acesso ao serviço deve ser igual para toda a população brasileira, sem qualquer discriminação, atingindo todas as áreas do território nacional. Mas, garantir a distribuição de um serviço básico em todas as localidades do país nem sempre é uma atividade lucrativa. O custo de levar uma rede de telecomunicações a regiões afastadas, como a região amazônica, é extremamente alto. Portanto, os critérios de eficiência econômica nem sempre contemplam os interesses sociais coletivos, que representam um verdadeiro ônus ao setor privado.

A lógica primordial que rege o comportamento capitalista – a de maximização do lucro – não necessariamente confere com as reivindicações de toda uma população, no que diz respeito ao bem-estar social. Os serviços englobados nas utilidades públicas não são meros produtos sujeitos à escolha ou não do consumidor – são produtos de necessidade básica, que devem ser garantidos a todos. E este último aspecto, para atender às exigências de retorno econômico esperado pelo capital privado, pode levar a preços e tarifas altamente elevados. Nessa questão se insere a discussão sobre o preço justo que deve ser cobrado ao consumidor. O preço não pode ser muito alto, para não prejudicar os atuais usuários, mas também

deve ser suficiente para garantir a universalização entre os potenciais consumidores, cobrindo os custos para tal.

É fácil perceber a dificuldade com que o Estado se depara para exercer a sua nova função de intervenção indireta na economia via agências reguladoras. É muito mais difícil controlar de fora do que exercer a própria atividade econômica. Os interesses do Estado, que deseja garantir as metas sociais, são muito conflitantes com os do setor privado, que quer garantir a maximização do seu lucro. O regime de concessão de serviço público parte do princípio de que é possível transformar agentes privados em perseguidores do interesse público. Um exemplo de tal conflito é facilmente percebido nos episódios recentes envolvendo o setor elétrico. O atual modelo foi incapaz de propiciar a aplicação de recursos pelos particulares no aumento da oferta de energia, ou, ao menos, na diversificação da nossa base altamente dependente da hidroeletricidade. O resultado é conhecido de todos, a saber, o perigo de “apagão” e o penoso processo de racionamento de energia que os brasileiros foram obrigados a enfrentar no ano de 2001.

A ação das agências reguladoras visa a implementar a concorrência nos respectivos setores. Essa ação está fundamentada na utópica noção de concorrência perfeita. O alcance desta levaria a um mercado onde não haveria qualquer concentração de poder, mas livre mobilidade de recursos (livre entrada e saída de firmas) e inexistência de lucros extraordinários. O preço praticado seria igual ao custo marginal de fabricação de uma unidade adicional do produto. O problema decorre do irrealismo das hipóteses do modelo. A suposição de que a circulação de informações numa economia é perfeita já torna impossível a obtenção dos resultados esperados. É clara a existência de informações assimétricas entre os agentes, o que leva a problemas de seleção adversa e risco moral. Outro erro é supor que não há diversificação e que os agentes só competem nos preços. A concorrência via preços é apenas uma entre inúmeras formas de concorrência. Daí a grande inflexibilidade para baixo observada no Brasil nas tarifas dos serviços públicos. Uma guerra de preços, visando à obtenção de *market share*, pode ter conseqüências drásticas para as empresas envolvidas, levando-se em conta os prejuízos potenciais.

Por fim, é difícil imaginar um setor de utilidade pública sem concentração econômica. Em primeiro lugar, o volume de capital requerido para a viabilização do investimento é alto, exigindo empresas com altos volumes de capitais, só encontrados em estruturas oligopolizadas. Em segundo lugar, é difícil imaginar que haja, por exemplo, no setor de telefonia, um grande número de empresas fornecendo seus serviços de transmissão de dados. Teríamos as ruas lotadas de postes, cada um de uma empresa diferente, para que houvesse uma justa competição nesse subsetor. Ou seja, há serviços que só são viáveis se houver um certo nível de concentração econômica. Não podemos acreditar que a ação invisível das forças de mercado vá garantir o atendimento dos interesses públicos de uma nação, ainda mais quando muitas das empresas privadas que penetraram nos setores de infra-estrutura nacional são filiais de empresas multinacionais, obedecendo a interesses globais de maximização dos lucros, definidos no âmbito de suas matrizes.

5.2. A evolução do papel do CADE

A legislação antitruste brasileira teve seu início em 1951, no segundo governo de Vargas, com a Lei 1.521, que definia crimes contra a economia popular. Porém, em razão do seu enfoque demasiadamente repressivo e rigoroso, associado à lentidão no andamento dos processos, poucos casos foram efetivamente julgados.

Em 1962 foi criada no Brasil uma legislação antitruste baseada no *Sherman Act* norte-americano, a qual nomeou também o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão então vinculado à Presidência da República, cuja função é a de reprimir o abuso do poder econômico. Contudo, a implementação eficiente da legislação antitruste brasileira enfrentou muitos obstáculos desde suas origens, potencializados pela consolidação de um padrão de desenvolvimento em que o Estado tinha papel fundamental como estimulador do processo de industrialização, estruturador de mercados e regulador da concorrência.

Nesse sentido, o Estado apoiava setores estratégicos, principalmente aqueles ligados à indústria de base, como metal-mecânica, química, petroquímica e elétrica, garantindo (mesmo que indiretamente) barreiras à entrada e ao acesso à

tecnologia. Órgãos como o Conselho Interministerial de Preços (CIP), Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI), por exemplo, garantiam margens de lucro, viabilidade econômica dos projetos e, ainda, via concessão de incentivos e autorização de investimentos, definiam a dimensão estrutural do padrão de competição.

A questão da defesa da concorrência ganhou força com a abertura da economia às importações e se intensificou com o programa de estabilização. A partir do final da década de oitenta, nota-se uma trajetória de inserção do Brasil na economia mundial, buscando ganhos de comércio em setores com maiores vantagens comparativas, mas também aumentando a exposição da economia à concorrência internacional.

Nesse contexto, as leis de defesa da concorrência passam a ter um papel fundamental, evitando que as barreiras levantadas pelo governo sejam repostas pelos agentes que detêm poder econômico e, também, reeducando o mercado de acordo com as regras de intensa competição que hoje orientam as transações internacionais.

Esta questão se efetivou com a promulgação da Constituição de 1988, que considera a livre concorrência um dos principais preceitos da ordem econômica. A atual lei brasileira de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico foi editada em 1994, Lei nº 8.884/94, e se baseia na experiência norte-americana e européia. Como essas, essencialmente estabelece:

- c) O controle da concentração do poder econômico que resulte da integração de duas ou mais empresas antes independentes;
- d) A repressão ao abuso do poder econômico.

Portanto, os principais objetivos dessa lei são a manutenção da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa do bem-estar dos consumidores, servindo como regulador do processo de transformação pela qual vem passando a sociedade brasileira, caracterizado pela abertura comercial, globalização, privatização, desregulamentação e estabilização de preços.

De acordo com a Lei nº 8.884/94, são consideradas infrações:

- i) Aumento abusivo de preços, definido como aumento de preços não justificado pela

mudança nos custos, considerando-se ainda a comparação com mercados similares;

- ii) Abuso da posição dominante, sendo posição dominante definida como a manutenção de mais de 20% de participação no mercado relevante. Não são as empresas que detêm esse *market share* que são punidas, mas sim aquelas que abusam de tal poder de mercado;
- iii) Formação de cartel, envolvendo combinação de preços, restrição de oferta de produtos, cooperação entre empresas e divisão do mercado;
- iv) Venda casada;
- v) Restrições verticais, como a imposição, por parte das empresas dominantes, de restrições a seus distribuidores (como, por exemplo, contrato de exclusividade e fixação dos preços de venda);
- vi) Realização de *dumping*, com fixação de preços mais baixos que seus custos; e, finalmente,
- vii) Atos de concentração, tais como fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, caso sejam danosos para a concorrência no mercado relevante. Por essa razão, esses casos devem ser apreciados pelo CADE, que julgará se são geradores de ineficiências ou não, sempre quando resultarem em detenção de 20% ou mais do mercado ou quando qualquer uma das partes obtiver um faturamento bruto anual maior que US\$ 400 milhões.

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

Com essa lei, o CADE se transformou em uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira para poder desempenhar suas funções com maior agilidade, além de ter garantida a impossibilidade de interposição de recursos por outros órgãos contra as suas decisões, o que fortalece sua independência.

Paralelamente, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento

Econômico (SEAE) assumiram funções complementares no exercício da defesa da concorrência, com uma divisão mais clara das competências entre os órgãos.

Compõem o plenário do CADE sete conselheiros, indicados pelo Presidente da República e, se aprovados pelo Senado Federal, por ele nomeados para cumprirem um mandato de dois anos, podendo apenas serem destituídos mediante processo específico. Das decisões do CADE, segundo a Lei nº 8.884/94, cabe recurso exclusivamente à Justiça, abolindo-se a interferência do Poder Executivo em decisões do órgão colegiado.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) está vinculada ao Ministério da Justiça e o seu titular, ao contrário do CADE, é nomeado e demissível a qualquer momento pelo Ministro da Justiça. Compete a essa secretaria instaurar e conduzir processos administrativos para apurar a existência de infrações à ordem concorrencial e remetê-los ao CADE para julgamento. Nos casos de concentração do poder econômico, incumbe à SDE emitir parecer sobre os aspectos jurídicos concorrenciais dos efeitos verificados no mercado.

À Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, compete emitir parecer sobre os aspectos econômicos nos casos de concentração do poder econômico e nos processos que investiguem infração à ordem concorrencial.

Essas secretarias são chamadas para opinar tecnicamente – e não politicamente – e seus pareceres não determinam a decisão do plenário do CADE.

No caso de abuso ou concentração do poder econômico, a repressão das infrações à ordem concorrencial começa pela SDE, que para isso instaura um processo administrativo, por iniciativa própria ou por solicitação de qualquer interessado, no qual o acusado tem amplo direito de defesa. Concluído o processo, passa a ser julgado pelo CADE, que imporá as ações necessárias, e o culpado poderá recorrer à Justiça. É permitido também que, antes do julgamento, o infrator assine com o CADE “um compromisso de cessação de prática sob investigação”, no qual o acusado se compromete a parar com a prática investigada e obriga-se a não repeti-la, ganhando em troca a

suspensão do processo, que poderá ser encerrado após determinado período.

Uma questão essencial, porém, refere-se à eficiência das ações determinadas pelos órgãos de defesa da concorrência. O grande desafio atual está em apurar a qualidade das decisões e dos pareceres do CADE, SDE e SEAE para que, dessa forma, possam ser estudadas alterações nas habilitações e recursos propiciados pelo Governo Federal, e até mesmo no conjunto de normas e regras que regulam a defesa da concorrência no Brasil.

5.3. Estudo de caso: aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company

O ato de concentração em questão, de junho de 1994, envolve a compra da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company, como parte da aquisição realizada no exterior, onde a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP).

A Colgate Company alegou que a intenção do negócio seria manter a Kolynos do Brasil operacionalmente separada e independente, além de criar condições para o aumento da capacidade produtiva, surgimento de economias de escala, elevação das exportações e desenvolvimento do mercado interno de cremes, escovas, fios e enxaguantes bucais. Na verdade, o interesse principal da Colgate era a marca Kolynos e seu grande mercado cativo.

No Brasil, assim como na maior parte do mundo, o mercado de higiene bucal é extremamente concentrado. Antes da aquisição, das quatro maiores empresas no país, três controlavam o segmento:

- i) Kolynos - 50%
- ii) Colgate - 23%
- iii) Gessy-Lever - 20%
- iv) Procter&Gamble - 1%

A Procter&Gamble também estava interessada na compra da Kolynos, uma vez que participava do mercado nacional apenas com produtos importados, e as desvantagens existentes na operação, com alíquotas de importação de cremes dentais na faixa de 4%, refletiam-se na baixa competitividade de seus produtos e na sua pequena inserção no

mercado brasileiro. Porém, a oferta da Colgate foi 2,5 vezes maior que o valor da Kolynos, o que a P&G não pôde cobrir.

Nesse sentido, a aquisição da Kolynos pela Colgate poderia ser muito prejudicial ao mercado brasileiro, pois:

- i) Com cerca de 75% do mercado, a Colgate não teria interesse em fazer fortes investimentos no desenvolvimento de seus produtos (impactando na qualidade e diversidade dos produtos);
- ii) A política de preços do setor ficaria em suas mãos;
- iii) Surgiriam elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes.

A ação do CADE teve início com a convocação de uma audiência pública no Ministério da Justiça, reunindo as empresas envolvidas, concorrentes, revendedores e institutos de pesquisa, a fim de se obterem maiores informações para seu julgamento. A análise do CADE fundamentou-se em duas linhas principais. A primeira era de que a aquisição poderia levar a condutas anticompetitivas, não apenas relacionadas ao preço, mas também a acordos de exclusividade e vendas casadas. A segunda considerava que os consumidores teriam suas opções de escolha e seu bem-estar reduzidos, já que a baixa concorrência poderia levar a uma menor diversificação dos produtos. Assim, a autarquia decidiu pela proibição do ato, propondo à Colgate três alternativas:

- i) Suspensão da marca Kolynos do mercado pelo período de quatro anos;
- ii) Licenciamento da marca com exclusividade pelo período de vinte anos;
- iii) Alienação da Kolynos a uma empresa com parcela de mercado menor que 1%.

A Colgate optou pela primeira alternativa, suspendendo a marca Kolynos do mercado e lançando uma nova marca de cremes dentais, a Sorriso, ocupando a capacidade industrial ociosa da Kolynos. No lançamento da nova marca, o CADE impôs algumas restrições a características do novo produto que pudessem levar os consumidores a algum tipo de associação entre os cremes dentais Sorriso e Kolynos, como embalagem, cores, tipos de letras e expressões publicitárias. O restante da capacidade de produção da Kolynos, cerca de 14

mil toneladas de creme dental por ano, seria destinado à fabricação, com marca própria, por terceiros.

Para o CADE, a opção escolhida pela Colgate beneficiou os consumidores, pois aumentou o número de marcas disponíveis no mercado. Além disso, mantiveram-se a capacidade produtiva e os empregos da fábrica da antiga Kolynos.

Outra consequência dessa opção seria o aumento da participação da Gessy Lever no mercado, pois essa era a empresa que tinha maiores condições de ocupar imediatamente a brecha de mercado deixada pela suspensão da Kolynos, uma vez que possuía fábricas e canais de distribuição já instalados, além de um produto com boa aceitação no mercado (ao contrário da Procter & Gamble, que não possuía estrutura de produção e distribuição no país).

Realmente, entre 1996 – ano da resolução do CADE – e 2000, as vendas de cremes dentais cresceram 42,7% em volume (segundo a Sipatesp, sindicato das empresas do setor de higiene pessoal). Os preços mantiveram-se cerca de 30% abaixo dos índices de inflação.

As perdas por parte da Colgate, porém, foram mínimas. Em 2000, a marca Sorriso foi responsável por 36,7% do faturamento total do setor, ao passo que em 1996, último ano no mercado, a Kolynos tinha 40,6% das receitas do setor. Esse sucesso ocorreu em razão de dois fatores principais:

- i) A transferência de valores da marca antiga (Kolynos) para a nova (Sorriso), empregando-se toda a estrutura de produção, distribuição pulverizada, capital humano, conhecimento e estratégia de relacionamento com o varejo herdada da tradição da Kolynos no Brasil;
- ii) A incapacidade dos concorrentes de ocupar o espaço deixado pela suspensão da Kolynos por quatro anos. Em 1998, a Procter & Gamble retirou do mercado brasileiro seu produto Crest, líder há décadas nos EUA. Até o ano 2000, a participação da Gessy-Lever nas vendas de cremes dentais, em valores, cresceu apenas 2%.

Portanto, nota-se que a resolução do CADE permitiu um aumento das vendas no setor de cremes dentais dentro dos limites de preços, sem, contudo, encorajar a entrada de concorrentes efetivos nesse mercado. Após os quatro anos de suspensão da

Kolynos, a Colgate tem a chance de se sustentar no mercado com as três melhores marcas (Kolynos, Colgate e Sorriso).

Segundo a Consultoria AC Nielsen, o mercado de cremes dentais, hoje, encontra-se distribuído da seguinte forma:

- * Colgate-Kolynos - 63,9%
- * Unilever - 26,9%
- * Outras - 9,2%

6. POLÍTICAS DE HARMONIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Num mundo onde mercados e empresas tornam-se cada vez mais globais, a aplicação de leis nacionais tem necessariamente um efeito limitado. Portanto, é muito importante aplicar as regras de concorrência em bases internacionais. Nesse ambiente cada vez mais globalizado, diferenças nas políticas de concorrência, bem como em outros campos das políticas públicas, tendem a desaparecer. Com isso, a harmonização das regras de concorrência e suas aplicações serão alguns dos principais objetivos nos anos futuros.

Não obstante, um dos temas atuais da pauta de discussões da Organização Mundial de Comércio (OMC) tem sido a harmonização das políticas de concorrência entre os países signatários.

A emergência desse tema deriva do fato de que, com a redução das barreiras ao comércio, gerada por ações governamentais, passa a haver uma crescente demanda por outras formas de protecionismo baseadas em ações privadas e omissões governamentais. De fato, têm obtido significativo espaço as barreiras derivadas estritamente de condutas privadas, onde apenas se requer do governo a omissão.

Boa parte das novas formas de proteção estão relacionadas com o conjunto de políticas comerciais representadas pelos direitos anti-*dumping*, compensatórios e salvaguardas. A relação desses últimos com a questão da harmonização global das políticas de defesa da concorrência é fundamental para a compreensão dos condicionantes dessas políticas anteriores, uma vez que estas representam tanto correções de possíveis distorções decorrentes de falhas de mercado quanto ações governamentais intervencionistas.

Outra questão importante que contribui para suscitar o interesse no tema da harmonização deriva do fato de que, apesar de a redução das barreiras ao comércio internacional se tornar condição necessária para diminuir o eventual efeito nocivo do poder de mercado dos oligopólios dentro dos países, não é condição suficiente quando há firmas com poder de mercado em nível mundial. Associando isso ao fato de que as legislações de concorrência locais não cobrem condutas anticoncorrenciais cujos efeitos se dêem fora das fronteiras nacionais, a preocupação com a harmonização das políticas de concorrência não está restrita à tradicional questão protecionista.

Alguns autores, como HOEKMAN e MAVROIDIS (1994), procuraram avaliar os limites das possibilidades de interpretação dos atuais acordos da OMC no contexto dos princípios fundamentais das legislações de concorrência. Os autores, apesar de assinalarem que, segundo uma interpretação mais liberal, há espaço nos atuais debates da OMC para a abordagem de determinados aspectos de uma política de concorrência globalizada, advertem que não se pode prescindir de acordos adicionais para o alcance de tal objetivo.

Há uma discussão mais de fundo acerca das condições necessárias para o aprofundamento do processo de integração na área de defesa da concorrência sob a égide da OMC. Justifica-se que o aprofundamento da defesa da concorrência deveria ser precedido da consolidação de uma harmonização dentro dos acordos regionais. Ademais, mesmo no âmbito desses acordos, é necessária uma consolidação das regras de comércio de *commodities* e de investimentos para que se possa dar um passo adiante na direção da defesa da concorrência.

A diferença entre a velocidade de harmonização das políticas de concorrência e comercial no Nafta e Mercosul e a da Comunidade Européia e Bacia do Pacífico reforçaria essa posição⁵.

⁵ A velocidade de harmonização das políticas de concorrência no Nafta e no Mercosul é ainda mais comprometedor para este último bloco, principalmente em razão das negociações da ALCA para os próximos anos, haja vista que não há ainda um fortalecimento efetivado na estrutura do Mercosul. O Brasil passará nos próximos anos por um grande questionamento quanto à sua adesão ou não à ALCA. Se aderir a este acordo colocará o setor produtivo nacional em concorrência direta com as multinacionais americanas; se não o fizer, o país,

Esses dois últimos blocos estão bem mais avançados na integração das políticas de defesa da concorrência de seus Estados membros que os outros blocos econômicos e, ainda por cima, já avançaram bastante no processo de integração daquelas com as políticas de defesa comercial: além do anti-*dumping* ter sido substituído pela defesa da concorrência, o que não foi ainda alcançado pelo Nafta e Mercosul, os auxílios estatais que se relacionam com direitos compensatórios também já passaram a ser tratados pela Comissão de Concorrência da União Européia. Esse avanço derivaria de uma maior consolidação das fases precedentes do processo de integração.

De outro lado, defende-se que, além de já haver um espaço e amadurecimento significativos para uma integração mais completa do tema “concorrência” já no âmbito da OMC, há uma grande necessidade de viabilizá-lo, tendo em vista a ameaça de um movimento de “privatização da proteção” como argumentam FOX e ORDOVER (1995), o que significa delegar a função de protecionismo ao setor privado, para haver ganhos de um comércio internacional sem barreiras.

Nesse contexto, não haveria razão em conceber o processo de integração da defesa da concorrência na OMC como de “segunda classe”, relativamente a outros temas. Mais do que isso, a integração das políticas de concorrência poderia acabar constituindo o núcleo fundamental dos acordos de integração em todas as áreas, com aplicação sistemática de seus princípios básicos.

DUTZ (1997) chega a afirmar que distinções entre políticas de concorrência, de investimento e comerciais estão se tornando crescentemente obscurecidas, e que há uma tendência de se usar a concorrência como uma “métrica unificada” de todas aquelas políticas.

Segundo FOX e OEDOVER (1995):

Um sistema de políticas de concorrência mundial não requer um compêndio de regras globais de política antitruste. Não requer também estudos aprofundados sobre as minúcias das leis ou práticas antitruste nacionais ou um comando para harmonizar as leis ou convergi-las para algum modelo padrão existente. Em

lugar disso, requer-se uma diretriz básica (bem-estar mundial) e um entendimento de como as transações e ações governamentais e privadas podem ter um impacto sobre o comércio mundial e na concorrência de forma a reduzir o bem-estar global.

Uma das possibilidades de incorporação do bem-estar de países estrangeiros às legislações antitruste locais são os acordos bilaterais ou multilaterais que prevejam a introdução do princípio do *positive comity*. A grande vantagem é a possibilidade de se descartar qualquer tipo de crítica ao argumento de “perda de soberania”, pois o responsável último pela investigação e aplicação de penalidades é a agência de concorrência local do país onde se comete a infração ou se realiza o ato de concentração.

Segundo HOEKMAN e MAVROIDIS (1996), de acordo com o tradicional *comity principle*, Estados soberanos considerarão relevantes os interesses de outros Estados quando puderem exercer sua própria jurisdição na política de concorrência. O *positive comity* desloca a iniciativa dos Estados cujos interesses foram afetados para os países onde a prática está sendo exercida. Para os primeiros é dada a opção legal de requerer a outro Estado que inicie procedimentos apropriados para fazer valer a lei de concorrência, se isso puder resolver as preocupações do reclamante.

Essa talvez seja uma abordagem mais realista para possíveis movimentos de harmonização no curto prazo, mesmo no âmbito da OMC, o que pode constituir um passo importante para outros movimentos mais profundos de integração no futuro.

7. À GUIA DE CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs, essencialmente, a uma revisão crítica do processo de discussão da defesa da concorrência, assinalando os principais aspectos da teoria econômica da concorrência segundo diversas concepções ideológicas.

O que se agregou foi o registro de que a concorrência já não é mais um valor em si; sua regulação há de levar em conta a instrumentação de políticas sociais. Isso não significa que não se assume, em princípio, posição contrária às grandes empresas e grupos econômicos. Eles devem ser controlados (fiscalizados e sujeitos a condições fundadas na lei). Os acordos e ajustes

possivelmente, perderá os mercados dos países latino-americanos, que representam fatia importante do comércio externo brasileiro.

anticoncorrenciais não de ser examinados à luz dos interesses da coletividade.

A formação de blocos econômicos exige a uniformização da defesa e do direito concorrencial, de forma que se preserve a multiplicidade de interesses de caráter macro e microeconômico de cada país, além da garantia de condições adequadas para se enfrentar a concorrência com outros blocos econômicos.

Para que haja essa uniformização ou harmonização das políticas de concorrência no cenário internacional, é importante que se institucionalize um aparato regulatório moderno; o grande problema que se coloca para o poder público, porém, é a necessária viabilização jurídica de práticas comerciais que sintonizem as políticas concorrenciais internas, o processo de integração e as políticas de globalização.

A nova fase do desenvolvimento capitalista requer, portanto, um aparato regulatório que possa garantir (e por que não coordenar) as práticas e estruturas de mercado adequadas a esse novo padrão. Vale lembrar que a defesa da concorrência não corresponde à defesa das “virtudes” do mercado, mas sim à defesa das eficiências geradas pelas forças competitivas.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALVES, J. J. F. *Direito da Concorrência nas comunidades européias*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.
- AREEDA, P.; KAPLOW, L. *Antitrust analysis: problems, texts and cases*. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- BAUMANN, R. (org.). *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.
- BURLAMAQUI, L.; FAGUNDES, J. Keynes, Schumpeter e Política Industrial. *Arche'typon*, número especial. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 1993.
- CLARK, J. M. *Instituições econômicas e bem-estar social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- DUTZ, M. A. *The relationship between trade and competition policies: general issues and priorities for industrializing countries*. Mimeo, 1997.
- FARINA, E. Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 3, n. 8, 1996.
- FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- FOX, E. M.; ORDOVER, J. A. The harmonization of competition policy and trade law: the case for modest linkages of law and limits to parochial state action. *World Competition*, v. 19, n. 2, Dec. 1995.
- HOEKMAN, B. M.; MAVROIDIS, P. C. Competition, competition policy and the GATT. *The World Economy*, v. 17, n. 2, Mar. 1994.
- _____. Dumping, antidumping and antitrust. *Journal of World Trade*, v. 30, n. 1, Feb. 1996.
- HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West, 1994.
- JORDE, T. M.; TEECE, D. J. *Antitrust, Innovation and Competitiveness*. New York: Oxford University Press, 1992.
- MARX, K. *O Capital: Crítica da Economia Política*. São Paulo: Nova Cultural, v. 1, T. 1, 1998.
- NASCIMENTO, C. A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro: BNDES, v. 3, n. 5, 1996.
- PEREIRA, E. A. Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste. *Revista de Direito Econômico*, Brasília: CADE, abr./jun. 1996.
- PORTER, M. E. *Estratégia Competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- PORTER, M. E. *The competitive advantage of nations*. New York: The Press, 1990.
- POSSAS, M. L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 1, 1996.
- SALGADO, L. H. As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro: IPEA, n. 264, 1992.

- _____. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 1997.
- SCHERER, F. M. *Competition policies for an integrated world economy*. Washington: The Brookings Institution, 1994.
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Unwin Hyman, 1987.
- SULLIVAN E. T.; HARRISON, J. L. *Understanding antitrust and its economic implications*. New York: Matthew Bender, 1998.
- THUROW, L. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas moldam o mundo do amanhã*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- VAZ, I. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON Jr., J. E. *Economics of regulation and antitrust*. Cambridge: MIT Press, 1995.
- WALLERSTEIN, I. *The end of the world as we know it: social science for the twenty-first century*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- WILLIAMSON, O. E. *The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.